



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080 Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173
www.iabnacional.org.br iab@iabnacional.org.br

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO BRASILEIROS

COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

INDICAÇÃO 096/2021

Ementa: Estudo sobre a constitucionalidade da Proposta de Emenda à Constituição, PEC 159/2019, de autoria da Deputada Bia Kicis (PSL-DF) que volta a fixar em 70 anos a idade para a aposentadoria compulsória dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Análise acerca da constitucionalidade, legalidade e/ou conveniência. Inconstitucionalidade material na PEC 159/2019.

Palavras-chave: Aposentadoria Compulsória. Ministros(as) do Supremo Tribunal Federal. Inconstitucionalidade Material.

PRONUNCIAMENTO/PARECER

1. PEDIDO DO IAB E FUNDAMENTOS DA PEC 159/2019.

O Presidente da Comissão de Direito Constitucional do IAB, Sérgio Luiz Pinheiro Sant'ana, pediu pronunciamento (indicação 096/2021) sobre a constitucionalidade, legalidade e conveniência da Proposta de Emenda à Constituição, PEC 159/2019, de autoria da Deputada Bia Kicis (PSL-DF) que volta a fixar em 70 anos a idade para a aposentadoria compulsória dos ministros do Supremo Tribunal Federal, após encaminhamento para a Comissão de Direito Constitucional pela Presidente do IAB Nacional, Rita de Cássia Sant'Anna Cortez:

A CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) da Câmara dos Deputados aprovou uma PEC que reduz a idade de aposentadoria de ministros do STF (Supremo Tribunal Federal) de 75 para 70 anos.

Caso o texto seja aprovado os ministros Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, que têm hoje 73 anos, terão que se aposentar compulsoriamente, permitindo que, casuisticamente, o atual presidente da república possa nomear dois integrantes da Corte até o final do seu mandato.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080 Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173
www.iabnacional.org.br iab@iabnacional.org.br

Ressalte-se o aumento da idade da aposentadoria ocorreu exatamente com o propósito de impedir indicações pela presidência da república antes do final do respectivo mandato.

Diante o exposto, encaminho a indicação para comissão de direito constitucional, para que elabore parecer sobre o tema.

Registre-se e encaminhe-se.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 2021.

Rita de Cássia Sant'Anna Cortez

Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB NACIONAL

Inicialmente, na presente data, a mencionada PEC 159/2019 foi aprovada pela CCJC da Câmara dos Deputados em 23.11.2021.

A citada PEC 159/2019 pretende alterar a redação do art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e revogar o art. 100 do Atos das Disposições Constitucionais.

A redação do art. 40, § 1º, II, da CF/88:

Art. 40.

§ 1º -

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;"

Os fundamentos trazidos pela proponente são os seguintes:

A Emenda Constitucional nº 88, de 2015, conhecida como "PEC da Bengala", introduziu na Carta Política autorização para que a idade para aposentadoria complementar pelo regime próprio de previdência social fosse elevada, por lei complementar, de 70 para 75 anos, bem como acrescentou ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias artigo determinando que, enquanto não editada a referida lei complementar, seria de 75 anos a idade para aposentadoria compulsória dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União.

A mencionada elevação de idade para aposentadoria compulsória, além de não proporcionar à administração pública qualquer benefício considerável, revelou-se extremamente prejudicial para a carreira da magistratura, que ficou ainda mais estagnada do que já era. Imperativo, por conseguinte, reverter o equívoco cometido, revogando a EC 88/2015 e o art. 100 por ela acrescentado ao ADCT. Por se tratar de questão relevante para a prestação



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080 Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173
www.iabnacional.org.br iab@iabnacional.org.br

jurisdicional, conto com o apoio dos nobres pares à apresentação, tramitação e aprovação desta proposição.

Esses são os fatos jurídicos submetidos ao presente Parecer.

2. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 159/2019

Como se sabe, o **Poder Constituinte Derivado de reforma** serve à modificação do texto constitucional ao longo do tempo havendo limites e condicionamentos conferidos pelo **Poder Constituinte Originário**.¹

O **Poder Constituinte derivado de reforma** se divide em duas espécies a “revisão (reforma geral ou global do texto) e as emendas (reformas pontuais do texto)”.²

Nessa linha, as limitações ao **Poder Constituinte derivado de reforma** são de quatro ordens: **temporais, circunstanciais, formais e materiais**.³

As limitações **temporais** impedem que o Poder Constituinte Derivado de reforma seja exercido durante um período temporal, a fim de que haja uma estabilização das relações jurídicas no mencionado período.⁴

Em nossa atual Constituição Federal de 1988 (CF/88), diferente do art. 74 da Constituição do Império de 1824, não há limitação temporal ao Poder Constituinte Derivado de reforma via emendas, art. 60 da CF/88, mas há limite temporal quanto ao poder de reforma via revisão constitucional, como se extrai do art. 3º do Ato de Disposições Transitórias Constitucionais (ADCT), que somente poderia a referida revisão ser realizada após cinco anos da promulgação da CF/88, que ocorreu em 05.10.1988.

1ª CONCLUSÃO. Desse modo, o exercício do Poder Constituinte Derivado de reforma via emenda, que, no caso concreto, é a PEC n.º 159/2019, não se encontra

¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 145.

² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 145.

³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 145.

⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 146.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080 Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173
www.iabnacional.org.br iab@iabnacional.org.br

limitado temporalmente.

As limitações **circunstanciais** são aquelas que impedem a mudança do texto constitucional por conta de situações de desequilíbrio social, como catástrofes, golpes, guerra civil ou externa. A CF/88, no art. 60, § 1º, impede a reforma via emenda se o país estiver sob intervenção federal, estado de sítio ou estado de defesa.⁵

2ª CONCLUSÃO. No caso em foco, o exercício do Poder Constituinte Derivado de reforma via emenda, que, no caso concreto, é a PEC n.º 159/2019, não se encontra limitado circunstancialmente, uma vez que não existe desequilíbrio social que impeça tal mudança no texto constitucional.

As limitações **formais ou procedimentais** significam o respeito ao procedimento específico quanto ao modo de apresentação de propostas de alteração da Constituição e de tramitação processual, cuja mudança, via emenda constitucional, se verifica no art. 60 da CF/88.⁶

Repisa-se o fundamento da PEC 159/2019, a fim de verificar se os limites materiais constitucionais foram observados:

A Emenda Constitucional nº 88, de 2015, conhecida como “PEC da Bengala”, introduziu na Carta Política autorização para que a idade para aposentadoria complementar pelo regime próprio de previdência social fosse elevada, por lei complementar, de 70 para 75 anos, bem como acrescentou ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias artigo determinando que, enquanto não editada a referida lei complementar, seria de 75 anos a idade para aposentadoria compulsória dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União.

A mencionada elevação de idade para aposentadoria compulsória, além de não proporcionar à administração pública qualquer benefício considerável, revelou-se extremamente prejudicial para a carreira da magistratura, que ficou ainda mais estagnada do que já era. Imperativo, por conseguinte, reverter o equívoco cometido, revogando a EC 88/2015 e o art. 100 por ela acrescentado ao

⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 146.

⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 146.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080 Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173
www.iabnacional.org.br riab@iabnacional.org.br

ADCT. Por se tratar de questão relevante para a prestação jurisdicional, conto com o apoio dos nobres pares à apresentação, tramitação e aprovação desta proposição.

Como se percebe, somente o último parágrafo é que se presta a algum debate acerca da PEC 159/2019, sendo certo que os arts. 100, 101 e 103 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados aduzem:

Art. 100. Proposição é toda matéria sujeita à deliberação da Câmara.

§ 1º As proposições poderão consistir em proposta de emenda à Constituição, projeto, emenda, indicação, requerimento, recurso, parecer e proposta de fiscalização e controle.

§ 2º Toda proposição deverá ser redigida com clareza, em termos explícitos e concisos, e apresentada conforme o Ato da Mesa referido no *caput* do art. 101 deste Regimento.

§ 3º Nenhuma proposição poderá conter matéria estranha ao enunciado objetivamente declarado na ementa, ou dele decorrente.

