

**Monopólio das candidaturas por intermédio de partido político no Brasil:
engenharia eleitoral ou violação de direito subjetivo fundamental (à candidatura
avulsa)?**

***Monopoly of candidatures by political parties in Brazil: electoral engineering or
fundamental subjective right breach (for individual candidature?)***

Cristiane Halcsik Pires Moretti¹

Resumo

A candidatura avulsa não está prevista como um direito subjetivo fundamental tanto na Constituição Federal de 1988, como na Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional sobre direitos humanos do qual o Brasil é signatário. Por outro lado, a filiação partidária, erigida como condição de elegibilidade no nosso ordenamento jurídico, e o consequente monopólio das candidaturas pelos partidos políticos, encontra-se em conformidade com a engenharia eleitoral estabelecida pelo legislador nacional constituinte, nos termos do modelo de democracia partidária implementada pela Carta Constitucional de 1988, como também com os estandartes interpretativos emanados das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – em especial o Caso *Castañeda Gutman versus Estados Unidos Mexicanos* – quanto ao alcance do artigo 23 da norma convencional que trata dos direitos políticos. Por envolver mudança na lógica de funcionamento do sistema eleitoral brasileiro, a implementação de nova engrenagem de acesso às candidaturas, sem intermédio dos partidos políticos, necessita de discussão no Poder Legislativo, em razão da competência do Congresso Nacional em elaborar leis em matéria eleitoral, assim definida constitucionalmente, de forma que não poderá ser realizada por via Judicial.

Palavras-chave: Candidatura Avulsa; Filiação Partidária; Direitos Políticos Passivos; Constituição Federal de 1988; Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica); Democracia Partidária; Competência legislativa em matéria eleitoral.

Abstract

The individual candidature is not intended as a fundamental subjective right in both the 1988 Federal Constitution and the American Convention on Human Rights - Pact of San José Costa Rica, an international treaty on human rights to which Brazil is a signatory. On the other hand, party affiliation, established as a condition of eligibility in our legal system, and the consequent monopoly of candidatures by political parties, is in accordance with the electoral engineering established by the constituent national legislator, according to the model of partisan democracy implemented by the 1988

¹ Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo e Chefe de Cartório da 355ª Zona Eleitoral/SP. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo – USP e Especialista em Direito Eleitoral pela Faculdade IBMEC Damasio São Paulo.

Constitutional Charter, as well as with the interpretative standards emanating from the rulings handed down by the Inter-American Court of Human Rights - in particular the *Castañeda Gutman v. United Mexican States Case* - regarding the scope of Article 23 of the Convention dealing with political rights. As it involves a change in the logic of the Brazilian electoral system, the implementation of a new access gear to the candidacies without the intermediary of political parties requires discussion in the Legislative Power, due to the competence of the National Congress to draft laws on electoral matters. constitutionally defined, so that it can not be carried out judicially.

Key words: Individual Candidature; Party Affiliation; Passive Political Rights; Federal Constitution of 1988; American Convention on Human Rights (Pact of San José, Costa Rica); Party Democracy; Legislative power in electoral matters.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. CAPÍTULO 1 A inexistência de um direito subjetivo à candidatura avulsa no Brasil. 1.1 A Constituição Federal de 1988. 1.2 Direitos humanos no plano internacional: o sistema interamericano de direitos humanos. 1.2.1 Estandartes interpretativos da Corte Interamericana dos Direitos Humanos em matéria de direitos políticos: Caso Castañeda Gutman *Vs.* Estados Unidos Mexicanos. CAPÍTULO 2 O papel do partido político no sistema eleitoral brasileiro. 2.1 Democracia partidária: modelo escolhido pelo legislador constitucional brasileiro de 1988. 2.2 Filiação partidária: engrenagem da atual engenharia eleitoral brasileira e o consequente monopólio das candidaturas pelos partidos políticos. 2.3 Restrição de direito fundamental para garantia do direito fundamental. CAPÍTULO 3 De quem é a competência constitucional para mudança do atual sistema eleitoral brasileiro? CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Nas Eleições Gerais de 2018 foram apresentados ao Tribunal Superior Eleitoral 19 (dezenove) pedidos de registro de candidatura avulsa ao cargo de Presidente e Vice-Presidente da República², a despeito das normas vigentes no nosso ordenamento jurídico de exigência de representação política por intermédio de partido político.

Das 19 (dezenove) petições acima citadas, 12 (doze) tiveram como principal argumento o de que a Convenção Americana de Direitos Humanos, no seu artigo 23, garante o direito subjetivo fundamental de participar de eleições lançando-se em candidatura avulsa, ou seja, sem vínculo e sem intermédio de partido político.

Todos os requerimentos foram indeferidos, *ab initio*, pela Corte Superior Eleitoral.

