

**Candidatura sub iudice e campanha eleitoral: restringibilidade à capacidade eleitoral passiva.**

**Sub iudice candidacy and electoral campaign: restrictiveness to passive electoral capacity.**

José Wellington Bezerra da Costa Neto,

Graduado pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP. Doutor em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP. Mestrando em Direito Comparado pela Cumberland School of Law – Universidade de Samford/EUA. Professor do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Escola Paulista da Magistratura. Magistrado Formador credenciado junto à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Membro do IBDP. Ex-Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Juiz Assessor da Corregedoria Regional Eleitoral/SP no biênio 2018-2019.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo contemporâneo – Democracia – Direitos fundamentais – Direito fundamental político: capacidade eleitoral passiva – Restringibilidade de direitos fundamentais – Candidatura sub iudice – Campanha eleitoral.

**Key words:** Contemporary Constitutionalism - Democracy - Fundamental rights - Political fundamental right: passive electoral capacity - Restrictiveness of fundamental rights - Sub iudice candidacy - Electoral campaign.

**Resumo:** O texto parte da gênese do reconhecimento dos direitos fundamentais, desde as liberdades públicas, direitos de primeira geração que florescem no ambiente capitalista do século XVIII, para chegar-se à relação entre o Constitucionalismo

contemporâneo, democracia e proteção a direitos fundamentais. Analisa-se brevemente o direito fundamental político de ser votado, e sua garantia nos tratados e declarações internacionais e no plano constitucional interno. São pontuados os aspectos básicos do processo de registro de candidatura, enquanto *locus* onde se materializa por excelência o direito fundamental em questão. A seguir voltamos nossos olhos para a restringibilidade de direitos fundamentais e os possíveis parâmetros e limites que a regem, para então defender sua aplicabilidade ao direito ao sufrágio passivo. Consequente à tese defendida seria a possibilidade de que o direito à realização de campanha fosse, ante as circunstâncias do caso concreto, restringido no contexto da candidatura *sub judice*, como providência cautelar na proteção do interesse público representado pelo voto direto, livre e consciente e ainda, o patrimonial, evitando acesso a fundos de financiamento público por candidaturas temerárias.

**Abstract:** The text starts from the genesis of the recognition of fundamental rights, from the public liberties, first generation rights that flourish in the capitalist environment of the eighteenth century, to reach the relationship between contemporary Constitutionalism, democracy and protection of fundamental rights. It briefly analyzes the fundamental political right to be voted, and its guarantee in international treaties and declarations and in the internal constitutional plan. The basic aspects of the candidacy registration procedure are underlined as *locus* where the fundamental right in question materializes par excellence. Then we turn our eyes to the restrictiveness of fundamental rights and the possible parameters and limits that govern it, and then defend its applicability to the right to passive suffrage. According to the argument put forward, it would be possible for the right to conduct a campaign to be restricted, in the circumstances of the case, restricted in the context of the candidacy *sub judice*, as a precautionary measure in the protection of the public interest represented by direct, free and conscious voting, and, the patrimonial, avoiding access to funds of public financing by reckless applications.

**Sumário:** 1. Introdução: Constitucionalismo; democracia e direitos fundamentais – 2. Direito político fundamental: a capacidade eleitoral passiva - 3. Processo de registro de candidatura: aspectos basilares - 4. Cautelaridade e candidatura *sub judice* – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

## 1. Introdução: Constitucionalismo; democracia e direitos fundamentais.

O século XVIII, como de comum sabença, é marcado no cenário social, político, econômico e jurídico, pela ascensão da burguesia capitalista e a derrocada da aristocracia monarquista e do absolutismo, eis a era do Iluminismo. À necessidade de limitação do poder estatal soberano corresponde o reconhecimento de direitos fundamentais, aqueles normalmente conhecidos como de primeira geração, as liberdades públicas, que têm na Declaração de Independência dos Estados Unidos e na Revolução Francesa emblemas mais representativos.

Que ninguém se engane: o fundo de tal era e sua filosofia política humanista nada tem de puramente benemérito, mas sim o móvel econômico, a necessidade de forjar-se ambiente favorável ao florescimento do capitalismo sem as indesejáveis ingerências estatais sobre o livre jogo do mercado, tudo sob articulação da classe ascendente, a burguesia.

Evidentemente que o liberalismo clássico, ou Constitucionalismo Moderno, como sucintamente descrito, conduziu a excessos que denotaram a impossibilidade de que a filosofia *laissez faire* e o mercado, por si, promovessem os ajustes necessários. A formação da classe operária, depauperada e espoliada, conduz a um novo momento, o Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), a dar nova roupagem às Constituições políticas, que agora, além das liberdades públicas, devem assegurar direitos sociais cujo atendimento passa a ser incumbência estatal, via políticas públicas. Eis os direitos de segunda geração.

O Constitucionalismo contemporâneo, assim, é fruto de duas grandes tradições ocidentais. A norte-americana, que tem na Constituição uma rigorosa norma de garantia, sujeita à tutela por juízes ordinários; e a francesa, que tem na Constituição uma diretiva fundamental, isto é, um programa político sem garantia efetiva, e que acaba confiando ao legislador ordinário um poder soberano e ilimitado para cumpri-lo. A fusão destas duas vertentes culmina na corporificação do mítico poder constituinte num texto supremo a garantido pela atuação da justiça ordinária, e a supremacia do Parlamento e da lei<sup>1</sup>.

A par disto, há um eixo não apenas histórico, mas de interdependência causal entre Constitucionalismo; democracia e proteção a direitos fundamentais. Há íntima

---

<sup>1</sup> SANCHIS, Luis Prieto. *Los derechos fundamentales en la época del Constitucionalismo* in CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz; LÁZARO, Javier Martínez. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 147.

associação entre o regime democrático e a proteção dos direitos humanos fundamentais, notadamente, entre o conceito de democracia substancial ou material e referida proteção, relação esta de natureza *simbiótica*, para usar a expressão de André de Carvalho Ramos<sup>2</sup>. Como já pontuou abalizada doutrina: “Constitutionalism is an institution through which a democratic nation tries to lay down and hold itself to its own fundamental legal and political commitments. And that is self-government”<sup>3</sup>.

Os direitos fundamentais, portanto, têm o significado histórico de representarem *limitação ao poder absoluto*, limitação esta que se põe a partir do indivíduo, assim como de um texto normativo supremo, representado pela Constituição, transformando em jurídicas as pretensões outrora contidas nos direitos naturais.

Também representam a limitação ao poder da maioria em um sistema democrático, assim como limitação ao poder na esfera internacional e aos poderes oriundos do setor privado, consistente na exigência de respeito às diversidades<sup>4</sup>.

Bruce Ackerman traça o paralelo entre as concepções monista e dualista da democracia. A primeira, segundo afirma, é bastante simples: democracia exige que seja atribuído pleno poder legislativo aos vencedores das últimas eleições gerais, de modo que quaisquer mecanismos de controle sobre os vencedores do pleito e no interstício entre dois processos eleitorais, são presumivelmente antidemocráticos<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 979-981. Ainda nas palavras do autor: “O conceito material de democracia (democracia material ou substancial) agrega, além da democracia formal, a adoção de decisões voltadas à preservação de direitos humanos e a obtenção da igualdade e justiça social” (Cit p. 980).

<sup>3</sup> RUBENSFELD, Jed. *Of Constitutional Self-Government* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 74.

<sup>4</sup> SANCHIS, Luis Prieto. *Los derechos fundamentales en la época del Constitucionalismo* in CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz; LÁZARO, Javier Martínez. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 142-144.

<sup>5</sup> ACKERMAN, Bruce. *We the People, volume 1: Foundations* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 53. O autor esclarece que uma terceira escola do pensamento moderno a respeito da teoria constitucional é aquela que denomina de *rights foundationalists* (podemos traduzir como “fundamentalistas dos direitos”). Embora teóricos desta linha diverjam a respeito de quais direitos sejam fundamentais, todos concordam que a principal preocupação da Constituição norte-americana é com a sua proteção. Deste modo, quando há por parte de uma legislatura a ameaça a direitos fundamentais, a intervenção judicial se justifica e se exige para restabelecê-los, a despeito da quebra do princípio democrático: “Rights trump democracy – provided, of course, that they’re the Right rights”. A proposta dualista é defendida como uma forma de conciliação entre democracia e direitos, é dizer, entre monistas e “fundamentalistas dos direitos”, já que parte-se do pressuposto de que sendo os direitos fundamentais produto do processo mais qualificado de produção legislativa, estariam a salvo e protegidos de mácula por parte do ordinário processo legislativo, sem que se privasse aos vencedores de eleições gerais do necessário poder legiferante para levar a cabo a proposta sufragada pela maioria (Cit. p. 55-57). Assevera o autor: “enactment of normal statutes and the judicial protection of constitutional rights are part of a larger practice of dualist democracy” (Cit. p. 57).