Art. 101. Os atos do processo legislativo previstos neste Regimento, entre eles a apresentação e a subscrição de proposições, serão praticados por meio digital, na forma de Ato da Mesa.

§ 1º O registro dos atos do processo legislativo em meio digital será feito em padrões preferencialmente abertos e atenderá requisitos de autenticidade, de integridade, de temporalidade, de não repúdio, de conservação, de disponibilidade e de confidencialidade.

§ 2º As proposições oriundas do Senado Federal, do Poder Executivo, do Poder Judiciário, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República, da Defensoria Pública da União, das Assembleias Legislativas das unidades da Federação ou de cidadãos serão incluídas no sistema digital, nos termos do Ato da Mesa referido no *caput* deste artigo.

Art. 103. A proposição poderá ser fundamentada por escrito ou verbalmente pelo Autor e, em se tratando de iniciativa coletiva, pelo primeiro signatário ou quem este indicar, mediante prévia inscrição junto à Mesa.

Parágrafo único. O relator de proposição, de ofício ou a requerimento do Autor, fará juntar ao respectivo processo a justificação oral, extraída do *Diário da Câmara dos Deputados*.

O suposto fundamento da PEC 159/2019 não é claro, a violar o art. 100, § 2º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, uma vez que não há



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080 Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173
www.iabnacional.org.br iab@iabnacional.org.br

qualquer comprovação teórico-prática da afirmação de que a “mencionada elevação de idade para aposentadoria compulsória, além de não proporcionar à administração pública qualquer benefício considerável, revelou-se extremamente prejudicial para a carreira da magistratura, que ficou ainda mais estagnada do que já era. Imperativo, por conseguinte, reverter o equívoco cometido, revogando a EC 88/2015 e o art. 100 por ela acrescentado ao ADCT”.

3ª CONCLUSÃO. No caso em tela, o exercício do Poder Constituinte Derivado de reforma via emenda, que, no caso concreto, é a PEC n.º 159/2019, se encontra limitado formalmente, visto que não é clara a fundamentação da PEC, a ofender o art. 100, § 2º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Por fim, as limitações **substanciais ou materiais** são as que obstem a colocação de matérias na Constituição (*limites materiais de ordem inferior*⁷) ou impedem a subtração de matérias postas no texto constitucional (*limitação material de ordem superior*).⁸ A limitação material de ordem superior é exemplificada com as **cláusulas pétreas** inseridas na CF/88, como se infere do art. 60, § 4º, do vigente texto constitucional pátrio:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

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

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Além das limitações materiais explícitas acima, temos as limitações materiais implícitas, aquelas não contidas expressamente no texto do art. 60, § 4º, da CF/88, por exemplo, não se pode: (i) revogar o § 4º do art. 60 da CF/88; (ii) modificar os titulares e o procedimento do Poder Constituinte Derivado

⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1030.

⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 146.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080 Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173
www.iabnacional.org.br iab@iabnacional.org.br

reformador; (iii) impossibilidade de se revogar os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil alinhavados nos arts. 1º-4º da CF/88.⁹

Ressalte-se que as limitações materiais, implícitas ou explícitas, do Poder Constituinte Derivado reformador e limitação material permitem a alteração da Constituição nas hipóteses de ampliação e de sofisticação do tema.¹⁰⁻¹¹

Saliente-se, outrossim, que as limitações materiais ao Poder Constituinte Derivado reformador abarcam posições jurídicas individuais e sociais, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF) nas ADI 939, na ADI 3685, na ADI 3105, na ADI 4029, na ADPF 132 e no RE 633703.