Nesse mesmo pleito concorreram ao cargo máximo do Executivo Federal 13 (treze) candidatos³ que, dentre outros requisitos constitucionais e legais, encontravam-se filiados e escolhidos em convenção partidária, com seus requerimentos de registro de candidatura apresentados pelos respectivos partidos políticos ou coligação partidária.

Pois bem, tão somente se comparando os números de uma eleição, a de 2018, e apenas para um cargo, o de Presidente da República, observa-se um número maior de candidatos que, mesmo contrariando as regras constitucionais postas no nosso país, lançaram-se na tentativa de candidaturas fadadas ao insucesso, por total discrepância com a engenharia eleitoral que orienta a forma pela qual se transforma a vontade popular manifestada por meio do voto dado nas eleições em espaço político conquistado no Brasil.

A observação desse pequeno cenário demonstra a necessidade de uma resposta jurídica à questão da possibilidade, ou não, de candidatura avulsa no Brasil.

2 Fonte: Secretaria de Gestão da Informação do Tribunal Superior Eleitoral, por meio de resposta à pesquisa de nº 86/2019. (Classe Processual Pet - Petição: Nº único 0600999-65.2018.6.00.0000; 0600842-92.2018.6.00.0000; 060887-96.6.00.0000; 0600847-17.2018.6.00.0000; 0600899-13.2018.00.0000; 0600930-33.2018.6.00.0000; 0600839-40.2018.6.00.0000; 0600886-14.2018.6.00.0000; 0600870-60.2018.6.00.0000; 0600921-71.2018.6.00.0000; 0601259-45.6.00.0000. Classe Processual: AC – Ação Cautelar: 0600614-20.2018.6.00.0000; 0601109-64.6.00.0000; 0601022-11.6.00.0000. Classe Processual: RCAnd – Registro de Candidatura: 061392-87.2018.6.00.0000; 060918-19.2018.6.00.0000; 0601390-20.2018.6.00.0000. Protocolos números: 7.733/2017; 7.919/2017.

3 Fonte: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/divulgacandcontas#/>

O objetivo do presente trabalho é realizar um estudo da sistemática adotada pelo legislador constitucional de 1988 acerca da candidatura no Brasil que estabeleceu que esta se dá por intermédio de partido político, como uma opção de engenharia eleitoral do constituinte originário, à luz do sistema jurídico nacional e do sistema internacional de proteção dos direitos humanos trazido pelo Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional do qual o Brasil é signatário.

A pergunta que se busca responder é a existência, ou não, de um direito subjetivo fundamental à candidatura avulsa⁴ no Brasil, frente a atual Constituição Federal e ao Sistema Interamericano de Proteção, vez que o direito de sufrágio passivo, integrando uma das dimensões dos direitos políticos, atrai, para si, o regime de proteção dos direitos fundamentais.

Até porque existe um questionamento no Supremo Tribunal Federal⁵ acerca da possibilidade jurídica de candidatura sem partido político no Brasil em razão de eventual inconstitucionalidade do artigo 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal, por violação à norma de proteção a direito humano fundamental, entendendo a Suprema Corte brasileira ser necessário dar uma resposta à sociedade à crise de representatividade da atual democracia no nosso país, o que nos leva a questionar a possibilidade de alteração da legislação brasileira ser efetivada por meio de decisão judicial, em subversão à lógica do sistema eleitoral atualmente adotado no nosso país e usurpação de poder (do legislativo pelo judiciário).

1 A INEXISTÊNCIA DE UM DIREITO SUBJETIVO À CANDIDATURA AVULSA NO BRASIL

1.1 A Constituição Federal de 1988.

A candidatura avulsa não é um direito fundamental previsto pela nossa Constituição Federal de 1988. De qualquer ângulo que se debruce sobre o texto constitucional não se vislumbra um direito subjetivo à candidatura avulsa. E não poderia ser diferente. Diante da sistemática eleita pelo legislador constitucional de 1988, a representação política se dá, necessariamente, por intermédio do partido político, que detém o monopólio das candidaturas no nosso país.

O partido político é uma das grandes engrenagens desse sistema concebido pela engenharia eleitoral brasileira (legislador constituinte), e o exercício do *ius honorum* hoje, necessariamente, depende desta peça para que o sistema funcione.

Claro, estamos nos referindo a uma metáfora. Mas ela nos serve bem para ajudar a entender e situar o objeto do presente estudo, qual seja, a candidatura avulsa frente o sistema jurídico brasileiro atual. A engenharia (eleitoral), por meio da qual (de suas regras) o legislador constituinte originário de 1988 concebeu a *máquina* de transformar votos dados nas eleições em espaço político conquistado (em cadeiras no parlamento ou em outro nível de governo), é formada por engrenagens que se encaixam de forma ajustada, e que permitem o seu harmônico funcionamento. Os partidos políticos são parte dessa *máquina*, constituindo-se numa das suas importantes engrenagens. Se alterar

4 Não obstante desatender a melhor técnica jurídica, as expressões “candidatura avulsa” e “candidatura independente” serão utilizadas, no presente trabalho, como sinônimas, em razão da delimitação de espaço e de tempo que se impõe a um artigo.

