

VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE POLÍTICO-PARTIDÁRIA AO MINISTÉRIO PÚBLICO: OS LIMITES IMPOSTOS AO CONSTITUINTE DERIVADO PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Elion Vargas Teixeira¹

Resumo

Através da Emenda Constitucional nº 45, o constituinte derivado alterou o teor do art. 128, §5º, II, “e”, da Constituição brasileira, excluindo a expressão “salvo exceções previstas na lei”. Assim, suprimiu o direito fundamental dos membros do Ministério Público de participar passivamente em democracia representativa – direito de ser votado. Neste contexto, o presente artigo perscruta os direitos fundamentais como limites ao legislador no exercício do poder constituinte derivado para compreender se a vedação do exercício de atividade político-partidária ao membro do Ministério Público foi uma supressão legítima ou, em sentido inverso, violou o princípio fundamental do direito de ser votado. A partir da compreensão de norma de direito fundamental formulada por Robert Alexy, trilha-se o caminho da fundamentalidade formal e material, com relevo ao art. 5º, § 2º da CF. Revela que o STF se arvora competente para julgamento de emendas constitucionais e reconhece o açambarcamento de direitos fundamentais por proteção superconstitucional, mesmo que não arrolados no art. 5º da CF. Traz a colação as diversas corrente acerca dos limites materiais do poder de reforma constitucional para concluir, após distinguir restrições de supressões constitucionais, que a extirpação do direito dos membros do Ministério Público exercerem de atividade político-partidária, através da Emenda Constitucional nº 45, consubstancia-se em violação constitucional, na medida em que suprime direito fundamental, sob proteção superconstitucional.

Palavras-chave: Direito de ser votado; Ministério Público; cláusulas pétreas; emenda constitucional.

1. INTRODUÇÃO

A tão esperada reforma do judiciário, promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, incluiu em seu bojo uma alteração no art.128, §5º, II, “e”, da Constituição brasileira, excluindo a expressão “salvo exceções previstas na lei”, de modo a não mais permitir ao membro do Ministério Público o exercício de atividade político-partidária – antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 o STF manifestou a possibilidade de filiação, condicionada ao afastamento do cargo mediante licença, bem como a possibilidade de concorrer a cargos eletivos. Destarte, o direito fundamental de participação política passiva em democracia representativa – direito de ser votado – foi subtraído pelo constituinte derivado.

¹ Promotor de Justiça e Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais – FDV.

Atento ao apelo popular pela democracia, os representantes eleitos, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, instituíram o Estado Democrático de Direito brasileiro. Nesta ordem, os direitos fundamentais assumem relevo especial, na medida em que foram reconhecidos como elementos integrantes da *identidade* e da *continuidade* da Constituição.

Os significados, limites, restrições, violações, colisões e concorrências dos direitos fundamentais são objetos investigação científica e fruto de interpretação jurisprudencial da Corte Suprema. Nesse rumo, o presente artigo tem por objetivo investigar os direitos fundamentais como limites ao legislador no exercício do Poder Constituinte Derivado, para compreender se a vedação do exercício de atividade político-partidária ao membro do Ministério Público foi uma supressão legítima ou, em sentido inverso, violou o princípio fundamental do direito de sufrágio político passivo – direito de ser votado.

A partir da compreensão de norma de direito fundamental formulada por Robert Alexy, trilha-se o caminho da fundamentalidade formal e material, para inferir a fundamentalização do direito de participação política passiva. Nesse passo, relevo maior assume a abertura material dos direitos fundamentais, em virtude caráter relativamente extensivo do art. 5º, § 2º, da CF, que açambarca direitos previstos em outras partes do texto constitucional.

Na medida em que a supressão do direito fundamental de participação passiva dos membros do Ministério Público foi promovida pelo constituinte derivado, mediante emenda constitucional, salutar compreender o que teor da jurisprudência dos Tribunais Superiores antes e depois da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004. Do mesmo modo, bom alvitre conhecer a inclinação do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de emenda constitucional. Por isso, a pesquisa se volta para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mormente o HC nº 18.178 de 27-9-1926 e as ADIns 830-7-DF e 939-7-DF, nas quais o Excelso Pretório se arvora competente para o controle da constitucionalidade de emendas constitucional.

Noutra vertente, a determinação dos limites materiais do poder de reforma constitucional é palco de acirrada polêmica, com destaque para três teses que se confrontam: em primeiro plano a que compreende os limites como imprescindíveis e insuperáveis; diametralmente oposta a que impugna a legitimidade e eficácia jurídica destes limites e outra que os toma apenas como relativos, na medida em que podem ser removidos através de um processo denominado de *dupla revisão*. Tal polêmica assume relevo especial, porque a declaração de inconstitucionalidade de emenda pressupõe violação aos limites materiais postos ao Poder Reformador.

Outro aspecto relevante é a determinação do alcance do art. 60, § 4º, IV, da CF. A exegese deste dispositivo é motivo de acirrada discussão doutrinária, bem como de acalorada argumentação no STF. Nessa seara, contorno especial ao teor da Jurisprudência do STF, na medida em que ele reconhece que os *direitos individuais propriamente ditos* diluídos na Carta Magna se encontram sob proteção de cláusula de intangibilidade.

Após distinguir restrições de supressões constitucionais, conclui-se que a extirpação do direito dos membros do Ministério Público exercerem de atividade político-partidária, promovida pelo constituinte derivado, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, consubstancia-se em violação constitucional, na medida em que suprime direito fundamental de participação política passiva – direito de ser votado – está sob proteção superconstitucional.

2. FUNDAMENTALIZAÇÃO DAS NORMAS

2.1. Normas dos Direitos Fundamentais segundo Alexy

As normas de direitos fundamentais podem ser testilhadas de forma abstrata ou concreta. Segundo Alexy (2011, p. 65), a primeira, procura os critérios de identificação independentemente das normas de direitos fundamentais pertencerem a algum ordenamento jurídico ou Constituição; a segunda, se as normas de determinado ordenamento jurídico ou Constituição são normas fundamentais ou não.

E o que torna um dispositivo constitucional um dispositivo de direito fundamental? À procura de respostas a essa pergunta, com base na Constituição da Alemanha, Alexy destaca três critérios: *materiais*, *estruturais* e/ou *formais*. Para ele, uma definição do conceito de direito fundamental orientado por teses substanciais e estruturais pode ser encontrada em Carl Schmitt, o qual assevera que os direitos fundamentais são apenas os que constituem os fundamentos do Estado, no caso o Estado Liberal. Esse critério tem inconvenientes, visto que “vincula de antemão o conceito de direito fundamental a uma determinada concepção de Estado, e não há consenso para se afirmar que essa determinada concepção é a concepção da Constituição alemã” (ALEXY, 2011, p.66).

Do mesmo modo, vislumbra inconvenientes no critério puramente estrutural, concluindo que “mais conveniente que basear o conceito de norma de direito fundamental em critérios substanciais e/ou estruturais é vinculá-lo a um critério formal, relativo à forma de sua positivação” (ALEXY, 2011, p. 68). De acordo com esse critério todas as disposições catalogadas no capítulo Os *Direitos Fundamentais* (arts. 1º a 19 da Constituição alemã) são

disposições de direitos fundamentais, independentemente daquilo que por meio delas seja estabelecido, entretanto, considera tal critério muito estreito.

Para açambarcar outras disposições que expressam normas de direitos fundamentais, levanta, utilizando terminologia de Friedrich Klein, as *disposições periféricas associadas*, que são dispositivos dispersos no corpo da Constituição, não enumerados no capítulo “Dos Direitos Fundamentais”, que, do mesmo modo, expressam normas de direito fundamental e autorizam o recurso à reclamação constitucional (art. 93, §1º, 4ª da Constituição alemã). Com fulcro na conjugação destes critérios, Alexy (2011, p. 68) afirma que, *provisoriamente*, poderia definir os conceitos de disposição e norma de direitos fundamentais da seguinte maneira:

Disposições de direitos fundamentais são aquelas contidas nas disposições dos arts. 1 a 19 da Constituição alemã, bem como as disposições garantidoras de direitos individuais dos arts. 20, §4º, 33, 38, 101, 103, 104 da Constituição alemã. Normas de direitos fundamentais são normas diretamente expressas por essas disposições.

A definição de um conceito de direito fundamental sob critério meramente formal é formulada provisoriamente, por ser muito estreita. Alexy (2011, p. 69) procura demonstrar a insuficiência desse critério partindo da análise de dispositivo constitucional alemão: “[...] a ciência, a pesquisa e o ensino são livres”, previsto no art. 5º, §3º, 1. Sustenta que o enunciado não é descritivo, mas normativo, podendo ser formulado os enunciados deônticos: “é obrigatório que a ciência, a pesquisa e o ensino sejam livres”, ou “a ciência, a pesquisa e o ensino devem ser livres”. Conclui que, todas essas formulações são extremamente indeterminadas: indeterminação semântica e estruturalmente aberta. Para eliminar a indeterminação, Alexy consigna a necessidade de se recorrer a outras normas, como as decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão – por exemplo: “o Estado deve possibilitar e promover o exercício da liberdade científica e sua transmissão às gerações futuras por meio da disponibilização de meios pessoais, financeiros e organizacionais” –, que guardam mais que uma relação causal com o texto constitucional. “Esse tipo de relação entre as normas mencionadas e o texto constitucional dever ser denominado de *relação de refinamento*” (ALEXY, 2011, p. 72).

Além dessa relação de refinamento há outra, a *relação de fundamentação* entre a norma a ser refinada e a norma que refina. “Essas duas relações justificam considerar como normas de direitos fundamentais não somente normas que são expressas diretamente pelo texto constitucional, mas também normas do tipo mencionado” (ALEXY, 2011, p. 72). Essas

normas são denominadas de *normas atribuídas*, na medida em que não são estabelecidas diretamente pelo texto constitucional, mas atribuídas às normas estabelecidas pela Constituição.

Configurada a divisão das normas de direitos fundamentais em dois grupos – *normas de direitos fundamentais estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e normas de direitos fundamentais atribuídas* –, mais uma vez surge uma gama de problemas, pois são atribuídas diversas normas às normas que são estabelecidas diretamente pelas disposições de direitos fundamentais. Alexy (2011, p. 73) esclarece:

A discussão sobre direitos fundamentais é, em grande parte, uma discussão sobre que normas devem ser atribuídas às normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional. [...] Essa dificuldade só é superável se houver um critério que permita, dentro da classe potencialmente ilimitada de candidatos à atribuição, diferenciar entre aqueles que são normas de direitos fundamentais e aqueles que não o são. [...] Mas todos eles são levados em consideração no âmbito do seguinte critério: uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. [...] Saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende, portanto, da argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente.

De toda sorte, a fundamentação de uma norma diretamente estabelecida difere de uma norma indiretamente estabelecida: “para as normas diretamente estabelecidas normalmente é suficiente uma referência ao texto constitucional” (ALEXY, 2011, p. 76).

Aproximando o escólio de Alexy ao texto constitucional pátrio, é possível afirmar que o dispositivo inserto pelo *constituente originário* no art. 128, §5º, II, “e” da Constituição da República Federativa do Brasil, alterado pelo *poder reformador* através da emenda constitucional nº 45/2004 – o dispositivo reconhecia ao membro do Ministério Público o direito de exercer atividade político-partidária e a emenda extirpou esse direito – era uma *norma diretamente estabelecida* no texto constitucional, destarte, para ser tipificada, na terminologia de Friedrich Klein, como *disposição periférica associada* de direito fundamental, é suficiente que seja considerada como norma configuradora de direito fundamental.

