



Luiz Alberto: Inconsistências dificultam interpretação da EC 88

A promulgação da Emenda Constitucional 88, em 7 de maio de 2015, encerra uma discussão no Congresso Nacional que data, pelo menos, de 1995, quando o senador Pedro Simon apresentou a Proposta de Emenda à Constituição 55.

Naquela ocasião, e após seis anos de tramitação, a PEC, que buscava ampliar de 65 para 70 anos o limite máximo de idade para nomeação de magistrados e ministros dos tribunais superiores (artigos 73, parágrafo 1º, inciso I; 101, caput; 104, parágrafo único; 107, caput, e 111, parágrafo 1º) e de 70 para 75 anos o limite máximo de idade para aposentadoria compulsória dos servidores públicos e dos magistrados (artigos 40, inciso II, e 93, inciso VI) não logrou aprovação. A ela foi apensada, em 2000, a PEC 63, de 1999, do senador Ramez Tebet, que, todavia, além de ampliar a idade para aposentadoria compulsória para 75 anos, em caráter geral, também elevava o requisito para a aposentadoria por idade no serviço público para 70, se homem, e 65 anos, se mulher.

Essas PECs, contudo, quando de sua apreciação pelo Senado Federal, em maio de 2001, obtiveram 48 votos favoráveis no Senado Federal, faltando, portanto, *apenas um voto* naquela Casa para a sua aprovação. A matéria enfrentou, no Plenário do Senado, a resistência tanto do Partido dos Trabalhadores, como do PSDB e do PMDB, em todos os casos com a defesa da tese da necessidade de garantir a oxigenação e renovação da composição do STF mediante a fixação de um limite menor para a permanência dos seus membros, refutando-se a tese — já então vista como casuísta — de beneficiar aqueles que seriam forçados a se aposentar já tendo acumulado experiências e conhecimentos jurídicos valiosos, e estando em plenas condições físicas. O exemplo, citado pelo próprio autor, senador Pedro Simon, do ex-ministro do STF e ex-senador e ministro da Justiça Paulo Brossard, que atingiu a idade limite um mês antes da data em que seria eleito presidente do STF, e que motivou a apresentação da PEC em 1995, não serviu para sensibilizar os seus pares, embora tenha permitido, de fato, caracterizar a proposta como fruto de uma situação específica.

O tema continuou em debate em ambas as Casas, na forma de propostas diversas, sem que, porém, a Câmara dos Deputados tenha aprovado qualquer delas.

Já 1997, quando da apreciação do parecer do relator na Proposta de Emenda à Constituição 173, de 1995, a “reforma administrativa” do Governo Fernando Henrique Cardoso, a Comissão Especial que examinou a matéria, tendo como relator o deputado Moreira Franco, aprovou a seguinte alteração ao texto constitucional:

“Art. 6º O inciso II do art. 40 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 40. O servidor será aposentado:

.....

II – compulsoriamente, consideradas peculiaridades de cada cargo, ao completar a idade prevista em lei ou, na falta desta, aos setenta e cinco anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.”

Tratava-se, assim, de proposta que remeteria, em caráter geral, para a lei a fixação de regras para a



aposentadoria compulsória, mas instituindo, até que essa lei viesse, o limite geral de 75 anos de idade. Esse texto, porém, não foi aprovado no plenário da Câmara dos Deputados, tendo, inclusive, sido questionada a aplicação do novo limite aos titulares de serventias extrajudiciais. Destaque para votação em separado do PFL levou a matéria a votos, e 352 parlamentares votaram contra a alteração, que teve 106 votos favoráveis.

No entanto, em nova investida, o senador Pedro Simon apresentou, em 2003, a PEC 42, tratando, de forma geral, da elevação da idade para a aposentadoria compulsória, e aumentando, inclusive, a idade limite para ingresso na magistratura para 70 anos. Em agosto de 2005, a PEC foi aprovada em primeiro turno pelo Senado, sendo, porém, rejeitada pelo plenário a alteração de idade limite para ingresso na magistratura, mas mantida a proposta de fixação dos 75 anos para a aposentadoria compulsória.

