



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Emenda Constitucional n. 88/15  
Uma análise interpretativa para o Poder Judiciário

Cheker Miguel Haddad Kury

Rio de Janeiro  
2015

CHEKER MIGUEL HADDAD KURY

**Emenda Constitucional n. 88/15**  
**Uma análise interpretativa para o Poder Judiciário**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro

2015

**EMENDA CONSTITUCIONAL N. 88/15**  
**Uma análise interpretativa para o Poder Judiciário**

Cheker Miguel Haddad Kury

Graduado pela Faculdade de Direito de Campos.  
Advogado. Pós-graduado em Direito Público e  
Privado pela Faculdade de Direito de Campos.

**Resumo:** Com a publicação da Emenda Constitucional n. 88/15, que alterou o artigo 40, §1º, inciso II, da Constituição da República, criou-se uma nova possibilidade de aposentadoria compulsória para os servidores públicos, em especial para os membros do Poder Judiciário integrantes dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, defendendo o estudo a necessidade de diversas interpretações da norma condizentes com a possibilidade da a ideia constitucional da nacionalização da justiça.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Ministro de Tribunal Superior. Desembargador. Aposentadoria. Compulsoriedade.

**Sumário:** Introdução. 1. Histórico da Emenda no Senado Federal: origem da norma. 2. Debates na Câmara de Deputados. 3. Da Interpretação da Emenda. Conclusão. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

A presente pesquisa científica discute as interpretações cabíveis à norma constitucional oriunda do poder constituinte derivado, qual seja, a Emenda Constitucional n.88/15, que modificou o artigo 40, parágrafo primeiro, inciso segundo da Constituição Federal e introduziu o artigo 100 aos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, gerando como efeito direto o aumento no limite de idade para aposentadoria dos Ministros de Tribunais Superiores e Tribunal de Contas da União e mediato para os demais servidores públicos, estes dependentes de legislação complementar.

Antes de discutir-se os pontos que levaram à elaboração do presente artigo, os quais suscitam dúvidas sociais e questionamentos jurídicos sobre a novel Emenda, é imperioso que se contextualize o momento político no qual a Emenda foi criada, bem como analisar as discussões travadas no Senado Federal e Câmara de Deputados Federais de forma a inferir

qual o seu verdadeiro significado, e, por conseguinte, verificar quais os efeitos advindos da norma ao final criada.

Sendo assim, caberá no presente artigo expor o histórico da criação da Emenda, analisar a discussão em cada Casa competente e também tecer comentários sobre a eventual inconstitucionalidade que ela possua, pugnado, ao final, por uma adequação da Emenda Constitucional n.88/15 à realidade do judiciário.

O estudo enfoca a temática constitucional do aumento do limite de idade para a aposentadoria compulsória e seus efeitos para o judiciário que visa, desde 2004 com a Emenda Constitucional n.45, uniformizar os direitos e garantias para os magistrados de carreira, desembargadores e ministros. O tema se mostra relevante porque é função da Escola da Magistratura discutir as alterações no regime constitucional e previdenciário para o poder em comento, bem como para a sociedade analisar se a manutenção de determinados integrantes do judiciário em seus cargos é salutar para as jurisprudências formadas no país.

O tema é ainda de natureza muito recente e controvertida, uma vez que a Emenda Constitucional n.88 foi promulgada em 08 de maio de 2015, gerando controvérsias nos tribunais de justiça estaduais e a propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade a merecer atenção, uma vez que o Supremo Tribunal Federal ainda não decidiu, definitivamente, sobre a constitucionalidade plena da norma em comento.

Inicia-se o primeiro capítulo do estudo investigando a origem da norma, por meio das análises travadas no Senado Federal, uma vez que nesta casa debatia-se que não seria crível que os integrantes da cúpula do Poder Judiciário brasileiro aposentassem aos setenta anos de idade diante do aumento da expectativa de vida e ainda com largo e robusto preparo intelectual para oferecer à sociedade.

Segue o segundo capítulo analisando o processo legislativo da Emenda Constitucional na Câmara dos Deputados, como a eventual ruptura do princípio da isonomia entre os

servidores públicos em geral, a necessidade de compor o judiciário com magistrados mais experientes, o crescente aumento da expectativa de vida dos idosos, momento no qual a norma ganha os contornos conferidos na sua promulgação.

E, por fim, o terceiro capítulo explora a interpretação sistemática e teleológica da norma, uma vez que deveria ser faculdade do ministro a sua permanência ou não no cargo por mais cinco anos, possibilitando-o a aposentadoria plena já aos setenta anos, debatendo, ainda, eventual conflito entre a Emenda e a nacionalização do Judiciário e colaciona as ações de mandado de segurança e ação direta de constitucionalidade proposta sobre o tema, esta última ainda sem julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva e mediante a exploração dos debates parlamentares ocorridos no processo legislativo da emenda em questão.

