



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5316

Requerentes: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA e Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE

Requerido: Congresso Nacional

Relator: Ministro Luiz Fux

Constitucional. Magistratura. Expressão contida no artigo 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que prevê a submissão dos Ministros desse Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União a nova arguição pública no Senado Federal para que o limite de idade de sua aposentadoria compulsória seja ampliado para 75 (setenta e cinco) anos de idade. Preliminares. Ilegitimidade ativa de parcela das requerentes. Impossibilidade jurídica dos pedidos formulados na petição de aditamento. Alegada ofensa ao princípio da separação de Poderes e à garantia da vitaliciedade da magistratura. Compatibilidade da expressão questionada com os dispositivos constitucionais mencionados. Ausência de fumus boni iuris e de periculum in mora. Manifestação pela exclusão das partes ilegítimas do polo ativo da ação direta, pelo não conhecimento parcial dos pedidos e pelo indeferimento da medida cautelar pleiteada.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União, tendo em vista o disposto no artigo 103, § 3º, da Constituição da República, bem como na Lei nº 9.868/99, vem, respeitosamente, manifestar-se quanto à presente ação direta de inconstitucionalidade.

I – DA AÇÃO DIRETA

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE, tendo por objeto a expressão “*nas condições do art. 52 da Constituição Federal*”, contida no texto do artigo 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzido pelo artigo 2º da Emenda Constitucional nº 88, de 07 de maio de 2015. Eis, em destaque, o teor da expressão impugnada:

Emenda Constitucional nº 88/15.

“Art. 1º O art. 40 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 40. (...)

§ 1º (...)

II – compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar.’

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 100:

‘Art. 100. Até que entre em vigor a lei complementar de que trata o inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, nas condições do art. 52 da Constituição Federal.’

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.” (grifou-se).

As requerentes sustentam que a expressão atacada, ao dispor sobre o limite de idade para a aposentadoria compulsória dos Ministros desse Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União,

haveria admitido sua permanência nos cargos respectivos até os 75 (setenta e cinco) anos de idade sob a condição de que sejam submetidos a nova arguição pública e aprovação prévia pelo Senado Federal, nos termos do artigo 52 da Lei Maior¹. Em seu entendimento, referida norma seria inconstitucional por ofender os artigos 2º; 60, § 4º, incisos III e IV; e 95, inciso I, da Constituição da República².

Nessa linha, as autoras afirmam que o artigo 52 da Carta Magna não veicularia condição de permanência, mas mero requisito de acesso aos cargos mencionados, de modo que sua incidência em relação aos atuais Ministros violaria as garantias de vitaliciedade da magistratura e de independência dos próprios magistrados. Isso porque *“a nova submissão ao Senado Federal afetar a liberdade e a independência do Ministro interessado em permanecer no seu cargo até os 75 anos, pois o mesmo estará refém do Senado e de interesses político-partidários”* (fl. 08 da petição inicial).

Diante disso, entendem que haveria violação ao disposto nos artigos 60, § 4º, inciso IV; e 95, inciso I, do Texto Constitucional.

¹ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;

b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;”

² “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

“Art. 60. (...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposição de emenda tendente a abolir:

(...)

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.”

“Art. 95. Os juizes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;”

As autoras asseveram, outrossim, que, nos termos da jurisprudência dessa Excelsa Corte, “*a regra do art. 52, da CF, constitui uma ‘cláusula de abertura’ entre os poderes, de forma a permitir que o Poder Legislativo exerça algum controle sobre a nomeação realizada pelo Presidente da República (Poder Executivo) para os cargos de Ministro desse eg. STF e dos Tribunais Superiores (quanto aos do Poder Judiciário)*” (fl. 08 da petição inicial). Desse modo, a previsão normativa questionada desrespeitaria o princípio da separação e da independência entre os Poderes (artigos 2º e 60, § 4º, inciso III, da Carta de 1988), uma vez que o artigo 52 da Constituição conteria hipóteses excepcionais de flexibilização desse princípio, as quais não poderiam ser alteradas ou ampliadas pelo Constituinte derivado.