2.2. Fundamentalidade Formal e Material

As lições de Alexy são ressaltadas por Canotilho (2003, p. 378) ao asseverar que “a categoria de <<fundamentalidade>> (Alexy) aponta para a especial dignidade de protecção dos direitos num sentido formal e num sentido material”.

Para Canotilho (2003, p. 379) a *fundamentalidade formal* está associada à constitucionalização e apresenta quatro dimensões relevantes:

(1) As normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão (cfr. CPR, art. 288.º / d e e); (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais (cfr. afloramento desta ideia no art. 18.º / 1 da CRP)

Noutra vertente, a *fundamentalidade material* decorre dos conteúdos dos direitos fundamentais serem elementos constitutivos das estruturas básicas do Estado e da sociedade. Segundo CANOTILHO (2003, p. 379), apenas essa espécie de fundamentalização pode alicerçar:

(1) A abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente, mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP, art. 16.º/1); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos de regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura de novos direitos.

Sarlet (2010, p. 80), acompanhando escólio de Konrad Hesse e Canotilho, assim distingue da fundamentalidade formal e material:

De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de Konrad Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.

E, baseado na conceituação de Alexy, considerando a abertura material assentada na Constituição brasileira, Sarlet (2010, p. 77) propõe a seguinte definição:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas e concernentes às pessoas, que do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material) integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e

significado, possam ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

Cogita-se, portanto, duas espécies de direitos fundamentais: “a) direitos formal e materialmente fundamentais (ancorados na Constituição formal); b) direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento no texto constitucional)” (SARLET, 2010, p. 80).

Com efeito, o constituinte originário fez constar um catálogo de direitos fundamentais – Título II “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*” – direitos dotados, segundo Sarlet, de fundamentalidade formal e material. Do mesmo modo, consignou dispositivo que permite o açambarcamento de outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios constitucionais, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º da CF).

2.3. Abertura material dos Direitos Fundamentais: abrangência do Art. 5º, § 2º, da Constituição Federal

O art. 5º, § 2º, da Carta Magna, inclina-se para a abertura material do catálogo dos direitos fundamentais, na medida em que estabelece que *os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*. Para Sarlet (2010, p. 86), o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais é de amplitude ímpar, uma vez que contempla a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (*rectius*: positivado), bem como direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.

Em relação à abertura material do catálogo dos direitos fundamentais, Sarlet (2010, p. 85) destaca que, ao contrário da Constituição portuguesa, que se limita a não excluir outros direitos fundamentais constantes em leis ou regras aplicáveis de direito internacionais (art. 16/1), a Carta Magna brasileira foi além, consagrando direitos fundamentais não escritos, deduzidos por via interpretativa, na medida em que faz referência aos *decorrentes do regime e dos princípios*.

Reconhecendo que o caráter relativamente abrangente do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal não dispensa uma análise mais detida quanto à sua efetiva amplitude, bem como a necessidade de delimitar critérios que possam servir de parâmetros na atividade “reveladora”

destes direitos, Sarlet (2010, p. 87) propõe a seguinte classificação em relação ao significado e alcance do mencionado dispositivo constitucional:

[...] já podemos sustentar a existência de dois grandes grupos de direitos fundamentais, notadamente os direitos expressamente positivados, e os direitos fundamentais não-escritos, aqui genericamente considerados aqueles que não foram objeto de previsão expressa pelo direito positivo (constitucional ou internacional). No que concerne ao primeiro grupo, não existem maiores dificuldades para identificar a existência de duas categorias distintas, quais sejam a dos direitos expressamente previstos no catálogo dos direitos fundamentais ou em outras partes do texto constitucional (direitos com status constitucional material e formal), bem como os direitos fundamentais sediados em tratados internacionais e que igualmente foram expressamente positivados. Já no que concerne ao segundo grupo, podemos distinguir também duas categorias. A primeira constitui-se dos direitos fundamentais implícitos, no sentido de posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (aproximando-se da noção atribuída por J. A. da Silva), ao passo que a segunda categoria corresponde aos direitos fundamentais que a própria norma contida no art. 5º, §2º, da CF denomina de direitos decorrentes do regime e dos princípios.

De fato, o dispositivo excluído pelo Poder Reformador (art. 128, §5º, II, “e” da CF) não se encontrava formalmente inserido no Título II da Magna Carta – rol epígrafado como *Dos Direitos e Garantias Fundamentais* –, todavia, em virtude caráter relativamente abrangente do art. 5º, § 2º, da CF, que açambarca direitos previstos em outras partes do texto constitucional, este dispositivo pode ser reconhecido como norma de direito fundamental com *status* constitucional material e formal, caso tenha carga de fundamentalidade.

2.4. Fundamentalidade do Direito de Participação Política Passiva – Direito de Ser Eleito

2.4.1. Fundamentalidade formal dos direitos políticos

Na esteira de Alexy, partindo do *critério formal*, a *fundamentalidade* de um direito está vinculada a forma de sua positivação. Nesse rumo, Canotilho assevera que a *fundamentalidade formal* se encontra associada a sua constitucionalização. Do mesmo modo, acompanhado o escólio de Konrad Hesse, Sarlet compreende os direitos fundamentais, em *sentido formal*, como posições jurídicas da pessoa, que, por decisão expressa do legislador-constituente, foram tipificadas no rol dos direitos fundamentais.

Ao engendrar a nova ordem constitucional, o constituinte originário reconheceu a proeminência das normas de direitos fundamentais. “Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial” (MENDES, 2007, p. 1). Após positivar os *princípios fundamentais*

no TÍTULO I, a Constituição de 1988 cataloga, no TÍTULO II, os *Direitos e Garantias Fundamentais*, que inclui, em seu CAPÍTULO IV, os *Direitos Políticos*.

Destarte, a mera inclusão dos direitos políticos no catálogo dos direitos fundamentais da Constituição de 1988, conforme testilhado, é suficiente para configuração de sua fundamentalidade formal.

2.4.2. Fundamentalidade material dos direitos políticos

Os direitos fundamentais não são estáticos, suas vozes não são uníssonas. A sua dinâmica evolui historicamente, constituindo-se ponto central da luta política. “Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação” (SARLET, 2010, p. 45).

Não obstante críticas fundadas acerca da divisibilidade dos direitos fundamentais em dimensões – ou gerações, como preferem alguns doutrinadores –, impossível negarem seu reconhecimento progressivo, em processo cumulativo e complementar. Esse processo histórico permite auferir que os direitos fundamentais estão dispostos em três dimensões, mas há autores que defendem a existência de quatro, cinco e até seis. “Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos” (BONAVIDES, 2010, p. 563).

Dentre as diversas classificações acerca dos direitos fundamentais elencadas por Canotilho, destaca-se a distinção entre *direitos civis* de um lado e *direitos políticos* de outro: “Os **direitos civis** são reconhecidos pelo direito positivo a todos os homens que vivem em sociedade; os segundos – os **direitos políticos** – só são atribuídos aos *cidadãos activos*” (CANOTILHO, 2003, p. 394). Outra distinção é aquela entre *direitos* e *liberdades públicas*: “As liberdades estariam ligadas ao *status negativus* e através delas visa-se defender a esfera dos cidadãos perante a intervenção do Estado. [...] Os direitos ligados ao *status activus* salientam a participação do cidadão como elemento activo da vida política” (CANOTILHO, 2003, p. 395).

Decorre da clássica concepção de matriz liberal-burguesa o reconhecimento dos direitos fundamentais, ao menos nas primeiras constituições escritas, como direitos de defesa dos indivíduos contra as ingerências do Estado em sua liberdade pessoal, de forma a enfatizar seu *status negativus*, na medida em que são dirigidos a uma abstenção. Esses direitos “são, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, [...] e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando,

de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia” (SARLET, 2010, p. 47). Jorge Miranda, ao tratar dos direitos políticos na Constituição Portuguesa, reconhece sua fundamentabilidade ao afirmar que “os direitos políticos são direitos fundamentais e com natureza de direitos, liberdades e garantias” (MIRANDA, 2007, p. 121).

O vínculo democrático dos direitos políticos, cujo cerne se consubstancia no direito de votar e ser votado, é destacado por Sampaio (2004, p. 260):

Políticos são os direitos de inspiração democrática ou, a seguir Jellinek (1950 e 1979), faculdades do status activus. Seu núcleo se encontra no direito de votar e ser votado, daí falar-se de “direitos políticos propriamente”, ao lado dos quais se reúnem outras prerrogativas que decorrem daquele status e que têm sua memória ligada a *civis Romanus sum*, dizendo-se, portanto “direitos cívicos”. [...] Não resta dúvida, como assinala Ely (1980:105 et seq.), da vital importância dessas liberdades para a desobstrução dos canais de formação da vontade política e de um articulado controle popular sobre o processo de escolha e de atuação de seus representantes no governo. Mas também não se pode esquecer de que são elas também indispensáveis para o pleno desenvolvimento das liberdades individuais. Eis aí um grupo de direitos com dupla personalidade, o que se torna inevitável em toda classificação e nesta se apresenta não seria diferente. (grifo nosso).

Miranda (2007, p. 99), por sua vez, destaca que o incindível nexos entre a participação política e a liberdade de um lado e entre o princípio democrático e Estado de Direito de outro, implica, entre outros, em liberdade política e garantia de direitos políticos, dentre os quais o *sufrágio* é o direito político máximo e ao seu lado se coloca outros considerados “direitos políticos *menores*, o primeiro dos quais é o direito de ser eleito” (MIRANDA, 2007, p. 101). Com efeito, “os direitos políticos abrangem o direito ao sufrágio, que se materializa no direito de votar, de participar da organização da vontade estatal e no direito de ser votado” (MENDES, 2010, p. 855).

A necessária imbricação entre direitos políticos e democracia também é testilhada por Moreira Neto (1992, p. 7), o qual ressalta que a democracia não pode ser apenas o cumprimento de um ritualismo eleitoral, na medida em que a *disputa pelo poder* é apenas uma fase do todo o *ciclo do poder*:

Na verdade, este ciclo começa pela destinação do poder, passa pela sua atribuição, pelo seu exercício, pela sua distribuição e por sua contenção, até chegar a seu último aspecto, a detenção. Situar a democracia apenas nesse momento do poder – a detenção – tornou-se, no mínimo, uma mutilação de um conceito integral de democracia e em muitos casos, sua contrafação.

Moreira Neto consigna que a participação política tem um duplo aspecto: um *subjetivo*, consistente na *motivação* para participar, de ordem psicológica e social; outro *objetivo*, que é a *admissão* à participação, de natureza política e jurídica. Destaca que na ausência do primeiro aspecto a democracia fica irremediavelmente sacrificada, “por outro lado, o condicionamento objetivo, *institucional*, é imprescindível para uma autêntica democracia” (MOREIRA NETO, 1992, p. 11).

O *status* de liberdade fundamental conferido a participação política é revelado por Moreira Neto (1992, p. 59), que a toma como preexistente às Constituições e aos Estados nestes termos:

Neste Estado-instituição, à Constituição, como Estatuto do poder, cabe reconhecer o seu exercício e abrir canais institucionais. Não cabe a ela, portanto, permitir a participação política mas reconhecer sua natureza de liberdade fundamental e, tanto quanto a qualquer outra liberdade, estabelecer os limites e condições de seu exercício.