A concepção dualista de democracia distingue níveis de processo legislativo. O ordinário, atribuído aos vencedores das últimas eleições, com poderes gerais de implementar as medidas comuns de política pública; e o que denomina *higher lawmaking system*, que poderíamos traduzir como *mais elevado ou qualificado processo legislativo*, que demanda maior mobilização política e social de modo que se possa afirmar que neste segundo processo não apenas os representantes eleitos se pronunciaram, mas o próprio “Povo” (o que poderíamos aduzir como “Poder Constituinte”) legiferou.

Consequente à distinção qualitativa entre os processos legislativos é a vedação a que por via do processo legislativo ordinário, os vencedores das eleições gerais revoguem ou mesmo deturpem a legislação e os princípios previamente estabelecidos por meio do processo legislativo qualificado, o que normalmente está plasmado em texto constitucional. Assim sendo, as democracias e Constituições dualistas em geral preveem instituições destinadas à função preservativa, isto é, a barrar eventuais atentados por parte da legislação ordinária<sup>6</sup>.

À vista do mecanismo exposto no anterior parágrafo, monistas e dualistas nutrem perspectivas inteiramente diversas a respeito de Cortes Constitucionais. Os monistas encaram qualquer revisão judicial dos atos legislativos como presumivelmente antidemocrática; dualistas a enxergam como exercício da função preventiva, mecanismo necessário e essencial a um regime democrático bem ordenado<sup>7</sup>.

A perspectiva dualista dá pleno suporte teórico a um regime constitucional de proteção *judicial* aos direitos fundamentais, já que direitos humanos universais consubstanciam aqueles garantidos por Cortes Constitucionais ao redor do mundo, como imperativos supra-nacionais e supra-políticos, aos quais todas as nações, inclusive as consideradas democráticas, devem igualmente se render<sup>8</sup>. Nesta ótica, a revisão judicial

---

<sup>6</sup> ACKERMAN, Bruce. *We the People, volume 1: Foundations* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5° ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 54.

<sup>7</sup> ACKERMAN, Bruce. *We the People, volume 1: Foundations* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5° ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 54. Palavras do autor: “(...) courts serv democracy by protecting the hard-won principles of a mobilized citizenry against erosion by political elites who have failed to gain broad deep popular support for their innovations” (*Cit.* p. 54).

<sup>8</sup> RUBENFELD, Jed. *Of Constitutional Self-Government* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5° ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 72. Prieto Sanchis leciona que Constituições substantivas e garantidas pode ser tido como o lema do Constitucionalismo contemporâneo, este que se identifica a partir da Segunda Grande Guerra e caracterizado por um denso conteúdo material substantivo, voltado a condicionar aquilo que se pode decidir democraticamente pela maioria. Garantidas porque aptas a ensejar a plena tutela judicial. Os velhos direitos naturais deixam então o universo da moralidade para integrar-se ao direito positivo, e o fazem em seu ápice,

foi cunhada como uma garantia adicional de proteção à vontade popular consubstanciada na lei extraordinária representada pela Constituição, contra as ameaças decorrentes de más intenções ou considerações de curto prazo por parte dos agentes do povo e por meio da edição de leis ordinárias. Os direitos individuais originariamente devem ser entendidos como assecuratórios e parte da idéia de democracia deliberativa. Os escopos de proteção dos direitos e promoção à deliberação foram concebidos para caminharem de mãos dadas<sup>9</sup>.

A medula do Constitucionalismo dos Direitos é a noção do Estado como um artifício, isto é, que se justifica enquanto instrumento vinculado unicamente à defesa dos direitos dos consorciados, e apenas enquanto tal se legitima a outorga do monopólio da força. Deste modo, pode-se dizer que os direitos estão sempre acima da democracia e a justiça acima da política<sup>10</sup>.

Que as ponderações e assertivas ora feitas não conduzam a percepções de que as características ora postas aos direitos fundamentais justifiquem proteção ilimitada. Eis o espinhoso tema da restringibilidade dos direitos fundamentais, e os parâmetros para tanto, o que se seguirá em tópicos seguintes, e constitui o fundamento teórico do tema examinado.

## **2. Direito político fundamental: a capacidade eleitoral passiva.**

Vimos de ver que as características centrais da democracia contemporânea foram herança do Constitucionalismo<sup>11</sup>. Além disto, os direitos fundamentais no contexto do Constitucionalismo dos Direitos se caracterizam como normas supremas, efetivas e diretamente vinculantes, a serem observadas em toda operação de aplicação do Direito<sup>12</sup>. E mais, o Constitucionalismo implica submeter até mesmo o poder democrático da maioria ao texto normativo supremo<sup>13</sup>.

---

no texto constitucional, que se vê rematerializado (SANCHIS, Luis Prieto. *Los derechos fundamentales en la época del Constitucionalismo* in CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz; LÁZARO, Javier Martínez. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 148).

<sup>9</sup> SUSTEIN, Cass R. *A Republic of reasons* in GARVEY, John H.; ALENIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 66.

<sup>10</sup> SANCHIS, Luis Prieto. *Los derechos fundamentales en la época del Constitucionalismo* in CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz; LÁZARO, Javier Martínez. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 145-146.

<sup>11</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 980.

<sup>12</sup> SANCHIS, Luis Prieto. *Los derechos fundamentales en la época del Constitucionalismo* in CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz; LÁZARO, Javier Martínez. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 151.

<sup>13</sup> SANCHIS, Luis Prieto. *Los derechos fundamentales en la época del Constitucionalismo* in CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz; LÁZARO, Javier Martínez. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 158.

O direito político fundamental de candidatar-se, a capacidade eleitoral passiva, corresponde ao núcleo essencial da categoria direito fundamental enquanto limitação ao exercício do poder estatal, na medida em que alavanca a renovação periódica da legitimação popular consubstanciada no mandato. Na medida em que possibilita a interrupção do ciclo de poder, também permite a afirmação pelo titular do poder, o povo, de sua aprovação com eventual recondução (reeleição) ou sua reprovação com renovação do plantel de representantes populares. Impede, assim, a retroalimentação do poder pelo Poder, o que se vê bem plasmado, por exemplo, no conjunto de condutas vedadas aos agentes públicos em período eleitoral<sup>14</sup>.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, apanágio da Revolução Francesa, já previa no art. 6º: “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”.

O art. XXI, itens 1 a 3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos igualmente estipula: “1.Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direcção dos negócios, públicos do seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2.Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país. 3.A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos: e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto”.

Ainda, o art. 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado no Brasil por meio do Decreto n. 592 de 6º de julho de 1992, previu: “Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2º e sem restrições infundadas: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; b)

---

<sup>14</sup> “De todas as maneiras que se exercite a liberdade política, tanto quanto a legitimidade que com ela fica sempre relacionada, não acompanha a soberania em sua retração ao estado potencial, tendo de manter-se em ininterrupta ativação, fazendo fluir no intercurso dos mantados representativos as manifestações da opinião pública, em seus renovados anseios e objeções, dando ensejo à permanente revitalização das bases consensuais para reforçamento da legitimidade da ordem política estabelecida” (RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos constitucionais do direito eleitoral*. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1990, p. 33).

de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores; c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país”.

No plano constitucional brasileiro cede-se que os direitos políticos estão previstos nos arts. 14 a 16, com disposições que geram efeitos reflexos no art. 17, que trata da regulamentação fundamental dos partidos políticos. Sob o amplo conceito de direito ao sufrágio estão, em relação de espécies para com o gênero, os direitos ao voto (capacidade eleitoral ativa, *jus suffragii*) e a ser votado (capacidade eleitoral passiva, *jus honorum*).

A Justiça Eleitoral bem pode ser definida em razão da multiplicidade de tarefas que lhe são afetas, como uma “agência de eleições”<sup>15</sup>. Assim sendo, é sobre ela que recaem os conflitos mais agudos, polêmicos e espinhosos acerca da amplitude e limites do direito fundamental ao sufrágio passivo.

Tem-se por assentada, para fins deste estudo, a noção de que os direitos fundamentais estruturam-se como princípios.