Com esteio nesses argumentos, as requerentes pedem a suspensão cautelar da eficácia da expressão sob invectiva ou, alternativamente, da integralidade do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 88/15, e, no mérito, a declaração da “*nullidade da expressão ‘nas condições do art. 52 da Constituição Federal’ contida no texto do art 100 do ADCT introduzido pelo artigo 2º da Emenda Constitucional n. 88 -- ou alternativamente a totalidade do art. 2º --, com efeito ex tunc*” (fl. 15 da petição inicial).

O processo foi despachado pelo Ministro Relator Luiz Fux, que, nos termos do artigo 10 da Lei nº 9.868/99, solicitou informações ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados, bem como determinou a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

No dia 13 de maio do presente ano, a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB apresentou pedido de aditamento à inicial, tendo salientado que, “*logo após a promulgação da EC n. 88, começaram a ser propostas, em diversos Estados da Federação, ações individuais de Desembargadores*

objetivando a 'extensão' da norma contida no art. 100 do ADCT, também aos demais membros da magistratura, sob o fundamento de que o Poder Judiciário possui caráter unitário e nacional” (fl. 02 da petição de aditamento).

Diante disso, a autora requereu que essa Suprema Corte, “*quando do julgamento da cautelar ou do pedido final da ação, confira interpretação ao art. 100 do ADCT, (a) seja para dizer que o disposto no referido artigo não pode ser estendido aos Desembargadores dos Tribunais, até que seja editada lei complementar, (b) seja para dizer que a lei complementar mencionada na EC n. 88, quanto à magistratura, é a lei complementar da iniciativa desse eg. STF, de sorte a poder obstar a série de ações propostas nos Estados visando a ampliar indevidamente o limite de idade de aposentadoria de Desembargadores, antes da edição do novo Estatuto da Magistratura*” (fl. 04 da petição de aditamento).

Na sequência, vieram os autos para manifestação do Advogado-Geral da União.

II – PRELIMINARES

II.1 – Da ilegitimidade ativa de parcela das requerentes

Inicialmente, cumpre salientar que duas das requerentes, quais sejam, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA e a Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE, não detêm legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que representam apenas frações da categoria funcional dos magistrados.

De fato, conforme se infere do artigo 4º do Estatuto da AJUFE³, a requerente tem por finalidade “*congregar todos os magistrados integrantes da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, bem como os ministros do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal*”.

Por sua vez, o artigo 2º, inciso I, do Estatuto da ANAMATRA⁴ estabelece que a entidade tem por finalidade “*congregar magistrados do trabalho em torno de interesses comuns*”.

Desse modo, observa-se que a representatividade das autoras cinge-se aos interesses de meras frações da categoria dos magistrados, uma vez que não possuem como associados os juízes estaduais e os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral.

Sobre o tema, a jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que as associações que congregam mera parcela de categoria funcional não têm legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Veja-se, por oportuno, o acórdão proferido na Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 353, cuja ementa tem o seguinte teor:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEGITIMIDADE ATIVA ‘AD CAUSAM’ - CF/88, ART. 103 - ROL TAXATIVO - ENTIDADE DE CLASSE - CONCEITO - ASSOCIAÇÃO DE ASSOCIAÇÕES - HIBRIDISMO DE SUA COMPOSIÇÃO - REPRESENTAÇÃO INSTITUCIONAL DE MERA FRAÇÃO DE DETERMINADA CATEGORIA FUNCIONAL - DESCARACTERIZAÇÃO DA AUTORA COMO ENTIDADE DE CLASSE - NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA. (...) A circunstância de uma instituição ser integrada por servidores públicos que constituem mera fração de determinada categoria funcional

³ Documento nº 10, anexo à petição inicial.

⁴ Documento nº 8, anexo à petição inicial.

desqualifica-a, por isso mesmo, como entidade de classe, para efeito de instauração de controle normativo abstrato. Precedentes.”