De fato, o inexorável vínculo entre os direitos políticos e a democracia traduz a fundamentalidade material dos direito de participação passiva – direito de ser votado, destarte, o dispositivo inserto pelo constituinte originário (art. 128, §5º, II, “e”, da CF), ora excluído pelo Poder Reformador através da Emenda nº 45, era uma norma dotada de fundamentalidade formal e material, na medida em que permitia ao membro do Ministério Público o exercício de atividade político-partidária, ainda que de forma restrita.

3. A EXEGESE DO ART. 128, § 5º, II, “e”, DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, ANTES E DEPOIS DA EMENDA Nº 45/2004

Interpretar a Constituição não pode se resumir em decidir apenas por causa da decisão, a “*tarefa de interpretar* é encontrar o resultado constitucionalmente ‘exato’ em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente e, deste modo, criar a certeza jurídica e previsibilidade” (HESSE, 1998, p. 55).

O art. 128, § 5º, II, “e”, da Carta Magna, ANTES da alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, previa que:

Art. 128. [...]
§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:
[...]
II – as seguintes vedações:

[...]

e) exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei.
(grifo nosso)

Momento posterior, o art. 1º da Emenda Constitucional nº 45/2004, promoveu alteração na alínea “e”: suprimiu do dispositivo a expressão *salvo exceções previstas na lei*. Portanto, **DEPOIS** da Emenda Constitucional nº 45/2004 o dispositivo não mais admite exceções.

Para *exata* compreensão das repercussões jurídicas decorrente desta alteração, imprescindível compulsar os julgamentos perpetrados pelos Tribunal Superiores acerca do dispositivo constitucional mencionado, antes e depois da alteração promovida pelo constituinte derivado, na medida em que a *tarefa de interpretar* tende a criar a *certeza jurídica e previsibilidade*, conforme destacado por Konrad Hesse.

3.1. Adin 1.371-8: A possibilidade dos membros do Ministério Público se filiarem a Partido Político

Atento ao dispositivo constitucional (art. 128, §5º, II, “e”, da CF) o legislador ordinário, ao instituir a Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75/93), configura o exercício de atividade político-partidária de seus membros nos seguintes termos – art. 237, V, da LC nº 75/93 (MAZZILLI, 2004, p. 107), *in verbis*:

Art. 237. É vedado ao membro do Ministério Público da União:

[...]

V – exercer atividade político-partidária, ressalvada a filiação e o direito de afastar-se para exercer cargo eletivo ou a ele concorrer.

Irresignado como a configuração dada pelo legislador ordinário, o Procurador-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade objetivando, principalmente: a) a declaração de inconstitucionalidade da expressão *ressalvada a filiação* constante do art. 237, V, da LC 75/93, por considerá-la incompatível com o art. 128, §5º, II, “e”, da CF; ou, em pedido sucessivo, b) dar à norma legal interpretação conforme a Constituição, declarando sua inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, para entender que a filiação partidária do membro do Ministério Público somente pode ser realizada nas hipóteses de afastamento de suas funções institucionais, mediante licença, nos termos da lei.

O relator do processo, Ministro Néri da Silveira, consignou os argumentos do requerente nos termos seguintes (STF, 2003, p. 29):

Sustenta o requerente que, havendo a nova ordem constitucional conferido inegável relevo ao Ministério Público, consignando ser “essencial à função jurisdicional do Estado”, aos seus membros, a exemplo do que ocorre em relação aos membros da magistratura, cumpriria fosse vedada a filiação a partido político, “porquanto pouco adiantará a neutralidade da magistratura se aquele a quem compete, inicialmente, defender os interesses da sociedade, tiver a sua imparcialidade toldada”.

Outrossim, o relatório traz as razões do Congresso Nacional – 2º requerido –, nestes moldes (STF, 2003, p. 29):

“a proibição não é absoluta, porque acompanhada da ressalva de que lei pode restringi-la, instituindo exceções (fls. 17), afirma não “divisar ofensa ao texto constitucional, pois que a norma legal versa sobre a matéria específica, designada expressamente na Lei Maior”.

Quanto aos argumentos do 1º requerente – Senhor Presidente da República – traz-se à colação trecho do relatório (STF, 2003, p. 30):

Quanto às informações prestadas pelo Senhor Presidente da República, mediante mensagem de fls. 31, instruída com o pronunciamento de fls. 32/35, da Advocacia-Geral da União, sustentam que os dispositivos atacados “não ferem qualquer norma constitucional, antes são expressão do querer da Carta Magna”, e que “a parcialidade acaso existente no representante do Ministério Público não produz os mesmos danos que a parcialidade do Juiz”. Afirma-se, ainda, nas informações, que “não se haverá, pois, de pretender tratamento igualitário para a Magistratura e para o Ministério Público, quando a própria Constituição fez o discrimen, sob pena de cometer-se a inconstitucionalidade de riscar a parte permissiva do dispositivo” (fls. 34), bem assim que “entender inconstitucionais os dispositivos invocados implica, de uma única penada, riscar uma norma constitucional (parte final do art. 128, § 5º, II, “e”) e negar a aplicação de outra (art. 5º, XVII)”.

Acompanhado a linha do parecer do Procurador-Geral da República, o voto condutor proferido pelo Ministro Néri da Silveira foi delineado nos termos do pedido sucessivo formulado pelo requerente (STF, 2003, p. 50):

Meu voto, portanto, na linha do parecer do Dr. Procurador-Geral da República, dá pela procedência, em parte, da ação, para conferir às normas impugnadas interpretação conforme à Constituição, segundo a qual o membro do Ministério Público somente pode filiar-se a partido político, se se afastar do exercício de suas funções ministeriais. É contrário à Constituição o exercício simultâneo das funções de membro do Ministério Público e de atividade político-partidária, na qual se compreende a filiação partidária. Se se afastar, mantido o vínculo funcional com o Ministério Público, do exercício de suas funções, somente a elas poderá retornar, comprovando a desfiliação partidária. Com isso reafirma-se, também, a distinção entre a posição da Magistratura e do Ministério Público. O magistrado, para dedicar-

se à atividade político-partidária, há que desvincular-se definitivamente do cargo de juiz.

O teor do voto é de relevo especial para o presente artigo, na medida em que espanca eventuais dúvidas acerca do alcance do dispositivo **antes** da alteração pela Emenda Constitucional nº 45 (art. 128, § 5º, II, “e”, da CF). Eis pontos a serem destacados no voto: a) reafirmação da distinção entre a posição da Magistratura e do Ministério Público; b) possibilidade dos membros do Ministério Público se filiar a partido político; c) impossibilidade de exercício simultâneo das funções de membro do Ministério Público e de atividade político-partidária; c) possibilidade de manutenção do vínculo com a instituição, cujo retorno deverá ser precedido de desfiliação.

Do mesmo modo, as razões de decidir consubstanciam-se em fundamentos para a pesquisa proposta, portanto, devem ser destacadas.

Quanto às distinções entre Magistratura e Ministério Público, o Ministro Néri da Silveira ressalta que as profundas modificações introduzidas no Ministério Público pela Carta de 1988, no sentido do aperfeiçoamento institucional, o coloca na condição de instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado. À vista dos art. 127 a 129 da CF, traça o perfil da instituição (STF, 2003, p. 32-41), para concluir que distantes estão os objetivos do Ministério Público e da Magistratura, conforme se infere do arrazoado (STF, 2003, p. 42), *in verbis*:

Dessas sucintas observações, verifica-se quão distantes estão os objetivos do Ministério Público e da Magistratura, que, na constante visualização de casos concretos, à luz da Constituição e da ordem jurídica positiva, hão de atuar sob o signo da imparcialidade e da admissibilidade de aceitação ora de um princípio, ora de outra ideia, independente de sua proveniência, conforme melhor se adequarem ao espírito do sistema jurídico instituído em vigor.

Como alhures consignado, o voto condutor toma as razões da Procuradoria-Geral da República como fundamento. Nesse passo, elas distinguem a vedação do exercício de atividade político-partidária em relação à Magistratura e Ministério Público, para a Magistratura a vedação é irrestrita e, para o Ministério Público, condicionada (STF, 2003, p. 44):

Ao assegurar ao Ministério Público garantias e lhe impor vedações idênticas às da magistratura, objetivou o Constituinte garantir a seus Membros independência e isenção no exercício de suas funções institucionais, como guardiães da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Evidentemente há uma diferença em relação à magistratura: os juízes não podem, em hipótese alguma, exercer atividade político-partidária – e os membros do Ministério Público excepcionalmente podem. Os magistrados devem destituir-se de sua condição – mediante exoneração ou aposentadoria – para possibilitar, se desejarem, o seu exercício de atividade político-partidária. Os Membros do Ministério Público não precisam se exonerar ou se aposentar para exercer atividade político-partidária. Mas isso não quer dizer que possam simultaneamente com o exercício de suas funções institucionais, exercer atividade político-partidárias, sob pena de absoluto desvirtuamento do princípio constitucional.

A possibilidade dos membros do Ministério Público se filiar a partidos políticos, desta forma, resta garantida, entretanto, inadmissível, o exercício simultâneo das funções de membro do Ministério Público e de atividade político-partidária. A filiação pressupõe licença anterior, conforme parecer (STF, 2003, p. 45):

Penso, assim, ser indispensável o afastamento do Membro do Ministério Público do exercício de suas funções institucionais – mediante licença, nos termos da lei, a fim de lhe ser permitido, excepcionalmente, nos termos da Constituição, o exercício de atividades político-partidárias.

O Ministro relator (STF, 2003, p. 42), por sua vez, consigna que é difícil “a harmonização de uma postura institucional de independência e imparcialidade com vínculos partidários de que decorrem deveres e disciplina impostos por entidade de direito privado aos que a ela filiados”.

No mesmo rumo, o Ministro Nelson Jobim (STF, 2003, p. 51) revela que, no que concerne à atividade político partidária, a Constituição prevê três situações distintas: a) magistratura, vedado aos juízes dedicar-se à atividade político-partidária; b) militares, vedação, enquanto no efetivo exercício do serviço, a filiação partidária; c) Ministério Público, vedação do exercício de atividade político-partidária, salvo exceções previstas em lei.

Em razão destas distinções, o Ministro Nelson Jobim infere que “a questão posta agora é saber qual é o sentido e o significado dessas exceções previstas em lei – aí temos que trabalhar em cima da interpretação da exegese do tema” (STF, 2003, p. 53), para concluir que a lei estaria a autorizar, a prever exceções.

Nesta seara, o Ministro Nelson Jobim (STF, 2003, p. 54) sustenta que “adotar-ser-ia o mesmo sistema em relação aos militares, em tese, porque a solução dada a eles foi exatamente esta: enquanto em efetivo serviço, não pode estar filiado a partido político”.

Por sua vez, os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence robusteceram o voto do Ministro Néri da Silveira, acompanhando-o, assim como o Ministro

Moreira Alves. Noutra vertente, o Ministro Octavio Gallotti votou pela improcedência da ação.

Este julgamento é paradigmático, na medida em que tece contornos do que consiste a exceção ao exercício de atividade político-partidária inserta pelo constituinte originário no art. 128, §5º, II, “e”, da CF, ora excluído pelo Poder Reformador.

Registra-se, ainda, que a ADIn 1.377-7 teve o mesmo deslinde da ADIn 1.371-8.