A idéia de restrição a direitos fundamentais como elementos externos a eles (isto é, não como limites decorrentes de sua própria descrição de conteúdo) é compatível unicamente com a concepção destes direitos como princípios, e como tal definidores de posições *prima facie*, e não definitivas<sup>16</sup>. Define-se restrição, nesta ótica, como normas que, uma vez compatíveis com a Constituição, restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental. Se se cuidarem de normas de competência, não restringem diretamente, porém fundamentam sua restringibilidade (embora se admita que a criação de competência para estabelecer restrição tenha algo de restritivo), isto é, nesta sede a restrição ostentaria caráter potencial e indireto. Já as normas mandatórias ou proibitivas estabelecem restrições diretamente<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 319.

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2º ed. Tradução: AFONSO DA SILVA, Virgílio. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 276-280. O autor em questão traça a distinção das restrições a direitos fundamentais conceituadas de acordo com as teorias *interna* e *externa* e sua respectiva correspondência com a definição dos direitos fundamentais como *regras* (teoria interna) ou *princípios* (teoria externa).

<sup>17</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2º ed. Tradução: AFONSO DA SILVA, Virgílio. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 281-284.



Uma Constituição substantiva ou principiológica subministra razões justificadoras de soluções distintas e tendencialmente contraditórias, tanto para o juiz como para o legislador, que devem procurar um “ponto ótimo de recíproca satisfação de direitos”, via juízo de ponderação, que representa nada mais que um esforço de racionalização. O juízo de ponderação obriga a um reposicionamento da tensão sempre presente entre Constituição e Democracia; juiz e legislador; e entre os direitos e a lei. Nesta esteira requer-se da instância judicial demonstrar suas razões antes de seu poder, não por acaso o pós-guerra infunde o desenvolvimento da Teoria da Argumentação: “Ni positivismo legalista, ni realismo judicialista; la judicialización a partir del Constitucionalismo requiere y de hecho alienta una nova teoría del Derecho centrada en la racionalidad, que es justo lo contrario de la voluntad desnuda del poder soberano”<sup>18</sup>.

A interpretação judicial das cláusulas constitucionais, a despeito das diferentes raízes destas, revela uma comum preocupação que jaz subjacente a todas elas: a distribuição de recursos ou oportunidades para um grupo em detrimento de outro como resultado puramente do exercício do cru e bruto poder político, o que representa uma violação ao princípio da imparcialidade, o que Cass R. Sustein denomina a *naked preference* (uma preferência nua e crua por um grupo ou segmento). Neste contexto, torna-se tarefa do legislador não ceder a pressões privadas, mas ao invés, selecionar valores por meio da deliberação e debate<sup>19</sup>.

Nesta ótica, a ampla participação política assegurada pela garantia a todos do direito político fundamental de ser votado apresenta-se como salvaguarda contra a formação de grupos privilegiados de detentores do poder. Assim sendo, as restrições ao exercício de tal direito devem ser vistas e aplicadas com toda cautela, de modo a não representarem instrumento de formação de oligarquias políticas.

### **3. Processo de registro de candidatura: aspectos basilares.**

A certeza quanto aos candidatos que concorrem é decorrência do princípio constitucional do voto direto<sup>20</sup>. O processo de registro culmina com a declaração de

---

<sup>18</sup> SANCHIS, Luis Prieto. *Los derechos fundamentales en la época del Constitucionalismo* in CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz; LÁZARO, Javier Martínez. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 155-157.

<sup>19</sup> SUSTEIN, Cass R. *A Republic of reasons* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 68-69.

<sup>20</sup> SEVERO DA SILVA, Luis Gustavo Motta. *Registro de candidatura – O conflito entre o encurtamento dos prazos e a substituição de candidatos* in Revista do Advogado 139/130, p. 130.

existência do direito político fundamental à elegibilidade, isto é, o deferimento do pedido, ou com o indeferimento, independentemente de ter havido impugnação, pois que se cuida de matéria de ordem pública. A negativa do direito político fundamental ao sufrágio passivo ostenta eficácia declaratória e aptidão para produzir coisa julgada<sup>21</sup>.

A capacidade eleitoral passiva, portanto, se consubstancia na elegibilidade, a conformação do cidadão ao regime jurídico estabelecido para o processo eleitoral, que contém elementos positivos (as condições de elegibilidade – pressupostos que o indivíduo deve ostentar) e negativos (hipóteses de inelegibilidade – pressupostos que o indivíduo não deve apresentar)<sup>22</sup>. Acrescentam-se ainda as condições de registrabilidade, requisitos formais elencados no art. 11, § 1º, da Lei n. 9.504/97.

No processo de registro de candidatura materializa-se o direito fundamental político de ser votado. Evidente que por não se cuidar de direito exercido com predicados de soberania, sujeita-se às condições postas pela legislação eleitoral, aquelas indicadas no anterior parágrafo.

O referido processo de registro de candidaturas é marcado pela *sumariedade*, *natureza documental* e *contraditório eventual ou diferido* (que se forma apenas em caso de impugnações), e é dividido em duas fases. Controverte a doutrina sobre sua natureza, advogando alguns o entendimento de que em não havendo impugnação, o procedimento se restringiria à esfera administrativa; havendo impugnação, abrindo-se a controvérsia sobre a elegibilidade de algum partido, coligação ou candidato, então instalar-se-ia a atividade propriamente jurisdicional. A jurisdição seria, nesta ótica, eventual<sup>23</sup>.

Parece-nos correta a posição segundo a qual, independentemente das circunstâncias do processo de registro, isto é, haver ou não impugnação, o caráter é jurisdicional.

Investir um órgão do Poder Judiciário para conduzir as eleições revela inequivocamente a opção pela condução do processo eleitoral pela via jurisdicional, visto

---

<sup>21</sup> HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 324.

<sup>22</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 994.

<sup>23</sup> HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 321-322 e 329.

que é a jurisdição que garante o exercício de direitos fundamentais, gênero do qual os direitos políticos são espécie<sup>24</sup>.

Imperioso é assegurar que nos momentos nevrálgicos do processo eleitoral, como o é o registro de candidaturas, a jurisdição atue assegurando os contornos e garantias dos direitos fundamentais dos candidatos, incidindo, portanto, todas as garantias constitucionais do processo e não da atividade administrativa: devido processo legal; juiz natural; vedação da prova ilícita; duplo grau de jurisdição, etc.<sup>25</sup>. As atividades de natureza administrativa restariam reservadas para os atos e decisões que não estabeleçam controvérsia em relação ao exercício de direitos políticos fundamentais<sup>26</sup>.

Seja como for, mesmo que se considerasse administrativo o processo de registro de candidatura, como defendem alguns, nem assim estaria o interessado privado do direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, os quais também são assegurados nas instâncias administrativas (art. 5º, LV, CR/88). Assim sendo, mesmo que admitido o indeferimento do pedido de registro de ofício, isto é, independentemente de haver ajuizamento de impugnação<sup>27</sup>, certo é que ao candidato ou partido assegura-se o direito à prévia manifestação sobre as irregularidades constatadas<sup>28</sup>.

A atividade judicial assim desempenhada assume ares de jurisdição voluntária, podendo, porém, adotar feição contenciosa em exsurgindo impugnação, na forma do art. 3º, LC 64/90. Evidente que a ausência de impugnação não isenta o órgão judicial de avaliar a presença das condições de elegibilidade, a ausência de inelegibilidade ou

---

<sup>24</sup> HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 322.

<sup>25</sup> HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 323-324.

<sup>26</sup> HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 324.

<sup>27</sup> “Nos processos de registro de candidatura, o juiz eleitoral pode conhecer de ofício da existência de causas de inelegibilidade ou da ausência de condição de elegibilidade, desde que resguardados o contraditório e a ampla defesa” (súmula n. 45, TSE).

<sup>28</sup> DIAS, Joelson; SOARES, Michel Bertoni. *Lei da Ficha Limpa, indeferimento de pedido de registro de candidatura e aplicação de recursos públicos em campanha: dever de ressarcir o erário?* In REDESP, n. 3 (julho a dezembro de 2018), p. 9.

eventual falta de condição de registrabilidade, caso em que mesmo à falta de impugnação, deverá indeferir o pedido de registro, o que já se destacou<sup>29</sup>.

