As candidaturas avulsas no contexto brasileiro: primeiras impressões tocantes ao Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.054.490

RODRIGO TERRA CYRINEU

Sobre o autor:

Rodrigo Terra Cyrineu. *Advogado. Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado de Mato Grosso (FESMP/MT). Especialista em Direito Constitucional pela FESMP/MT. Especialista em Direito Eleitoral e Improbidade Administrativa pela FESMP/MT. Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto brasiliense de Direito Público (IDP/DF). Membro-fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP).*

RESUMO

A questão colocada diz respeito à possibilidade de o Judiciário, a despeito da regra constitucional de reconhecer o direito do cidadão de se candidatar de forma independente, isto é, sem se filiar a um partido político. Antes de tudo é preciso reconhecer que as candidaturas avulsas seriam melhor tratadas a nível de debate parlamentar, de forma a se resultar numa emenda constitucional que abolisse a filiação partidária como "condição de elegibilidade". Outro caminho seria alterar o texto constitucional para deixar explícita a facultatividade da associação partidária. Contudo, estando o processo no âmbito do Pretório Excelso, caberia averiguar se é legitima a atuação da jurisdição constitucional para fins de se reconhecer a candidatura avulsa no nosso sistema jurídico. A questão colocada no recurso extraordinário alhures referenciado é extremamente sensível e não escapa, como a maioria das questões jurídicas polêmicas, ao intenso debate acadêmico, com sólidas opiniões fixadas em ambos os lados da celeuma. Nossa compreensão é a de que a sistemática internacional dos direitos humanos confere ao cidadão, no que recepcionada pela própria Constituição Federal, a prerrogativa de se lançar em uma disputa eleitoral sem a filiação a uma agremiação partidária. E, a despeito de respeitosas posições em sentido contrário, é o Poder Judiciário, sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal, a instância atualmente apta a equacionar o dilema, eis que o Congresso Nacional, em nossa visão, jamais enfrentaria o tema com a amplitude e isenção necessárias.

Palavras chave: candidaturas avulsas, filiação partidária, partidos políticos

ABSTRACT

The question raised concerns the possibility for the judiciary, despite the constitutional rule to recognize the citizen's right to stand independently, that is, without joining a political party. First of all it must be acknowledged that single candidacies would be better dealt with at parliamentary debate level, so as to result in a constitutional amendment abolishing party affiliation as a 'condition of eligibility'. Another way would be to amend the constitutional text to make explicit the option of party membership. However, as the case is within that scope, it would be appropriate to ascertain whether the constitutional jurisdiction acts in order to recognize the loose candidacy in our legal system. The question raised in the extraordinary appeal elsewhere referenced is extremely sensitive and does not escape, like most controversial legal issues, from the intense academic debate, with solid opinions fixed on both sides of the stir. Our understanding is that the international human rights system confers on the citizen, in what the Federal Constitution itself welcomes, the prerogative of launching itself into an electoral dispute without affiliation to a partisan association. And despite respectful positions to the contrary, it is the Judiciary, especially by the Federal Supreme Court, the body currently able to settle the dilemma, as the National Congress, in our view, would never face the issue with breadth and exemption. needed.

Keywords: single candidacies, party affiliation, political parties

1. INTRODUÇÃO

A questão colocada no ARE (Agravo em Recurso Extraordinário) nº 1.054.490 diz respeito à possibilidade de o Judiciário, a despeito da regra constitucional encontradiça no artigo 14, §3º, inciso V, reconhecer o direito do cidadão de se candidatar de forma independente, isto é, sem se filiar a um partido político.

O Tribunal Superior Eleitoral, ao apreciar o *recurso especial eleitoral* de **Rodrigo Mezzomo** e **Rodrigo Rocha**, respectivamente pretensos candidatos a Prefeito e Vice do Município de Rio de Janeiro-RJ, assim decidiu:

> *ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO. PREFEITO E VICE-PREFEITO. CANDIDATURA AVULSA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 14, § 3º, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FILIAÇÃO PARTIDÁRIA. CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE. SÚMULA Nº 30/TSE. DESPROVIMENTO. 1. Na espécie, o Tribunal de origem manteve o indeferimento do pedido de registro de candidatura sob o fundamento de que, no ordenamento jurídico pátrio, não é possível lançar candidatura avulsa a cargo eletivo. 2. Não obstante o argumento de que a democracia se dá com a consagração do direito fundamental do cidadão de participar diretamente da vida política do país, no ordenamento jurídico brasileiro os partidos políticos exercem um elo*
>
> *imprescindível entre a sociedade e o estado. Com efeito, nos termos do art. 14, § 3º, V, da Constituição Federal, a filiação partidária é uma condição de elegibilidade. 3. O acórdão regional está em consonância com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual, "no sistema eleitoral brasileiro, não existe candidatura avulsa" (ED-RO nº 44545/MA, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, PSESS de 3.10.2014). 4. É facultado ao relator decidir monocraticamente os feitos, nos casos em que aplicável o art. 36, § 6º, do RITSE. Precedentes. 5. Estando a matéria assentada na jurisprudência desta Corte, incide a Súmula nº 30/TSE, aplicável, também, aos recursos especiais fundados na alínea a do I do art. 276 do Código Eleitoral. Precedentes. 6. Agravo regimental desprovido.*[1]

No apelo extremo, alega-se (destaca-se aqui as principais teses da peça recursal que conta com mais de 120 páginas): *(a)* violação ao artigo 1º da Constituição Federal, bem ainda seus incisos II (cidadania), III (dignidade humana) e V (pluralismo político); *(b)* violação ao artigo 4º, inciso II (prevalência dos direitos humanos), da *Lex Mater*; *(c)* contrariedade aos §§1ºe 2º do artigo 5º da Constituição Federal (aplicação imediata dos direitos fundamentais e recepção dos direitos elencados em tratados internacionais); *(d)* violação ao inciso XX do artigo 5º da CF/88 *("ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado")*; *(e)* violação aos artigos 23[2] e 29[3] do Pacto de São José da Costa Rica; *(f)* ainda no plano internacional, *"foram contrariados, ainda, o artigo 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o artigo 21 da famosa Declaração Universal de Direitos do Homem, ambos Tratados Internacionais que, nos acenados artigos, versam a respeito do direto de ampla participação na vida política"; (g)* contrariedade ao artigo 27 da Convenção de Viena, "a qual proíbe qualquer país signatário de Tratado Internacional negar vigência aos Pactos alegando direito interno"; e *(h)* divergência com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos estabelecida no caso ***Yatama versus Nicarágua***.

O Excelentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso, Relator do caso no Supremo Tribunal Federal, liberou o feito para ser incluído na pauta de julgamento.

Antes de tudo é preciso reconhecer, porquanto inegável seria o *plus* de legitimidade, que as candidaturas avulsas seriam melhor tratadas a nível de debate parlamentar, de forma a se resultar numa emenda constitucional que abolisse a filiação partidária como *"condição de elegibilidade"*. Outro caminho seria alterar o texto constitucional para deixar explícita a facultatividade da associação partidária. Mas não é disso que se cuida na hipótese em análise.

Ou seja, estando o processo no âmbito do Pretório Excelso, impende averiguar se é legitima a atuação da jurisdição constitucional para fins de se reconhecer a candidatura avulsa no nosso sistema jurídico.

---

[1] Recurso Especial Eleitoral nº 165568, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 29/11/2016.

[2] Artigo 23. Direitos políticos 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país. 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

[3] **Artigo 29. Normas de interpretação** Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a

2. DA LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

Crítico ao controle de constitucionalidade forte, o professor John Hart Ely admite, entretanto, a atuação da jurisdição constitucional de forma mais incisiva em duas hipóteses excepcionais: ***(i)*** como forma de desbloquear os canais de mudança política; e ***(ii)*** como forma de facilitar a representação das minorias.[4] No capítulo 5 (cinco) de sua obra "Democracia e Desconfiança", intitulado *"Desbloqueando os canais da mudança política"*, o **direito ao voto** é elencando como uma das justificativas para viabilizar a jurisdição constitucional. Tanto o é que Ely adverte: *"(...) o controle judicial de constitucionalidade deve ocupar-se basicamente de eliminar as obstruções ao processo democrático, e a negação do voto parece ser a mais representativa das obstruções".*[5-6]

E continua:

> *(...) Uma teoria mais completa a respeito dos casos que envolvem o voto deveria dizer que eles envolvem direitos (1) que são essenciais para o processo democrático e (2) cujas dimensões não podem ser deixadas somente a cargos dos representantes eleitos, que têm um interesse óbvio no status quo.*[7-8]

De se ver, portanto, que mesmo dentre os procedimentalistas não há nenhuma objeção consistente à atuação protagonista da jurisdição constitucional nesse campo.

Muito pelo contrário, Ely defende o ativismo nesses casos como forma de desobstruir os caminhos da mudança política, algo que o Brasil tanto precisa.

Por sua vez, outro ferrenho opositor do ativismo das Cortes, Jeremy Waldron, no clássico artigo *The Core of The Case Against Judicial Review (A Essência da Oposição ao Judicial Review)*, ao tratar das instituições democráticas tidas como primeiro pressuposto de seu raciocínio, destaca:

> *Diz-se às vezes que as instituições eleitorais são incapazes de se reformar porque os legisladores têm um interesse arraigado no status quo. Isso pode ser verdade para alguns dos arranjos eleitorais e legislativos patológicos dos Estados Unidos. (Mas as questões para as quais isso é mais verdadeiro nos Estados Unidos são aquelas em que os tribunais mal ousaram intervir – pense na condição vergonhosa da re-divisão de zonas eleitorais, por exemplo.) Em outros lugares, isso é patentemente falso. Na Nova Zelândia, por exemplo, em 1933, o legislativo promulgou leis mudando o sistema de representação parlamentar de maioria relativa de votos para um sistema de representação proporcional, de uma maneira que desestabilizou os padrões vigentes de ocupação de cargos.*[9]

Se se admite a incapacidade das instituições representativas dos Estados Unidos da América, com maior razão o acerto em se reconhecê-la no âmbito doméstico[10], num Congresso inerte e habituado a reformas políticas de afogadilho que não alteram substancialmente nada para melhor[11], mas apenas preservam o *status quo*, como é o caso da reforma introduzida pela Lei nº. 13.165/2015 que reduziu o tempo de campanha eleitoral pela metade.

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

[4] ELY, John Hart. Democracia e desconfiança – Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

[5] ELY, John Hart. op. cit., p. 156.

[6] Em nota de rodapé ao final do excerto transcrito, consta ainda: *"Outras práticas que vão ao cerne do direito do povo de escolher seus representantes e expressar suas preferências são a negação aos partidos minoritários do direito a concorrer nas eleições e a recusa a dar cargo aos representantes escolhidos pelo povo. A Corte de Warren também lidou ativamente com essas duas áreas".*

[7] Idem, p. 157.

[8] Ver, também, H. Mayo, *An Introduction to Democratic Theory*, p. 120 (1960): *"Esses e outros exemplos, que poderiam ser multiplicados indefinidamente, mostram que os grupos que detêm o poder político costumam resistir à ampliação do sufrágio (...)" apud* ELY, John Hart. op. cit., p. 305.

[9] WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao *Judicial Review*. *In* **Legitimidade da Jurisdição Constitucional.** Tradução de Adauto Vilella. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 108.

[10] A esse propósito, confira-se, dentre outros, BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 524: *"Em quase trinta anos de vigência, o ponto baixo do modelo constitucional brasileiro e dos sucessivos governos democráticos foi a falta de disposição ou capacidade para reformular o sistema político. No conjunto de desacertos das últimas décadas, a política passou a ser um fim em si mesma, um mundo à parte, desconectado da sociedade, visto ora com indiferença, ora com desconfiança. As repetidas crises produzidas pelas disfunções do financiamento eleitoral, pelas relações oblíquas entre Executivo e parlamentares e pelo exercício de cargos públicos para benefício próprio têm trazido, ao longo dos anos, uma onda de ceticismo que abate a cidadania e compromete sua capacidade de indignação e de reação. A verdade, contudo, é que não há Estado democrático sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem parlamento atuante e investido de credibilidade. É preciso, portanto, reconstruir o conteúdo e a imagem dos partidos e do Congresso, assim como exaltar a dignidade da política. O sistema político brasileiro, por vicissitudes diversas, tem desempenhado um papel oposto ao que lhe cabe: exacerba os defeitos e não deixa florescer as virtudes".*

No caso *Reynolds versus Sims*[12], a Corte Suprema dos Estados Unidos, a respeito do direito ao voto, assentou: *"O direito de votar livremente pelo candidato de sua escolha faz parte da essência de uma sociedade democrática,* ***e quaisquer restrições a esse direito atingem diretamente o coração do governo representativo****"*.[13] Não é coincidência, portanto, serem válidas as candidaturas independentes nos Estados Unidos da América.