3.2. Recurso Extraordinário 597.994-6: Direito Atual à Recandidatura ao Cargo Executivo

Quanto ao aspecto jurisprudencial relacionado ao art. 128, §5º, II, “e”, da CF, **DEPOIS** da Emenda Constitucional nº 45/2004, o Supremo Tribunal Federal, sem adentrar no aspecto relacionado à constitucionalidade da alteração promovida pelo Poder Reformador no referido dispositivo, testilhou o direito de membro do Ministério Público, em efetivo exercício do cargo de Prefeito, ser reeleito, conforme consta do RE 597.994-6, com a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ELEITORAL. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECANDIDATURA. DIREITO ADQUIRIDO. DIREITO ATUAL. AUSÊNCIA DE REGRA DE TRANSIÇÃO. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. ARTIGOS 14, § 5º E 128, § 5º, II, "e" DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. SITUAÇÃO PECULIAR A CONFIGURAR EXCEÇÃO. EXCEÇÃO CAPTURADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO SEU TODO. Não há, efetivamente, direito adquirido do membro do Ministério Público a candidatar-se ao exercício de novo mandato político. O que socorre a recorrente é o direito, atual --- não adquirido no passado, mas atual --- a concorrer a nova eleição e ser reeleita, afirmado pelo artigo 14, § 5º, da Constituição do Brasil. Não há contradição entre os preceitos contidos no § 5º do artigo 14 e no artigo 128, § 5º, II, "e", da Constituição do Brasil. A interpretação do direito, e da Constituição, não se reduz a singelo exercício de leitura dos seus textos, compreendendo processo de contínua adaptação à realidade e seus conflitos. A ausência de regras de transição para disciplinar situações fáticas não abrangidas por emenda constitucional demanda a análise de cada caso concreto à luz do direito enquanto totalidade. A exceção é o caso que não cabe no âmbito de normalidade abrangido pela norma geral. Ela está no direito, ainda que não se encontre nos textos normativos de direito positivo. Ao Judiciário, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo não se afasta do ordenamento. Recurso extraordinário a que se dá provimento

Verifica-se, portanto, que as razões de decidir não alcançam as indagações do presente artigo, na medida em que esse tem como fundamento os limites materiais postos pelos direitos fundamentais ao Poder Constituinte Derivado.

3.3. Resoluções do TSE 22.045 E 22.095: Aplicação Imediata e Linear da Emenda Constitucional Nº 45/2004

No âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, encontra-se a Resolução Nº 22.045, decorrente da Consulta 1.153 que, em primeiro plano, traz o seguinte quesito: “1) Pode o membro do Ministério Público, ingressado na carreira em data anterior à promulgação da supracitada Emenda, exercer atividade político-partidárias, filiando-se a Partido Político?”

Em atenção à indagação, o Ministro Marco Aurélio profere voto no sentido de que a Emenda Constitucional nº 45 tem aplicação imediata, na medida em que não trouxe qualquer disposição transitória no tocante à vedação de atividade político-partidária, todavia, ressalva as situações daqueles que, à época da promulgação, já se encontravam integrados ao Órgão, e conclui que se está “diante de norma imperativa, de envergadura maior, a apanhar, de forma linear, relações jurídicas continuadas, pouco importando a data do ingresso do cidadão no Ministério Público”. Eis a Ementa decorrente do questionamento supra:

MINISTÉRIO PÚBLICO – ATIVIDADE POLÍTICO-PARTIDÁRIA – ALÍNEA “e” DO INCISO II DO ARTIGO 128 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 – APLICAÇÃO NO TEMPO. A proibição do exercício de atividade político partidária de membro do Ministério Público tem aplicação imediata e linear, apanhando todos aqueles que o integram, pouco importando a data de ingresso.

No mesmo rumo, a Resolução do TSE nº 22.095 assim dispõe em Ementa: “[...] IV – A aplicação da EC nº 45/2004 é imediata e sem ressalvas, abrangendo tanto aqueles que adentraram nos quadros do Ministério Público antes, como depois da referida emenda à Constituição.”.

Este sucinto apanhado da jurisprudência dos Tribunais Superiores permite inferir que:

- a) antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que alterou o art. 128, § 5º, II, “e” da CF, era permitido ao membro do Ministério Público participar passivamente do processo democrático e exercer o direito de ser votado, condicionada a filiação ao desligamento das funções mediante licença prévia;
- b) após a promulgação, os membros do Ministério Público não mais podem se filiar e conseqüentemente exercer o direito de ser votado, ressalvado os ingressos antes da Carta de 1988;
- c) é possível a reeleição dos membros do Ministério Público que estavam exercendo mandato eletivo em cargo do Poder Executivo, na data da promulgação da Emenda, decorrente de direito atual e não de direito adquirido.

4. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ASSENHORAMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Paradigmático o julgamento do HC nº 18.178 de 27-9-1926, no qual o STF reconheceu sua competência para apreciar a constitucionalidade de emenda. “Desde então, não parece pairar dúvidas quanto à possibilidade de controle de emenda constitucional, seja do prisma formal, seja do ponto de vista material” (MENDES, 2007, p. 433).

Sob a nova ordem constitucional, apesar de julgada improcedente, a competência para controle de constitucionalidade de emendas é destacada na ADIn n. 830-7, relatada pelo Ministro Moreira Alves, na qual a Corte assenta:

[...] – Não há dúvida de que, em face do novo sistema constitucional, é o STF competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade, ou não, de emenda constitucional – no caso a n. 2, de 25.08.1992 – impugnada por violadora de cláusulas pétreas, explícitas ou implícitas. [...] – Ação direta de inconstitucionalidade que se julga improcedente.

Firmada competência, a primeira declaração de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional, sob égide da atual Constituição brasileira, ocorreu em 15-12-1993, no julgamento da ADIn n. 939-7, relatada pelo Ministro Sydney Sanches:

[...] 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função própria é a guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da C.F.). 2. A Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, que, no art. 2º, autorizou a União instituir I.P.M.F, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica o art. 150, III, “b” e “IV”, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios básicos e normas imutáveis (somente eles e não outros): [...]

Brandão (2008, p. 55) ressalta que, embora o STF não tenha se detido no exame da viabilidade jurídica da fiscalização judicial da constitucionalidade de emenda, dois fundamentos conduziram a afirmação da competência:

(i) a superioridade do poder constituinte originário (instituidor das limitações) em face do poder constituinte derivado (destinatário das limitações), aquele fundado na vontade do povo e, portanto, supra legem ou legibus solutos, este resultado do exercício de uma competência instituída pela Constituição em favor do Parlamento e, por conseguinte, juridicamente limitado pelo constituinte originário, bem como (ii) a circunstância de a Constituição ter atribuído ao Supremo Tribunal a sua guarda (art. 102, caput e I, “a”). Assim, considerou decorrer naturalmente do fato de o constituinte originário haver previsto limites ao poder de reforma e o controle

jurisdicional de constitucionalidade, a possibilidade de o Judiciário julgar inconstitucionais, emendas contrárias às cláusulas pétreas.

Estes julgamentos, tidos como paradigmáticos, revelam que o Supremo Tribunal Federal se arvora competente para o controle de constitucionalidade de emendas que violam as cláusulas pétreas.

5. LIMITES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL

O presente artigo não tem por objetivo perquirir as diversas formas de limitação do Poder Reformador, nessa medida, reserva-se aos limites materiais, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade de emenda pressupõe violação à cláusula pétrea, conforme se infere dos julgados alhures colados.

Com efeito, o art. 60, § 4º, da CF prevê que 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. Tais limites são tidos como *expressos ou textuais*, pois são enumerados no próprio texto constitucional, “mas entende-se que há *limites não articulados ou tácitos*, vinculativos do poder de revisão” (CANOTILHO, 2003, p. 1065). A par destas classificações, a ciência jurídica volta-se, atualmente, para o debate entre teses opostas acerca da pretensão à imutabilidade das cláusulas pétreas, ponto de relevo para a presente pesquisa.

5.1. Cláusula Pétrea: Aspiração à Imutabilidade

O mero fato de estabelecimento por um poder constituinte anterior ou compatibilização com determinados direitos não é suficiente para garantir a legitimidade das cláusulas pétreas, “para que certas cláusulas constitucionais possam ser aceitas como limitadoras do poder de cada geração de alterar suas próprias Constituições é necessário que seu conteúdo possa ser justificado e aceito racionalmente” (VIEIRA, 1999, p. 224/225). Destarte, “será defensável vincular gerações futuras a ideias de legitimação e a projectos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte?” (CANOTILHO, 2003, p. 1065). Segundo Canotilho, está é a verdadeira aporia do Estado Constitucional, sobrelevada pelos limites materiais do poder de revisão. O verdadeiro problema.

Miranda (2007, p. 226) apresenta três teses acerca da polêmica doutrinal dos limites de revisão constitucional, que se contrapõem:

Três teses principais, com cambiantes vários, se defrontam: a dos que tomam como imprescindíveis e insuperáveis; a daqueles que, impugnam a sua legitimidade ou a sua eficácia jurídica; a daqueles que, admitindo-os, os tomam apenas como relativos, porventura suscetíveis de remoção através de dupla revisão ou de duplo processo de revisão.

Brandão (2008, p. 23), sem adentrar nas peculiaridades levantadas pelos doutrinadores que enfrentam o tema, arrola os principais argumentos em defesa da intransponibilidade dos limites materiais:

(i) natureza do poder de reforma da Constituição: enquanto poder constituído, é dizer, criado pela Constituição, está por ela juridicamente limitado; e da (ii) função do poder de reforma da Constituição: como corolário da sua natureza constituída e limitada, destina-se a pavimentar um caminho institucional apto a promover, sem ruptura da ordem jurídico-constitucional, (ii.1) a correção de juízos de prognoses do constituinte que o tempo provou não se revelarem acertados, ou (ii.2) a adaptação do direito constitucional positivo à realidade superveniente, de forma a garantir a aproximação, tão íntima quanto possível, entre Constituição formal e material. Assim, o poder de revisão logra conciliar as pretensões de continuidade e alterabilidade da ordem constitucional, na medida em que viabiliza a alteração, juridicamente institucionalizada, de uma ou várias disposições constitucionais, mantido, todavia, o núcleo que confere identidade ao regime constitucional.

Quanto à tese que nega o caráter intransponível aos limites do poder de reforma, Miranda (2007, p. 228) consigna que:

Inversamente, aqueles que impugnam a legitimidade ou a eficácia das normas de limites materiais aduzem a inexistência de diferença de raiz entre poder constituinte e poder de revisão – ambos expressão da soberania do Estado e ambos, num Estado democrático representativo, exercidos por representantes eleitos; a inexistência de diferença entre normas constitucionais originárias e supervenientes – umas e outras, afinal, inseridas no mesmo sistema normativo; e a inexistência de diferença entre matérias constitucionais – todas do mesmo valor, se constantes da mesma Constituição. O poder constituinte de certo momento não é superior ao poder constituinte de momento posterior. Pelo contrário, deve aplicar-se a regra geral da revogabilidade de normas anteriores por normas subsequentes.

A tese do *duplo processo* de revisão, abrigada por Jorge Miranda, do mesmo modo, relativiza os limites materiais. Ferreira Filho (2007, p. 173), em defesa desta tese, destaca que:

sendo um absurdo que se proíba a mudança de normas da Constituição de acordo com o direito, forçando para alterá-las o recurso à revolução, o significado real e profundo da proibição não é senão um agravamento da rigidez em seu favor. Sim, porque enquanto todas as regras da Constituição – exceto as incluídas no núcleo fundamental – seriam protegidas pela rigidez simples, isto é, somente seriam

modificadas de acordo com o procedimento que a Constituição determina para a revisão; as matérias abrangidas pelas “cláusulas pétreas” seriam duplamente protegidas. Para modificá-la, seria preciso, primeiro, revogar a “cláusula pétrea”; depois; segundo, alterar as disposições sobre a matéria em questão.