Após o introito acima, passa-se à análise dos fundamentos da PEC 159/2019, lastrando-se em quatro premissas:

1 - a CF/88 é uma “Constituição compromissória e dirigente, onde o Estado - além de outras atribuições - tem o dever de proteger os direitos fundamentais não somente contra o excesso (Übermassverbot), mas também contra a proteção insuficiente (Untermassverbot)”.¹²

2 - “a teoria do Poder Constituinte tem uma razão de ser: Precisa justificar e legitimar a origem do poder político, fora dos contextos eclesiásticos ou aristocráticos dos modelos tradicionais”.¹³

3 - “Sabemos hoje que uma Constituição não é constitucional se não for democrática; que a democracia só é democrática se observar os limites constitucionais e que o Estado só pode ser centro da esfera pública se não for

⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 151-152; CHUEIRI, Vera Karam de; MOREIRA, Egon Bockmann; CÂMARA, Heloisa Fernandes; GODOY, Miguel Gualano de. **Fundamentos de direito constitucional: novos horizontes brasileiros**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 185.

¹⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 150.

¹¹ Sobre os questionamentos acerca da possibilidade de existência de limitações materiais veja FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 152-160.

¹² STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 209.

¹³ STRECK, Lênio. E o juiz mineiro "azdakiou" ou "Eis aí o sintoma da crise". **Revista Eletrônica Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-01/senso-incomum-juiz-mineiro-azdakiou-ou-eis-ai-sintoma-crise> Acesso em 09fev2022.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080 Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173
www.iabnacional.org.br iab@iabnacional.org.br

privatizado pela administração, ou seja, se e quando efetivamente atua em defesa do interesse de todos, na observância da Constituição (que só assim pode lhe fornecer legitimidade), e não na defesa dos interesses de determinado grupo”.¹⁴

4 – “O tempo da Constituição é o tempo da sua aplicação – o qual articula passado, presente e futuro. Entretanto, mudanças constitucionais frequentes podem abalar a força normativa da constituição (sobretudo se tratarem de temas sensíveis). Logo, é necessário equilibrar a necessidade de adaptações da constituição à realidade, bem como sua proteção”.¹⁵

Nessa linha, o Estado Democrático de Direito assegura o acesso e o exercício de posições jurídicas individuais e não individuais, direitos fundamentais, consagra a democracia (CF/88, art. 1º) e acolhe a separação de poderes (CF/88, art. 2º).

Noutros termos, a falta de clareza na fundamentação da PEC 159/2019 deixa evidente, repetindo a motivação da EC 88/2015, que a “motivação principal a possibilidade de indicação política de ministros do STF por parte do chefe do Poder Executivo. Não queremos esmiuçar as contingências políticas que estão na base do debate público e nem as repercussões da eventual aprovação da PEC. O que importa, sob a perspectiva da teoria do direito, é indagar: a Constituição importa? Se sim, o seu texto pode/deve ser alterado de acordo com a vontade política do dia?”¹⁶

Quais são os dados empíricos trazidos no texto da PEC e na sessão de aprovação na CCJC da Câmara dos Deputados que ratificam a afirmação de que a

¹⁴ CARVALHO NETTO, Menelick. Prefácio A “Poder Constituinte e patriotismo constitucional, de Marcelo Cattoni. A urgente revisão da teoria do poder constituinte: da impossibilidade da democracia possível. In: CARVALHO NETTO, Menelick. **Teoria da constituição e direito constitucional: escritos selecionados**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021, p. 205-214, p. 208.

¹⁵ CHUEIRI, Vera Karam de; MOREIRA, Egon Bockmann; CÂMARA, Heloisa Fernandes; GODOY, Miguel Gualano de. **Fundamentos de direito constitucional: novos horizontes brasileiros**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 181.

¹⁶ STRECK, Lenio; JUNG, Luã. REVOGAÇÃO DA PEC DA BENGALA A febre legislativa das PECs, Propostas Especiais de Charlatanismo. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pec-da-bengala-febre-legislativa-propostas-especiais-charlatanismo-26112021> Acesso em 10fev2022.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080 Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173
www.iabnacional.org.br iab@iabnacional.org.br

majoração da idade de 70 para 75 anos para a aposentadoria compulsória dos membros do Ministério Público, das Defensorias Públicas, dos Tribunais e Conselhos de Contas proporcionará não trouxe benefício considerável à administração pública e “revelou-se extremamente prejudicial para a carreira da magistratura, que ficou ainda mais estagnada do que já era”? ¹⁷

Mais perguntas se fazem à autora da PEC, a CCJC, que a admitiu, e ao Congresso Nacional, como afirmam Lenio e Luã:

Emendas ao fundamento normativo da República, quanto mais a respeito do Poder Judiciário, não necessitam de qualquer prognose?