Deveras, as candidaturas avulsas não podem ser encaradas apenas como prerrogativa pessoal ou direito subjetivo dos pretensos candidatos, mas também – e sobretudo – como direito ao voto e livre manifestação política dos inúmeros eleitores desejosos do fim do monopólio de candidaturas atualmente imperante em prol dos partidos políticos. E é óbvio que o tema jamais será objeto de deliberação no âmbito do Congresso Nacional, dominado pelas forças partidárias[14] e absolutamente tendencioso a manter o *status quo*, cabendo ao Judiciário, portanto, avaliar a questão a partir da evolução do sentimento constitucional[15] por parte dos cidadãos[16] ao longo desses quase 30 (trinta) anos da Constituição Federal.

Não bastasse isso, importante não olvidar a pífia ambiência democrática observada no seio das greis, cujo funcionamento se dá, como bem constatou Raymundo Campos Neto[17], de maneira oligárquica, ao arrepio do princípio vetor da igualdade de oportunidades.

Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a ADI nº. 4.650 que tinha como objeto o financiamento eleitoral por pessoas jurídicas, assentou, a título prefacial, que – *verbis*:

> *É preciso, pois, cautela para com arranjos institucionais que outorguem a competência para reformá-los exclusivamente àqueles diretamente interessados no resultado dessa reforma. As chances de surgirem disfuncionalidades são autoevidentes. A rigor, tais desenhos não oferecem os incentivos corretos e necessários para que os agentes abandonem o status quo e, consequentemente, implementem as mudanças essenciais ao aprimoramento das instituições democráticas.*
>
> *No caso em comento, confiar a uma só instituição, ainda que legitimada democraticamente como o Poder Legislativo, a prerrogativa de reformular a disciplina do financiamento de campanhas pode comprometer a própria higidez do regime democrático. Não é preciso ir tão longe para perceber a veracidade desta constatação. Exemplo recente da história política brasileira foi a fidelidade partidária, que, conquanto salutar ao bom funcionamento das instâncias representativas, só veio a ser, de fato, uma realidade no país após a intervenção deste Supremo Tribunal Federal (MS nº 26.602/DF, rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 04/10/2007, DJe-197 de 16/10/2008; MS nº 26.603/DF, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j.04/10/2007, DJe-241 de 18/12/2008; STF, MS nº 26.604/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 04/10/2007, DJe-187 de 02/10/2008).*
>
> *Exatamente porque matérias intimamente ligadas ao processo eleitoral aumentam consideravelmente as chances de manipulação e parcialidade no seu tratamento pelos órgãos eleitos por este mesmo processo, justifica-se, a meu sentir, uma postura mais expansiva e particularista por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento de opções mais deferentes e formalistas. Creio que, ao assim agir, a Corte não amesquinha a democracia, mas antes a fortalece, corrigindo pelo menos algumas de suas naturais disfuncionalidades.*[18]

---

[11] *"Não serão os próprios representantes os mais indicados para corrigir esses problemas de mau funcionamento democrático. Exemplo disso é o caso da sub-representação dos cidadãos dos Estados mais populosos no Brasil. Esperar que o Congresso – fruto dessa distorção e beneficiário da mesma – a corrija é esperar que a maioria dos parlamentares lute contra seus próprios interesses. Este é um caso típico onde a resolução do problema e o consequente fortalecimento da democracia devem sair de fora do sistema representativo".* (VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**. Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 216)

[12] *Reynolds vs. Sims*, 377 U.S. 533, 555 (1964).

[13] ELY, John Hart. op. cit., p. 305.

[14] Ao proferir voto na ADI 5.081/DF, o Ministro Marco Aurélio Mello asseverou ab initio: *"Presidente, preciso reconhecer que, no cenário nacional, há um grande hiato entre o formal e a realidade, considerados os partidos políticos".*

[15] *"Quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por coninterpretá-la"*. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição:** Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio A. Fabris, Eidtor, 1997. Corroborando tal raciocínio, André Ramos Tavares ensina que *"a interpretação da Constituição deve operar, sempre, o mais próximo possível de seu povo"*. *In* **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 185.

[16] BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 511: *"O país vive, na medida em que a Constituição se aproxima da terceira década, um momento delicado, em que a atividade política passa por uma situação de preocupante desprestígio. Uma grave crise no sistema representativo compromete a legitimidade democrática das instituições legislativas. Nesse cenário, não é possível negar a falta de sintonia entre a sociedade civil e os órgãos de representação popular, em decorrência de um modelo político que deixou de servir adequadamente ao país. Por essa razão, tornou-se imprescindível a realização de uma Reforma Política, já de há muito adiada, capaz de fomentar a legitimidade democrática, a governabilidade e as virtudes republicanas".*

[17] In **A democracia interna nos partidos políticos brasileiros.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

Como se vê, o Tribunal explorou a temática do *locus* ideal para a discussão de temas de natureza política, distinguindo os prós e contras de cada matéria ser debatida via Congresso ou via Supremo, a depender do caso, afirmando, ao fim, ser o Pretório Excelso um dos *players* do aperfeiçoamento do arranjo institucional brasileiro, a exemplo do que se deu no caso da fidelidade partidária.

Nesse mesmo sentido, John Hart Ely ensina:

> *O tipo de controle de constitucionalidade apropriado nos casos que envolvem as qualificações do eleitor tem parentesco com o que é apropriado no contexto da Primeira Emenda.* ***Não podemos deixar que os "incluídos" decidam quem deve ficar de fora*** *– portanto, é obrigação dos tribunais assegurar não apenas que a ninguém se negue sem motivo seu direito ao voto, mas também que, quando há um motivo (como certamente haverá), ele seja bastante convincente.*[19]

Não é exagero, tampouco sandice, assentar que o cidadão terá melhor condição de discutir o assunto nos Tribunais, como aliás Jeremy Waldron, no já citado ensaio, admite no que chama de *"casos não essenciais"*, apoiando-se, neste particular, na doutrina de Hart Ely – *verbis*:

> *Em quinto e último lugar, os defensores do judicial review alegam que a prática pode ser justificada como um modo adicional de acesso à participação do cidadão no sistema político. Às vezes os cidadãos têm acesso ao sistema político como eleitores, às vezes como lobistas, às vezes como litigantes. Dizem que deveríamos avaliar a legitimidade do pacote completo dos vários modos de acesso do cidadão, não apenas as credenciais democráticas desse componente específico. A alegação é justa, mas podia ser melhor. Porém, incluir o judicial review em um conjunto mais amplo de modos de participação do cidadão não altera o fato de que esse modo de envolvimento dos cidadãos não se pauta em princípios de igualdade política normalmente vistos como cruciais para a democracia. As pessoas tendem a depositar suas esperanças no judicial review quando querem maior peso para suas opiniões do que conseguiram com a política eleitoral. Talvez seja possível fazer com que esse modo pareça respeitável quando outras vias da mudança política estejam bloqueadas.*[20]

De se ver, portanto, ser plenamente legítimo o pronunciamento judicial pleiteado pelos Recorrentes, sem que isso implique qualquer atuação excessiva, desarrazoada ou desproporcional do Tribunal, muito pelo contrário: o pronunciamento é alvissareiro.