Colacionados pontos relevantes de cada corrente, prudente suscitar outros que merecem destaque na polêmica. Mendes (2007, p. 442) sustenta que a aplicação ortodoxa das cláusulas de imutabilidade ao invés de assegurar a continuidade do sistema constitucional, pode antecipar a sua ruptura e alerta:

Aí reside o grande desafio da jurisdição constitucional: não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento legítimo.

Na perscrutação da verdadeira aporia do Estado Constitucional – levantada pelos dos limites materiais do poder de revisão constitucional –, Canotilho (2003, p. 1065), em defesa da indisponibilidade material de algumas matérias pelo Poder Derivado, fundamenta:

A resposta tem que tomar em consideração a evidência de que nenhuma constituição pode conter a vida ou parar o vento com as mãos. Nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa. Os limites são limites do poder de revisão como poder constituído não são <<limites para sempre>>, vinculativos de toda e qualquer manifestação do próprio poder constituinte. Em sentido absoluto, nunca a <<geração>> fundadora pode vincular eternamente as gerações futuras. Esta é uma das razões justificativas de previsão, em algumas constituições, de uma revisão total. Caso contrário, a falta de alternativa evolutiva abriria o campo da Revolução Jurídica. Mas há também que assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem a sua tarefa e esta não é compatível com a completa disponibilidade da constituição pelos órgãos de revisão, designadamente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário. Não deve banalizar-se a sujeição da lei fundamental à disposição de maiorias parlamentares <<de dois terços>>.

Bom alvitre, considerar os critérios de legitimidade levantados por Vieira (1999, p. 225):

Nesse sentido, não mais se pode aceitar a proposição schmittiana de que o poder constituinte não se encontra limitado juridicamente. As Constituições não surgem do nada, mas decorrem de um processo político que tem como pano de fundo a evolução do constitucionalismo democrático e dos direitos humanos, que estabelecem as bases para a organização de sociedades que estão se reorganizando sob o ethos da igualdade e da liberdade. [...] As cláusulas constitucionais intangíveis apenas serão consideradas legítimas se servirem como elementos estruturantes, que habilitam e favorecem os cidadãos a se constituírem em sociedade, como uma

comunidade de indivíduos iguais e autônomos, que decidem ser governados pelo Direito.

De toda sorte, a tese que sustenta a impossibilidade de superação dos limites materiais pelo Poder Reformador é agasalhada pela maioria dos publicistas, bem como por reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme destaca Brandão (2008, p. 21/22):

Inversamente, esposam concepção teórica da impossibilidade de o poder de reforma superar os alvitados limites, v.g., Carl Schmitt, Georges Burdeau, Otto Bachof, Pedro Veja, Gomes Canotilho e Vital Moreira, e, no âmbito doméstico, a imensa maioria dos publicistas, dentre os quais, Nelson de Souza Sampaio, Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, Luís Roberto Barroso, Raul Machado Horta, Inocêncio Mártires Coelho, Clèmerson Merlin Clève, Ingo Sarlet, Gustavo Just da Costa e Silva, Daniel Sarmento, além de iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Impende esclarecer que o agasalhamento da tese que sustenta o caráter insuperável das cláusulas pétreas não significa homogeneidade, na medida em que várias cambiantes de intensidade e abrangência são abordadas pelos referidos publicistas e Ministros do Supremo Tribunal Federal. Tais variantes, entretanto, têm um ponto de convergência: permite ao Tribunal Constitucional declarar inconstitucionalidade de emendas por exorbitar os limites materiais do Poder Reformador, uma vez que reconhece, ainda que em medidas diversas, a intransponibilidade das cláusulas pétreas.

5.2. Interpretação Restritiva das Normas Constitucionais sobre o Poder Reformador

Ao se cotejar duas normas, uma posta pela Constituição originária sobre o exercício do Poder Reformador, outra decorrente do efetivo exercício desse Poder – norma advinda de emenda constitucional –, relevante questão é suscitada: “como enxotar uma eventual dúvida na aferição do tamanho eficaz da primeira ante a segunda? Ou da segunda perante a primeira? (BRITTO, 2003, p. 201).

Distintamente das leis, que devem se conformar aos preceitos constitucionais, as emendas “veiculam normas **constitucionais**, e nessa medida, nascem com o propósito de *dissentir* daquela parte da Constituição a que visam reformar” (BRITTO, 2003, p. 201). Destarte, todos os atos do Poder Reformador, que visem acrescer, suprimir ou alterar norma originária, devem ser encarados com extrema cautela, pois a Constituição rígida se caracteriza, justamente, pela estabilidade.

Britto (2003, p. 203) ressalta que as reformas constitucionais inovam não apenas o Direito, antes, a Constituição, que é o próprio fundamento de validade deste Direito. Conseqüentemente, maiores são os riscos de atentado à Carta Magna, o que impõe um tipo mais severo ou menos extensivo de exegese sempre que houver dúvida fundada quanto à possibilidade de mácula à Constituição.

Nesse rumo, Britto (2003, p. 2003) levanta o fato da Constituição não revelar o que as emendas podem fazer, mas, sim, o que não podem:

Por semelhante prisma analítico, as cláusulas pétreas, longe de constituir uma exceção ao poder de reforma constitucional, são, em verdade, aquela parte da Constituição que nem mesmo admite a exceção do poder de reforma. Elas é que devem gozar do benefício da dúvida interpretativa, pois não é racional que se postule a exegese restritiva das matérias que mais confirmam o caráter estabilizador da Magna Carta e ainda por cima revelam, por maior proximidade com o protovalor da Democracia, a própria alma da Constituição.

Objeção contundente diz respeito ao risco de banalização das cláusulas pétreas, sob argumento de que em caso de dúvida fundada tudo passaria a ser tipo por afrontoso às cláusulas pétreas. A refutação é consignada por Britto (2003, p. 204) nestes termos:

É que postura interpretativa contrária é de muito maior gravidade sistêmica, pois redundaria no mais intolerável tipo de banalização: a banalização da própria Lei Fundamental do País, que fica muito mais vulnerável a agressões por via de emendas. A alternativa é radical: ou o hermenauta prestigia as cláusulas pétreas e assim reduz a possibilidade de produção das emendas, ou prestigia as emendas e assim fragiliza a integridade das cláusulas pétreas. A primeira opção é a que temos por acertada

Britto (2003, p. 204/205) justifica sua opção:

Uma coisa é a indicação das matérias constitutivas de cláusulas pétreas, de par com as normas constitucionais que dão conteúdo mínimo de cada qual dessas cláusulas de intangibilidade, pois aí estamos diante dos princípios que mais estabilizam a Constituição e concomitantemente mais se aproximam do centro da circunferência democrática; outra coisa, porém, são os preceitos constitucionais que estão a serviço das cláusulas pétreas, que têm a ver com elas, sim, mas sem a força de elementarizá-las. Regras periféricas, então, da própria circunferência de cada cláusula pétrea, e, com mais razão, da circunferência democrática. Por isso que tais preceitos jazem à disposição do Poder Reformador, desde que o resultado desse labor reformista seja o fortalecimento ou a robustez da parte axiológica situada no centro da circunferência em causa.

Enfrentando o problema, Mendes (2007, p. 447) destaca que o entricheiramento superconstitucional parece legitimar a ideia de que não se trata de dispositivo de golpe ou revolução, mas, efetivamente de regra que proíbe a ruptura de princípios singulares e ressalta que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da constituição podem levar ao *engessamento* da constituição. “Daí afirmar-se, corretamente, que tais cláusulas não de ser interpretadas de forma restritiva” (MENDES, 2007, p. 448).

Em referência à forma restritiva de interpretação acima suscitada, Mendes adverte: “Essa afirmação simplista, ao invés de solver o problema, pode agravá-lo, pois a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por elas protegidos” (MENDES, 2007, p. 448).

Nesse contexto, Mendes (2007, p. 448) consigna que, o caminho supramencionado, ao invés de proporcionar o fortalecimento dos princípios constitucionais abrigado por cláusulas intangíveis, leva, efetivamente, ao seu enfraquecimento, e conclui: “Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos” (MENDES, 2007, p. 448).

De fato, o efetivo conteúdo das cláusulas pétreas somente poderá ser determinado por trabalho hermenêutico. De acordo com Mendes (2007, p. 449), o esforço hermenêutico poderá revelar os princípios constitucionais que, embora não expressamente contemplados por cláusulas intangíveis, guardam vinculação com outros por elas protegidos, para lhes estenderem tal garantia de imutabilidade, missão de deverá ser realizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Pugna-se, desta forma, por uma necessária interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas que não deverá se estender aos princípios por elas abrigados. Outrossim, compete ao Excelso Pretório a exata delimitação da extensão das cláusulas pétreas. Assim, considerando que os *direitos e garantias individuais* estão sob proteção de cláusula de eternidade – art. 60. §4º, IV, da CF –, impede revelar o alcance do dispositivo, sob prima doutrinário e jurisprudencial.

6. ENTRICHEIRAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR FORÇA DO ART. 60, §4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

6.1. Problemática EXEGESE do Art. 60, §4º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil

Como alhures consignado, o constituinte originário deferiu caráter especial aos direitos fundamentais, bem como estabeleceu o mais amplo rol da história constitucional pátria. Do mesmo modo, elevou os *direitos e garantias individuais* à condição de cláusulas intangíveis, conforme ressoa o art. 60, §4º, IV, da Carta Magna, em previsão expressa inédita. Mas, o que o constituinte quis açambarcar no art. 60, §4º, IV, da CF, ao utilizar a expressão *direitos e garantias individuais*?

Sarlet (2010, p. 27) destaca a problemática da delimitação conceitual e da definição na seara terminológica. Faz opção pela *expressão direitos fundamentais* e ressalta que tanto na doutrina, quanto no direito positivo (constitucional o internacional), são utilizadas outras expressões, muitas vezes com maior intensidade que a de sua preferência. Traz à colação as mais relevantes: *direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais*.

A imprecisão terminológica, do mesmo modo, espalha-se no texto da Constituição brasileira, “há de reconhecer que também a Constituição de 1988, em que pesem os avanços alcançados, continua a se caracterizar por uma diversidade semântica, utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais” (SARLET, 2010, p. 27). Eis um rol: *direitos humanos* (art. 4º, II; art. 5º, §3º; art. 109, V-A; art. 109, § 5º; e, art. 7º do ADCT); *direitos e garantias fundamentais* (epígrafe do Título II e art. 5º, §1º); *direitos e liberdades constitucionais* (art. 5º, LXXI); *direitos e garantias individuais* (art. 60, §4º, IV); *direitos individuais* (art. 68, §1º, II e art. 145, §1º); *direitos e liberdades fundamentais* (art. 5º, XLI); *direitos da pessoa humana* (art. 34, VII, “b”) e *direitos fundamentais da pessoa humana* (art. 17, caput). “A simples enunciação do problema e a utilização de terminologia diferenciada parecem demonstrar que o constituinte não obrou com o melhor apuro técnico quando disciplinou os direitos e garantias nas suas diversas dimensões” (MENDES, 2007, p. 451).