## **1. HISTÓRICO NO SENADO FEDERAL: ORIGEM DA NORMA**

No ano de 2014, os jornais mais importantes do Brasil noticiavam que estava em discussão, no Congresso Nacional, proposta de Emenda n. 457/2005 para alterar o limite de idade de permanência em cargos públicos, sendo que essa Emenda ganhou o nome de PEC da bengala.

Muito embora esse tema tenha sido frequentemente veiculado no ano passado, como já dito acima, a PEC da bengala já esta em discussão no congresso há muitos anos. O projeto surgiu no Senado Federal e foi uma ideia trazida pelo senador Pedro Simon no ano de 2003.

A ideia principal do senador, idealizador da proposta de Emenda, era a modificação do tempo de aposentadoria compulsória dos setenta anos para os setenta e cinco anos e,

naturalmente, numerosos foram os argumentos trazidos por ele para justificar essa modificação.

Logo, de início, se disse que os integrantes dos altos cargos pensantes do país, com o advento da idade, aumentam substancialmente seu preparo intelectual e adquirem largo tirocínio profissional e que, portanto, no auge da idade de sua qualificação profissional, deveriam permanecer no cargo para contribuir com suas experiências, uma vez que em se tratando de membros da magistratura, por exemplo, a justiça da decisão poderia ser melhor alcançada por alguém com maior vivência pessoal e jurídica.

Para o criador da proposta, não faz qualquer sentido que, no âmbito privado e, também, na atividade político partidária, indivíduos com idade bem superior aos setenta anos de idade permaneçam em pleno exercício de suas funções, sem que isso se constitua em impedimento mas, pelo contrário, traz segurança e credibilidade para a sociedade, enquanto que no serviço público, funcionários altamente qualificados sejam compulsoriamente afastados, simplesmente porque atingiram uma idade limite que a Lei entende como razoável.

A despeito da proposta ter sido para alterar dispositivos constitucionais reativos aos limites máximas de idade para a aposentadoria compulsórias do servidor público em geral, a ideia era alcançar a Magistratura, especificamente, pois segundo a proposta, a sociedade ganharia muito e "[...] nada mais apropriado à atividade jurisdicional que esta seja exercida por julgadores calejados e experimentados, pois sabemos que a letra inerte da Lei nem sempre é suficiente para estabelecer uma decisão ou sentença justas"<sup>1</sup>.

Importante frisar, neste momento, que essa proposta original, do senador Pedro Simon, não tinha por objetivo alcançar aqueles indivíduos que já tivessem atingido o tempo suficiente para se aposentarem, pois a permanência no cargo, após os setenta anos e já alcançado o

---

<sup>1</sup> BRASIL. Proposta de emenda à constituição nº 42/2003. Data 03.06.2003. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=58362](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=58362)>. Acesso em: 17 mai. 2015.

tempo de serviços necessários para se aposentar, seria uma faculdade para aqueles que desejassem permanecer no serviço público por satisfação pessoal.

Aliás, o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania do Senado Federal, da relatoria do senador José Jorge, que votou pela aprovação da proposta de Emenda Constitucional, seguiu exatamente o entendimento segundo o qual a manutenção do cargo, após completado setenta anos de idade, e já alcançado o tempo de serviço "[...] não significa obrigar os servidores a permanecerem por mais tempo em seus postos". E concluiu afirmando que "[...] a proposta não atinge aqueles que podem requerer a aposentadoria com base no tempo de serviço, conforme observam os autores, na justificação, ao afirmarem que se constitui apenas numa faculdade para aqueles que querem permanecer no serviço público por satisfação pessoal [...]"<sup>2</sup>.

## **2. DEBATES NA CÂMARA DE DEPUTADOS**

Seguindo o curso natural do processo legislativo de uma Emenda Constitucional, a PEC da bengala foi enviada para a Câmara dos Deputados Federais que, de plano, na comissão especialmente designa para analisá-la, elencou questões de grande relevo que acabaram por refletir no texto final que deu origem à Emenda Constitucional n. 88/15.

Eis alguns desses pontos importantes: a) a aplicação da regra da compulsoriedade a partir de setenta e cinco anos somente para a magistratura e, não, para os servidores públicos em geral, seria inconstitucional, pois contraria o princípio Constitucional da isonomia (art.5º, CRFB); b) seria imprescindível a presença de magistrados experientes, pois garantiria, de certa forma, à sociedade sentenças juntas e consentâneas com os objetivos fundamentais preceituados no artigo 3º da Constituição Federal; c) com o crescente aumento da expectativa

---

<sup>2</sup> Ibid.

de vida do idoso e aumentado, por conseguinte, sua capacidade de produção e autonomia vital, não faz qualquer sentido a Constituição Federal determinar que indivíduos plenamente capazes e saudáveis se aposentem compulsoriamente aos setenta anos de idade e, por fim; d) suscitou-se, ainda, que é ilógico excluir da aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos de idade, que antes era aos setenta anos, os desembargadores dos respectivos Tribunais de Justiça Estadual e dos Tribunais Regionais Federais.