Um fato curioso nessa discussão foi a inclusão, por acordo em plenário, de uma “emenda de redação” ao texto da Emenda de Plenário 4 — e sem a subscrição por um terço dos senadores, como requer o artigo 358 do Regimento Interno do Senado — com o fim de estabelecer condicionamento à prorrogação da idade.

Como registram as notas taquigráficas daquela discussão em plenário, a proposta do senador Aloizio Mercadante implicava na inclusão, na redação então oferecida ao artigo 99^[1] do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da expressão “nas condições do artigo 52 da Constituição Federal”. Segundo o autor da proposta de ajuste “redacional” “isso estabelece a necessidade de uma nova sabatina e a aprovação do Senado Federal pelo voto secreto”, como condição para que, ao atingir os 70 anos de idade, os membros da magistratura e do Tribunal de Contas da União permanecessem em seus cargos. Com o parecer favorável do relator, senador José Jorge, a proposta foi aprovada, e mantida em segundo turno, sendo então submetida à Câmara dos Deputados.

Assim, a aprovação, quase 10 anos depois, e após duas votações, pela Câmara dos Deputados, do texto oriundo do Senado, permitiu a promulgação de uma mudança constitucional que, em síntese, altera o artigo 40, parágrafo 1º, inciso II da Constituição, para, relativamente aos servidores públicos em geral, prever que a aposentadoria compulsória se dará “aos 70 anos de idade, ou aos 75 anos de idade, na forma de lei complementar” e, como regra de transição, que, até que entre em vigor a referida lei complementar “os ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 anos de idade, nas condições do artigo 52 da Constituição Federal”.

Trata-se de redação atécnica, confusa, enigmática e incompleta. Interpretando-se teleologicamente, ou seja, com base na “intenção” do legislador, o seu enunciado, é até possível, com boa vontade, concluir-se que, como intentava a proposta apresentada no Senado na forma da “emenda de redação”, que a prorrogação do tempo de atividade dos ministros do STF e tribunais superiores e membros do TCU terá que observar nova sabatina e aprovação em Plenário (requisito a que se refere o inciso III do artigo 52). Essa situação, porém, dependeria de uma manifestação de vontade do ocupante da vaga, que estaria, então, sujeito a não ser aprovado nessa nova “sabatina”. A pergunta que surge, então, é: caso não aprovado, seria aposentado compulsoriamente, ou apenas perderia a vaga, sem direito à aposentadoria? Essa solução, ademais, independeria de nova mensagem presidencial reconduzindo — pelos cinco anos adicionais — o atual ocupante da vaga. E se, por hipótese, ele não desejasse ser reconduzido? Poderia exercer o direito à aposentadoria voluntária por idade? Certamente que sim, mas, nesse caso, teria que



sujeitar-se às regras do artigo 40, inciso III da Constituição, que requer, além da idade exigida, o tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e 5 anos no cargo. Assim, visto continuar a ser de 65 anos a idade máxima para a posse em cargos nos tribunais superiores, somente após os 10 anos de atividade (e presumindo-se que venha a ser aprovado em nova sabatina) poderia fazer jus ao direito à aposentadoria, que, antes, ser-lhe-ia assegurada aos 70 anos de idade.

Outra peculiaridade do texto aprovado é a incongruência que deriva dessa interpretação com a literalidade do texto aprovado. O comando do dispositivo (artigo 99 [100] do ADCT) estabelece que os titulares dos referidos cargos "aposentar-se-ão aos 75 anos" e não que "poderão continuar nos respectivos cargos até os 75 anos". As expressões inseridas não se comunicam com essa previsão. Assim, confunde-se o que seria um direito à *continuidade* no exercício do cargo, como uma *condição* para exercer o direito à aposentadoria ("nas condições do artigo 52 da Constituição Federal"), quando, na verdade, o referido artigo 52 *não trata de condições para a aposentadoria*, mas, quando muito, da condição para a *investidura* no cargo.

Como se trata de uma "emenda de redação" que não tem esse caráter, visto que, nos termos dos Regimentos das duas Casas, as emendas de redação somente podem ser apresentadas para superar vício de linguagem, defeito ou erro manifesto, poderia até mesmo ser arguida a inconstitucionalidade dessa nova exigência, ainda que transitória, por falha formal em sua apreciação. A sua inconsistência causará grandes dificuldades interpretativas e até mesmo práticas.