A ausência de condições de registrabilidade, por envolver normalmente aspectos formais, ostenta menor repercussão jurídica, sendo usualmente superável. Porém, as duas outras possíveis causas de pedir, a saber, a falta de condições de elegibilidade ou a presença de causas de inelegibilidade, guardam respaldo constitucional, daí porque defende-se que a decisão em favor da candidatura não transite materialmente em julgado, admitindo eventual revisão por via de ações/representações autônomas, previstas para tanto, como é o caso do Recurso Contra a Expedição de Diploma (RCED)<sup>30</sup>.

A fase de registro de candidaturas é momento crucial do processo eleitoral, pois que destinado a definir o quadro de candidatos, partidos e coligações, voltando-se à obtenção de um provimento de natureza declaratória em que se reconheça a habilitação dos pretendentes à disputa<sup>31</sup>.

Ao analisar os pedidos de registro de candidatura, a Justiça Eleitoral exerce competência material, de natureza absoluta<sup>32</sup>. Relembre-se também que as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade são consideradas no momento em que formalizado o pedido de registro, ressalvadas, entretanto, as posteriores alterações nas condições de fato ou de direito que afastem inelegibilidade (art. 11, § 10, Lei n. 9.504/97). Note-se, aliás, que o Tribunal Superior Eleitoral confere à norma em comento interpretação ampliativa e potencializadora do exercício do direito fundamental ao sufrágio passivo, eis que também admite alterações supervenientes em condições de fato

---

<sup>29</sup> “Constatando-se a existência de irregularidade, pode o juiz eleitoral, *ex officio*, indeferir o pedido, pois existe a preponderância do interesse público. Nesse caso, o resguardo da ordem jurídica exige que o impulso processual seja relegado para a manutenção da eficácia normativa. Registre-se, contudo, que a atuação do magistrado deve se cingir ao devido espaço estipulado legalmente, impedindo discricionariedades que possam estorvar sua imparcialidade na direção dos trabalhos eleitorais” (VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura Agra. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 257).

<sup>30</sup> HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 331.

<sup>31</sup> HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 320-321.

<sup>32</sup> DIAS, Joelson; SOARES, Michel Bertoni. *Lei da Ficha Limpa, indeferimento de pedido de registro de candidatura e aplicação de recursos públicos em campanha: dever de ressarcir o erário?* In REDESP, n. 3 (julho a dezembro de 2018), p. 5.

ou direito que importem a presença de condição de elegibilidade antes ausente (súmula n. 43, TSE)<sup>33</sup>.

A impugnação ao pedido de registro se operacionaliza via ação incidental (AIRC), ajuizada por algum dos legitimados previstos no art. 3º, da Lei Complementar n. 64/90<sup>34</sup>. Daí porque falar-se em contraditório diferido ou eventual, pois que cabe ao interessado provocá-lo mediante o ajuizamento da demanda incidental em questão, o que se cuida também de técnica de sumarização do processo<sup>35</sup>. A via da impugnação possibilita uma ampla e democrática fiscalização sobre os candidatos<sup>36</sup>.

#### **4. Cautelaridade e candidatura *sub judice*.**

A noção de dano marginal ao processo é de comum referência em doutrina, e corresponde aos males necessariamente atrelados ao só fato de sua tramitação. Independentem de alguma conduta imprópria de qualquer das partes ou mesmo de alguma falha de funcionamento do maquinário estatal. O só ajuizamento, por exemplo, de uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa acarreta a perda de capital político importante em desfavor de seu réu, independente do resultado advindo. No caso do processo de registro de candidatura, um dos fatores marginais de máxima relevância é o elemento “tempo”. E isto porque inexistente entrosamento entre o período de campanha e o tempo de tramitação do processo em questão, que corre enquanto a campanha se desenvolve. Aliás, no atual contexto legislativo, em que a campanha se inicia apenas a partir de 15 de agosto, sem tempo hábil para que o processo de registro esteja

---

<sup>33</sup> “Assim, o que realmente importa para o exercício do direito fundamental de sufrágio é que no dia do pleito o candidato seja elegível” (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12º ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 338).

<sup>34</sup> Defendendo a legitimação também do eleitor, com respaldo no § 3º do art. 97, CE: HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 326. José Jairo Gomes leciona que ao eleitor se admite a via da notícia de inelegibilidade, que não se constitui tecnicamente em impugnação, “mas forma de valorizar a cidadania, otimizando a participação do cidadão no processo político-eleitoral” (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12º ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 375).

<sup>35</sup> HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 327.

<sup>36</sup> HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 327.

definitivamente julgado antes do início da campanha eleitoral (art. 11, “caput”, Lei n. 9.504/98).

Assim sendo, em sobrevindo impugnação ao registro de candidatura, e em sendo ela considerada óbice à participação na campanha por parte do impugnado, teremos que ao final, em caso de rejeição do pedido impugnatório, o registrando terá restado privado do exercício de direito político fundamental. Claro que a restrição a direito fundamental não é novidade no estágio atual da teoria constitucional, como alhures pensamos ter ficado bem vincado. A questão é saber da legitimidade e devida justificação de referida supressão. Deve entrar em cena nesta equação o princípio constitucional da não-culpabilidade (art. 5º, LVII, CR/88). Muito embora a ação de impugnação de registro de candidatura não contenha viés condenatório, certamente possui o *efeito material* a tanto equiparável, já que pode alijar o pretense candidato de participar do processo político eleitoral exercendo a capacidade eleitoral passiva. Daí porque, em primeira aproximação, justifica-se que antes do trânsito em julgado da decisão que impeça sua participação no pleito, não seja privado de referido direito fundamental.

O raciocínio esboçado no parágrafo anterior é o que está à base, e justifica, a disposição do art. 16-A, da Lei n. 9.504/98, que autoriza o candidato cujo registro esteja *sub judice* a efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.

A disposição em questão foi introduzida pela Lei n. 12.034/09, e se inspirou na jurisprudência até então vigente do C.Tribunal Superior Eleitoral, no sentido de que na pendência da discussão acerca do registro de candidatura postulado, poderia o candidato, *por sua conta e risco*, prosseguir na campanha. Ocorre que a disposição legislativa não reproduziu a atribuição deste *risco* ao próprio candidato<sup>37</sup>.

Indaga-se, entretanto: o direito referido no dispositivo retro mencionado merece amplo e irrestrito exercício? Ou existem circunstâncias que justificam seja o candidato *sub judice* impedido até mesmo de praticar atos de campanha?

---

<sup>37</sup> DIAS, Joelson; SOARES, Michel Bertoni. *Lei da Ficha Limpa, indeferimento de pedido de registro de candidatura e aplicação de recursos públicos em campanha: dever de ressarcir o erário?* In REDESP, n. 3 (julho a dezembro de 2018), p. 10.

A matéria, como bem pontuado por Joelson Dias e Michel Bertoni Soares, foi amplamente revolvida no ano de 2018, por ocasião das Eleições Gerais, em razão da postulação ao registro por parte do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, culminando com a tese de que cessa a condição *sub judice* nas eleições gerais com o trânsito em julgado da decisão de indeferimento do registro ou o indeferimento do registro pelo plenário do Colendo Tribunal Superior Eleitoral (recurso n. 0600903-50.2018.6.00.0000). Daí a conclusão de que na pendência do trânsito em julgado ou não tendo o indeferimento sido proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral, poderia o candidato praticar normalmente todos os atos de campanha<sup>38</sup>.

Direitos fundamentais apenas admitem restrições por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas. Fala-se, assim, em restrições *diretamente constitucionais* ou em restrições *indiretamente constitucionais*, estas representadas por aquelas veiculadas por normas infraconstitucionais que, porém, encontram na Constituição seu fundamento de validade<sup>39</sup>.

As restrições indiretamente constitucionais substanciam as chamadas *cláusulas de reserva explícitas*, que podem ser simples ou qualificadas, neste último caso quando se impõe desde logo um limite ao conteúdo da própria restrição. As restrições igualmente sofrem delimitação de seus aspectos formal e material. O primeiro diz com a competência para impor restrições e seu procedimento. O aspecto material resta estabelecido pelos limites impostos na barreira qualificada e pela idéia de conteúdo essencial, exigindo-se o dever de sopesamento (respeito à proporcionalidade), de modo que não tenha o direito seu conteúdo esvaziado<sup>40</sup>.