Inicialmente, deve-se observar que a afirmação da Câmara de Deputados, segundo a qual aplicação da regra da compulsoriedade a partir de setenta e cinco anos somente para a magistratura quebra a regra Constitucional da isonomia, com todas as interpretações que podem ser feitas, não faz qualquer sentido. Segundo a Câmara:

A discriminação entre os agentes públicos que é feita pela PEC (...), é inconstitucional pois cria categorias diferenciadas, isto é, aqueles agentes públicos considerados de 1 classe são de imediato beneficiados pelo texto Constitucional e os demais, que constituem a maioria dos agentes públicos deverão submeter-se às disposições que serão formalizadas em Lei complementar<sup>3</sup>.

Contudo, será que a quebra da isonomia não seria exatamente o contrário do que faz crer a Câmara dos Deputados Federais? Veja que a PEC da bengala atingiria, inicialmente - antes da elaboração da Lei complementar a qual disciplinaria a aplicação da regra da compulsoriedade para os demais servidores públicos - os magistrados do STF, STJ, TST, TSE, STM e, também, ministros do TCU.

Em outras palavras, se estaria concedendo esse benefício de se aposentar compulsoriamente aos setenta e cinco anos de idade e, não, aos setenta anos de idade a um grupo de no máximo setenta agentes públicos, número que se extrai do somatório dos membros dos tribunais superiores citados acima, deixando de fora mais de 990 mil servidores públicos.

---

<sup>3</sup> BRASIL. Proposta de emenda à constituição nº 457/2005. Data 07.12.2005. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=298878>>. Acesso em: 17 mai. 2015.

Esse, aliás, foi o argumento principal do Juiz Presidente da AMB - Associação dos Magistrados do Brasil - que em audiência pública realizada na Câmara dos Deputados disse que "o texto aprovado no Senado altera a idade para a aposentadoria compulsória de (...) setenta agentes públicos. E o mais intrigante é que se trata de um grupo de setenta agentes públicos de um universo de 990 mil 577 servidores que prestam serviços ao Executivo e Judiciário"<sup>4</sup>.

Logo, se há, de fato, uma inconstitucionalidade na Emenda Constitucional n. 88/15, essa não é por motivo de eventual contrariedade ao princípio da isonomia.

Num segundo momento, e seguindo a mesma ideia do Senado Federal, a Câmara de Deputados entende que a idade avançada do magistrado gera benefícios aos jurisdicionados, uma vez que sua experiência é capaz de produzir sentenças mais justas e equilibradas com a realidade social.

Outro argumento que surge diz respeito ao aumento da expectativa de vida do idoso. Segundo a Câmara dos Deputados, seria absurdo um magistrado se aposentar compulsoriamente aos setenta anos, já que ainda há capacidade produtiva e autonomia vital<sup>5</sup>.

Ao que tudo indica, a Câmara generaliza a ideia de que todos os indivíduos, hoje em dia, com mais de setenta anos, são cheios de vida e, portanto, capazes trabalhar indefinidamente<sup>6</sup>. Não se pode utilizar do argumento de que houve um aumento da expectativa de vida da população brasileira para, na sequência, obrigar um indivíduo com setenta anos de idade trabalhar arduamente, como se jovem fosse.

A regra Constitucional<sup>7</sup> que previa o limite de trabalho até os setenta anos de idade, além de ser uma norma que tinha por objetivo oxigenar o serviço público, possibilitando que

---

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2015. Art. 40

novos servidores integrem o corpo estatal, trazia consigo também um aspecto claríssimo de preocupação e cuidado com o ser humano. Não é correto obrigar uma pessoa que já contribuiu para com o Estado ficar mais cinco anos trabalhando intensamente.

Deve-se levar em conta, ainda, que normalmente a carga de trabalho nos tribunais superiores é bem maior que aquela existente em determinados varas cíveis de primeiro grau, por exemplo. O que se esta querendo dizer é que não se pode tratar um indivíduo de mais de setenta anos de idade da mesma maneira que se trata aquele que acabou de ingressar na magistratura, por exemplo, sob pena de se ferir a dignidade daquele que já está idoso e que tanto trabalhou para alcançar um momento de tranquilidade em sua vida.

Note-se que a dignidade da pessoa humana<sup>8</sup>, à que se fez alusão anteriormente, não esta ligada somente ao aspecto físico e mental desse indivíduo que esta sendo obrigado a trabalhar ate os setenta e cinco anos de idade mas, também, a chance que ele deve ter, caso assim seja de sua escolha, ingressar em outras carreiras, fazer parte de outros negócios. Impedi-lo de se aventurar em outras áreas do ramo jurídico ou iniciar uma sociedade empresária, por exemplo, é criar uma forma de escravidão no serviço público.

Questão ainda a ser debatida diz respeito à exclusão que a Emenda Constitucional n. 88/15 fez em relação aos desembargadores dos Tribunais de Justiça Estadual e dos Tribunais Regionais Federais os quais, diferentemente dos membros dos tribunais superiores, não serão compulsoriamente aposentados aos setenta e cinco anos de idade mas, sim, aos setenta anos.