O processo hermenêutico, incrementado pela imprecisão terminológica, acirra o debate acerca do *verdadeiro significado da expressão direitos e garantias individuais*, constante no art. 60, § 4º, IV da Constituição Federal. Destarte, serão expostos, de forma sistemática e simplificada quais são as principais correntes que se confrontam na doutrina.

A partir de uma interpretação literal, considera-se que apenas os direitos e garantias arrolados no art. 5º da Carta Magna são abrigados por cláusulas pétreas, assim, descobertos ficariam os direitos sociais, políticos e de nacionalidade.

Em objeção a tal exegese, Sarlet (2010, p. 422) consigna:

Aliás, por uma questão de coerência, até mesmo os direitos coletivos (de expressão coletiva) constantes no rol do art. 5º não seriam merecedores desta proteção. Já esta simples constatação indica que tal interpretação dificilmente poderá prevalecer. Caso assim fosse, os direitos essenciais de participação política (art. 14), a liberdade sindical (art. 8º) e o direito de greve (art. 9º), apenas para citar alguns exemplos, encontrar-se-iam em condição inferior à dos demais direitos fundamentais, não compartilhando o mesmo regime jurídico reforçado, ao menos não na sua plenitude. Paradoxalmente, em se levando ao extremo este raciocínio, poder-se-ia até mesmo sustentar que o mandado de segurança individual integra as “cláusulas pétreas”, ao passo que o mandado de segurança coletivo por estas não se encontra abrangido!

No mesmo sentido, Brandão (2008, p. 196) elenca outras objeções:

Inicialmente, cumpre salientar que a atribuição de um peso definitivo ao elemento gramatical esbarra na insuficiência do seu uso exclusivo no âmbito da moderna hermenêutica jurídica, revelando-se, na hipótese vertente, especialmente despropositada, à vista (i) da fluidez e da densidade moral dos “direitos e garantias individuais”, (ii) da circunstância de o próprio constituinte haver aberto o elenco de direitos expressos na Constituição a direitos decorrentes do regime e dos princípios constitucionais ou de tratados de que o Brasil seja parte (art. 5º, §2º), e (iii) da notável imprecisão terminológica do constituinte no que concerne à positivação dos direitos fundamentais do indivíduo.

Noutra vertente, ainda restritiva, Mendes (2007, p. 452) sustenta que os direitos sociais não foram açambarcados pela intangibilidade, uma vez que não se confundem com os direitos individuais propriamente ditos, considerados núcleo essencial e indispensável do Estado de Direito:

Essa tendência reflete a idéia de que, diferentemente de outros princípios constitucionais, que podem revelar-se dispensáveis ou susceptíveis de atualização no curso do desenvolvimento constitucional, os direitos individuais são apanágio do Estado de Direito, revelando-se, na sua essência, duradouros ou permanentes. Vê-se, pois, que a opção do constituinte brasileiro pela imutabilidade dos direitos individuais se explica também de um prisma estritamente material ou ontológico. É que, enquanto os direitos individuais propriamente ditos – especialmente os chamados de liberdades e de igualdade – guardam, na sua essência, certa uniformidade e coerência ao longo da história constitucional dos diversos países e são por isso, considerados núcleo essencial e indispensável do Estado de Direito, os direitos sociais são dotados de conformação variada ou diversa, de acordo com o estágio de desenvolvimento de uma dada sociedade, e podem (devem) sofrer adaptação ou atualização no decorrer do tempo.

Giro outro, temos teses mais expansivas, que contrapõem aos fundamentos das restritivas. Nessa corrente, Sarlet argui que apenas através de uma interpretação sistemática é que se revelará uma resposta satisfatória ao problema levantado. Destaca a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado da Constituição pátria: “não resta dúvida de que o princípio do Estado Social, bem como os direitos fundamentais sociais,

integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição” (SARLET, 2010, p. 424).

Sarlet, do mesmo modo, ressalta que todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição, ainda que mediante dispositivos diluídos no texto constitucional, são, na verdade e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva e conclui que “os direitos e garantias individuais referidos no art. 60, §4º, inc. IV, da nossa Lei Fundamental incluem, portanto, os direitos sociais e os direitos da nacionalidade e cidadania (direitos políticos)” (SARLET, 2010, p. 424).

Brandão (2011, p. 210), no mesmo viés, ressalta que a partir de uma leitura sistêmica da Carta Magna não é possível detectar hierarquia ou destaque conferido aos direitos de defesa em detrimento dos prestacionais, tampouco os direitos fundamentais de uma *geração* em prejuízo das outras *gerações*, na medida em que a tese da indivisibilidade e interdependência das *gerações* dos direitos fundamentais, que vem gozando de primazia no direito internacional, se encontra em fina sintonia com a Constituição pátria. “Devem ser incluídos, portanto, no rol de cláusulas intangíveis, por exemplo, as liberdades fundamentais, os direitos sociais, econômicos e culturais, os direitos à nacionalidade e políticos, e os direitos difusos e coletivos” (BRANDÃO, 2011, p. 211).

Todavia, Brandão discorda daqueles que abraçam, sob o manto da intangibilidade, todos os direitos formalmente fundamentais epigrafrados no *Título II* da Constituição brasileira, na medida em que incluem até mesmo normas organizatórias e de caráter penal. Ressalta que o inflacionamento dos direitos fundamentais erigidos ao rol de cláusulas pétreas, para além de sua banalização, “é capaz de impedir que as gerações pós-88 vivam de acordo com as normas de sua eleição, instituindo odioso governo dos mortos sobre os vivos” (BRANDÃO, 2011, p. 212). Assim, Brandão distancia-se da tese extensiva de Sarlet, na medida em que postula a inclusão apenas dos direitos materialmente fundamentais no rol das cláusulas pétreas, ainda que a inserção de direitos e garantias no catálogo constitucional de direitos fundamentais gere presunção (relativa) de jusfundamentalidade, conforme escólio de Alexy.

Registram-se, ainda, os argumentos de Vieira (1999, p. 230) que sustenta que uma teoria das cláusulas pétreas formuladas na esfera da teoria política como as de Habermas e Raws é mais consistente que as derivadas do direito natural, do direito positivo ou da teoria do poder constituinte e esclarece:

Os princípios a serem protegidos do poder constituinte reformador, por intermédio de cláusulas superconstitucionais devem constituir a reserva básica da justiça constitucional de um sistema, um núcleo básico que organize os procedimentos democráticos, como mecanismo de realização da igualdade política e do qual possam ser derivadas as liberdades, garantias legais, inclusive institucionais, e os direitos às condições materiais básicas. Mais do que isso, as cláusulas superconstitucionais seriam uma pretenciosa usurpação da autonomia de cada geração por aqueles que elaboraram o documento constitucional. Menos do que isso, essas cláusulas seriam insuficientes.

Expostas as principais correntes, resta desvendar como essas correntes se posicionam em relação aos direitos políticos, mormente o direito de ser votado.

6.2. Superconstitucionalidade do direito de ser votado segundo na Doutrina Pátria

Sinteticamente foram elencadas três correntes acerca da abrangência do art. 60, §4º, IV, da Constituição brasileira. Para a corrente doutrinária que defende a tese *absolutamente restritiva* – que postula uma interpretação literal do art. 60, §4º, IV da CF – não é possível o açambarcamento dos direitos políticos sob o manto de cláusula pétrea, uma vez que não relacionados no art. 5º da Carta Magna. Rumo contrário, a corrente que postula a proteção superconstitucional para todos os direitos fundamentais, formal e/ou material, como sustenta Sarlet, corolário é o açambarcamento dos direitos políticos por cláusula pétrea. Do mesmo modo, para a corrente restritiva – cujas cambiantes se situam na delimitação torneada pelas duas correntes extremistas – os direitos políticos, inclusive o direito de ser votado, estão sob proteção superconstitucional.

Vieira (1999, p. 230), após firmar premissas, vislumbra a possibilidade de aproximação mais precisa dos preceitos de uma Constituição democrática que poderiam ser subtraídos legitimamente ao poder de reforma da Constituição, com finalidade de preservação da dignidade humana e da igualdade de cada indivíduo em relação aos demais. Assim, Vieira (1999, p. 231) relaciona, entre outros, a necessidade de proteção superconstitucional do direito de votar e ser votado:

“[...] 3) de um rol de direitos essenciais para que a igualdade e a dignidade dos cidadãos, enquanto seres racionais e autônomos, sejam mantidas. Esse rol é composto pelos direitos de participação na tomada de decisões públicas – o direitos de votar e ser votado. (grifo nosso)

Neste viés, Brandão (2011, p. 209/210), ao testilhar argumentos de Mendes colados no tópico anterior, elenca os direitos políticos como direito equiparável aos direitos de liberdade, portanto, açambarcados por cláusula pétrea:

Ainda que se pudesse, à luz das premissas antes delineadas, incluir no âmbito de proteção do art. 60, §4º, IV, da CRFB/1988 direitos equiparáveis aos direitos da liberdade (direitos de defesa, v.g.: as liberdades sociais, como o direito de greve e à livre associação sindical, e os direitos políticos e à nacionalidade), restariam excluídos os direitos sociais prestacionais e direitos difusos e coletivos (grifo nosso)

De todo exposto, excetuando a corrente que interpreta literalmente o art. 60, §4º, IV, da CF, as demais abraçam os direitos políticos com cláusula de intangibilidade, uma vez que esses são classificados como direitos de liberdade, ou seja, direitos de primeira geração. Nessa trilha, considerando que “os direitos políticos abrangem o direito ao sufrágio, que se materializa no direito de votar, de participar da organização da vontade estatal e no direito de ser votado” (MENDES, 2010, p. 855), consectário que, nas vozes da doutrina majoritária, o dispositivo excluído pela Emenda 45 – direito reconhecido ao membro do Ministério Público para exercer atividade político-partidária – que se encontrava previsto no art. 128, §5º, II, “e” da Constituição da República Federativa do Brasil é um direito fundamental incluso no rol das cláusulas pétreas.

6.3. Açambarcamento dos Direitos e Garantias para além do Art. 5º da Constituição Brasileira: a Proteção Superconstitucional na Jurisprudência do STF

6.3.1. Adin n. 939-7: violação do princípio da anterioridade tributária prevista no art. 150, III, “b” da CF

Conforme anteriormente consignado – tópico 2 – através da ADIn ° 939-7, o Supremo Tribunal Federal, sob égide da atual Constituição brasileira, por maioria, declarou, pela primeira vez, a inconstitucionalidade de Emenda Constitucional. A declaração teve como fundamento a violação de princípios e normas imutáveis, trecho da ementa *in verbis*:

[...]2. A Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, que, no art. 2º, autorizou a União instituir I.P.M.F, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica o art. 150, III, “b” e “IV”, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios básicos e normas imutáveis (somente eles e não outros): 1º - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, §2º, art. 60, §4º, inciso IV e art. 150, III, “b” da Constituição); [...]

Vieira destaca a polêmica em torno da possibilidade ou não do princípio da anterioridade tributária, tido como garantia do contribuinte, ser açambarcado pelo art. 60, § 4º, IV, da CF. “O debate entre os Ministros concentrou-se principalmente em torno da questão

de natureza do princípio da anterioridade – se este constitui, ou não, um direito individual” (VIEIRA, 1999, p. 165).