3. O DIREITO À CANDIDATURA INDEPENDENTEMENTE DE FILIAÇÃO PARTIDÁRIA:

Sobre a questão de fundo, impende salientar que a Constituição Federal, **em seu texto originário**, ao mesmo tempo em que previu a filiação partidária como *"condição de elebibilidade, na forma da lei"* (art. 14, §3º, V), dispôs que os direitos e garantias previstos no extenso rol do artigo 5º *"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".*[21]

Um recorte inicial há de ser feito. É inegável que o conflito normativo é de alta complexidade. É certo, porém, que necessita ser resolvido, de forma a preservar a unidade da Constituição[22]. Uma leitura apressada poderia sugerir que o ônus argumentativo estaria voltado inteiramente àqueles que reputam facultativa a filiação partidária (ou que haveria um direito subjetivo a se candidatar de forma descolada de um partido político), haja vista ser regra constitucional textual a necessidade de se associar a um partido político.

As experiências do Direito Comparado, todavia, descontroem esse argumento. A Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Kramer vs. Union Free School District nº. 15*, afastou a própria presunção de constitucionalidade em discussões dessa natureza com base no seguinte argumento do voto do *Justice* Warren (Presidente do Tribunal) – *verbis:*

> *Quando controlamos a constitucionalidade das leis que negam a alguns residentes o direito ao voto, a presunção geral de constitucionalidade das leis estaduais e a aprovação habitual que se concede às classificações estaduais (sempre que a Corte for capaz de conceber um "fundamental racional" para as distinções feitas) não*

[18] STF, ADI 4650, voto do Relator, Min. LUIZ FUX, disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4650relator.pdf.
[19] ELY, John Hart. op. cit., p. 160.
[20] WALDRON, Jeremy. op. cit., p. 144.
[21] §2º do citado artigo 5º da Constituição Federal.
[22] "Considera-se a Constituição como um sistema e, nessa medida, um conjunto coeso de normas. Essa particularidade, nas palavras de J. J. Gomes Canotilho, significa que 'a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas'". TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 188.

> *são mais aplicáveis (...)* ***A presunção de constitucionalidade e as classificações "racionais" aprovadas em outros tipos de leis baseiam-se na suposição de que as instituições do governo estadual estão estruturadas de modo que representam com justiça todas as pessoas. No entanto, quando o demandante pleiteia a inconstitucionalidade da lei exatamente porque ela nega tal suposição básica, estão não pode mais servir de fundamento para se presumir a constitucionalidade.***[23]

A essa postura mais expansiva da jurisdição constitucional como mecanismo de proteção dos direitos políticos associa-se a denominada **interpretação evolutiva** da Constituição, a qual é conceituada por Zagrebelsky como *"a operação destinada a reconstruir o direito dinamicamente, na medida das exigências cambiantes que a realidade social manifesta"*.[24] O momento parece reclamar, de fato, algo desse jaez.

André Ramos Tavares obtempera que *"só se pode falar em interpretação evolutiva dentro da opção conceitual de Constituição aberta, como é o caso da brasileira"*.[25] E prossegue:

> *Ademais, a interpretação evolutiva mostra-se extremamente adequada às Constituições que, como a brasileira e a maioria das Constituições atuais, contemplam em si finalidades distintas, absolutamente diversas.* ***A preferência por uma ou outra não se encontra na Constituição, mas sim numa escolha que pertence ao momento histórico vivido.***[26]

O momento parece ter chego. Feito esse breve recorte inicial, certo é que a ordem constitucional brasileira, fazendo coro à quarta onda evolutiva do Estado de Direito[27], coloca-se aberta a recepcionar direitos e garantias previstos em tratados internacionais, de modo que o rol do artigo 5º configura-se como lista de direitos não taxativa, a qual formará, juntamente com os enunciados internacionais, o bloco de constitucionalidade brasileiro.

A propósito do tema, Ingo Wolfgang Sarlet leciona:

> *A norma contida no §2º do art. 5º da CF traduz o entendimento de que, além dos direitos expressamente positivados no capítulo constitucional próprio (dos direitos e garantias fundamentais), existem direitos que, por seu conteúdo e significado, integram o sistema da Constituição, compondo, em outras palavras, na acepção originária do direito constitucional francês, o assim chamado bloco de constitucionalidade, que não se restringe necessariamente a um determinado texto ou mesmo conjunto de textos constitucionais, ou seja, não se reduz a uma concepção puramente formal de constituição e de direitos fundamentais. Assim, a despeito do caráter analítico do Título II da CF, onde estão contidos os direitos e garantias como tal designados e reconhecidos pelo constituinte, cuida-se de uma enumeração não taxativa. O art. 5º, §2º, da CF, representa, portanto, uma cláusula que consagra a abertura material do sistema constitucional de direitos fundamentais como sendo um sistema inclusivo e amigo dos direitos fundamentais.*[28]

Nesse mesmo sentido, confira-se a lição de Celso Lafer[29] reproduzida no voto proferido pelo Min. Celso de Mello no julgamento do RE nº. 466.343/SP – *verbis:*

> *"No plano interno, esta política jurídica exterior tem o respaldo e o estímulo do § 2º do art. 5º, que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte.*
>
> *O § 2º do art. 5º suscitou controvérsias, pois argüiu-se que, a ser aplicado literalmente, ensejaria mudança constitucional por maioria simples, que é a maioria requerida para a aprovação de decreto legislativo que recep-*

[23] ELY, John Hart. op. cit., p. 157.
[24] ZAGREBELSKY, Gustavo. op. cit., p. 83 *apud* TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 191.
[25] TAVARES, André Ramos. op. cit., 191. E continua o autor: *"Em sentido oposto tem-se a Constituição imutável, 'petrificada', que vai sendo corroída pela passagem do tempo, e todas aquelas propostas hermenêuticas que buscam impedir qualquer ideia de 'Constituição viva', como é o caso do originalismo e, mais amplamente, do interpretivismo, correntes interpretativas desenvolvidas nos EUA e que pregam, basicamente, uma vinculação extrema ao texto e ao que nele estaria expressamente contido, sem qualquer possibilidade de evolução por meio da interpretação do texto. Também é a proposta encabeçada pelo famoso juiz da Corte Suprema dos EUA, Antonin Scalia, em sua conhecida vertente 'texto e tradição'".*
[26] Idem, p. 191.
[27] GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Os autores, de forma extremamente feliz, discorrem sobre quatro ondas de evolução do Estado, do Direito e da Justiça, assim compreendidas: onda zero (o absolutismo e sua desconstrução); primeira onda (o legalismo); segunda onda (o constitucionalismo); terceira onda (o internacionalismo) e quarta onda (o universalismo).
[28] SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 5º, §2º. *In:* CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F; STRECK, Lenio L.; _____ (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 517.
[29] *In* **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais,** p. 15/18, 2005, Manole.

ciona um tratado na ordem jurídica interna. Destarte, não se cumprindo os requisitos da votação da emenda constitucional (CF, art. 60, § 2º), os tratados internacionais de direitos humanos não poderiam ter a validade de normas constitucionais.