Segundo a Justificativa dada à época pelo Deputado Federal Júlio Cesar:

[...] não há razão de se excluir da aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos de idade os nobres Desembargadores dos Tribunais Estaduais e Federais, eis que igualmente aos Ministros elencados na Emenda original do Senado podem em muito contribuir para o êxito e bem julgar as ações demandadas aos seus respectivos Tribunais, haja vista suas vastas experiências adquiridas no decorrer desde o ingresso na Magistratura até seu posto de Desembargador<sup>9</sup>.

---

§1º [...]

II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.215.

<sup>9</sup> BRASIL, op.cit., nota nº 03.

A despeito da Emenda Constitucional n. 88/15 prevê a aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos de idade para os magistrados do STF, STJ, TST, TSE, STM e, também, ministros do TCU e levando-se em conta, ainda, que deverá ser criada Lei Complementar para a extensão da mesma regra para Juízes e Desembargadores, poderão os Estados, com fulcro no artigo 24, §3º da Constituição Federal<sup>10</sup>, exercer competência legislativa plena para atender suas peculiaridades.

O que se está dizendo é que um Estado da Federação poderá criar uma Lei própria disciplinando sobre a extensão da aposentadoria dos desembargadores de setenta para setenta e cinco anos de idade, já que poderá ele legislar plenamente na hipótese de ausência de Lei Complementar a qual, em regra, trás normas gerais sobre o novo instituto.

O Estado do Rio de Janeiro, indo na contramão do que se disse acima, elaborou a Emenda Constitucional n. 59/15, para reproduzir em sua Constituição Estadual a nova regra quanto a extensão do prazo de aposentadoria compulsória para setenta e cinco anos de idade.

Observe-se que logo após o surgimento da Emenda Constitucional Estadual n. 59/15, foram propostas algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sendo que duas dessas foram iniciadas pela Associação dos Magistrados do Brasil (ADI n.5298) e pelo Conselho Nacional do Ministério Público (ADI n.5304), que em seu bojo afirmaram, com veemência, entre outras coisas, que a já citada Emenda Constitucional do Estado do Rio de Janeiro viola a Constituição Federal em seus artigos 40, §1º, inciso II e artigo 93, inciso VI, uma vez que a Carta impõe que:

[...] o limite de idade para aposentadoria para o servidor público, não pode, nenhuma outra norma, contradizer o que lá está explícito. Não há margem para que se entenda de outra forma. A norma é clara e objetiva ao dispor como limite de idade para aposentadoria setenta anos e por isso deve ser respeitada e acolhida, inclusive pelas Constituições Estaduais<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:[...] § 3º Inexistindo Lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5316. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4771054>>. Acesso em 17 mai. 2015.

O ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu no dia 13 de maio de 2015 liminar para suspender a Emenda Constitucional n. 59/2015, publicada no Diário Oficial do Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro, que elevou em cinco anos a idade de aposentadoria compulsória de membros do Ministério Público e magistrados<sup>12</sup>. Confira-se a decisão:

[...] Tendo em vista a existência de precedentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal (ADI n. 4.696 e ADI n. 4.698) concedendo liminar com eficácia retroativa (ex tunc) em situações idênticas à presente nestes autos, defiro o pedido liminar ad referendum do Plenário para: 1- suspender, com eficácia retroativa (ex tunc), o inciso VI, do art. 156, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem como o art. 93 do ADCT da mesma Constituição estadual, ambos com a redação dada pela Emenda Constitucional n. nº 59, promulgada em 09.04.2015 e publicada no DOE de 10.04.2015; 2- suspender a tramitação de todos processos que envolvam a aplicação dos dispositivos normativos indicados no item 1 acima até o julgamento definitivo da presente ação direta de inconstitucionalidade; 3- declarar sem efeito todo e qualquer pronunciamento judicial ou administrativo que, com fundamento na EC n. 59/2015 à Constituição do Estado do Rio de Janeiro, assegure a qualquer agente público estadual o exercício das funções relativas a cargo efetivo após ter completado setenta anos de idade, nos termos do art. 40, § 1º, II, da Constituição da República [...].

Apesar de o Supremo Tribunal Federal, como visto anteriormente, ter suspenso em sede de liminar a eficácia Emenda Constitucional Estadual n.59/15, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sede de mandado de segurança, concedeu a um Desembargador, por via liminar, a permanência no cargo utilizando como parâmetro para a decisão a Emenda Constitucional n. 88/15.

Importante frisar que a decisão de concessão da liminar em mandado de segurança foi calcada na ideia de que:

[...] a Constituição de 1988, ao fixar a idade para a aposentadoria compulsória dos servidores das três esferas da Federação em setenta anos (art.40, §1º, II), não deixou margem para a atuação inovadora do legislador constituinte estadual, pois estabeleceu norma de observância obrigatória para Estados e Municípios<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> BRASIL. Órgão Especial do Tribunal de Justiça Do Rio de Janeiro. Mandado de Segurana n. 0022332-34.2015.8.19.0000. Relator Nildson Araújo da Cruz. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 17 mai. 2015.