Por sua vez, ao perscrutar o julgamento, Brandão revela que o Excelso Pretório reconheceu, a princípio, que o art. 60, §4º, IV, da Constituição brasileira açambarca não somente os direitos elencados no art. 5º, mas os todos os direitos fundamentais que tenham carga de fundamentalidade material, em atenção ao disposto no art. 5º, § 2º. “Daí já se pode perceber que STF não acolheu a tese doutrinária que restringe as cláusulas pétreas aos incisos do art. 5, antes admitindo que direitos previstos ao longo do texto, desde que materialmente fundamentais, também possuam esta natureza” (BRANDÃO, 2011, p. 217).

De fato, a conclusão de Brandão é respaldada em votos proferidos no julgamento da ADIn 939-7. Em colação, fragmento do voto do Ministro Carlos Velloso:

Sr. Presidente, examino a questão posta na Emenda Constitucional nº 3, de 1993, tenho como relevante, no ponto, a argüição, no sentido de que a Emenda Constitucional nº 3, desrespeitando ou fazendo tábula rasa do princípio da anterioridade, excepcionando-o, viola a limitação constitucional ao poder constituinte derivado, a limitação do art. 60, § 4º, IV, da Constituição. [...] Ora, a Constituição, no seu art. 60, § 4º, estabelece que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV) os direitos e garantias individuais. Direitos e garantias individuais não são aqueles que estão inscritos nos incisos do art. 5. Não. Esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição. O próprio art. 5º, parágrafo 2, estabelece que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte. É sabido, hoje, que a doutrina dos direitos fundamentais não compreende, apenas, direitos e garantias individuais, mas também, direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos. Este quadro todo compõe a teoria dos direitos fundamentais. Hoje falamos, apenas, em direitos individuais, assim direitos de primeira geração. Já falamos em direitos de primeira, de segunda, de terceira e até de quarta geração.

Com efeito, o STF reconhece que a proteção superconstitucional dos direitos e garantias individuais não se restringe a tese literal – que postula a intagibilidade material apenas ao rol do art. 5º da CF –, na medida em que coloca sob o manto das cláusulas pétreas outros direitos e garantias fundamentais dispersos no texto da Carta Magna, com carga de fundamentalidade material, em conformidade com o art. 5º, § 2º, da CF.

6.3.2 Adin n. 3.685-8: violação do princípio da anualidade eleitoral previsto no art. 16 da CF

Outra manifestação do Excelso Pretório no sentido de que direitos e garantias fundamentais não elencados no art. 5º da Constituição pátria se encontram sob proteção

superconstitucional foi proferida da ADIn n. 3.685-8. A ação alvejava a Emenda Constitucional n. 52/2006, que teve como escopo alterar o art. 17, §1º, da CF e afastar a vinculação entre as candidaturas nos diversos âmbitos da Federação, pondo fim na “verticalização”. Entretanto, o art. 1º da Emenda Constitucional, que continha a norma mencionada não foi objeto da ação, tão-somente o art. 2º que previa que ela entraria em vigor na data da promulgação, aplicando-se às eleições de 2002. Nestes termos, tal dispositivo daria azo à aplicação nas eleições de 2006, apesar de ter sido aprovada no dia 08.03.2006, ou seja, a menos de 01 (um) ano das eleições.

Em analogia ao julgamento da ADIn ° 939-7, o voto condutor da relatora, Ministra Ellen Gracie, promoveu “uma explícita associação entre a anterioridade tributária e a anualidade eleitoral, já que ambas seriam destinadas a manter as regras do jogo e evitar sobressaltos e insegurança ao cidadão-contribuinte e ao cidadão-eleitor, respectivamente” (BRANDÃO, 2011, p. 221). De fato é o que espelha o julgamento:

[...] 3. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93). 4. Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e "a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral" (ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello).[...]

Dentre os argumentos vencedores, destaca-se a tese de que o art. 2º da EC 52/06, ao pretender aplicação imediata da regra do art. 1º sobre as coligações partidárias eleitorais, incorre em violação do princípio da anterioridade da lei eleitoral – art. 16 da Constituição brasileira –, bem como das garantias individuais da segurança jurídica e do devido processo legal, uma vez que estes se configuram em limites matérias ao poder constituinte reformador, *in verbis*:

[...] 5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). 6. A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. 7. Pedido que se julga procedente

para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência.

Brandão destaca que o Supremo Tribunal Federal agiu acertadamente ao não conferir proteção superconstitucional à regra da anterioridade eleitoral apenas porque ela se encontra epigrafada no *Título II* da Constituição, o que significaria apenas fundamentalidade formal. “Ao contrário, a condição de cláusula pétrea derivou de seu papel de promover direitos materialmente fundamentais, sobretudo os princípios da democracia e da segurança jurídica” (BRANDÃO, 2011, p. 221).

Ao reconhecer a fundamentalidade material do princípio da anualidade eleitoral, tendo-o como *garantia individual do cidadão-eleitor* e, conseqüentemente, sujeito à proteção superconstitucional, o Excelso Pretório reitera os fundamentos esposados na ADIn 939-7 em relação ao alcance do art. 60, §4º, IV da CF, no sentido de que estão sob o mesmo manto da intangibilidade todos os direitos e garantias individuais diluídos no texto constitucional, ainda que não relacionados no art. 5º, desde que lhes sejam reconhecido a fundamentalidade material.

7. IMPOSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS MEDIANTE EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Rezava o art. 128, §5º, II, “e”, da Constituição brasileira, que o membro do Ministério Público tinha como vedação o exercício de atividade político-partidária, *salvo exceções previstas na lei*. Tal dispositivo permitia, portanto, o exercício dessa atividade dentro dos limites estabelecidos em lei específica.

Com efeito, o exercício desse direito encontra-se regulamentado em diversas leis, por exemplo, a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Espírito Santo – Lei Complementar 95/97, que dispõe em seu art. 118, V, que ao Ministério Público se aplica a seguinte vedação: “ocupar cargos em Partido Político e exercer atividade político-partidária, ressalvada a filiação e o direito de afastar-se para concorrer ou exercer cargo eletivo, garantido o pagamento dos vencimentos e das vantagens a partir do afastamento legal” e Lei Orgânica do Ministério Público da União – art. 237, V, da LC nº 75/93, conforme alhures colado. Assim, ao membro do Ministério Público reservou-se o direito fundamental de participação passiva em democracia representativa – direito de ser votado.

Todavia, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, o art.128, §5º, II, “e”, da Constituição brasileira sofreu alteração supressiva de direito, na medida em que eliminou a expressão *salvo exceções previstas na lei*. Destarte, o direito fundamental de

participação política passiva foi subtraído pelo Poder Reformador, uma vez que a previsão constitucional de exceções à vedação do exercício de atividade político-partidária pelos membros do Ministério Público foi eliminada, tendo aplicação imediata e linear, conforme se infere da Resolução 22.045 do TSE.

Eis o cerne desta pesquisa: a extirpação do direito dos membros do Ministério Público exercerem de atividade político-partidária, promovida pelo constituinte derivado, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi uma supressão legítima ou, em sentido inverso, uma violação constitucional?

7.1. Direitos Fundamentais são restringíveis, mas não suprimíveis

Na medida em que presente pesquisa, necessariamente, perquirirá a legitimidade da eliminação de direito fundamental, mediante emenda constitucional, impende traduzir o que a doutrina toma como *restrição* de direitos fundamentais para distingui-la da *supressão* de direitos fundamentais e suas consequências jurídicas. A complexa questão relativa às restrições dos direitos individuais dificulta, também, a sistematização dessas limitações (MENDES, 2007, p. 27). Do mesmo modo, Pereira (2006, p. 136) ressalta a necessidade de esclarecimento terminológico com referência aos limites dos direitos fundamentais, uma vez que as limitações se materializam de várias formas.

Segundo Pereira (2006, p. 137) a expressão *limites dos direitos fundamentais* é dotada de ambiguidade, pois ao termo *limite* se aplica duplo significado: numa banda, a ideia de constrição; noutra, contorno ou alcance máximo. Outrossim, “no plano legislativo, os limites manifestam-se de dois modos: i) mediante constrições, exceções ou privações ao exercício do direito tal como definido constitucionalmente; e ii) por meio de um detalhamento da definição do direito fundamental e de suas formas de exercício” (PEREIRA, 2006, p. 137).

Pereira (2006, p. 138), sistematiza conceitos nestes termos:

A restrição – também chamada de limitação – corresponde a previsões normativas e interpretações que operam uma diminuição da esfera máxima de incidência do direito que, a princípio, pode ser extraída de sua definição constitucional, mediante o estabelecimento de condições e obstáculos ao seu exercício. Já a configuração – também intitulada de conformação, delimitação ou regulamentação –, é entendida como a densificação do conteúdo normativo do direito, realizada por meio do detalhamento de seu conceito, da especificação de suas formas de exercício e de estabelecimento de garantias processuais aptas a salvaguardá-lo.

A *restrição*, em várias cambiantes, é aceita pela doutrina e jurisprudência, todavia, a *supressão* – ao menos para a corrente nega o caráter intransponível aos limites do poder de

reforma – é inadmissível. Nesse rumo Sarlet destaca que os direitos fundamentais “sendo parte integrante da identidade do sistema constitucional, o que, reitera-se, não impede ajustes e restrições, mas impede a supressão de direitos fundamentais como tais consagrados pelo Constituinte” (SARLET, 2010, p. 427).

A impossibilidade de supressão de direitos fundamentais mediante emenda constitucional é sustentada por Sarlet (2010, p. 430):

Com base no exposto, é de relembrar-se, neste contexto, a lição de Flávio Novelli, no sentido de que as “cláusulas pétreas”, estando a serviço da proteção do “cerne constitucional intangível” (Pontes de Miranda), isto é, do “âmbito nuclear da estatalidade constitucional” (Klaus Stern), repelem toda e qualquer emenda que intente a supressão ou alteração substancial dos direitos fundamentais ou dos princípios fundamentais da Constituição incluídos no rol dos limites materiais à reforma da Constituição.

Com efeito, a proteção conferida aos direitos fundamentais pelo art. 60, § 4º, da Constituição pátria, “não alcança as dimensões de uma absoluta intangibilidade, já que apenas uma abolição (efetiva ou tendencial) se encontra vedada” (SARLET, 2010, p. 427). No mesmo sentido, Brandão (2008, p. 268) destaca a literalidade do termo *tendente a abolir*, constante do mencionado dispositivo, como determinante na fixação dos limites permissivos de reforma constitucional:

A bem da verdade, o próprio constituinte, ao vedar apenas as emendas constitucionais “tendentes a abolir” as cláusulas pétreas, deixou claro que não são todas as restrições veiculadas por emendas que se afiguram constitucionalmente ilegítimas, mas apenas as que limitem a respectiva cláusula para além de determinados limites, a partir dos quais se verifica o caráter tendencial aniquilador do direito “restringido” pela emenda respectiva.

Consoante teoria formulada por Alexy “uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição. Se ela for inconstitucional, ela até pode ter natureza de uma intervenção, mas não a de uma restrição” (ALEXY, 2011, p. 281). Nesta seara, relevo especial assume a distinção entre normas de competência que fundamentam a competência do Estado para criar normas daquelas destinadas aos cidadãos – normas mandatórias e proibitivas. Dentre as primeiras, ressalta que as normas de competência estabelecidas por meio de reservas legais autorizam o legislador a estabelecer restrições aos direitos fundamentais. Dentre as dirigidas aos cidadãos, ressalva que “relevantes não são

apenas normas mandatórias e proibitivas, mas também normas que restrinjam ou eliminem competências dos cidadãos” (ALEXY, 2011, p. 282).