Foi por conta desta controvérsia que a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, também adicionou ao art. 5o , em consonância com o art. 60, §2°, da CF, o novo § 3º que diz:

'Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O novo § 3º do art. 5o pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo § 2º do art. 5º . De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente. (...).

.....

Este me parece ser o caso do novo § 3º do art. 5º.

Com efeito, entendo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2o do art. 5o não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados. Neste sentido, aponto que a referência aos princípios pressupõe, como foi visto, a expansão axiológica do Direito na perspectiva 'ex parte civium' dos direitos humanos. Também entendo que, com a vigência da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao 'iter' previsto no novo § 3º do art. 5º.

Há, no entanto, uma situação jurídica de direito intertemporal distinta das duas hipóteses já mencionadas: a dos muitos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu e recepcionou no seu ordenamento jurídico desde a Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 45, seguindo a política jurídica exterior determinada pela 'vis directiva' do inc. II do art. 4o . Entre estes tratados estão o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais; e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Penso que os dispositivos destes e de outros tratados recepcionados pela ordem jurídica nacional sem o 'quorum' de uma emenda constitucional não podem ser encarados como tendo apenas a mera hierarquia de leis ordinárias. E é neste ponto que a controvérsia se colocará em novos termos, para voltar ao ensinamento de Paul Roubier, acima referido.

Explico-me, observando que entendo, por força do § 2º do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade.

Faço estas considerações porque concebo, na linha de Flávia Piovesan, que o § 2º do art. 5º, na sistemática da Constituição de 1988, tem uma função clara: a de tecer 'a interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional."[30]

Ainda nesse mesmo sentido, a favor do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos, se posicionam os internacionalistas Francisco Rezek[31], Flávia Piovesan[32] e Valério de Oliveira Mazzuoli[33], bem ainda o constituciona-

[30] Excerto encontradiço às pp. 25-27 do voto.
[31] *In* **Direito Internacional Público - Curso Elementar**, p. 101/103, item n. 50, 10ª ed./3ª tir., 2007, Saraiva.
[32] *In* **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, p. 71/74, 7ª ed., 2006, Saraiva.

lista André Ramos Tavares[34]. Portanto, a norma prevista no artigo 23.2 do Pacto de São José da Costa Rica, incorporada pelo Decreto presidencial nº. 678, de 06 de novembro de 1992, faz parte do catálogo constitucional brasileiro[35], devendo ser considerada e respeitada na solução do caso em apreço. É dizer: ambas as normas possuem, portanto, estatura constitucional. Mas, qual se sobrepõe? A resposta a essa indagação demanda uma visão ampla do ordenamento constitucional.

É a própria Constituição que carrega consigo a *"prevalência dos direitos humanos"* (art. 4º, inciso II), podendo daí se extrair uma pauta de interpretação que otimize os direitos estabelecidos em pactos internacionais incorporados à ordem doméstica[36], como aliás é a regra do já citado §2º do artigo 5º.

Cabe destacar, a esta altura, o escólio de Valério de Oliveira Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes[37] a propósito do princípio interpretativo pro homine, isto é, *"as fontes plúrimas do direito atual (pós-moderno) estabelecem entre si um "diálogo" (dia = dois; logos = lógica; duas lógicas) e, assim, passam a admitir "dupla lógica" para que se encontre (e se possa aplicar) o melhor direito (o que melhor proteja o ser humano, pro homine) no caso concreto".*

Esse modelo exegético também é chamado pela doutrina alemã de **dimensão amiga do direito internacional público**, isto é, *"na aplicação dos tratados, as margens para a sua interpretação devem ser preenchidas de maneira conforme aos direitos fundamentais".*[38] Tais direitos políticos, à luz do art. 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal, estão inseridos no seleto rol de cláusulas pétreas do sistema.

O mesmo não pode ser dito quanto à regra do art. 14, §3º, V. Isto porque, além de não se conceber como um direito ou garantia individual, mas sim uma restrição[39] ao sufrágio passivo, a referida norma não possui eficácia plena e imediata, carecendo da intervenção do legislador ordinário.[40] Deveras, o peso da primeira é **significativamente maior**.[41] A propósito das normas de eficácia limitada, Ingo Wolfgang Sarlet, ao abordar a classificação de José Afonso da Silva, ensina:

> *(...) caracterizam-se essencialmente pela sua aplicabilidade indireta e reduzida, não tendo recebido do legislador constituinte a normatividade suficiente para, por si só e desde logo, serem aplicáveis e gerarem seus principais efeitos, reclamando, por este motivo, a intervenção legislativa. Ressalte-se que as normas de eficácia limitada englobam tanto as normas declaratórias de princípios programáticos, quanto as normas declaratórias de princípios institutivos e organizatórios, que definem a estrutura e as funções de determinados órgãos e instituições, cuja formatação definitiva, contudo, se encontra na dependência do legislador ordinário.*[42]

Ora, se a eficácia da condição de elegibilidade depende de atuação do legislador ordinário, o qual é reconhecidamente inferior, em nível de status normativo, em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, as disposições destes últimos devem prevalecer. A propósito, Ana Paula de Barcellos ensina:

> *A eficácia interpretativa descreve, de forma simplificada, a possibilidade de exigir do Judiciário que os comandos normativos de hierarquia inferior sejam interpretados de acordo com os de hierarquia superior a que estão vinculados. Isso acontece, e.g., entre leis e seus regulamentos e entre a Constituição e a ordem infraconstitucional como um todo. Não se trata apenas de verificar a validade da norma inferior em face da superior, mas de selecionar, dentre as interpretações possíveis da norma hierarquicamente inferior, aquela que melhor realiza a superior.*[43]

---

[33] *In* **Curso de Direito Internacional Público**, p. 694/695, item n. 8, 2ª ed., 2007, Atlas.