Ainda que o argumento acima já tivesse sido suficiente para que se possa entender possível a imediata aplicação da nova disciplina trazida pela Emenda Constitucional n. 88/15 em âmbito estadual, a liminar em Mandado de Segurança, impetrado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro trouxe, no corpo de sua decisão, um trecho do julgamento da ADI n.4696 da lavra do Ministro Celso de Mello, que trata sobre o regime homogêneo em tema de aposentação, inclusive a compulsória, que se aplica tanto aos servidores públicos em geral, quanto aos magistrados, o qual afasta por completo qualquer teoria contrária a impossibilidade de aplicação da Emenda Constitucional n. 88/15 aos desembargadores dos Tribunais de Justiça Estadual e dos Tribunais Regionais Federais<sup>14</sup>. Veja-se:

Não se desconhece que a Constituição da República estabeleceu regime homogêneo em tema de aposentação, inclusive em matéria de aposentadoria compulsória, seja quanto aos servidores públicos em geral (CF, art. 40, § 1º, II), seja quanto aos próprios magistrados (CF, art. 93, VI).

Não cabe, pois, ao Estado-membro qualquer parcela de liberdade decisória para inovar em tema de aposentadoria compulsória, não podendo invocar, para tanto, a sua própria autonomia, sujeita, necessariamente, por efeito do que dispõe o art. 25 da Constituição da República, aos princípios e determinações que emanam do texto de nossa Lei Fundamental.

O tema ora em exame, considerado o regramento jurídico estabelecido pela vigente Constituição da República, pode ser unicamente disciplinado pelo Congresso Nacional (e por este, apenas) com fundamento em seu poder reformador, traduzindo, portanto, matéria passível de regulação, em sede estritamente constitucional, pelo Poder Legislativo da União.

Repisa-se que, no julgamento do dia 21 de maio de 2015, o Ministro Luiz Fux concedeu liminar nos autos da ação direta de inconstitucionalidade n. 5316<sup>15</sup> para suspender qualquer tipo de aplicação da emenda em comento aos desembargadores dos Estados por entendê-la inaplicável na espécie.

### **3. DA INTERPRETAÇÃO DA EMENDA**

---

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> BRASIL, op.cit., nota nº 11.

Após a exposição dos debates travados no Senado Federal, casa originária da emenda em comento, e na Câmara de Deputados, chega-se ao texto normativo final para a interpretação dos destinatários fáticos da norma e da sociedade.

Assim, tem-se que a Emenda Constitucional n. 88/15 mantém a regra da aposentadoria compulsória descrita no art. 40, §1º, II, da CRFB/88<sup>16</sup> com idade de setenta anos para os servidores públicos, sejam eles federais, estaduais ou municipais, de qualquer dos Poderes, incluindo os magistrados dos Tribunais de segunda instância.

A exceção é conferida aos ministros de tribunais superiores e do tribunal de contas da União, já que desde a publicação da Emenda possuem a compulsoriedade da aposentadoria a partir dos setenta e cinco anos de idade.

Considerando que o presente artigo pretende trazer à baila as possíveis interpretações que poderão ser conferidas diante da alteração da norma constitucional, num estudo voltado apenas para o Poder Judiciário, importante passar a tratar das consequências jurídicas. É de fundamental importância a interpretação exegética dos dispositivos alterados pela Emenda Constitucional n. 88/15.

Destaca-se o ensinamento dado por Konrad Hesse<sup>17</sup> para melhor interpretarmos os fatos da vida à luz constitucional:

Se o direito e, sobretudo, a Constituição têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

---

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., nota nº 07.

Art. 40 § 1º [...]

II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos setenta (setenta) anos de idade, ou aos setenta e cinco (setenta e 5) anos de idade, na forma de Lei complementar.

<sup>17</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução Carlos dos Santos Almeida; Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Martins Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p.136

O primeiro ponto é obrigatoriedade de exercer a função judicante até completar setenta e cinco anos para se obter os proventos integrais do benefício de aposentadoria. Ou seja, fundamentou o legislador reformador que o aumento da expectativa de vida, tornando o homem mais longevo, deveria ser condição para também prorrogar o prazo de tempo de serviço para o colegiado judiciário.

É certo que os tribunais superiores abarcam juristas com profundo conhecimento e saber jurídico e capacidade intelectual para muito contribuir para a sociedade. Contudo, a Emenda Constitucional n. 88/15 não deveria aprisioná-los por mais cinco anos para que obtenham a aposentadoria integral.

Desta forma, a pergunta norteadora é qual o sentido a ser conferido à Emenda Constitucional para àqueles que já completaram setenta anos, contribuíram de forma estenuante e intelectualmente para o país e desejam o benefício integral da aposentadoria. Essa pergunta tangencia a norma porque ao estudarmos os debates travados pelos representantes da democracia é latente que vontade do poder constituinte derivado reformador era conferir liberdade aos membros dos Tribunais Superiores para, caso desejassem, estendessem suas atividades até os setenta e cinco anos, sem constituir uma imposição ao ser humano o qual poderia ter o direito de gerir a sua vida de forma diferente após os setenta anos.

