

NOTA TÉCNICA Nº 03/2010

Objeto: análise acerca da constitucionalidade da PEC 89/03 – Senado Federal (505/10 – Câmara dos Deputados), que concede nova redação aos artigos 93 e 95 da Constituição Federal de 1988.

Motivação: aprovação em dois turnos, pelo Senado Federal da PEC 89/03, a fim de autorizar o uso da aposentadoria de Magistrados e Membros do Ministério Público, como sanção para a perda administrativa do cargo, relativizando, assim, a garantia da vitaliciedade, conforme se vê assegurada pela Constituição Federal de 1988.

O processo legislativo destinado a dar efetividade a proposta supra citada que está ainda em trâmite legislativo, e se destina a dar nova redação aos artigos 93 e 95 da Constituição Federal, desconsiderando a garantia constitucional da vitaliciedade, conferida à Juízes de Direito e Promotores de Justiça, e, por conseqüência, sujeitando-os a perda do cargo, na esfera administrativa, como sanção administrativa a lhes ser, eventualmente, imposta pelo Órgão administrativo competente.

No que toca a constitucionalidade e/ou (in) constitucionalidade da PEC, em que pese o altruísmo do autor da proposta, parece-nos que o instrumento legislativo em foco não será recepcionado pelo texto constitucional em vigor, quando de sua conversão em norma constitucional, restando eivada de *inconstitucionalidade material* em face da clara lesão a garantia constitucional da vitaliciedade (*ex vi* art. 95, CF/88), extensiva por determinação constitucional aos membros do Ministério Público brasileiro, pois, em sua *mens legis* específica, o núcleo de significado da proposta de Emenda em análise, pretende inovar na ordem constitucional vigente, valendo-se de *poder constituinte derivado* para tanto e, assim atingindo, a nosso ver, diretamente, ao preceito constitucional (disposto como garantia da vitaliciedade), ao pretender que Juízes e membros do Ministério Público brasileiro possam vir a ser exonerados, com a perda de seus cargos, por uma decisão de natureza eminentemente administrativa.

A garantia da vitaliciedade vem sendo disposta no Brasil desde a Carta Imperial de 1824. Em verdade, essa prerrogativa foi disposta em todas as Constituições brasileiras, a saber: o art. 57 da Constituição de 1891, o art. 64 da Constituição de 1934, o art. 91 da Constituição de 1937, o art. 95 da Constituição de 1946, o art. 108 da de 1967, o art. 113 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, e, por fim, o art. 95 da Carta Constitucional em vigor.

A independência dos Poderes Republicanos e o respeito às autonomias constitucionais como a que é exercida pelo Ministério Público brasileiro, são elementos imprescindíveis ao exercício das *liberdades públicas individuais* próprias à cidadania. Nesse sentido, a nós parece claro que o conceito de *vitaliciedade* destinado aos cargos de Magistrados e Membros do Ministério Público brasileiro, detém um conteúdo de *fundamentalidade* que ultrapassa em muito os limites estreitos das prerrogativas corporativas ou dos interesses individuais. Trata-se de um conceito cujo fundamento se relaciona com a própria essência do Estado Democrático de Direito como princípio republicano do Estado brasileiro.

A nosso ver, a proposta de Emenda Constitucional debatida, dado a extensão do conceito de *fundamentalidade*, que, como já apontado, amplia o conteúdo da garantia constitucional da *vitaliciedade*, lesa não só a vitaliciedade em si como garantia (direito constitucional explícito) da Constituição, mas, vai mais além, afronta também aos princípios da jurisdicionalidade, na medida em que afasta o Poder Judiciário do exercício do controle do ato administrativo que declarará a perda do cargo de Juízes e membros do Ministério Público brasileiro, deixando ao talante da autoridade administrativa fazê-lo sem revisão ou recurso judicial previstos de forma específica; e, por outro lado, fere igualmente, o princípio da separação de poderes, tal como concebido no equilíbrio do sistema constitucional de freios e contra-pesos brasileiro.

Na esteira dos mesmos argumentos acima alinhados, a nós também parece óbvia a conclusão de que a ofensa ao ordenamento que provocará, se a proposta em comento for aprovada, torna-se mais grave, quando constatamos que tanto a autonomia de ação e convicção, quanto o livre exercício do controle jurisdicional destinados pelo constituinte originário ao Poder Judiciário e ao Ministério Público brasileiros são mandamentos – *standarts constitucionais* - de nossa República e da forma federativa de nosso Estado político.

O núcleo conceitual do chamado Estado Democrático de Direito brasileiro traduz desde o preâmbulo de nossa Constituição toda a ordem sistêmica de interpretação a ser empregada nas eventuais colisões de princípios ou ponderações de valores insertos no Texto Magno. Esse é um exercício contínuo do intérprete constitucional a ser desenvolvido de forma harmônica com os demais princípios constitucionais, a fim de conferir um maior nível de eficácia à integralidade do texto constitucional como um todo.