Mas, para além disso, a inserção desse requisito para o magistrado se manter no cargo após atingir os 70 anos, seja ele uma nova sabatina, arguição pública ou até mesmo exame de sanidade ou higidez física, estaria invadindo, senão antecipando, o que a lei complementar futura deveria dizer (condições para que haja a "prorrogação" do exercício do cargo).

Tais aspectos controversos, confusos ou mesmo inadequados, comprometem a avaliação dos reais efeitos da medida e sua adequação ao contexto brasileiro, e até mesmo da efetividade da elevação, no que toca aos magistrados e membros do TCU que atingirem a idade de 70 anos enquanto não for editada a referida lei complementar. Em suma, caberá ao próprio STF, se não for editada, celeremente, a regulamentação exigida pela nova redação do artigo 40, dirimir a questão.

Vale lembrar, ainda, que a alteração promovida ao artigo 40 terá como efeitos a possibilidade, mas não a garantia, de que o mesmo limite de idade seja aplicado, em casos e condições a serem definidos na lei complementar, a outros servidores públicos. Dessa forma, professores, pesquisadores, advogados públicos, defensores públicos, auditores fiscais e outras carreiras poderão ter fixado, nos termos dessa lei, limite superior para a aposentadoria compulsória. Seria, porém, um contrassenso prever que carreiras na área policial, onde existe, inclusive, o direito à aposentadoria especial ou antecipada por força da exposição ao risco, venham a ser objeto dessa ampliação, pois o vigor físico é, nessas carreiras, mais comumente exigido, até mesmo nos certames de ingresso. Note-se, ainda, que com as novas regras aplicáveis ao regime previdenciário do servidor, com a adesão e tempo de contribuição ao Fundo de Previdência Complementar como condição para fazer jus a um benefício de maior valor que o teto do regime geral de previdência social, a elevação dessa idade para a aposentadoria compulsória poderá trazer vantagens aos servidores que venham a ingressar mais tarde no serviço público, pois terão maior tempo para poderem constituir o seu fundo previdenciário individual.



Mas, como se trata de norma de eficácia limitada^[2], a elevação da idade para os demais servidores somente produzirá efeitos após ser regulamentada. Até que isso ocorra — e somos pródigos em ter dispositivos constitucionais que, por ausência de regulamentação, ficam sem produzir efeitos por períodos elevados — a idade aplicável será a de 70 anos. E a lei que vier a regulamentar o dispositivo, dada a inexistência de balizas para tanto, poderá vir a ser tão casuísta quanto a própria Emenda Constitucional.

Quanto à supressão da prerrogativa presidencial de nomeação de ministros, em curto prazo, não é desprezível o fato de que a atual presidente da República não terá mais a possibilidade de nomear cinco ministros do STF cujos mandatos encerrar-se-iam até 31 de dezembro de 2018. Segundo levantamento elaborado pelo Consultor Legislativo do Senado Federal Gilberto Guerzoni Filho, os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Teori Zavascki e Rosa Weber, que atingiriam os 70 anos até essa data, terão seus substitutos escolhidos apenas a partir de 2020. No TCU, três ministros (Ana Arraes, Raimundo Carreiro e José Múcio, sendo que a vaga deste último caberia a uma indicação do Chefe do Poder Executivo) teriam seus períodos encerrados até 2018, e poderão permanecer mais cinco anos.

Caso, portanto, desejem permanecer nos cargos, poderão fazê-lo. Mas, mais uma vez, essa prerrogativa poderá ser neutralizada se, interpretado dessa forma o dispositivo transitório, tiverem que submeter-se a uma nova arguição e aprovação pelo Plenário do Senado Federal, podendo, inclusive, não serem reconduzidos, ainda que dotados de higidez intelectual e física, visto que a decisão do Senado é de natureza, essencialmente, política.