[34] *In* **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça**, p. 47/48, item n. 3.2.2.5, 2005, Saraiva.

[35] No âmbito do Direito Comparado, interessante a disposição da Constituição Portuguesa que, em seu art. 16, nº 2, aduz que: *"os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem".*

[36] Interessante, a esse propósito, o seguinte excerto do voto do Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466.343/SP – verbis: *"(...) à luz dos atuais elementos de integração e abertura do Estado à cooperação internacional, tutelados no texto constitucional, o entendimento que privilegie a boa-fé e a segurança dos pactos internacionais revela-se mais fiel à Carta Magna".*

[37] *In* **Direito Supraconstitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 106-7.

[38] MICHAEL, Lotar; MORLOK, Martin. **Direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 110.

[39] A esse respeito, confira-se, por todos, SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. 2ª ed, 4ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 102 *"(...) nem tudo aquilo que se refira à forma de exercício de uma liberdade é mera regulamentação. Como se viu, é perfeitamente possível que com base em medidas aparentemente inofensivas e meramente regulamentadoras o exercício de um direito fundamental possa ser restringido de forma contundente. O que aparenta ser regulamentação é, na verdade, restrição".*

[40] Não custa repetir que a Constituição diz ser a filiação uma *"condição de elegibilidade, **na forma da lei**"*.

[41] Sobremodo porque o §1º do artigo 5º textualmente confere eficácia plena aos referidos direitos: *"As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".*

[42] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 248.

De mais a mais, o paralelismo da presente hipótese com a do **depositário infiel**[44] é incontestável, de sorte que ainda aos que advoguem a tese da mera **supralegalidade** fica inconcebível sustentar a validade da parte final do *caput* do artigo 9º[45] e do inciso III, do §1º, do artigo 11[46], ambos da Lei nº. 9.504/1.997, uma vez que o artigo 23.2 do Pacto de São José da Costa Rica possui, em seu desfavor, **eficácia paralisante**.

Não foi outra a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no referido caso paradigma, a exemplo do que se observa da fundamentação externada no voto do Min. Gilmar Mendes:

> *(...) diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.*
>
> *Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei n° 911, de 1o de outubro de 1969.*
>
> *Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei n° 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.*
>
> *Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.*[47]

E a Constituição Federal, a propósito do **depositário infiel**, expressamente autorizava a sua prisão[48], e nem por isso se deixou de aplicar a norma internacional, à luz do que já se argumentou alhures, de modo que, ainda que a Constituição Federal autorize o legislador a disciplinar a filiação partidária, a adesão ao Pacto de São José da Costa Rica tem o efeito de paralisar a obrigatoriedade de associação partidária instituída pelas leis infraconstitucionais.

Não há, portanto, razão convincente para tratamento diverso entre um caso e outro. Aliás, razão convincente existe em sentido contrário, isto é, para que seja aplicada a norma internacional de direitos humanos, ex vi do artigo 27 da Convenção de Viena – *verbis: "Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado".*

Flávia Piovesan[49] dá outro exemplo de conflito entre tratado internacional e Constituição Federal que deve ser solucionado em favor da primeira categoria normativa, ex vi do princípio interpretativo *pro homine – verbis:*

> *Um exemplo de conflito entre Direito internacionalmente garantido e dispositivo constitucional atém-se ao caso da liberdade sindical. Nos termos do art. 22 do Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos, fica estabelecido o direito de toda pessoa de fundar, com outras, sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente às restrições previstas em lei que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias. Idêntico preceito encontra-se previsto no art. 8º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como no art. 16 da Convenção Americana de Direitos Humanos.*

---

[43] BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 96-7.

[44] RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso.

[45] *"Art. 9o Para concorrer às eleições, o candidato deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição pelo prazo de, pelo menos, um ano antes do pleito, e estar com a filiação deferida pelo partido no mínimo seis meses antes da data da eleição".*

[46] *"Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições. (...) § 1º O pedido de registro deve ser instruído com os seguintes documentos: (...) III - prova de filiação partidária".*

[47] Excerto extraído das pp. 26-27 do voto do Ministro Gilmar Mendes.

[48] *"LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".*

[49] *In* **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 181-2.

> *Por sua vez, a Constituição brasileira de 1988 consagra o princípio da unicidade sindical, nos termos de seu art. 8º, II. Esse dispositivo prevê que "é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial".*
>
> *Ora, ainda que intencionalmente a ampla liberdade de fundação de sindicatos esteja sujeita a restrições "prevista em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias", sustenta-se que no caso brasileiro não se verifica qualquer dessas hipóteses. Isto é, a unicidade sindical não parece constituir necessidade de uma sociedade democrática, e nem mesmo parece responder ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou ainda à proteção de direitos e de liberdades alheias. Trata-se, portanto, de restrição injustificada à ampla liberdade de associação, que pressupõe a liberdade de fundar sindicatos.*
>
> *Acolhendo o princípio da prevalência da norma mais favorável ao indivíduo e considerando que os direitos previstos em tratados internacionais de que o Brasil é parte são incorporados pela Constituição, que lhes atribui a natureza de norma constitucional e aplicação imediata, conclui-se que a ampla liberdade de criar sindicatos merece prevalecer sobre a restrição da unicidade sindical.*
>
> *Acrescente-se ainda que o Brasil, ao ratificar os Pactos Internacionais e a Convenção Americana em 1992, não formulou qualquer reserva em relação à matéria. Logo, aceitou o princípio da ampla liberdade de criação de sindicatos.*

De se ver, portanto, que é a própria Constituição Federal (norma de hierarquia superior) que impõe o efeito paralisante às normas infraconstitucionais regulamentadoras da condição de elegibilidade atinente à filiação partidária (norma de hierarquia inferior).

Demais disso, outras normas constitucionais parecem confluir para essa conclusão, a começar pela liberdade de associação. Com efeito, o raciocínio ora defendido parece melhor se adequar à própria ideia de liberdade de associação a que faz menção o inciso XX[50] do artigo 5º da Constituição Federal.

Tomar parte dos assuntos públicos, aí se incluindo o direito de se candidatar, é da essência da própria ideia de democracia, não parecendo correta a leitura constitucional que sugere a obrigatoriedade de associação partidária quando o próprio catálogo de direitos fundamentais adverte que *"ninguém poderá será ser compelido a associar-se ou a permanecer associado"*. O faz se quiser e se bem entender.