No caso em tela, o que significa afirmar que a carreira da magistratura é “estagnada”? Quais são as consequências estruturais positivas para o desenho institucional do serviço público que a alteração proposta implicará?

Reflitamos: uma PEC é algo tão importante que exige quórum especial. Muda o contrato social, do qual a Constituição é a explicitação item por item.

Reflitamos: uma PEC é algo tão importante que exige quórum especial. Muda o contrato social, do qual a Constituição é a explicitação item por item.

Nós juristas estamos acostumados a ouvir comentários de jornalistas, economistas e políticos acerca dos excessos do Judiciário no que tange à interpretação das leis e da Constituição.

De há muito escrevemos sobre a distinção entre judicialização e ativismo, entre decidir por princípio ou simplesmente fazer política etc. Preocupamo-nos, assim, no mais das vezes, com o aprimoramento da racionalidade interpretativa e decisória.

O caso da PEC da Bengala, todavia, coloca-nos diante da outra face da moeda: afinal, o Poder Legislativo não possui qualquer responsabilidade em termos de justificação de suas escolhas? ¹⁸

Não se está a dizer que a fundamentação dos projetos de emenda à

¹⁷ STRECK, Lenio; JUNG, Luã. REVOGAÇÃO DA PEC DA BENGALA A febre legislativa das PECs, Propostas Especiais de Charlatanismo. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pec-da-bengala-febre-legislativa-propostas-especiais-charlatanismo-26112021> Acesso em 10fev2022.

¹⁸ STRECK, Lenio; JUNG, Luã. REVOGAÇÃO DA PEC DA BENGALA A febre legislativa das PECs, Propostas Especiais de Charlatanismo. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pec-da-bengala-febre-legislativa-propostas-especiais-charlatanismo-26112021> Acesso em 10fev2022.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080 Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173
www.iabnacional.org.br iab@iabnacional.org.br

Constituição ou os projetos de lei devem cumprir o dever de fundamentação obrigatório ao Poder Judiciário, inferido do art. 93, IX, da CF/88 e dos arts. 489 e 926 do Código de Processo Civil (CPC).

O fato de a fundamentação ser diversa entre uma decisão judicial e um projeto de emenda à Constituição ou de lei, não autoriza que uma proposta de alteração da Constituição e da legislação infraconstitucional venha com uma pseudofundamentação, como se verifica no caso da PEC 159/2019.

Além disso, seja o Poder Legislativo também deve observar os princípios (núcleo de materialidade da Constituição, instituidor das regras e de aplicação deontológica¹⁹) que regem o Direito brasileiro, até porque uma “Constituição constitui uma comunidade de princípios; uma comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como iguais em suas diferenças e livres no igual respeito e consideração que devotam a si próprias como titulares destas diferenças”.²⁰ Nessa linha, está corretíssimo Menelick de Carvalho Netto ao afirmar:

Por isso mesmo também a organização constitucional dos poderes públicos é uma garantia e condição de possibilidade da afirmação dos direitos fundamentais, da complexidade social, da igualdade na diversidade dos membros dessa comunidade de princípios. (...) Povo é o resultado do processo de deliberação sobre quem somos e quem vivemos.²¹

Como a PEC 159/2019 propõe alterar a Constituição, cujo quórum de aprovação é elevado, não traz uma fundamentação minimamente pautada em dados da realidade a partir dos quais se possa debater na esfera pública se manter, diminuir ou majorar a idade de aposentadoria compulsória de operadores do

¹⁹ STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 266-271.

²⁰ CARVALHO NETTO, Menelick. Prefácio A “Poder Constituinte e patriotismo constitucional, de Marcelo Cattoni. A urgente revisão da teoria do poder constituinte: da impossibilidade da democracia possível. In: CARVALHO NETTO, Menelick. **Teoria da constituição e direito constitucional: escritos selecionados**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021, p. 205-214, p. 209.