Com efeito, poderia ser afirmado o entendimento que não há direito adquirido à regime jurídico e, portanto, imperiosa será a continuidade no serviço público por mais cinco anos. Todavia, este argumento pode ser declinado quando a própria Emenda Constitucional n.88/15 confere diferenças de regime jurídico do ministro de tribunal superior e os demais integrantes do serviço público.

Ademais, o argumento de vida mais produtiva para o trabalho pode ser utilizado às avessas no sentido de se utilizar essa fase da vida para dedicação em outras atividades que não

a judicial num tribunal superior, cujas competências constitucionalmente estabelecidas são as de mais peso e relevância jurídica.

Sequer trouxe a Emenda Constitucional a possibilidade de adaptação gradual da norma, de forma a implementar esta aposentadoria compulsória de forma escalonada, como por exemplo um aumento no tempo de contribuição a cada ano, de forma a adaptar tanto os destinatários imediatos da norma como a sociedade.

Impende destacar também que a extensão da aposentadoria compulsória poderá impedir a inovação jurisprudencial na interpretação do ordenamento jurídico, bem como a renovação dos colégios judiciários, levando a lascas no princípio democrático. O poder da república deve ser exercido de forma temporária e a extensão no já longo prazo conferido ao Poder Judiciário, representante constitucional argumentativamente do cidadão<sup>18</sup>, ocasionaria uma manutenção de ideias não salutar para o regime democrático no qual se propõe a renovação constante de argumentos.

Solução a ser conferida para a prática dos Tribunais é o desembargador optante por não continuar exercendo a função julgante informar ao Tribunal ao qual está vinculado com, no mínimo, três meses de antecedência que não pretende utilizar o direito ao qual lhe foi garantido pela CRFB de permanecer mais cinco anos no cargo, de forma a não prejudicar eventual distribuição de processos para a câmara que trabalha.

A segunda questão a ser debatida é eventual conflito com a nacionalização do judiciário. Isto porque com o ingresso da Emenda Constitucional n. 45/04 no ordenamento jurídico, com a proposta de reforma do judiciário, conferiu-se à carreira magistratura uma característica una e nacionalizada, sendo o CNJ – Conselho Nacional de Justiça um

---

<sup>18</sup> ALEXYS, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução Luís Afonso Heck. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 217, jul/set, 1999.

importante passo para essa concretização. Assim, não poderia haver diferenças com relação a ao tempo para aposentadoria compulsória entre os Ministros e os Desembargadores.

Neste sentido, surge o questionamento sobre a possibilidade de estender, sem a criação de Lei complementar nacional ou estadual, a aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos para os Juízes e Desembargadores, uma vez que a magistratura é carreira una.

Um possível posicionamento é que a nomeação dos ministros de Tribunais Superiores não guarda nenhuma pertinência com a carreira da magistratura, vez que de acordo com o art. 101 da CRFB<sup>19</sup>, por exemplo, determina que a escolha dos onze ministros vitalícios do Supremo Tribunal Federal é atribuição do Presidente da República, submetendo-o a sabatina pelo Senado Federal, sendo como única exigência é o candidato contar entre 35 e 65 anos de idade e notável saber jurídico e reputação ilibada.

De outra monta, pesquisa jurisprudencial revela se aproximar da ideia una da magistratura. Tem-se como exemplo o julgamento do Mandado de Segurança n. 0022332-34.2015.8.19.0000<sup>20</sup> pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que concedeu liminar para manter o desembargador que optou claramente por continuar a exercer a judicatura, senão vejamos:

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DIREITO DO IMPETRANTE,  
DESEMBARGADOR INTEGRANTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota nº 07.

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota nº 14.

Ainda é importante registrar o caráter nacional do Poder Judiciário, como tem declarado o Supremo Tribunal Federal, pelo que malferiria a Carta da República qualquer interpretação tendente a estabelecer interpretação arbitrária que desconsiderasse o tratamento isonômico que lhe é devido (Medida cautelar na ADI 3.854-1/DF, relator Ministro César Peluso). Destarte, na dicção do próprio Supremo Tribunal Federal, a norma regente do caso concreto é de observância obrigatória também para o Estado do Rio de Janeiro e a aposentação compulsória do impetrante aos setenta (setenta) anos de idade ensejaria flagrante violação à Carta Federal. Em suma, por haver norma constitucional vigorante, aplicável também aos magistrados fluminenses por força do art. 93, VI, da Constituição Federal e tendo em vista o caráter nacional, uno e indivisível, da magistratura, cujos integrantes agora só se submetem à aposentação compulsória aos setenta e cinco (setenta e cinco) anos de idade e, considerando, como está provado pelo documento constante da pasta eletrônica 3 do anexo, que o impetrante completará 70 (setenta) anos no próximo dia 17 deste mês, restam manifestas a urgência do provimento pretendido e a plausibilidade do direito que pretende seja jurisdicionalmente tutelado desde logo.