(ADI nº 353 QO, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 10/03/1993, Publicação em 16/04/1993; grifou-se).

Ressalte-se que o referido entendimento foi adotado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4372 para declarar a ilegitimidade ativa da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES. Confira-se:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM PARA A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 103, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. INVIABILIDADE DE REPRESENTAÇÃO APENAS PARCIAL DA CATEGORIA. PRECEDENTES DA CORTE. ILEGITIMIDADE ATIVA CONFIGURADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. 1. A associação classista de âmbito nacional deve representar toda a respectiva categoria para que ostente a legitimidade ativa ad causam para provocar a jurisdição constitucional abstrata (CRFB, art. 103, IX) perante o Supremo Tribunal Federal. Precedentes da Corte: ADI nº 591, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 22.11.1991; ADI nº 353-QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 16.04.1993; ADI nº 1.297-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 17.11.1995; ADI nº 1.771, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 03.04.1998; ADI nº 1.574-QO, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ de 27.04.2001; ADI nº 846, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 17.12.1993; ADI nº 809, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 16.04.1993 2. In casu, a ação proposta pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES) impugna a Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009, que modificou o regime jurídico dos precatórios devidos pela Fazenda Pública, alterando o art. 100 da Constituição e inserindo o art. 97 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Sem embargo, a ANAMAGES representa tão-só o corpo dos magistrados estaduais, ao passo que a norma aqui impugnada afeta todos os órgãos do Poder Judiciário, independentemente da Justiça ou ramo estrutural a que pertençam. 3. **Ilegitimidade ativa ad causam configurada. Extinção do processo sem resolução do mérito.”**

(ADI nº 4372, Relator: Ministro Ayres Britto, Relator p/ Acórdão: Ministro Luiz Fux, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 06/03/2013, Publicação em 26/09/2014; grifou-se).

Mais recentemente, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 254, o Ministro Luiz Fux reafirmou, em decisão monocrática, a ilegitimidade da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES para provocar o controle abstrato de constitucionalidade. Extrai-se do voto condutor da decisão referida o seguinte excerto:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL. AÇÃO PROPOSTA PELA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS ESTADUAIS – ANAMAGES. ASSOCIAÇÃO QUE REPRESENTA APENAS FRAÇÃO OU PARCELA DA CATEGORIA PROFISSIONAL POR CONTA DE CUJO INTERESSE VEM A JUÍZO. CARACTERIZADA A ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM PARA PROVOCAR A FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA.

(...)

Tenho que este feito não merece prosseguir, diante da patente ilegitimidade da parte autora para a propositura da presente arguição, modalidade das ações do controle concentrado de constitucionalidade.

(...)

Ex positis, em razão do posicionamento consolidado do Supremo Tribunal Federal acerca do tema no sentido da ilegitimidade ativa da ANAMAGES para a propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ou qualquer outra ação do controle concentrado de constitucionalidade, consoante os precedentes aqui invocados, não conheço da presente arguição, nos termos do art. 21, § 1º, do RISTF, bem como do art. 4º da Lei nº 9.882/99, art. 38 da Lei nº 8.038/90, art. 257, VI, e art. 295, II, do CPC.”

(ADPF nº 254, Relator: Ministro Luiz Fux, decisão monocrática, Julgamento em 11/02/2015, Publicação em 18/02/2015).

Cumpra registrar, ainda, que a qualificação das autoras como entidades de classe, para o fim do disposto no artigo 103, inciso IX, da Constituição Federal, deve ser verificada independentemente do conteúdo e da abrangência das normas por elas impugnadas. O exame desses elementos destina-se, na verdade, a averiguar a presença de outro requisito vinculado à legitimidade ativa *ad causam*, qual seja, a pertinência temática entre o objeto da ação direta e as finalidades institucionais das autoras.