²¹ CARVALHO NETTO, Menelick. Prefácio A “Poder Constituinte e patriotismo constitucional, de Marcelo Cattoni. A urgente revisão da teoria do poder constituinte: da impossibilidade da democracia possível. In: CARVALHO NETTO, Menelick. **Teoria da constituição e direito constitucional: escritos selecionados**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021, p. 205-214, p. 209.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080 Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173
www.iabnacional.org.br iab@iabnacional.org.br

Direito é constitucional (ou não)? De debater publicamente, outrossim, como serão afetadas com tal mudança a organização e a prestação do serviço público das carreiras e dos cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e do Tribunal de Contas da União e dos Conselhos de Contas que serão atingidas com tal mudança?

Infelizmente, este é mais um caso, como, exemplificadamente, o foi da EC 88/2015 ou da PEC 157/2003 (Convocação de Assembléia de Revisão Constitucional), em que o Poder Legislativo não leva a legislação constitucional a sério, pois não tem como se levar a sério a própria fundamentação da PEC 159/2019 por ela própria não levar a sério em sua *ratio* a Constituição.

O que se pretende é que o Poder Legislativo, no exercício das suas funções, leve a legislação a sério, isto é, que encaminhe propostas de alteração legislativa constitucional e infraconstitucional que se importem a Constituição (texto e contexto) e que possibilitem o debate na esfera pública de forma, minimamente racional. Racional entendido como a possibilidade de se compreender as razões fundadas em dados comprovados da realidade que se quer alterar, mormente via emenda constitucional.

Em outras palavras, com Lenio e Luã, pedir a “racionalização da elaboração de textos legais, todavia, não é contraditória com a ideia de uma jurisdição pautada por princípios. Muito pelo contrário. Nesse sentido, por exemplo, Jeremy Waldron propõe que a teoria do Direito também deveria se preocupar com a “dignidade da legislação” a ser interpretada e aplicada pelos tribunais. Assim, Waldron, ao constatar a desconsideração da legislação como objeto problemático por parte de teorias positivistas contemporâneas do Direito, questiona: “O que devemos fazer com isso? Por que o embaraço a respeito da legislação? Por que a sensação de conforto maior com instituições que negam ou disfarçam a sua legislação?”²²

Novamente com razão Lenio e Luã: “o Direito e a Constituição importam, e se a sua aplicação pelos tribunais exige discursos de fundamentação e critérios

²² WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 20.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080 Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173
www.iabnacional.org.br iab@iabnacional.org.br

universalizáveis, a sua inovação e alteração pelo Congresso também o exige”.²³

A composição do STF e dos demais órgãos e carreiras atingidas com a PEC 159/2019 não pode estar sujeita à volatilidade da vontade de quem está no comando parlamentar no Congresso Nacional, o que fragiliza “a independência e estabilidade necessárias ao cumprimento das funções do Poder Judiciário atribuídas pelo texto constitucional. E, assim, enfraquecemos a nossa democracia”.²⁴

Desse modo e de maneira evidente, a PEC 159/2019 ofende não só o dever de fundamentação que uma PEC deve ter, por ausência de critérios universalizáveis e que respeitem princípios constitucionais em sua fundamentação, o que viola a democracia (CF, arts. 1º, *caput* e § único), bem como vulnera a separação de poderes (CF/88, art. 2º).

A democracia é atacada por não permitir a compreensão, via cotejo da “fundamentação” trazida na PEC 159/2019 com a realidade que ela pretende mudar, por absoluta falta de dados empíricos sobre o que se afirma na citada PEC. O texto da PEC 159/2019 interdita a possibilidade de debate na esfera pública das razões pelas quais a Constituição deva ser alterada para retomar a idade de 70 anos para a aposentadoria compulsória de membros do Ministério Público, das Defensorias Públicas, dos Tribunais e Conselhos de Contas.