De igual modo, e por fim, a liberdade de consciência *(art. 5º, VI)* e o impedimento de privação de direitos por convicções filosóficas ou políticas *(art. 5º, VIII)* parecem legitimar a pretensão daqueles que pretendem postular candidaturas de forma independente, seja lá quais forem as suas razões.

Um último argumento, talvez o mais forte deles, precisa ser rechaçado, a saber: o de que **o artigo 23 do Pacto de São José da Costa Rica não garantiria a candidatura avulsa**, sobretudo após o advento da decisão da Corte Interamericana no caso *Castañeda Gutman v. México.*

O próprio Pacto traz consigo uma norma de interpretação assim redigida – *verbis:*

> **Artigo 29. Normas de interpretação** *Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.*

Atendo-se a esse comando normativo, Flávia Piovesan sinteticamente aduz que *"os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm aprimorar e fortalecer, nunca restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno".*[51] A partir dessa pauta interpretativa, cabe analisar a decisão da Corte Interamericana no caso *Castañeda Gutman v. México* e verificar se este *decisum* impõe óbice ao reconhecimento do direito à candidatura avulsa no sistema brasileiro.

---

[50] *"Ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado".*

[51] *In* Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 185.

Eis a síntese da decisão na pena de Marcelo Ramos Peregrino Ferreira[52]:

> *A corte entendeu a necessidade de filiação partidária como uma necessidade social imperativa (interesse público imperativo) pelas seguintes razões: i) a necessidade de criar e fortalecer os sistemas de partidos como uma resposta a uma realidade histórica, política e social; ii) a necessidade de organizar de forma eficaz o processo eleitoral num universo de eleitores de 75 milhões de pessoas; iii) a necessidade de financiamento predominantemente público para assegurar o desenvolvimento de eleições autênticas e livres em igualdade de condições e, finalmente, a necessidade de fiscalizar os recursos usados nas eleições.*

Sobre a *"a necessidade de criar e fortalecer os sistemas de partidos como uma resposta a uma realidade histórica, política e social"* (i), o argumento é por demais abrangente e poderia ser utilizado para justificar qualquer decisão.[53] Ademais, parece não ser uma necessidade premente da sociedade brasileira[54], não se podendo importar para cá os problemas mexicanos. Quanto ao argumento "iii", isto é, *"a necessidade de financiamento predominantemente público para assegurar o desenvolvimento de eleições autênticas e livres em igualdade de condições e, finalmente, a necessidade de fiscalizar os recursos usados nas eleições"*, não é este, nem de longe, o caso brasileiro.

Isto porque, muito embora o STF tenha reconhecido a inconstitucionalidade do financiamento empresarial da política no julgamento da ADI 4.650[55], ainda é permitida a doação de pessoas físicas e o autofinanciamento dos candidatos de forma praticamente ilimitada[56]. No Brasil, hoje, um milionário pode realizar, sozinho, todas as despesas da campanha presidencial sem nenhum óbice legal. Imagine-se, então, a nível estadual e municipal. E, até o momento, o princípio da igualdade de oportunidades não foi invocado para derrubar a previsão normativa, a qual favorece, a mais não poder, a pessoalidade da disputa eleitoral em detrimento dos partidos políticos.

Essa distorção, aprovada pela última reforma eleitoral de 2015 (Lei nº. 13.165), bem evidencia a falta de centralidade dos partidos políticos e a personalização das campanhas, favorecendo o *status quo* e impedindo a renovação dos quadros políticos. Portanto, o sistema não pode ser considerado como *"predominantemente público"*, de modo que a presente justificativa também não é idônea para o caso em apreço.

No que atine à fiscalização dos recursos usados nas eleições, o sistema legal de prestação de contas é mais do que suficiente para atender aos reclamos de transparência, havendo previsão de sanções e perdas dos mandatos conquistas ao arrepio da disciplina legal (art. 30-A da Lei nº 9.504/1.997, dentre outros). Há, ainda, previsão legal[57] de chamamento de servidores dos demais órgãos de fiscalização para auxiliar a Justiça Eleitoral, de modo que o ordenamento jurídico pátrio possui aptidão suficiente para lidar com a fiscalização da arrecadação e gastos eleitorais dos candidatos.

---

[52] Disponível em: *http://www.conjur.com.br/2017-jul-12/marcelo-peregrino-candidaturas-avulsas-sistema-interamericano-direitos-humanos*. Acessado em: 05 de dezembro de 2017.

[53] *"(...) a melhor prova da ausência de motivação válida de uma decisão judicial - que deve ser a demonstração da adequação do dispositivo a um caso concreto e singular - é que ela sirva a qualquer julgado, o que vale por dizer que não serve a nenhum".* (HC 78013, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 24/11/1998, DJ 19-03-1999 PP-00009 EMENT VOL-01943-01 PP-00135).

[54] Em pesquisa denominada *"A Desconfiança dos Cidadãos das Instituições Democráticas"*, coordenada pelos cientistas políticos José Álvaro Moisés, da Universidade de São Paulo (USP), e Rachel Meneguello, da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), que ouviu 2,004 mil pessoas de todas as regiões brasileiras, no que diz respeito aos partidos políticos, os índices de reprovação chegaram a 80,6% em 2006 ante 67,6% em 1993 e 57,3% em 1989. Imagine-se hoje, mais de uma década após com o aumento vertiginoso dos escândalos de toda sorte envolvendo as agremiações partidárias. Disponível em: *http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,populacao-desconfia-das-instituicoes-mostra-estudo,20070108p26763.* Acessado em: 05 de dezembro de 2017.

[55] Aliás, nem isso parece ser mais certo, haja vista que o Ministro Luiz Fux vem defendendo publicamente a necessidade de revisitação do tema do financiamento da política por empresas. *"- Eu, muito embora tenha sido relator do (processo sobre) financiamento de campanha, eu entendo que hoje é possível se repensar esse financiamento por pessoa jurídica de direito privado, desde que ela (empresa) o faça de acordo com sua própria ideologia. A pessoa jurídica, assim como o cidadão, pode votar num candidato. Foi essa razão pela qual vetamos (doações para candidatos que concorriam ao mesmo cargo) o financiamento de campanha por empresa privada. Não tinha ideologia nenhuma, doavam para todas as campanhas, e o que é pior, posteriormente, exigiam contrapartida. É até admissível que uma pessoa jurídica de direito privado possa financiar (a campanha), se o candidato participa das ideias da empresa. O que não pode haver é contrapartida da empresa depois, de alguma maneira, compensar com o poder público"* - afirmou o ministro. Disponível em: *http://noblat.oglobo.globo.com/geral/noticia/2017/08/fux-diz-que-e-o-momento-de-repensar-proibicao-de-doacoes-de-empresas.html*. Acessado em: 05 de dezembro de 2017.