Destarte, a Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA carecem de legitimidade para a propositura da presente ação direta, devendo ser excluídas do seu polo ativo.

II.II – Da inviabilidade dos pedidos formulados na petição de aditamento à inicial

Como visto, a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB relatou, em petição de aditamento à inicial, a existência de ações individuais de Desembargadores objetivando a aplicação do artigo 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a todos os membros da magistratura, em razão do seu caráter unitário e nacional.

Em vista disso, a autora inseriu no objeto da presente ação direta pedidos que, a seu ver, seriam próprios à Ação Declaratória de Constitucionalidade, sob o fundamento de que *“passou a existir uma controvérsia relevante sobre o novo art. 100 da CF, bem ainda sobre o art. 93 da CF, dando-lhes uma interpretação extensiva a partir da consideração de inconstitucionalidade por omissão”* (fl. 03 da petição de aditamento).

Nessa linha, pediu a essa Suprema Corte que, *“quando do julgamento da cautelar ou do pedido final da ação, confira interpretação ao art. 100 do ADCT, (a) seja para dizer que o disposto no referido artigo não pode ser estendido aos Desembargadores dos Tribunais, até que seja editada lei complementar, (b) seja para dizer que a lei complementar mencionada na EC n. 88, quanto à magistratura, é a lei complementar da iniciativa desse eg. STF, de sorte a poder obstar a série de ações propostas nos Estados visando a ampliar indevidamente o limite de idade de aposentadoria de Desembargadores, antes da edição do novo Estatuto da Magistratura”* (fl. 04 da petição de aditamento).

Todavia, tais pedidos não merecem ser conhecidos.

Primeiramente, cumpre verificar que não há como se aplicar ao caso o princípio da fungibilidade e admitir a inserção de pedido típico de Ação Declaratória de Constitucionalidade. Isso porque um dos requisitos essenciais dessa modalidade de processo de controle abstrato é a demonstração da “*existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação*” (artigo 14, incisc III, da Lei nº 9.868/99⁵).

Na espécie, a requerente não logrou demonstrar adequadamente a existência da suposta controvérsia judicial, nos termos exigidos pela lei e pela jurisprudência dessa Suprema Corte. A esse respeito, confira-se o seguinte precedente:

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE - PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA JUDICIAL COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE- AÇÃO CONHECIDA. - O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, supõe a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. Sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa ‘in abstracto’, pois a inexistência de pronunciamentos judiciais antagônicos culminaria por converter, a ação declaratória de constitucionalidade, em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal. - O Supremo Tribunal Federal firmou orientação que exige a comprovação liminar, pelo autor da ação declaratória de constitucionalidade, da ocorrência, ‘em proporções relevantes’, de dissídio judicial, cuja existência - precisamente em função do antagonismo interpretativo que dele resulta

⁵ “Art. 14. A petição inicial indicará:

(...)

III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.”

- faça instaurar, ante a elevada incidência de decisões que consagram teses conflitantes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. (...)

(ADC nº 8 MC, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 13/10/1999, Publicação em 04/04/2003; grifou-se).

Como se nota, a configuração da *controvérsia judicial* pressupõe a existência de posicionamentos antagônicos em decisões proferidas pelo Poder Judiciário. A autora, no entanto, apresentou apenas dois julgados, ambos no mesmo sentido, o que não configura a ocorrência de dissídio pretoriano, nem atende à exigência de comprovação de volume expressivo de decisões conflitantes. Nesse sentido, veja-se o seguinte trecho do voto condutor proferido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da referida Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 8:

“Para legitimar-se, portanto, o ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, é preciso – mais do que a mera ocorrência de dissídio pretoriano – que a situação de divergência jurisdicional, caracterizada pela existência de um volume expressivo de decisões conflitantes, faça instaurar, ante o elevado coeficiente de pronunciamentos judiciais colidentes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de grave comprometimento da estabilidade do sistema de direito positivo vigente no País.” (grifou-se).