FLUMINENSE, À APOSENTAÇÃO COMPULSÓRIA SOMENTE QUANDO COMPLETAR SETENTA E CINCO ANOS DE IDADE. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO E PERIGO QUE DECORRERIA DA DEMORA DE UMA TUTELA JURISDICIONAL. CARÁTER NACIONAL, UNO E INDIVISÍVEL DA MAGISTRATURA. A NORMA CONSTITUCIONAL VIGORANTE, AO ESTABELECE O LIMITE ETÁRIO DE SETENTA E CINCO (75) ANOS PARA A APOSENTADORIA COMPULSÓRIA, ALCANÇA O IMPETRANTE, PELO QUE SE PODE QUALIFICAR, PELO MENOS POR ORA, COMO BOM O DIREITO PARA O QUAL BUSCA A TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA.

Imperioso destacar que existem mais dois julgados<sup>21</sup> sobre a possibilidade de conferir a extensão dos cinco anos trazidos pela Emenda em comento para os desembargadores que

---

<sup>21</sup> BRASIL. Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de Segurança n. 2091014-12.2015.8.26.0000. Relator Roberto Mortari. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 17 mai. 2015. Enfim, por força do princípio constitucional da igualdade, até que a Lei complementar a que faz referência o artigo 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, faz-se mister que seja reconhecido a todos os demais Magistrados, e não só aos Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, o direito de permanecerem no cargo até o novo limite de setenta e cinco (setenta e 5) anos de idade estabelecido para a aposentadoria compulsória.

\_\_\_\_\_. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Mandado de Segurança n. 0005603-84.2015.8.17.0000. Relator BARTOLOMEU BUENO. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/consulta/processual/2grau>>. Acessado em: 17 mai. 2015. [...] Sob esta ótica, compulsando os argumentos expendidos pelo impetrante, bem como os documentos que instruem a peça exordial, constata-se a plausibilidade do direito invocado pelo impetrante de sorte a autorizar a concessão da medida almejada. De fato, a nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 88/2015, que dispôs a idade de setenta e cinco (setenta e 5) anos para aposentadoria compulsória, deve ser imediatamente implementada, sem que para tanto haja necessidade de vigorar Lei complementar para efetivação do que dispõe a referida Emenda Constitucional n. , levando-se em consideração o caráter nacional do Poder Judiciário. A bem da verdade, não há razão apta a justificar tratamento desigual entre membros integrantes da magistratura nacional, cuja carreira, como já salientado, reveste-se de caráter nacional, segundo preceito insculpido na própria Constituição da República. A propósito, convém lembrar que o referido postulado está em sintonia com a orientação firmada no âmbito da própria Corte Suprema do país, que reiteradamente se vale de tal ideia para censurar entendimentos nos quais seja dispensado tratamento desigual aos integrantes da magistratura. [...]

\_\_\_\_\_. Corte Especial do Tribunal de Justiça de Alagoas. Mandado de Segurança n. 0801696-85.2015.8.02.0000. Relator Desembargador Washigton Luiz Damasceno Feitas. Disponível em: <<http://www.tjal.jus.br>>. Acesso em: 17 mai. 2015. [...] De notar, claramente, que a nova redação dada ao art. 40, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional n. 88/2015, relativamente ao limite de idade para a aposentadoria compulsória do servidor público em geral, elevando o tempo máximo de permanência para 75 (setenta e cinco) anos, não deve aguardar edição de Lei complementar, sendo imperativo implementação imediata, mormente porque, ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi acrescentado dispositivo (art. 100) que excetua da espera pela Lei complementar os Ministros do STF, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Constas da União. Diz o dispositivo acrescentado à Constituição que tais agentes públicos poderão ser aposentados compulsoriamente somente aos 75 (setenta e cinco) anos, nas condições do art. 52, da própria Carta Magna. Logo, não é razoável tratamento desigual entre os membros da Magistratura Nacional e entre os Membros dos Tribunais de Contas do país, cujas carreiras se revestem de caráter nacional. É assim que disciplina a própria Carta da República. Tal como tratada a questão no âmbito da Emenda recém promulgado, cria uma discriminação inaceitável que a bem da verdade parece mais de caráter político do que de segurança jurídica. É o exercício do Princípio da Simetria. Parcela da doutrina constitucional, a pretexto de desvendar um significado supostamente oculto na jurisprudência, associa o princípio da simetria à ideia de que os estados, quando no exercício de suas competências autônomas, devem adotar tanto quanto possível os modelos normativos constitucionalmente estabelecidos para a União, ainda que esses modelos em princípio não lhes digam respeito por não lhes terem sido direta e expressamente endereçados pelo poder constituinte federal. É o que se vislumbra no caso em questão. A própria Corte Suprema, tratando e interpretando disposições ou situações peculiares, já

assim desejarem permanecer no caso, ambos sob o pálio do caráter nacional do Poder Judiciário impedir o tratamento desigual entre os membros da magistratura nacional, devendo a alteração normativa ser imediatamente implementada, sem a existência de uma justificativa jurídica forte para ir de encontro com o princípio da igualdade. Acredita-se que este será o posicionamento a ser seguido pelos tribunais estaduais, sem que haja uma espera por edição de Lei complementar federal ou estadual, conforme discutido anteriormente no presente estudo.