Estabelecidas estas bases, sabe-se que a Constituição da República erige outros valores além do pleno exercício do direito político de ser votado, como se depreende, por exemplo, do disposto no § 9º do art. 14, CR/88: i) proibidade administrativa<sup>41</sup>; ii) a moralidade para exercício de mandato; iii) a vida pregressa do candidato; iv) a

---

<sup>38</sup> DIAS, Joelson; SOARES, Michel Bertoni. *Lei da Ficha Limpa, indeferimento de pedido de registro de candidatura e aplicação de recursos públicos em campanha: dever de ressarcir o erário?* In REDESP, n. 3 (julho a dezembro de 2018), p. 10.

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2º ed. Tradução: AFONSO DA SILVA, Virgílio. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 286.

<sup>40</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2º ed. Tradução: AFONSO DA SILVA, Virgílio. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 292.

<sup>41</sup> Outra concessão do direito político fundamental ao valor proibidade administrativa encontramos no art. 37, § 4º, CR/88: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. Outros há, explícitos ou mesmo implícitos à norma constitucional, decorrentes da forma de governo adotada e do próprio regime democrático, tismado pela soberania popular. Assim, por exemplo, o valor transparência, que é ínsito ao regime republicano.

O que é primordial vincar é que as inelegibilidades, sejam as previstas no nível constitucional, sejam aquelas postas no infraconstitucional, se legitimam na medida em que protegem outros valores de igual grandeza<sup>42</sup>.

Note-se que problema similar surge em relação à possibilidade (ou vedação) à substituição tardia de candidatos, em caso de indeferimento do registro. Explique-se.

Decorre das disposições dos arts. 13, § 3º e 16, § 1º, da Lei n. 9.504/98 que o prazo final para substituição de candidatos é o mesmo para julgamento pelas instâncias ordinárias dos processos de registro de candidatura. O problema surge de forma aguda quando tal julgamento não sucede em dito prazo, e depois sonegue-se ao partido o direito à substituição, tendo sobrevivendo o indeferimento do registro ao decurso do prazo para substituição.

De um lado, a regra de substituição mira a clareza do exercício do voto pelo eleitorado. De outro, impor aos candidatos cujo processo de registro esteja *sub judice* a renúncia prematura (para evitar que o julgamento após o prazo de substituição os impeça de serem substituídos) viola o direito fundamental de participar do processo político<sup>43</sup>.

Daí porque a defesa da tese de que o prazo do art. 13, § 3º, da Lei das Eleições seja aplicável aos processos de registro julgados no prazo estipulado pelo art. 16, § 1º, do mesmo diploma. Nos casos de demora no julgamento, a substituição poderia ocorrer após o julgamento pelas instâncias ordinárias (Tribunal Regional Eleitoral no caso das eleições municipais; e Tribunal Superior Eleitoral no caso das gerais)<sup>44</sup>.

É interessante perceber que o valor *clareza do voto* ganha especial relevo a fim de permitir tardia substituição de candidato, ao arrepio da literalidade da disposição legal sobre o assunto, porém não ganhe o mesmo protagonismo quando se trate de alijar a literalidade do art. 16-A, do mesmo diploma, a fim de permitir que, em circunstâncias

---

<sup>42</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 996.

<sup>43</sup> SEVERO DA SILVA, Luis Gustavo Motta. *Registro de candidatura – O conflito entre o encurtamento dos prazos e a substituição de candidatos* in Revista do Advogado 139/130, p. 132.

<sup>44</sup> SEVERO DA SILVA, Luis Gustavo Motta. *Registro de candidatura – O conflito entre o encurtamento dos prazos e a substituição de candidatos* in Revista do Advogado 139/130, p. 132.



excepcionais, quando haja elevado grau de improbabilidade do direito ao registro, seja impedido o candidato de proceder à campanha que pode, no fim e ao cabo, deturpar a consciência do voto, induzindo a erro o eleitorado.

Deixemos de lado, por ora, esta ordem de considerações, e vejamos outra que nos conduz à mesma conclusão.

Há uma gama considerável de inelegibilidades que incidem quando ainda não há decisão condenatória transitada em julgado, porém proferida por órgão colegiado (v. art. 1º, I, “e”, da LC 64/90), e daí a autorização a que por provimento de natureza cautelar se suspenda a inelegibilidade em questão, conforme previsão expressa do art. 26-C, da Lei Complementar n. 64/90: “O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas d, e, h, j, l e n do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso”.

Também a referida regra tem merecido interpretação ampla por parte do C. Superior Tribunal de Justiça e pelo próprio C. Tribunal Superior Eleitoral, de modo que por outros mecanismos oriundos do poder geral de cautela atribuído aos magistrados tem-se admitido a suspensão de inelegibilidades por decisões monocráticas do relator ou do Presidente do Tribunal a que afeto o julgamento do recurso contra a decisão condenatória (súmula n. 44, TSE; art. 1.029, § 5º, III, CPC)<sup>45</sup>.

Nas palavras de André de Carvalho Ramos, “houve uma ponderação de direitos e, no limite, todas as situações geradoras de potenciais inelegibilidades podem ser questionadas no Poder Judiciário”<sup>46</sup>.

É curioso, entretanto, que a regra do art. 26-C, mereça ampla interpretação extensiva, calcada no poder geral de cautela, inclusive para atribuir competência a quem, pela literalidade da lei, não a teria para proferir decisão (as monocráticas por parte do relator ou do Presidente do Tribunal *ad quem*), em nome da defesa do direito fundamental

---

<sup>45</sup> DIAS, Joelson; SOARES, Michel Bertoni. *Lei da Ficha Limpa, indeferimento de pedido de registro de candidatura e aplicação de recursos públicos em campanha: dever de ressarcir o erário?* In REDESP, n. 3 (julho a dezembro de 2018), p. 7-8. A teor do disposto no art. 11, § 10, *in fine* da Lei n. 9.504/97, mesmo que o provimento cautelar emanado na forma do art. 26-C, LC 64/90, sobrevenha ao pedido de registro de candidatura, deverá ser considerado para fins de afastar a inelegibilidade em questão (DIAS, Joelson; SOARES, Michel Bertoni. *Lei da Ficha Limpa, indeferimento de pedido de registro de candidatura e aplicação de recursos públicos em campanha: dever de ressarcir o erário?* In REDESP, n. 3 (julho a dezembro de 2018), p. 8).

<sup>46</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 997.

político ao exercício do sufrágio passivo, porém não mereça a mesma ordem de considerações para se admitir a tutela dos demais valores em jogo no processo de registro de candidatura, parte dos quais pensamos já termos indicado anteriormente, a justificar plenamente a restrição do referido direito fundamental.

No processo de registro de candidatura pendente, impugnado ou não, três ordens de interesses podem ser vislumbrados.

Em primeiro lugar, e mais evidente, o do candidato em exercer seu direito político fundamental em ser votado, por cujo exercício postula em juízo o deferimento do registro com rejeição de eventual impugnação apresentada por um dos legitimados.

Em segundo lugar, e de modo mais fluido, o interesse público de natureza política, representado pela pretensão do eleitorado em depositar votos válidos. De fato, deve-se obter que fosse a intenção do eleitor anular seu voto, desde logo o declararia branco. Se o eleitor declara voto em tal ou qual candidato, ainda que *sub judice*, é de crer que tencione sua validade, e que a eventual nulificação seja circunstância accidental que solapa sua originária vontade (art. 175, § 3º, CE e art. 16-A, Lei das Eleições).

Por fim, e em terceira posição, o interesse público de cunho estritamente patrimonial, qual seja, em não permitir que recursos públicos sejam destinados a campanhas de candidatos cujo registro venha a ser indeferido posteriormente, o que se considera prejuízo ao Erário.

A prevalência de cada um destes interesses impõe solução diversa ao problema do registro de candidatura que tramita paralelamente ao período eleitoral, e os respectivos atos que são permitidos ou vedados ao pretense candidato. Antes, entretanto, de verificar a solução que a prevalência de cada um destes pólos impõe, cumpre tecer pequena explicação sobre este último ponto.

Novidade nas eleições de 2018 foi a criação do FEFC – Fundo Especial de Financiamento de Campanha, atrelada sobretudo ao reconhecimento da inconstitucionalidade das doações patrocinadas por pessoas jurídicas (ADi n. 4.650). Claro que o financiamento público não é, a rigor, novidade no país, pois que já existente por força do fundo partidário ou mesmo do emprego de tempo em rádio e televisão, indiretamente financiados pelo Poder Público por meio de compensações fiscais (art. 99,

Lei n. 9.504/97)<sup>47</sup>. O elemento inovador, certamente, foi a dimensão que tal fonte assumiu, já que passou a gozar importância muito maior dada a vedação do aporte dos recursos de empresas e pessoas jurídicas em geral, e ainda a falta de familiaridade do meio político eleitoral com o *crowdfunding*. De outro lado, a crise econômica atrelada à de representatividade dos órgãos compostos por membros eleitos, adicionou-se como tempero complicador, tornando o assunto agudamente polêmico.