A separação de poderes é atacada pelos seguintes fundamentos:

1 – a PEC 159/2019 ataca a função jurisdicional não se enquadra como regime jurídico administrativo, com os(as) magistrados(as) sendo órgão do Poder Judiciário (CF/88., art. 92) e que devem se submeter à regulação funcional e previdenciária posta na Constituição e na legislação.²⁵

²³ STRECK, Lenio; JUNG, Luã. REVOGAÇÃO DA PEC DA BENGALA A febre legislativa das PECs, Propostas Especiais de Charlatanismo. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pec-da-bengala-febre-legislativa-propostas-especiais-charlatanismo-26112021> Acesso em 10fev2022.

²⁴ STRECK, Lenio; JUNG, Luã. REVOGAÇÃO DA PEC DA BENGALA A febre legislativa das PECs, Propostas Especiais de Charlatanismo. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pec-da-bengala-febre-legislativa-propostas-especiais-charlatanismo-26112021> Acesso em 10fev2022.

²⁵ ALBUQUERQUE, Denny. PEC 159/2019: um risco à função jurisdicional. Disponível em:



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080 Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173
www.iabnacional.org.br iab@iabnacional.org.br

2 - Isso porque restringe “o exercício do Poder Jurisdicional, na medida em que encerra a jurisdição de magistrados por limite de idade, o que se tem é uma limitação dos órgãos de um dos Poderes da República, ainda que de modo temporário. Não se trata de mera expectativa de direito funcional, mas de substancial exercício de poder conferido pela Carta Magna aos órgãos de um de seus Poderes”.²⁶

3 - Como dito, proíbe-se o excesso (Übermassverbot), visto que “o poder de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar, no sentido de assegurar uma proteção suficiente dos direitos fundamentais (Untermassverbot)”²⁷ e a restrição ao tempo máximo de exercício da função jurisdicional e de membro do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos Tribunais de Contas deve vir acompanhada de uma fundamentação que a justifique, o que não ocorre com a PEC 159/2019.

4 - Sobre a proibição do excesso, já se manifestou o Ministro Gilmar Mendes na ADI 6.678:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada, mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit).

O subprincípio da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é 'simplesmente inadequado' (schlechthin ungeeignet),

<https://www.migalhas.com.br/depeso/355770/pec-159-2019-um-risco-a-funcao-jurisdicional>
Acesso em 10fev2022.

²⁶ ALBUQUERQUE, Denny. PEC 159/2019: um risco à função jurisdicional. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/355770/pec-159-2019-um-risco-a-funcao-jurisdicional>
Acesso em 10fev2022.

²⁷ Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes no STF – ADI 6678. Rel. Min. Marco Aurélio. DJe de 04.10.2021.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080 Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173
www.iabnacional.org.br riab@iabnacional.org.br

'objetivamente inadequado' (objektiv ungeeignet), 'manifestamente inadequado ou desnecessário' (offenbar ungeeignet oder unnötig), 'fundamentalmente inadequado' (grundsätzlich ungeeignet), ou 'se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado' (ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann).

O subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso ao indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.

Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação.

Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final. De qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito). É possível que a própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de avaliação ou de ponderação que devem ser adotados. Pieroth e Schlink advertem, porém, que nem sempre a doutrina e a jurisprudência se contentam com essas indicações fornecidas pela Lei Fundamental, incorrendo no risco ou na tentação de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz.

Tendo em vista esses riscos, procura-se solver a questão com base nos outros elementos do princípio da proporcionalidade, enfatizando-se, especialmente, o significado do subprincípio da necessidade. A proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um controle de sintonia fina (Stimmigkeitskontrolle), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão". (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 223/226).²⁸

²⁸ Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes no STF – ADI 6678. Rel. Min. Marco Aurélio. DJe de 04.10.2021.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080 Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173
www.iabnacional.org.br iab@iabnacional.org.br

A PEC 159/2019 não encontra eco na proporcionalidade em sentido estrito, com base no apontado acima, a ratificar a objeção advinda da limitação material ao Poder Constituinte Derivado reformador, tendo em vista que restringe temporalmente o exercício da função jurisdicional e de outros atores do Direito, a limitar o Poder Judiciário, a violar a harmonia e a independência entre os poderes, na forma do art. 2º da CF/88.