Dessa maneira, a admissão dos pedidos formulados pela requerente na petição de aditamento implicaria a utilização dessa Suprema Corte como órgão de consulta, o que é incompatível com a atividade jurisdicional. Observe-se, a esse respeito, os seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONFLITO INEXISTENTE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Inexiste conflito de competência quando juízo-auditor militar e Superior Tribunal Militar afirmam não ser da competência da Justiça Militar o julgamento do feito. O que existe nos autos é mero desacordo da parte com a

declaração de incompetência formulada na Justiça Militar. O suscitante pretende utilizar-se do Poder Judiciário como órgão de consulta, o que é inadmissível. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(CC nº 7159 AgR, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 09/08/2006, Publicação em 06/11/2006; grifou-se);

“Embargos de declaração. - Inexistência, no caso, de omissão quanto não ser a verba relativa a honorários de advogado vantagem pessoal. - Declaração de ocorrência, no caso, do prequestionamento necessário para o conhecimento do recurso extraordinário. - Não é o Poder Judiciário órgão de consulta para dar esclarecimentos sobre questões de dúvida subjetiva de uma das partes. Embargos recebidos em parte para declarar que houve, no caso, o prequestionamento necessário para o conhecimento do recurso extraordinário.”

(RE nº 7159 ED, Relator: Ministro Moreira Alves, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 25/02/2003, Publicação em 28/03/2003; grifou-se).

Diante do exposto, não merecem ser conhecidos os pedidos formulados na petição de aditamento apresentada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB.

III – DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR

III.I – Da ausência de fumus boni iuris

Como visto, as requerentes se insurgem contra a expressão “*nas condições do art. 52 da Constituição Federal*”, contida no texto do artigo 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzido pelo artigo 2º da Emenda Constitucional nº 88/15.

Alegam, a respeito, que submeter os Ministros desse Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União a nova arguição pública perante o Senado Federal para que permaneçam nos cargos

respectivos após completarem 70 (setenta) anos de idade seria incompatível com o princípio da separação dos Poderes (artigo 2º da Constituição), com a garantia de vitaliciedade da magistratura (artigo 95, inciso I, da Carta) e, por conseguinte, com as cláusulas pétreas contidas nos incisos III e IV do § 4º do artigo 60 da Constituição de 1988.

No entanto, verifica-se a insubsistência da argumentação apresentada pelas autoras.

Com efeito, não merece guarida a alegação de que a norma impugnada ofenderia o princípio da separação dos Poderes, estatuído no artigo 2º da Constituição e elevada à categoria de cláusula pétrea pelo artigo 60, § 4º, inciso III, da Lei Maior.

Isso porque o conteúdo de tal preceito não deve ser compreendido a partir de um conceito abstrato de separação de Poderes, mas do modelo concretamente positivado na ordem constitucional brasileira. Nesse sentido, confira-se o seguinte excerto do voto condutor proferido pelo então Ministro Relator Cezar Peluso no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367⁶, em que se discutiu a respeito da compatibilidade da criação do Conselho Nacional de Justiça com o princípio mencionado, *in verbis*:

“Diante dessas premissas, é preciso, então, apurar as feições particulares que tomou o princípio em nossa Constituição Federal. Como pontua Hesse, a identificação do conteúdo desse postulado histórico não pode prescindir da análise da configuração e dos contornos que lhe dá a ordem jurídica concreta de certo Estado. De modo que só o exame da sua concreta disposição na ordem jurídica vigente permitirá aferir se a instituição do Conselho Nacional de Justiça insulta, ou não, o sistema positivo da separação e independência dos Poderes. Já o tinha advertido o Min. GILMAR

⁶ ADI nº 3367. Relator: Ministro Cezar Peluso, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 13/04/2005, Publicação em 17/03/2006, Republicação em 22/09/2006.