Nesta quadra, surgiu então um novo elemento de sobrelevado peso, a ser considerado no jogo do registro da candidatura considerada *sub judice*: o envolvimento de recursos públicos em monta muito mais expressiva em candidaturas que podem, ao depois, serem cassadas, cogitando-se assim de prejuízo ao Erário. E diante desta possibilidade, o Ministério Público Eleitoral advertiu durante o último período eleitoral que proporia ações de ressarcimento contra requerentes cuja candidatura viesse a ser considerada inadmissível.

A iniciativa mereceu crítica da doutrina, afirmando-se inexistir justa causa para tanto, visto que a legislação expressamente permite que o candidato *sub judice* realize campanha normalmente até o trânsito em julgado da decisão indeferitória, ou até que tal indeferimento seja proferido pelo próprio Tribunal Superior Eleitoral. Argumentou-se que o indeferimento tardio não teria o condão de tornar em ilícitos atos de campanha realizados anteriormente sob o manto da permissão legal expressa, e que vedar o acesso aos recursos públicos neste caso seria violar o direito fundamental de exercer a capacidade eleitoral passiva, além de prejudicar o jogo democrático e a igualdade de oportunidades entre candidatos. Aliás, vaticinou-se que a só ameaça de cobrança já seria perniciosa ao livre jogo democrático<sup>48</sup>.

Voltemos, pois, ao ponto de sabermos qual a solução imposta a prevalecer cada um dos pontos de interesse existentes no processo de registro de candidatura.

A prevalecer o primeiro centro de interesses, qual seja, o do candidato, a solução que logicamente se segue ao problema do registro de candidatura em curso é a de permitir

---

<sup>47</sup> DIAS, Joelson; SOARES, Michel Bertoni. *Lei da Ficha Limpa, indeferimento de pedido de registro de candidatura e aplicação de recursos públicos em campanha: dever de ressarcir o erário?* In REDESP, n. 3 (julho a dezembro de 2018), p. 11.

<sup>48</sup> DIAS, Joelson; SOARES, Michel Bertoni. *Lei da Ficha Limpa, indeferimento de pedido de registro de candidatura e aplicação de recursos públicos em campanha: dever de ressarcir o erário?* In REDESP, n. 3 (julho a dezembro de 2018), p. 13-14. Segundo ponderam os autores, “é preciso ainda acrescentar que os princípios da eficiência e economicidade, regentes da atuação da administração pública, não podem ser transportados de maneira estanque para o direito eleitoral” (Cit p. 13).

que o direito político fundamental seja plenamente exercido, mediante a prática de todos os ordinários atos de campanha, inclusive mediante o emprego dos recursos públicos, partidários ou não, a tanto dotados pelo orçamento público. Este foi claramente o pendor da solução legislada já citada, conforme se vê pela redação atual do art. 16-A da Lei n. 9.504/98. O problema com tal solução é impor o sacrifício integral dos outros interesses em debate. Os eleitores que depositaram seus votos pretensamente válidos ver-se-ão frustrados em seu intento político com o eventual indeferimento do registro acaso a solução final seja desfavorável ao candidato, e dirão que se soubessem que ao final seu voto seria desconsiderado, teriam feito outra opção política, até pelo conceito hoje difundido de “voto útil” (isto é, teriam optado por um candidato que, embora não fosse exatamente aquele pretendido, ao menos pudesse impedir a eleição de um indiscutivelmente indesejado). Também o interesse patrimonial do Erário restará maculado, já que dificilmente pode-se imaginar o candidato sendo demandado a ressarcir os cofres públicos pelo dispêndio de sua campanha, após final indeferimento do registro, notadamente porque vai aduzir certamente que a responsabilidade civil no caso é do Estado, já que o prejuízo ao Erário se liga por nexos de causalidade diretamente à decisão de indeferimento do registro.

Já a prevalência do segundo dos interesses em jogo, a saber, do eleitorado em apresentar votos válidos, exige que o candidato apenas se apresente como apto plenamente a receber votos, figurando na urna, após o definitivo julgamento de seu pedido de registro. Esta solução, claro, sacrificará o direito político fundamental de ser votado, já que cada minuto de decurso do processo de registro é um minuto de campanha perdido. Para tanto, o processo de registro deveria encerrar-se previamente ao período eleitoral (proposta que já foi aventada em doutrina). Neste caso, também fica salvaguardado o interesse público patrimonial, já que apenas se engajará em campanha e se tornará apto a receber fundos públicos o candidato que passar válida e integralmente pelo crivo do processo de registro. Esta última solução é *lege ferenda*, o direito legislado não a contempla<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Defendendo que o processo de registro fosse adiantado, de modo que as decisões a seu respeito se estabilizassem antes do início da campanha: DIAS, Joelson; SOARES, Michel Berton. *Lei da Ficha Limpa, indeferimento de pedido de registro de candidatura e aplicação de recursos públicos em campanha: dever de ressarcir o erário?* In REDESP, n. 3 (julho a dezembro de 2018), p. 13; SEVERO DA SILVA, Luis Gustavo Motta. *Registro de candidatura – O conflito entre o encurtamento dos prazos e a substituição de candidatos* in Revista do Advogado 139/130, p. 136-137.

Poderíamos aventar solução de meio-termo, que contemple em certa medida todos os interesses em jogo sem sacrificar totalmente a nenhum deles. O instrumental para tanto é a noção de *cautelaridade* aplicada ao processo de registro de candidatura, como a seguir esboçado.

Não se há aqui de descer a minúcias a fim de conceituar o provimento cautelar. O que aqui importa é sua finalidade primordial de assegurar o resultado útil do processo, impedindo que o decurso do tempo importe a inutilidade ou desnecessidade do provimento. Em verdade, por via do referido mecanismo procede-se a alocação do ônus do tempo sobre um ou outro dos atores processuais. Deferido o provimento cautelar, sobre o requerido; indeferido; sobre o requerente.

O citado art. 26-C, da Lei Complementar n. 64/90 permite que o órgão jurisdicional *ad quem* faça recair sobre a coletividade o ônus tempo, patrocinando uma campanha que pode, ao finar, tornar-se despropositada pelo definitivo indeferimento do registro de candidatura.

Se a interpretação extensiva que se lhe dá, e o poder geral de cautela inerente à função jurisdicional<sup>50</sup>, servem a autorizar que até mesmo órgãos não citados pela literalidade da regra profiram provimentos aptos a suspender *quaisquer situações de inelegibilidade* em franca tutela ao direito fundamental político, indaga-se: porque a mesma amplitude não se lhe poderia dar para tutelar outros interesses de mesma hierarquia envolvidos no processo de registro de candidatura?

É imperioso que aqui se aplique o princípio da simetria, calcado no próprio primado da isonomia, de modo a autorizar que o órgão jurisdicional encarregado de conduzir e decidir o processo de registro também restrinja a incidência do direito previsto pelo art. 16-A, da Lei n. 9.504/98.

Deve-se admitir que a Justiça Eleitoral, diante da situação concreta de inelegibilidade; ausência de condição de elegibilidade e quiçá ausência de pressuposto de registrabilidade, impeça que o pretense candidato tenha acesso a verbas públicas para

---

<sup>50</sup> “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória” (art. 297, “caput”, CPC). Cumpre frisar que a aplicabilidade das tutelas provisórias ao processo de registro de candidatura guarda respaldo no art. 14 da Res n. 23.478/2016 do C.Tribunal Superior Eleitoral: “Art. 14. Os pedidos autônomos de tutela provisória serão autuados em classe própria. Parágrafo único. Os pedidos apresentados de forma incidental em relação a feitos em tramitação serão encaminhados à autoridade judiciária competente, que determinará a sua juntada aos autos principais ou adotará as providências que entender cabíveis”.

financiamento de sua campanha, até que em definitivo se defira seu registro (ou ao menos até que obtenha um primeiro provimento favorável a seu pleito registral).

Num segundo nível de gradação de restrição ao exercício do direito previsto pelo art. 16-A, de se admitir se condicione o acesso aos fundos públicos de financiamento de campanha à prestação de caução, garantia destinada a eventualmente assegurar o ressarcimento dos cofres públicos em caso de definitivo indeferimento do registro.