5 – No que tange ao STF como colocado pela Presidente do IAB, o Ministro Ricardo Lewandowski e a Ministra Rosa Weber, que têm hoje 73 anos, se aposentariam compulsoriamente, abrindo vaga para a nomeação de dois novos Ministros(as) pelo atual Presidente da República em pleno ano eleitoral no qual ele deve concorrer à reeleição. Como não se sabe quando estas indicações e nomeações ocorreram, vide a demora na indicação, na sabatina pelo Senado e a nomeação do Ministro André Mendonça, o STF poderá ficar desfalcado de dois membros, o que prejudica a prestação jurisdicional.²⁹

15

6 – Tem razão Dennys Albuquerque:

Assim, em relação aos magistrados do STF, temos um tratamento jurídico constitucional expressamente diferenciado e que não pode, portanto, ser desconsiderado pelo legislador.

É sabido que os ministros do STF estão credenciados pela Carta da República a exercerem nas estritas hipóteses nela previstas o poder político que ordinariamente é conferido aos parlamentares e ao Chefe do Executivo.

Tal situação é observada, por exemplo, quando o Presidente do Supremo Tribunal preside o Senado Federal nos casos de julgamento de impedimento por crimes de responsabilidade previstos nos incisos I e II do art. 52 da Constituição. Ou, ainda, na hipótese de impedimento ou vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, que está descrita no art. 80 da CF/88.

Aliás, justamente por estarem na linha sucessória presidencial, os ministros do STF (Presidente ou Vice no exercício da Presidência) exercem temporariamente o cargo de Presidente da República nas situações de ausência do Vice-Presidente e dos Presidentes da

²⁹ Nesse sentido: ALBUQUERQUE, Dennys. PEC 159/2019: um risco à função jurisdicional. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/355770/pec-159-2019-um-risco-a-funcao-jurisdicional> Acesso em 10fev2022.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080 Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173
www.iabnacional.org.br iab@iabnacional.org.br

Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

E esse exercício temporário de poder se dá de forma efetiva e plena, uma vez que o magistrado do STF terá todas as prerrogativas e competências constitucionais de Chefe do Executivo enquanto no cargo estiver, sem, no entanto, perder a sua jurisdição.

A Constituição, inteligentemente, permite esse acúmulo de poderes temporários exclusivamente aos juízes da Suprema Corte.

Percebe-se, desse modo, que a Constituição de 1988, de forma expressa, conferiu aos ministros do STF (e somente a eles) não apenas o poder jurisdicional, mas, também, um poder político pleno, ainda que exercido exclusivamente em situações especiais.

Por essa razão, uma Proposta de Emenda Constitucional que limite o gozo de tais poderes pelo critério da idade pode, em tese, atingir um ministro da Suprema Corte no pleno exercício de seu poder jurídico-político, resvalando, por consequência, a esfera de independência do Poder Judiciário, em clara afronta ao princípio da independência dos poderes, o que, por óbvio não encontra respaldo na Constituição Federal.

Nessa quadra, uma possível solução para esse uróboro normativo seria a inserção de dispositivo na Proposta de Emenda Constitucional que preserve os atuais ocupantes dos cargos. Assim, estariam atendidos os requisitos-regra em questão (razoabilidade, proporcionalidade em sentido estrito e independência dos Poderes).

Conclui-se, por fim, que embora plenamente possível o trâmite e deliberação de Proposta de Emenda Constitucional nos termos sugeridos na de número 159/2019, é indispensável que o Parlamento realize uma interpretação sistemática de seu conteúdo, de modo a não permitir violações ocultas ao texto constitucional.

4ª CONCLUSÃO. Ante o exposto, a PEC 159/2019 fere limitações formais (falta de clareza quanto aos fundamentos de mudança do art. 40, §1º, II, da CF/88 e revogação do art. 100 do ADCT, a violar o art. 100, § 2º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados) e limitações materiais (violação da democracia e da separação de poderes), a ensejar a sua inconstitucionalidade da PEC 159/2019.

É o pronunciamento.

Brasília, 10 de fevereiro de 2022.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080 Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br riab@iabnacional.org.br

Pablo Malheiros da Cunha Frota

PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA

Membro da Comissão de Direito Constitucional do IAB