Essa breve explanação do significado do termo de *restrição*, em referência aos direitos fundamentais, já nos permite inferir que o mesmo não tem zona de convergência com a *supressão* de direitos fundamentais, tampouco com esse se confunde, na medida em que aquela consiste em uma diminuição da esfera máxima de incidência do direito, essa, na extinção; aquela, em certa medida, é permitida pelo sistema constitucional; essa não.

7.2. A Inconstitucionalidade das Emendas Supressivas de Direitos Fundamentais

Atenção especial ao esclarecimento de que a declaração de um *conteúdo essencial* se destina ao legislador ordinário e não ao constituinte derivado, que deve estar antenado aos limites materiais do poder de reforma constitucional, conforme destaca Silva (2010, p. 24):

Ora, quando as constituições alemã e portuguesa, entre outras, expressamente declaram a proteção de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais, não estão elas, nesses dispositivos, fazendo referências a possíveis reformas constitucionais que possam alterar a configuração desses direitos. Em geral, essa é tarefa de dispositivo diverso, que garante as chamadas “cláusulas pétreas”.
A declaração de um conteúdo essencial destina-se, sim, ao legislador ordinário, pois é esse que, em sua tarefa de concretizador dos direitos fundamentais, deve atentar àquilo que a constituição chama de “conteúdo essencial”.

A exegese exposta no tópico anterior, na medida em que faz referência ao que a doutrina denomina de *limites dos limites* ou *limites imanentes*, conduz o intérprete ao caminho da delimitação de um *núcleo essencial* dos direitos fundamentais. Todavia, o presente artigo não pretende adentrar em tema tão tomentoso, sendo despidendo testilhar o significado de *conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, na medida em que o objeto do presente artigo está estritamente ligado à supressão de direito por ato do Legislador Constituinte no exercício do Poder Reformador e não sua restrição pelo Legislador ordinário. Do mesmo modo, não há que se falar em ponderação de direitos fundamentais.

A supressão de direitos fundamentais, mediante emenda constitucional, pode ser compulsada com substrato das três correntes predominante acerca dos limites materiais do Poder Reformador: a) as dos que tomam os limites materiais como insuperáveis; as do que negam sua legitimidade e eficácia jurídica; e, as do que admitem sua superação mediante processo de dupla revisão.

Todavia, o objetivo do presente tópico não passa pela digressão ao embate destas correntes, antes, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade da supressão de

direitos fundamentais. Nesse passo, relevo especial deve ser conferido ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que é o órgão legitimado à guarda da Constituição, na forma do art. 102, *caput*, da Carta Magna, com competência para declaração de inconstitucionalidade de emendas (art. 102, I, “a”, da CF).

Sob égide da Constituição de 1988, o Excelso Pretório – ADIn n. 830-7 – se arvorou competente para o controle de constitucionalidade de emenda. Firmada a competência, no ano 1993, durante o julgamento da ADIn n. 939-7, foi, pela primeira vez, declarada a inconstitucionalidade de uma emenda, por violação de cláusula pétrea, reconhecendo que o princípio da anterioridade tributária é direito individual do contribuinte, portanto, inviolável.

Paradigmático o julgamento da ADIn n. 939-7, na medida em que nele se teceu alguns contornos para a declaração de inconstitucionalidade: a) reconheceu-se que a proteção superconstitucional conferida pelo art. 60, § 4º, IV, da CF, não se restringe aos direitos e garantias individuais elencados no art. 5º da Constituição pátria, antes se estende a todos os direitos fundamentais dispersos no texto da Constituição, independentemente de sua localização topográfica; b) firmou-se entendimento de que a declaração deveria açambarcar *direitos individuais propriamente ditos*.

Tal delineamento restou confirmado pela ADIn n. 3685-8, que, do mesmo modo, reconheceu a fundamentalidade do princípio da anualidade da lei eleitoral. O voto condutor, promoveu uma explícita associação entre os princípios da anterioridade tributária e da anualidade eleitoral, considerando o primeiro *garantia individual do cidadão-contribuinte* e o segundo *garantia individual do cidadão-eleitor*.

A presente pesquisa não adentra na questão relativa à possibilidade de declaração de inconstitucionalidade dos direitos sociais, na medida em que o direito de ser votado é *direito individual propriamente dito*. Nesta seara, tanto os que defendem uma tese restritiva para exegese das cláusulas pétreas, quanto os que postulam uma interpretação expansiva, com inclusão de todos os direitos fundamentais, concordam que os direitos políticos são direitos individuais propriamente ditos, portanto, são intangíveis.

8. CONCLUSÃO

A partir dos critérios de identificação das normas de direitos fundamentais formulados por Alexy, mormente as *disposições periféricas associadas*, considerando que o art. 5º, § 2º da Constituição brasileira tem caráter abrangente, de maneira a açambarcar direitos fundamentais diluídos no texto da Carta Magna, pode-se afirmar que o dispositivo inserto na Constituição de 1988 pelo constituinte originário (art. 128, §5º, II, “e”) era uma norma dotada

de fundamentalidade formal e material, na medida em que permitia ao membro do Ministério Público o exercício de atividade político partidária, reservando-lhe o direito de se filiar – necessariamente precedido de licença – e de ser votado, conforme reiterada jurisprudência do STF, **antes** da promulgação da emenda 45/2004. A fundamentalidade formal decorre da simples inserção do dispositivo no texto constitucional e a material, principalmente, da insuperável ligação entre direitos políticos e democracia.

Certamente o constituinte originário, ao incrementar os poderes do Ministério Público, configurando-o como função essencial à Justiça, poderia, no momento da criação da nova ordem, ter eliminado o direito de exercer atividade político-partidária desta classe, mas não o fez. Ora, se o constituinte originário não extirpou o direito do exercício de atividade-político partidária, direito estritamente vinculado ao princípio democrático, tampouco o constituinte derivado pode suprimir esse direito. O que o constituinte originário delegou ao legislador ordinário foi a *configuração* deste direito fundamental, mediante reserva legal.

É nesta seara que poderá ser *construído* o direito de participação política dos membros do Ministério Público, desde que não atinja o cerne fundamental. Toma-se como exemplo: a obrigatoriedade dos Membros do Ministério Público não assumirem funções eleitorais 02 (dois) anos antes da desvinculação para concorrer a cargos eletivos e 02 (dois) anos depois do novo exercício da função; impossibilidade de exercer atividades funcionais no município no qual concorreram a cargos eletivos; ou, impossibilidade de assumirem promotorias com atribuição específica dos atos de improbidade administrativa. Depreende-se desta configuração que é o exercício das atividades funcionais que está sendo restringido, não o direito de ser votado, esse inviolável pelo tanto pelo legislador ordinário, quanto pelo constituinte derivado.

Por sua vez, sedimentado tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência do STF, que o alcance da proteção superconstitucional conferida pelo art. 60, § 4º, IV, da CF abrange todos os *direitos individuais propriamente ditos*, dentre os quais o *direito de ser votado*.

Destarte, pode-se afirmar que a extirpação do direito dos membros do Ministério Público exercerem de atividade político-partidária, promovida pelo constituinte derivado, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, consubstancia-se em violação constitucional, na medida em que suprime direito fundamental, sob proteção superconstitucional.

Resumén

Por la Enmienda Constitucional 45, el constituyente derivado cambiar el contenido del arte. 128, § 5, II, "y," la Constitución brasileña, eliminar la frase "salvo disposición en contrario

por la ley." Por lo tanto, suprime el derecho fundamental de los fiscales para participar pasivamente en la democracia representativa - el derecho a ser votado. En este contexto, este artículo examina los derechos fundamentales como límites al poder legislativo en el ejercicio del poder constituyente se deriva de entender la prohibición del ejercicio de las actividades del partido político al Fiscal General era un miembro de una represión legítima o, por el contrario, viola el principio derecho fundamental al voto. Mediante la comprensión de la norma fundamental del derecho formulado por Robert Alexy, para seguir el camino de la fundamentalidad formal y material, con énfasis en el arte. 5, § 2 de la CF. Revela que la Corte Suprema de Justicia es competente para el juicio volando enmiendas constitucionales y reconoce la protección del monopolio de los derechos fundamentales por superconstitucional, incluso si no está inscrito en el arte. 5 de la CF. Basa el actual variada sobre el material limita el poder de reforma constitucional a la conclusión, después de supresiones restricciones distinción constitucional, que la extirpación del derecho de los fiscales para el ejercicio de las actividades de los partidos políticos, por la Enmienda Constitucional N ° 45, que representa en violación de la Constitución, ya que elimina el derecho fundamental bajo la protección superconstitucional.

Palabras clave: derecho a ser votado. Ministerio Público. Afianzamiento cláusula. Enmienda constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. Ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **A proteção dos “direitos e garantias fundamentais” em face de Emendas Constitucionais à luz da jurisprudência do STF**. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n. 1/92 a 42/2003 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n 1 a 6/94*. Brasília: Senado Federal, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 830-7. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB e outros**. Requerido: Congresso Nacional. Relator Min. Moreira Alves, 14 de abril de 1993. Disponível em: “<http://www.stf.gov.br>”. Acesso em 08.06.2011.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator Min. Sidney Sanches, 15 de dezembro de 1993. Disponível em: “<http://www.stf.gov.br>”. Acesso em 08.06.2011.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.371-8*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator Min. Néri da Silveira, 03 de junho de 1998. Disponível em: “<http://www.stf.gov.br>”. Acesso em 14.07.2011.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.377-7*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator Min. Octavio Gallotti, 03 de junho de 1998. Disponível em: “<http://www.stf.gov.br>”. Acesso em 14.07.2011.

_____. *Recurso Extraordinário 597.994-6*. Requerente: Maria do Carmo Martins Lima. Requerido: José Erasmo Maia Costa e Ministério Público Eleitoral. Relatora original Min. Ellen Gracie e relator para acórdão Min. Eros Grau, 04 de junho de 2009. Disponível em: “<http://www.stf.gov.br>”. Acesso em 26.10.2011.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.685-8*. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Congresso Nacional. Relator Min. Ellen Gracie, 23 de março de 2006. Disponível em: “<http://www.stf.gov.br>”. Acesso em 08.06.2011.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 22.045**. Consulta 1.153. Consulente: Senador César Augusto Rabello Borges. Relator Min. Marco Aurélio, 26 de agosto de 2005. Disponível em: “<http://www.tre-sc.gov.br>”. Acesso em 07.11.2011.

_____. **Resolução 22.095**. Consulta 1.154. Consulente: Senador Alberto Tavares Silva. Relator Min. César Asfor Rocha, 24 de outubro de 2005. Disponível em: “<http://www.tre-sc.gov.br>”. Acesso em 07.11.2011.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAHALI, Yussef Said. **Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, legislação civil, processual civil e empresarial, Constituição Federal**. 10. Ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 5. Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

KLEIN, Friedrich. “*Zum Begriff und zur Greze der Verfassungsgerichtsbarkeit*”, DÖV 17 (1964):471-476.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Legislação do Ministério Público**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. Ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional*. 5. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

MILL, Jonh Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. Trad. Débora Ginza e Rita de Cássia Gondim. São Paulo: Escala, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. Ed. rev. atual. Coimbra: Ed. Coimbra, 2007. V. 2.

_____. 6. ed. rev. atual. Coimbra: Ed. Coimbra, 2007. v. 7.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito de participação política: legislativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. **O poder reformador na Constituição brasileira e os limites jurídicos às reformas constitucionais**. São Paulo: RCS Editora, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.