MENDES, quando ainda ocupava o cargo de Advogado-Geral da União:

'(...) o contraste entre a norma questionada e o parâmetro constitucional da divisão de poderes é uma operação de índole normativa e valorativa, que, por isso, deve levar em conta não uma concepção abstrata do princípio de divisão de poderes, mas seu conteúdo efetivo na ordem constitucional positiva' (apud ADI nº 135, voto do Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, DJ de 15.08/97).

(...)

Ora, é o confronto analítico dos preceitos relativos à organização e ao funcionamento de cada uma dessas funções públicas que permite extrair o conteúdo e a extensão de que se reveste a teoria da separação em nosso sistema jurídico-constitucional. Noutras palavras, é seu tratamento normativo, através de todo o corpo constitucional, que nos dá o sentido e os limites dos predicados da independência e da harmonia, previstos no art. 2º.

Por meio do confronto analítico mencionado no voto transcrito, percebe-se que, não obstante o Constituinte tenha garantido a independência dos Poderes estatais no exercício de suas funções típicas, também estabeleceu atribuições de integração e de controle recíproco, de forma a assegurar a harmonia entre eles. É exemplo disso a competência conferida ao Chefe do Poder Executivo para nomear os Ministros desse Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, após aprovação pelo Senado Federal (artigos 52, inciso III; e 84, incisos XIV e XV, da Carta Magna⁷).

⁷ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

- a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;
- b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;
- c) Governador de Território;
- d) Presidente e diretores do banco central;
- e) Procurador-Geral da República;
- f) titulares de outros cargos que a lei determinar;”

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;

XV - nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União;”

A esse respeito, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁸ asseveram que “(...) *prevalece entre nós, quanto ao Supremo Tribunal Federal e aos tribunais superiores federais, o sistema de nomeação dos magistrados pelo Executivo, com aprovação do Senado Federal. É por isso que a independência do Judiciário, absoluta quanto ao exercício de suas funções, não o é no que respeita à constituição dos tribunais.*”

Assim, o princípio da separação de Poderes não impede o exercício de determinadas interferências entre seus órgãos, desde que previstas constitucionalmente e que não signifiquem a usurpação de funções típicas ou o aniquilamento prático da autonomia de um dos Poderes. Observe-se, a esse respeito, o entendimento de José Afonso da Silva⁹:

“A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

(...)

Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos.”

Diante dessas considerações, observa-se que a expressão impugnada compatibiliza-se com o princípio da separação dos Poderes, pois a previsão de

⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 21. ed., p. 172.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 20. ed., pp. 110/111.

que os Ministros desse Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União devem se submeter a nova arguição pública perante o Senado Federal para que se aposentem compulsoriamente apenas aos 75 (setenta e cinco) anos de idade não se assemelha a nenhuma forma de interferência incompatível com a independência dos Poderes, não atingindo, portanto, o núcleo essencial desse preceito.

De fato, se o próprio acesso aos mencionados cargos do Judiciário depende da aprovação dos demais Poderes da República, sem que isso configure ameaça ao núcleo essencial do princípio da separação de Poderes, nada impede que o Poder Constituinte derivado preveja a aplicação dessa exigência como condição para a permanência de tais magistrados em seus cargos por período superior ao que era permitido pelo texto pretérito da Constituição.

Nessa linha, ressalte-se que essa Excelsa Corte, ao julgar a mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367, decidiu que o núcleo do princípio da separação de Poderes não sofre violação nos casos em que se preservam a função típica do Poder Judiciário e as condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Veja-se:

*“(…) 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional nº 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. **Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e***

disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional.”

(ADI nº 3367, Relator: Ministro Cezar Peluso, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 13/04/2005, Publicação em 17/03/2006, Republicação em 22/09/2006; grifou-se).

Destaque-se, outrossim, que a norma hostilizada possui caráter provisório, uma vez que somente será aplicável enquanto não sobrevier a lei complementar de que trata o inciso II do § 1º do artigo 40 da Constituição. Além disso, sua incidência se restringe àqueles Ministros que desejarem permanecer ocupando os respectivos cargos após completarem 70 (setenta) anos de idade. Em outros termos, a submissão à nova arguição pública vincula-se ao exercício da faculdade conferida pela disposição questionada a tais magistrados.