Por fim, em situações mais drásticas, em que haja evidência da inexistência do direito, até mesmo negar ou restringir os atos de campanha a serem praticados pelo requerente, ou exigir que em todos os atos públicos seja assegurado ao eleitor conhecer a condição do candidato de *sub judice*.

A doutrina, ao defender a possibilidade de substituição tardia de candidato, assunto que já mencionamos, indaga de modo retórico: o que é mais pernicioso à democracia, permitir a tardia substituição de candidatos ou admitir o voto dirigido a candidatos inelegíveis, ocasionando-se eventualmente até mesmo a necessidade de realização de novo pleito?<sup>51</sup>

Obviamente que a mesma pergunta se coloca no tema ora examinado: admitir restrições ao direito de realizar campanha ou permitir o voto dirigido a candidatos inelegíveis a implicar o risco de novo pleito? A defesa à *clareza do voto* não entra em voga nesta particular sede, como entra em outras? E o respaldo ao voto *direto*?

Todas são perguntas que aqueles que defendem como irrefragável e irrestrito o exercício do direito previsto pelo art. 16-A, da Lei n. 9.504/98 devem responder.

Em adição, há de se admitir que exurgindo o indeferimento definitivo do registro e em tendo havido acesso a fundos públicos por parte do requerente, há de ressarcir o candidato ao Erário, se necessário pela via judicial, em ação que pode ser ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral ou mesmo pela advocacia pública da pessoa jurídica de direito público cujos recursos foram empregados, no caso, a União.

Não se cuida de tornar em ilícitos os atos de campanha realizados sob os auspícios do art. 16-A, da Lei n. 9.504/98, mas de ensejar a tutela dos demais interesses que gravitam em torno do processo de registro de candidatura, aos quais já fizemos ampla referência, e tornaremos a mencionar no item que se segue como conclusivo. Com efeito,

---

<sup>51</sup> SEVERO DA SILVA, Luis Gustavo Motta. *Registro de candidatura – O conflito entre o encurtamento dos prazos e a substituição de candidatos* in Revista do Advogado 139/130, p. 133.

não se justifica que a campanha do candidato *sub judice* corra por conta e risco da sociedade, seja à custa da fidedignidade de consciência do eleitor, seja à custa dos recursos públicos destinados à campanha.

A responsabilização do candidato pelo ressarcimento ao Erário na hipótese de definitivo indeferimento do registro é objetiva, independe de culpa ou dolo, e decorre exclusivamente da definitiva negativa de acesso ao pleito, na mais lúdica aplicação da *teoria do risco*, na forma como encampada em caráter genérico pela legislação civil pátria, considerando que a atividade de campanha levada a cabo nestas condições particulares ocasiona risco à sociedade<sup>52</sup>.

Adverte Alexy que quanto mais um princípio de direito fundamental é restringido mais resistente ele se apresenta, de modo a exigir que as razões que justificam uma crescente restrição disponham de uma também crescente força, proporcionalmente, defendendo por fim haver condições últimas em que nenhum princípio potencialmente colidente prevalecerá, aquilo que denomina *âmbito nuclear da configuração da vida privada*. Não é que nesta conjuntura não se possa falar na existência de princípios colidentes, mas que a segurança da proteção é tamanha, que *em condições normais* pode-se falar em *proteção absoluta*<sup>53</sup>.

É esta mesma gradação de razões que se deve observar em correspondência com o nível de restrições que hão de ser impostas ao direito fundamental de participar do processo eleitoral por meio de campanha. Entre a mera exigência de advertência ao eleitor de que a candidatura está *sub judice*, a negativa de acesso a fundos públicos ou a exigência de caução, a restrição a alguns atos de campanha, e o total impedimento de realizá-la, hão de corresponder razões gradativamente mais intensas, aqui assimiladas à idéia de (im)plausibilidade do direito invocado.

A rigor, o próprio C.Tribunal Superior Eleitoral tem admitido que o exercício do direito político fundamental ao sufrágio passivo não justifica a realização de campanha sempre e a qualquer custo, de forma ampla e absolutamente irrestrita. Porém, o órgão procedeu à restrição valendo-se de um recurso terminológico, sem afirmar expressamente que o estava fazendo, e o fez modulando o conceito de *candidatura sub judice*.

---

<sup>52</sup> “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (art. 927, p.único, CC).

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2º ed. Tradução: AFONSO DA SILVA, Virgílio. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 300-301.

No caso mais recente e midiático, o registro de candidatura do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva nas Eleições Gerais de 2018, nas quais pretendia concorrer ao cargo de Presidente da República, decidiu a Corte Superior: “Desde o julgamento do ED-REspe nº 139-25, o Tribunal Superior Eleitoral conferiu alcance mais limitado à expressão ‘registro sub judice’ para fins de aplicação do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997, fixando o entendimento de que a decisão colegiada do TSE que indefere o registro de candidatura já afasta o candidato da campanha eleitoral”.

Os fundamentos trazidos pelo voto do ínclito relator são expressão maiúscula de tudo quanto se vem defendendo até aqui. Vale a transcrição de trechos sintomáticos:

“(…) a interpretação da expressão ‘registro sub judice’ não pode ocorrer de forma isolada. Ao contrário, deve harmonizar os interesses em conflito e garantir a coerência do sistema das inelegibilidades, sobretudo levando em conta: (i) a superveniente edição da Lei Complementar nº 135/2010, conhecida por Lei da Ficha Limpa; (ii) a abreviação do período de campanha eleitoral, empreendida pela minirreforma eleitoral do ano de 2015 (Lei nº 13.165/2015); (iii) e a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal, da expressão ‘após o trânsito em julgado’, prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, com redação dada pela Lei nº 13.165/2015, para a realização de nova eleição em razão da não obtenção ou do indeferimento do registro de candidatura (...)

(…) impõe-se reconhecer que o candidato deixa de ser considerado, a partir do momento em que *sub judice* sobrevém decisão de órgão colegiado da Justiça Eleitoral (Tribunal Regional Eleitoral ou Tribunal Superior Eleitoral) em que o registro da candidatura é indeferido. Em outras palavras, se o candidato, até a decisão do órgão colegiado da Justiça Eleitoral, relativa ao registro de sua candidatura, não obtiver o afastamento da inelegibilidade no processo que a ela deu origem (art. 26-A da LC nº 64/1990) ou, pelo menos, a suspensão dos efeitos da decisão colegiada naquele mesmo processo (art. 26-C da LC nº 64/1990), não mais ostentará a condição de candidato sub judice, sendo-lhe, assim, inaplicável o art. 16-A da Lei nº 9.504/1997, que autoriza a realização de atos relativos à campanha eleitoral e a manutenção de seu nome na urna eleitoral (...)

(…) Considerando-se que o prazo para substituição de candidaturas se encerra 20 dias antes das eleições (art. 13, § 3º da Lei nº 9.504/1997), a Justiça Eleitoral dispõe de apenas 30 a 40 dias para apreciar um pedido de registro de candidatura em todas as suas



instâncias. Essa circunstância torna materialmente impossível que o trânsito em julgado da decisão de indeferimento do registro ocorra antes do advento da data-limite para substituição dos candidatos, o que lança um quadro de insegurança sobre a situação jurídica dos candidatos (...)

(...) Nesse contexto, interpretar a expressão ‘registro sub judice’ do art. 16-A da Lei nº 9.504/1997 como a candidatura cujo indeferimento é passível de revisão significa, na prática, afirmar que a Justiça Eleitoral está impossibilitada de obstar a participação de um candidato inelegível. Essa conclusão não pode ser aceita, uma vez que acarreta elevados custos: (i) institucionais e ao processo eleitoral, em razão da invalidação de votos recebidos pelo candidato inelegível (art. 175, §3º, do Código Eleitoral) e da violação à soberania popular; e (ii) financeiros, em razão da eventual necessidade de realização de novas eleições, a depender da expressividade dos votos anulados (art. 224, caput e seu §3º do Código Eleitoral ) (...)