[56] Lei nº. 9.504/1.997. *"Art. 23. Pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta Lei. § 1o As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição.* ***§ 1o-A O candidato poderá usar recursos próprios em sua campanha até o limite de gastos estabelecido nesta Lei para o cargo ao qual concorre".***

[57] Art. 30, §3º, da Lei nº. 9.504/1.997: *"Para efetuar os exames de que trata este artigo, a Justiça Eleitoral poderá requisitar técnicos do Tribunal de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, pelo tempo que for necessário".*

Resta, enfim, o argumento "ii" da Corte, a saber: *"a necessidade de organizar de forma eficaz o processo eleitoral num universo de eleitores de 75 milhões de pessoas"*. Talvez o argumento valha para uma candidatura à Presidência da República, tal qual pretendido pelo Representante no caso paradigma. Mas o seu caráter instrumental/funcional não o torna absoluto e não convence de que, numa eleição municipal ou estadual, as candidaturas independentes poderiam levar à babel.

O sistema de votação brasileiro e a mundialmente conhecida urna eletrônica têm condições mais do que suficientes de agasalhar todas as pretensas candidaturas, como aliás já o faz no caso das eleições proporcionais municipais e sua enxurrada de candidatos, sem que tenha ocorrido qualquer intercorrência que ponha em dúvida a **eficiência** do sistema. Aliás, a própria relatividade do argumento da CIDH, aliada às circunstâncias próprias do sistema político-eleitoral mexicano, não torna o argumento uma premissa válida e correta a ser adotada no julgamento do ARE nº 1.054.490/RJ, assim como a própria Corte Interamericana, dadas as circunstâncias próprias do precedente *Yatama versus Nicarágua*, o afastou no julgamento do sobredito caso *Castañeda Gutman v. México*.

Destaca-se, ainda, a seguinte alegação dos Estados Unidos Mexicanos: *"La introducción de candidaturas independientes implicaría un cambio radical del sistema electoral que ha sido probado exitosamente en la última década"*[58]. A realidade brasileira está longe disso e não é preciso gastar tinta para se comprovar a assertiva.

Por derradeiro, importa não olvidar que a Suprema Corte brasileira deu o primeiro passo rumo à uma compreensão mais liberal tocante às candidaturas, no que dizem respeito aos partidos políticos, quando decidiu pela inexistência do princípio da fidelidade partidária em eleições majoritárias, decisão esta que restou assim ementada – *verbis:*

> *DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO Nº 22.610/2007 DO TSE. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE PERDA DO MANDATO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA AO SISTEMA ELEITORAL MAJORITÁRIO. 1. Cabimento da ação. Nas ADIs 3.999/DF e 4.086/DF, discutiu-se o alcance do poder regulamentar da Justiça Eleitoral e sua competência para dispor acerca da perda de mandatos eletivos. O ponto central discutido na presente ação é totalmente diverso: saber se é legítima a extensão da regra da fidelidade partidária aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário. 2. As decisões nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 tiveram como pano de fundo o sistema proporcional, que é adotado para a eleição de deputados federais, estaduais e vereadores. As características do sistema proporcional, com sua ênfase nos votos obtidos pelos partidos, tornam a fidelidade partidária importante para garantir que as opções políticas feitas pelo eleitor no momento da eleição sejam minimamente preservadas. Daí a legitimidade de se decretar a perda do mandato do candidato que abandona a legenda pela qual se elegeu. 3. O sistema majoritário, adotado para a eleição de presidente, governador, prefeito e senador, tem lógica e dinâmica diversas da do sistema proporcional. As características do sistema majoritário, com sua ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular (CF, art. 1º, parágrafo único; e art. 14, caput). 4. Procedência do pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade.*[59]

Por uma questão de coerência e integridade, é de se ter como juridicamente válida e necessária a possibilidade de candidaturas avulsas, ao menos no sistema majoritário, eis que, nesse tipo de escrutínio, como decidido pela Suprema Corte, a ênfase está na figura do candidato, e não do partido.

4. CONCLUSÃO:

A questão colocada no *recurso extraordinário* alhures referenciado é extremamente sensível e não escapa, como a maioria das questões jurídicas polêmicas, ao intenso debate acadêmico, com sólidas opiniões fixadas em ambos os lados da celeuma.

Nossa compreensão, entretanto, como já se pôde perceber, é a de que a sistemática internacional dos direitos humanos confere ao cidadão, no que recepcionada pela própria Constituição Federal, a prerrogativa de se lançar em uma disputa eleitoral sem a filiação a uma agremiação partidária.

E, a despeito de respeitosas posições em sentido contrário, é o Poder Judiciário, sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal, a instância atualmente apta a equacionar o dilema, eis que o Congresso Nacional, em nossa visão, jamais enfrentaria o tema com a amplitude e isenção necessárias.

[58] Parágrafo 189 da decisão da CIDH

[59] ADI 5081, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 18-08-2015 PUBLIC 19-08-2015.

Portanto, é necessário que se dê **interpretação conforme ao Pacto de São José da Costa Rica** à parte final do *caput* do artigo 9º[60] e ao inciso III, do §1º, do artigo 11[61], ambos da Lei nº. 9.504/1.997, de forma a se extrair das referidas normas o **caráter facultativo da filiação partidária**, à luz do artigo 23 da Convenção Americana, permitindo-se, por conseguinte, as candidaturas avulsas, a redundar, portanto, no **provimento do recurso extraordinário** analisado no presente artigo para a fixação da tese de repercussão geral no sentido da **viabilidade** da candidatura avulsa.

[60] *"Art. 9o Para concorrer às eleições, o candidato deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição pelo prazo de, pelo menos, um ano antes do pleito, e estar com a filiação deferida pelo partido no mínimo seis meses antes da data da eleição".*

[61] *"Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições. (...) § 1º O pedido de registro deve ser instruído com os seguintes documentos: (...) III - prova de filiação partidária".*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMPOS NETO, Raymundo. **A democracia interna nos partidos políticos brasileiros.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança** – Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição:** Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio A. Fabris, Eidtor, 1997.

MAZZUOLI, Valério Olivera; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Supraconstitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MICHAEL, Lotar; MORLOK, Martin. **Direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 5º, §2º. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F; STRECK, Lenio L.; _____ (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais.** 2ª ed, 4ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

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

WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao *Judicial Review. In* **Legitimidade da Jurisdição Constitucional.** Tradução de Adauto Vilella. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.