Diante do exposto, não se vislumbra ofensa aos artigos 2º e 60, § 4º, inciso III, da Constituição de 1988.

De modo semelhante, observa-se que a disposição sob investiva não ofende a garantia da vitaliciedade da magistratura, constante do artigo 95, inciso I, da Carta Republicana.

Com efeito, a garantia da vitaliciedade significa que, em regra, o magistrado apenas perderá o cargo através de sentença judicial transitada em julgado. Nesse sentido, observe-se o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes¹⁰:

“A vitaliciedade assegura que o magistrado somente perderá o cargo mediante sentença judicial transitada em julgado. No caso de juiz de primeiro grau, a vitaliciedade será adquirida após dois anos de exercício, somente podendo o juiz perder o cargo, nesse período, mediante deliberação do tribunal a que estiver vinculado (CF, art. 95, I). Os Ministros do Supremo Tribunal Federal poderão perder o cargo por decisão do Senado Federal, nos termos do art. 52, II, e parágrafo único, da Constituição de 1988.”

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 887.

Assim, a expressão sob invectiva não colide com o âmbito de proteção do artigo 95, inciso I, do Texto Constitucional, uma vez que o artigo 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispõe sobre assunto diverso, possibilitando aos Ministros desse Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União a ampliação do limite para sua aposentadoria compulsória.

De fato, a previsão de arguição pública no Senado Federal das referidas autoridades como requisito para a extensão do limite de idade mencionado não interfere no caráter vitalício dos cargos que ocupam, pois as hipóteses em que os magistrados podem perdê-los permanecem inalteradas.

É importante reiterar que a submissão a nova arguição pública no Senado Federal não foi imposta a todos os Ministros desse Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União. Trata-se, tão somente, de condição para a permanência nos cargos a ser cumprida caso referidos magistrados optem por neles permanecer após completarem 70 (setenta) anos de idade, o que constitui uma faculdade provisória atribuída exclusivamente a essas autoridades.

De qualquer modo, cumpre destacar que, diversamente do que supõem as autoras, a garantia da vitaliciedade da magistratura não se caracteriza como um direito ou garantia individual, mas corresponde a garantia instituída em favor do próprio Poder Judiciário para que os seus órgãos possam exercer a função jurisdicional com isenção e dignidade. A esse respeito, José Afonso da Silva aduz o seguinte:

“Aos órgãos jurisdicionais, consoante vimos, incumbe a solução dos conflitos de interesses, aplicando a lei aos casos concretos, inclusive contra o governo e a administração. Essa elevada missão, que interfere

*com a liberdade humana e se destina a tutelar os direitos subjetivos, só poderia ser confiada a um poder do Estado, distinto do Legislativo e do Executivo, que fosse cercado de garantias constitucionais de independência. Essas garantias assim se discriminam: (1) garantias institucionais, as que protegem o Poder Judiciário como um todo, e que se desdobram em garantias de autonomia orgânico-administrativa e financeira; (2) **garantias funcionais ou de órgãos, que asseguram a independência e a imparcialidade dos membros do Poder Judiciário, previstas, aliás, tanto em razão do próprio titular mas em favor ainda da própria instituição.***”

Constata-se, pois, a inexistência de ofensa à cláusula pétreia insculpida no inciso IV do § 4º do artigo 60 da Lei Maior, que possui o seguinte teor:

“Art. 60. (...)”

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV - os direitos e garantias individuais.”

Destarte, não se vislumbra, na espécie, a ocorrência de violação aos dispositivos constitucionais suscitados como parâmetros de controle, razão pela qual se conclui pela ausência de *fumus boni iuris* acerca da pretensão das requerentes.

III.II – Da ausência de periculum in mora

Por fim, em relação ao *periculum in mora*, requisito de satisfação igualmente necessária à concessão da medida cautelar pleiteada, observa-se que as autoras não lograram demonstrar a sua presença de forma satisfatória.