Terceira discussão encontra-se no art. 100, parte final dos ADCT com a novel redação conferida pela Emenda Constitucional em comento, uma vez que remete a aposentadoria às condições estabelecidas pelo art. 52 da Constituição<sup>22</sup>, ou seja, nova arguição pública pelo Senado Federal.

Remete a intenção do Congresso Nacional ao incluir esta parte na obrigação de nova sabatina no Senado, ferindo o texto constitucional desejo pelo poder constituinte ordinário que afirma ser essa aprovação conferida de forma prévia à nomeação do Ministro, condição para que o indivíduo ingresse no cargo e não saia deste.

Essa incongruência não passou despercebida pela Associação dos Magistrados Brasileiros que impetrou ação direta de inconstitucionalidade para questionar o trecho da emenda na parte que remete ao artigo 52 da Constituição ao argumento que o constituinte reformador mesclou critérios de acesso com critérios de continuidade ou permanência no cargo, violando frontalmente a garantia da vitaliciedade da magistratura<sup>23</sup>.

---

houve por decidir acerca do tema. São vastas as decisões nesse sentido do STF censurando e alterando entendimentos nos quais se dispensou tratamento desigual a membros da magistratura nacional. [...]

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota nº 07.

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;

<sup>23</sup> BRASIL, op cit., nota nº 07.

Com efeito, indica a existência de desproporcionalidade e desarrazoabilidade a norma que exigiria nova manifestação do ministro para a continuidade no cargo. Conforme defendido acima, a manifestação a ser interpretada era para expressar a sua permanência ou não no cargo após setenta anos, respeitada a aposentadoria integral a partir da idade da regra geral.

Por oportuno, essas são algumas das questões que serão debatidas nos meios jurídico, político e acadêmico, ciente que tais dúvidas merecem reflexão para uma interpretação da norma alteradora mais condizente com o sentido normativo, social e isonômico trazido pela Constituição de 1988.

## **CONCLUSÃO**

Por todo o exposto, conclui-se que a norma da Emenda Constitucional n. 88/15 padece de questionamentos e pontos de inconstitucionalidades materiais, conforme destacado no texto.

Diante do seu recente ingresso no ordenamento jurídico, faz-se necessária uma interpretação pela sua aplicabilidade a todos os membros do Poder Judiciário e, também, e quanto a faculdade que aquele que já alcançou o tempo de serviço aos setenta anos de idade tem de escolher em permanecer no serviço público por mais cinco anos ou dele se desvincular aposentando-se com proventos integrais.

A despeito de todas as questões tratadas neste texto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.5316, suspendeu a aplicação da expressão “nas condições do artigo 52 da Constituição Federal”, contida no final do art.100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – com a redação intriduzida pela Emenda Constitucional n. 88/15, por vulnerar as condições necessárias ao

exercício imparcial e independente da função jurisdicional, ultrajando a separação dos poderes.

E, para que houvesse uma homogeneidade na aplicação deste novo entendimento da Suprema Corte, foi determinada a suspensão da tramitação de todos os processos que envolvam a aplicação da novidade para a aposentaria compulsória aos magistrados, declarando sem efeito qualquer pronunciamento judicial ou administrativo que tenha interpretado a Emenda com o propósito de assegurar a qualquer outro agente público o exercício das funções relativas ao cargo efetivo após os setenta anos de idade.

Desta forma, muitas interpretações estão por vir, cabendo ao operador do direito esperar a decisão final da Suprema Corte.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático*: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução Luís Afonso Heck. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, 217, jul/set, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Proposta de emenda à constituição nº 42/2003. Data 03.06.2003. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=58362](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=58362)>. Acesso: em 17 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Proposta de emenda à constituição nº 457/2005. Data 07.12.2005. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=298878>>. Acesso em: 17 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5316. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4771054>>. Acesso em: 17 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Órgão Especial do Tribunal de Justiça Do Rio de Janeiro. Mandado de Segurança n. 0022332-34.2015.8.19.0000. Relator Nildson Araújo da Cruz. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 17 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de Segurança n. 2091014-12.2015.8.26.0000. Relator Roberto Mortari. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 17 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Mandado de Segurança n. 0005603-84.2015.8.17.0000. Relator BARTOLOMEU BUENO. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/consulta/processual/2grau>>. Acesso em: 17 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Corte Especial do Tribunal de Justiça de Alagoas. Mandado de Segurança n. 0801696-85.2015.8.02.0000. Relator Desembargador Washigton Luiz Damasceno Feitas. Disponível em: <<http://www.tjal.jus.br>>. Acesso em: 10 mai. 2015.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução Carlos dos Santos Almeida; Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Martins Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.