No preâmbulo de uma Constituição Democrática, como a brasileira, os preceitos que garantem as prerrogativas da cidadania precisam ser considerados como *cânones constitucionais*, portanto, como valores substantivos próprios da democracia, situados no ápice da pirâmide normativa do ordenamento jurídico, acima, inclusive, das próprias cláusulas pétreas, e, dessa forma, mais imutáveis do que aquelas. Tal importância se dá, pois, em decorrência do fato de que tais prerrogativas advêm do espaço de *legitimidade popular* formulado ainda pelo constituinte originário, e que, em última análise, dá eficácia a todo o ordenamento constitucional e infra-constitucional brasileiros.

Além da importante questão ligada à legitimidade, tão ou mais preocupante e visível, é a lesão que as propostas de Emenda Constitucional causarão, renove-se, às bases da República Federativa brasileira, na medida em que as autonomias constitucionais são agredidas, e ao passo em que a independência dos Poderes e o exercício das funções constitucionais são afrontados, autorizando-se a interferência administrativa em Poderes e Órgãos detentores, por

ordem do constituinte originário, de independência e de autonomia constitucional, respectivamente¹.

As razões que apontamos acima nos fazem crer que não só a garantia da vitaliciedade, mas também as demais (inamovibilidade e outras) insculpidas na CF/88, todas pertencentes ao campo das limitações materiais à atuação do poder constituinte derivado, são, por essa razão, intangíveis. Assim, parece-nos inviável admitir que o poder constituinte derivado pudesse reduzir autonomias constitucionais de Órgãos titulares de funções constitucionais, como o Ministério Público brasileiro, ou ainda, afetar as garantias não só individuais como até mesmo aquelas asseguradas pelo poder constituinte originário aos membros de um dos Poderes da República.

A matéria já foi objeto de exame pelo STF. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 183, afirma o relator, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em seu voto acolhido por unanimidade pelo pleno:

“(...) sob esse prisma, ascende a discussão ao nível de um dos verdadeiros princípios fundamentais da Constituição, o dogma intangível da separação dos poderes (CF, arts. 2º e 60, § 4º, III).

Com efeito, é patente a imbricação entre a independência do Judiciário e a garantia da vitaliciedade dos juízes. A vitaliciedade é penhor da independência do magistrado, a um só tempo, no âmbito da própria Justiça e externamente – no que se reflete sobre a independência do Poder que integra frente aos outros Poderes do Estado.

Desse modo, a vitaliciedade do juiz integra o regime constitucional brasileiro de separação e independência dos Poderes.

Dado que o Judiciário é, por excelência, um Poder de controle dos demais Poderes – sobretudo nos modelos positivos de unidade e universalidade da jurisdição dos Tribunais, como o nosso parece incontestável, contudo, que a vitaliciedade ou outra forma similar de salvaguardar a permanência do Juiz na sua função será, em cada ordem jurídica considerada, marca

¹ As exceções a essa lógica constitucional, parece-nos só poder estar afastada nas hipóteses e condições específicas dos chamados estados de extra-legalidade constitucional.

característica da sua tradução positiva do princípio da independência dos poderes (...)².

No feito acima referido, o relator, Ministro CEZAR PELUSO, hoje presidindo a Egrégia Corte Constitucional, discutindo sobre a possibilidade de a mencionada emenda constitucional ampliar as hipóteses de perda do cargo de Magistrado, esclareceu que a inclusão do poder de ordenar perda do cargo de magistrado vitalício, dentre as atribuições do Conselho Nacional de Justiça, essa é que poderia encher-se de vistosa inconstitucionalidade, perante o art. 95, inc. I, da Constituição da República, que restringe, taxativamente, as hipóteses em que pode se dar tal perda.

A nós parece que o entendimento do Ministro CEZAR PELUSO na ADIN nº 183, merece ser mantido, em especial, quanto ao fato de que as garantias destinadas ao Poder Judiciário constantes do art. 95 da Carta Magna, constituem cláusula pétrea, insuscetíveis de alteração mesmo por Emenda Constitucional (*ex vi* do inciso III do § 4º do seu art. 60)³.

Note-se que, dentre os direitos e garantias individuais, coletivas e sociais (artigo 6.º ao 11), inserem-se as garantias próprias da democracia como já visto, a exemplo, e ainda no contexto da individualidade de cada cidadão, dentre outras: - a autonomia dos Estados

² Mais recentemente, aquela Corte reafirmou esse entendimento, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367, na qual se arguia a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a chamada "Reforma do Judiciário".