Com efeito, as requerentes discorreram sobre a suposta existência desse requisito nos seguintes termos:

“Está a se impor a suspensão cautelar da norma aqui impugnada -- ou a expressão contida na parte final do art. 2º ou a totalidade do art. 2º da EC n. 88 --, porque a sua manutenção para aguardar o julgamento de mérito terá conseqüências gravíssimas para a magistratura brasileira, uma vez que membros dos Tribunais Superiores que estão na iminência de se aposentar, terão de se submeter a uma nova sabatina e votação no Senado Federal, caso não seja deferida a medida cautelar e pretendam permanecer no exercício das funções. Isso afetará diretamente o funcionamento dos Tribunais, colocando em risco até mesmo o princípio do juízo natural -- porque Ministros deixarão de ser relatores de processos para, posteriormente, retornarem ao exercício das funções -- com grave repercussão na imagem do Poder Judiciário.” (fl. 13 da petição inicial).

Como se vê, tais alegações no sentido de que haveria excepcional urgência a justificar a concessão da medida acautelatória postulada pelas requerentes, não merecem prosperar, pois carecem de comprovação mínima acerca da efetiva ocorrência da situação fática descrita. Com efeito, não consta dos autos indicativo de que haja *“membros dos Tribunais Superiores que estão na iminência de se aposentar”*, conforme asseverado pelas autoras.

Ademais, considerando-se que a permanência no cargo até os 75 (setenta e cinco) anos de idade é uma faculdade atribuída ao magistrado, ainda que as requerentes tivessem demonstrado a existência de membros dos Tribunais Superiores na iminência de sua aposentadoria, não há elementos probatórios que indiquem sua suposta pretensão de permanência nos respectivos cargos até que atinjam a nova idade estipulada para a aposentadoria compulsória.

Por fim, cumpre observar que a norma atacada confere aos Ministros dos tribunais referidos uma faculdade até então inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, consistente na ampliação do período de sua permanência no cargo até a idade de 75 (setenta e cinco) anos. Desse modo, a manutenção da eficácia da expressão sob invectiva, nos termos em que foi editada, não gera nenhuma espécie de risco às prerrogativas dos magistrados, mas, pelo contrário,

permitem-lhe o exercício de uma nova prerrogativa, desde que observados os requisitos constitucionalmente imposto à sua fruição.

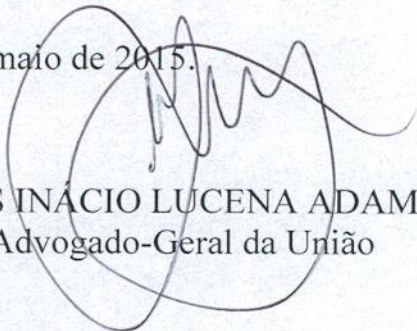
Dessa maneira, os argumentos veiculados pelas requerentes para fundamentar seu pedido de medida cautelar carecem de plausibilidade, o que inviabiliza o seu deferimento.

IV – CONCLUSÃO

Diante do exposto, o Advogado-Geral da União manifesta-se, preliminarmente, pela exclusão da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA e da Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE do polo ativo da presente ação direta; pelo não conhecimento parcial dos pedidos veiculados pelas requerentes; bem como pelo indeferimento do pedido de concessão de medida cautelar.

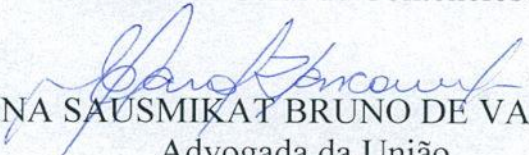
São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer em face do artigo 103, § 3º, da Constituição Federal.

Brasília, 20 de maio de 2015.



LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS
Advogado-Geral da União

GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Secretária-Geral de Contencioso



CAROLINA SAÚSMIKAT BRUNO DE VASCONCELOS
Advogada da União