(...) É preciso considerar, ainda, que o STF, no julgamento da ADI 5525, sob a minha relatoria, declarou a inconstitucionalidade da locução ‘após o trânsito em julgado’ prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral (com redação dada pela Lei nº 13.165/2015) para a realização de nova eleição em razão da não obtenção ou do indeferimento do registro de candidatura. No julgamento, o STF entendeu que aguardar o trânsito em julgado para convocar novas eleições após o indeferimento do registro de candidatura violaria a soberania popular, a garantia fundamental da prestação jurisdicional célere, a independência dos poderes e a legitimidade exigida para o exercício da representação popular. Assim, determinou-se que basta a manifestação do órgão colegiado, ou do Tribunal Superior Eleitoral para que seja realizado novo pleito, a partir da interpretação sistemática dos arts. 16-A da Lei nº 9.504/1997; 15 da Lei Complementar nº 64/1990; 216 e 257 do Código Eleitoral. Se para realizar novas eleições basta a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, com muito mais razão deve-se permitir a negativa de registro, impedindo-se que a candidatura seja considerada *sub judice* para fins de assegurar os atos relativos à campanha eleitoral e a manutenção do nome na urna. Ademais, a necessidade de execução imediata dos julgados do TSE não é novidade, já tendo sido afirmada por esta Corte Superior em diversos julgados, a exemplo do RO nº 2246-61-ED/AM, em que fui designado redator para acórdão, j. em 22.08.2017; e RO nº 1220-86/TO, Red. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. em 22.03.2018 (...).”

## **5. Conclusão.**

A condição mínima para uma democracia deliberativa é a exigência de razões para embasarem ações governamentais. A Constituição norte-americana, por exemplo, é compreendida como tendo estabelecido, pela primeira vez, uma “república de razões”<sup>54</sup>. Estas razões hão de ser compreendidas por segmentos sociais diferentes e que atuam de perspectivas e baseados em premissas diferentes. Daí porque são razões de interesse público<sup>55</sup>.

Como um segundo pilar, tem-se que o *princípio da imparcialidade* no governo republicano emerge como um remédio contra três perigos: o legado da monarquia, a representatividade de governo fundada nos próprios e pessoais interesses e o poder das facções, isto é, a chamada “tirania da maioria”. Referido princípio é intimamente relacionado com a necessidade de limitar a arbitrariedade do rei, e impunha no contexto do Constitucionalismo norte-americano, que os resultados sociais fossem justificados não por referência à natureza ou à tradição, mas ao invés, em razões de interesse público, e como tal, uma garantia contra a representação política tendenciosa aos pessoais interesses do representante<sup>56</sup>.

Considerando que tais ponderações guardam íntima relação com a forma republicana de governo e a preservação da lisura do processo democrático representativo, não há porque não as aproveitar ante nossa realidade e os princípios constitucionais fundantes que norteiam nosso Estado de Direito, que preza pelos mesmos valores.

A decisão a respeito do deferimento ou não de uma candidatura influi diretamente na condução do processo democrático, daí porque há muito mais em jogo do que o simples interesse particular do partido ou candidato, mesmo que legítimo<sup>57</sup>.

Uma posição *prima facie* decorrente de um direito fundamental pode ser restringida por uma regra, quando então cria-se um *não-direito definitivo* de igual conteúdo, ou por um princípio restringidor. Este, contudo, não é apto a estabelecer uma

---

<sup>54</sup> SUSTEIN, Cass R. *A Republic of reasons* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 64.

<sup>55</sup> SUSTEIN, Cass R. *A Republic of reasons* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 67.

<sup>56</sup> SUSTEIN, Cass R. *A Republic of reasons* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 63.

<sup>57</sup> HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 331.

posição definitivamente restringida a não ser após o sopesamento entre o princípio constitucional atingido e o restringidor<sup>58</sup>.

Tal sopesamento se faz considerando-se que as inelegibilidades guardam relação com o direito à boa governança, além da proteção à igualdade e à liberdade de convicção política, no caso da repressão ao abuso do poder econômico ou político<sup>59</sup>. O direito à boa governança, portanto, justifica a restrição ao pleno exercício do direito político representado pelo sufrágio passivo, e representa, em última instância, o próprio direito à democracia substancial ou material<sup>60</sup>.

A principal limitação às restrições é a garantia do *conteúdo essencial*<sup>61</sup>. Na doutrina alemã distinguem-se teorias objetiva e subjetiva na definição da proteção ao conteúdo essencial, a primeira obstando restrições que tal monta que tornem insubsistente a validade do direito fundamental para todo o corpo social ou para boa parte dele; a segunda impedindo que tal restrição se verifique unicamente em situações concretas. As teorias subjetivas distinguem-se também em absolutas e relativas. Estas admitem que o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento, de modo que restrições que respeitem a proporcionalidade não representam violações ao conteúdo essencial do direito, mesmo que dele nada reste após a operação. Neste caso, “garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade”<sup>62</sup>. Na concepção absoluta, como sugere a nomenclatura, cada direito ostenta um núcleo essencial que não pode ser tangido em situação alguma<sup>63</sup>.

Por óbvio que definições absolutas de direitos fundamentais implicam atribuir ao indivíduo deles titular verdadeiramente soberania, e não apenas liberdade, no tocante ao chamado núcleo essencial que seja inteiramente inatingível.

Ademais, sabe-se que na realidade do Direito inexistem concepções absolutas de direitos fundamentais, pois que todos, mesmo os primevos, como o direito à vida, são

---

<sup>58</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2º ed. Tradução: AFONSO DA SILVA, Virgílio. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 284.

<sup>59</sup> “O direito à boa governança consiste na exigência de um agir governamental baseado na transparência, responsabilização do governante, igualdade, legalidade, não discriminação e participação” (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 999).

<sup>60</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1.000.

<sup>61</sup> A Constituição Alemã a prevê de forma expressa no art. 19, § 2º, que assim se traduz: “Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência”.

<sup>62</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2º ed. Tradução: AFONSO DA SILVA, Virgílio. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 297-298.

<sup>63</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2º ed. Tradução: AFONSO DA SILVA, Virgílio. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 297-298.

restringíveis dentro de condições mais ou menos rígidas. Não há porque pensar diferentemente em relação ao direito fundamental político de participar do certame eleitoral.

Assevera a doutrina que o art. 16-A visa desestimular a insistência das forças políticas em candidaturas improváveis<sup>64</sup>. Entretanto, a aplicação irrestrita e absoluta que se lhe pretende dar evidentemente trai este escopo, visto que torna vantajoso insistir na candidatura improvável, que, porém, pode se erigir em poderoso atrativo de votos, especialmente se lograr o candidato *sub judice* permanecer com seu nome na urna, em claro prejuízo ao voto consciente e livre.

Em lapidar lição, a doutrina leciona que “(...) exatamente porque os bens tutelados pelo Direito Eleitoral guardam essa dignidade constitucionalmente garantida, é que o olhar do intérprete terá que construir a devida adequação dos institutos processuais civis, aos conflitos eleitorais (...)”<sup>65</sup>. E é nesta ótica que se deve compreender a noção de cautelaridade, plausibilidade do direito invocado, *periculum in mora*, risco de irreparabilidade de prejuízos etc., todas noções já tocadas ao longo deste estudo, e que na seara eleitoral adquirem o colorido diferenciado que se procurou destacar.

## 6. Bibliografia.

ACKERMAN, Bruce. *We the People, volume 1: Foundations* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 51-62.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2º ed. Tradução: AFONSO DA SILVA, Virgílio. São Paulo: Malheiros, 2015, 673p.

DIAS, Joelson; SOARES, Michel Bertoni. *Lei da Ficha Limpa, indeferimento de pedido de registro de candidatura e aplicação de recursos públicos em campanha: dever de ressarcir o erário?* In REDESP, n. 3 (julho a dezembro de 2018).

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12º ed. São Paulo: Atlas, 2016, 881p.

---

<sup>64</sup> SEVERO DA SILVA, Luis Gustavo Motta. *Registro de candidatura – O conflito entre o encurtamento dos prazos e a substituição de candidatos* in Revista do Advogado 139/130, p. 132.

<sup>65</sup> HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 329.

HARZHEIM, Elaine Macedo. *Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral*. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 317-334.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2018, 1089p.

RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos constitucionais do direito eleitoral*. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1990, 143p.

RUBENSFELD, Jed. *Of Constitutional Self-Government* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 72-75.

SANCHIS, Luis Prieto. *Los derechos fundamentales en la época del Constitucionalismo* in CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz; LÁZARO, Javier Martínez. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 139-174.

SEVERO DA SILVA, Luis Gustavo Motta. *Registro de candidatura – O conflito entre o encurtamento dos prazos e a substituição de candidatos* in Revista do Advogado 139/130.

SUSTEIN, Cass R. *A Republic of reasons* in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. *Modern Constitutional Theory – A reader*. 5º ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 63-72.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura Agra. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009, 374p.