Em perspectiva história, ou comparada, pouco se pode dizer sobre a modificação. Cada país, com seu contexto político, histórico e administrativo, adota soluções próprias. A experiência estadunidense, por exemplo, prevê a vitaliciedade dos ministros da Suprema Corte, sem limite de idade, o que leva a que alguns *Justice* tenham permanecido até além dos 90 anos. Ilustrando os riscos que essa hipótese acarreta, na série televisiva *House of Cards*, um membro da Suprema Corte, bastante idoso, e já padecendo de Mal de Alzheimer, adia a sua aposentadoria por razões de conveniência política, admitindo que os brilhantes votos que profere são integralmente elaborados por assessores, e que sequer consegue recordar o nome de seus interlocutores. Na Alemanha, não sendo o cargo vitalício, mas com prazo de 12 anos de mandato, aplica-se aos membros da Corte Constitucional, ainda assim, a idade de 68 anos como limite, a mesma idade adotada no Brasil no marco da Carta de 1934 para os servidores públicos^[3]. Em Portugal, assim como em outros países, o limite de permanência no Tribunal Constitucional é de 9 anos. Na França, os nove membros do Conselho Constitucional têm mandatos de 9 anos, sem recondução, renovando-se um terço a cada 3 anos, e sem a interferência do Chefe do Executivo em 2/3 dessas vagas^[4], e não há limite de idade para a permanência nos cargos.

No caso estadunidense, a permanência por períodos prolongados pode contribuir, em certa medida, para a estabilidade institucional, visto que as modificações de interpretações da Constituição, se ocorrerem em prazos curtos, gerariam insegurança jurídica e até mesmo riscos para a estabilidade do mercado e das relações sociais. Isso porque, no modelo dos EUA, onde vige Constituição sintética, o espaço para a interpretação das leis em conformidade com a Constituição conferido à Suprema Corte é significativamente maior que no Brasil. Em nosso país, dotado de tradição constitucional de textos extensivos, analíticos, não apenas tivemos 8 constituições desde a Independência, mas elevado grau de



reformismo — 88 emendas constitucionais, e 6 emendas de revisão, desde 1988 — o que permite ao Legislador ser, mais até do que a Corte Constitucional, o responsável pela adequação do ordenamento constitucional à realidade mutante. Dessa forma, o papel da Suprema Corte no sentido de “interpretar” a Constituição acaba sendo menos relevante, e tendo menos impacto o fato de os ministros permanecerem menor ou maior tempo nos seus cargos.

Assim, o efeito mais drástico parece ser, mesmo, o de reduzir a prerrogativa da presidente da República de renovar, até o final de seu mandato, cinco cargos no STF, além de quase 30 cargos em outros tribunais superiores, e, a longo prazo, reduzir as chances de que magistrados de carreira ou advogados de renome possam chegar à Suprema Corte e tribunais superiores, em vista da menor rotatividade das vagas que decorrerá da medida. Nesse sentido, pode-se, sim, afirmar que a EC 88 configura-se um retrocesso, pois constituir-se-á em barreira à meritocracia — embora, é necessário reconhecer, esse seja um conceito igualmente fluído, no que se refere ao provimento de cargos nas altas cortes do país.

[1] Na redação final promulgada, esse artigo passou a ser o art. 100 do ADCT, em vista da promulgação da EC nº 87, de 2015, que introduziu o art. 99.

[2] Embora doutrinadores como José Afonso da Silva façam distinção entre as normas de eficácia contida, ou restringível, a que produz efeitos até que seja regulamentada (podendo o regulamento restringir o seu gozo), e a de eficácia limitada, a que não produz efeitos plenos até que seja regulamentada (dependendo, assim, da lei para ser aplicada), o próprio Supremo Tribunal Federal ainda adota interpretações confusas sobre a aplicação desses conceitos, como demonstram julgados que consideram, por exemplo, o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII da Constituição, a ser exercido “nos termos e limites definidos em lei específica”, ora como de “eficácia contida”, e ora de “eficácia limitada”.

[3] Contudo, o art. 64 da CF de 1934 tratava os magistrados de forma diferenciada, prevendo sua aposentadoria compulsória aos 75 anos. Para os juízes estaduais, porém, o art. 103, §5º, facultava a fixação dos 60 anos de idade para a aposentadoria compulsória.

[4] Na França, além dos 9 membros, são também membros natos os ex-Presidentes da República. Contudo, raramente esses ex-dignatários exercem as funções, visto haver incompatibilidade entre elas e a atuação política.

Date Created

11/05/2015