³ O artigo 60 § 4.º da Carta Magna estabelece que não poderão ser motivo de propostas para deliberação, nem sequer por emenda constitucional. Não se permite tendência alguma para abolição, das seguintes questões:

I - A que se refere a forma federativa de Estado, onde a República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado Democrático de Direito (artigo 1.º, I, II, III, IV, V CF). Não se modificam e não se alteram os princípios da República, os fundamentos e os objetivos, isto é, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a prevalência pelos direitos humanos, entre outros (parágrafo único, do art. 1.º, art. 3.º, I, II, III, IV e art. 4.º, I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, parágrafo único CF).

II - No que diz respeito ao voto direito, secreto, universal e periódico, ante o sistema democrático de sufrágio universal (art. 14 CF).

III - Sobre a separação dos Poderes, executivo, legislativo e judiciário, posto que todo Poder estatal emana do povo e em seu nome será exercido, sendo todos independentes e harmônicos entre si (art. 2.º CF).

IV - quanto aos direitos e garantias individuais da cidadania (art. 5.º CF).

Federados (artigo 25); - a autonomia dos Municípios (artigo 29, 30, I, II, III); - a organização bicameral do Poder Legislativo (artigo 44); - a inviolabilidade dos Deputados e Senadores (artigo 53); - **as garantias dos Juízes (artigo 95, I, II, III); - a permanência institucional do Ministério Público (artigo 127) e de suas garantias (artigo 128, I, a, b, c).** (grifos nossos) .

Ditos preceitos estão relacionados no artigo 60, parágrafo quarto e incisos I ao IV. São essas as matérias que representam o cerne constitucional, afastadas da possibilidade do poder de revisão constitucional. São as chamadas *limitações materiais* explícitas ao poder de reforma, manifestação do poder constituinte originário, ao elaborar um novo texto, através da possibilidade de exclusão de modo expresso, certas matérias e conteúdos do poder instituído.

Os *direitos fundamentais da cidadania*⁴ se manifestam através das cláusulas pétreas auto-aplicáveis, posto que somente durante o Estado de Defesa ou de Sítio (arts. 136 e 137 CF), mediante declaração expressa por parte do Executivo e autorização do Parlamento, especificando a causa e o tempo da situação de emergência concreta, poderá suprimi-los, daí o conceito correto de cláusula pétrea e de blindagem das garantias individuais processuais no sistema democrático.

No Brasil, observamos que, apesar de se ter um catálogo de limites expressos ao poder de reforma na Constituição, a evolução doutrinária nos leva a perceber um aumento no campo de legitimação para as mudanças nos textos constitucionais, sem que isso venha a representar um fenômeno salutar de *mudança constitucional*⁵. Tais inovações, em muitos casos, têm-se

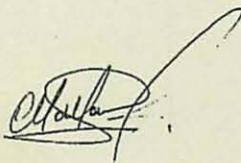
⁴ Entendidos no caso vertente como as prerrogativas cidadãs insculpidas nos arts. 93 e 95 e debatidas na PEC nº 89/03.

⁵ Entendido aqui como o processo regular de evolução das normas constitucionais em face das exigências de legitimidade moral dos valores nela insertos, passível de se operar com o uso do poder constituinte derivado ou reformador. Excetua-se porém do âmbito desse fenômeno os preceitos e valores pétreos do corpo

revelado suscetíveis de interpretações errôneas, e, por vezes, excessivamente ampliadoras do conteúdo que se considere protegido contra a reforma. Essas condições são propícias ao aparecimento de propostas de *dupla revisão constitucional*⁶.

Parece-nos fundamental observar que a pretexto de “flexibilizar” o núcleo essencial, imutável da Constituição, considerando eventuais prejuízos à política econômica, a governabilidade ou a outros interesses de Governo, valem-se alguns juristas do uso da técnica de dupla revisão para destruir a própria Constituição.

É por isso, que as reformas que têm sido feitas além dos limites materiais expressos na Constituição, merecem a repulsa de toda a comunidade. No caso vertente, Proposta de Emenda à Constituição em tramitação no Congresso Nacional necessita ser controlada preventivamente, ainda no processo legislativo, já em fase final, ou ainda, buscar-se a declaração futura de sua patente inconstitucionalidade, por meio da propositura de Ação Constitucional própria.



CÉSAR BECHARA NADER MATTAR JÚNIOR

Presidente da CONAMP

constitucional que só poderão ser alterados por ação do poder constituinte originário em novo texto constitucional.

⁶ A tese da revisão de dupla face produz a perda pela Constituição do controle do regime jurídico de suas emendas e, por conseguinte, do seu próprio regime, podendo representar a sua destruição. Ao se aceitar a alteração do processamento das Emendas Constitucionais, a fim de produzir resultados típicos da ação do poder constituinte originário, estaremos assim contribuindo para a falência do sistema constitucional como foi originalmente pensado. As normas constitucionais absolutas ou pétreas, assim o são consideradas, exatamente porque são providas de uma supereficácia paralizante ou abrogante, o que as torna intangíveis e invioláveis, colocando-se, pois, fora e além do alcance do poder constituído ou de reforma, devendo ser mantidas enquanto existir a Constituição.