5 Atual discussão acerca da inconstitucionalidade de candidatura por intermédio de partido político, levada ao Supremo Tribunal Federal (Questão de Ordem no Recurso Extraordinário com Agravo 1.054.490, Rio de Janeiro, rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgamento em 05.10.2017, reatuado para Recurso Extraordinário nº 1238853, com audiência pública designada para 09.12.2019).

ou retirar uma peça, a máquina deixará de funcionar a contento, ou até poderá entrar em colapso.

Passemos a olhar, portanto, a máquina e o seu funcionamento, ou melhor, ao que está estabelecido na Constituição Federal de 1988 com relação à matéria.

Está lá no Título II da Carta Constitucional brasileira: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, especificamente no Capítulo IV: “Dos Direitos Políticos”.

É o que consta da lição dos eleitoralistas Clever Vasconcelos e Marco Antonio da Silva:2018, para os quais os direitos políticos compreendem direitos fundamentais:

(...) tanto quanto o direito à vida. Ocorre que, enquanto o direito à vida é um direito fundamental cujo objeto protegido é inato ao mundo fenomênico – vinculado ao direito natural -, os direitos políticos são direitos fundamentais, cujo objeto é uma criação do sistema jurídico.

Prosseguindo na persecução do tema, socorremo-nos na doutrina eleitoralista de José Jairo Gomes:2017:

Denominam-se direitos políticos ou cívicos as prerrogativas e os deveres inerentes à cidadania. Englobam o direito de participar direta ou indiretamente do governo, da organização e do fundamento do Estado. (...) São previstos na Constituição Federal, que estabelece um conjunto sistemático de normas respeitantes à atuação da ‘soberania popular’.

Observa-se que da literalidade da norma insculpida no texto constitucional de 1988, a candidatura avulsa não está erigida como um direito subjetivo fundamental. Assim também do contexto da Lei Maior. Ao contrário, no capítulo destinado aos direitos políticos consta a “obrigatoriedade da filiação partidária para a candidatura aos pleitos eleitorais (art. 14, § 3º, V)” e, segundo Orides Mezzaroba:2004, exigência que atribui aos partidos políticos “o papel de engrenagem essencial no mecanismo interno do instituto da representação política no Brasil”.

Cesar Mecchi Morales:2011, ao escrever sobre a interpretação dos dispositivos constitucionais, coloca que é importante buscar a “vontade do constituinte”, o que possibilita uma adequada interpretação constitucional, já que:

A posição do constituinte é peculiar, pois está ele investido do poder de exprimir, em nome de todo o povo, o conjunto de ‘decisões fundamentais’, que irão constituir a base de todo o ordenamento jurídico, como estatuto básico a reger os destinos de uma coletividade. Essas decisões, embora não sejam imutáveis, destinam-se a perdurar no tempo, e não devem ficar expostas a demasiadas oscilações interpretativas.

(...) a legislação ordinária recebe da Constituição não só a sua legitimidade mas também, em larga medida, a delimitação de seu significado e alcance.

Na origem do texto constitucional, a obrigatoriedade da filiação partidária, como condição de elegibilidade, sempre esteve presente. Não houve divergências quanto ao modelo a ser implementado: desde os textos constantes dos “Substitutos 1 e 2” do Relator da Comissão de Sistematização ao Projeto de Constituição”, dos “Projetos A (início do 1º Turno em Plenário)”, “B (início do 2º Turno)”, “C (final do 2º Turno)” e “D (Redação Final)”, até o texto promulgado em 05.10.1988 no Diário Oficial da União, conforme consta na obra *A gênese do texto da Constituição de 1988* (João

Alberto de Oliveira Lima e Edilenice Passos:2013), que documenta a evolução do processo de formação da nossa atual Constituição Federal.

É este o modelo entregue pelo legislador constitucional, a de que a candidatura se dê por intermédio do partido político, num entendimento de que a atuação das agremiações políticas para a ocupação de cargo público eletivo é imprescindível no nosso sistema representativo. E é este o parâmetro a ser seguido, conforme escreve Eneida Desiree Salgado:2005:

A Constituição é o produto da manifestação pura do poder político, da soberania popular na construção de um Estado. Assim, suas ‘cláusulas’ não apenas estruturam regras para o comportamento social e para a solução de conflitos, mas trazem em si a expressão das decisões políticas fundamentais a serem cumpridas obrigatoriamente.

Por certo que a candidatura avulsa não está proibida na atual Constituição da República, mas também não está erigida como direito fundamental na Carta de 1988. Não consta, de forma expressa ou não, de que seja um direito subjetivo fundamental. Não houve previsão constitucional para a candidatura avulsa. Retomando a metáfora, não é uma engrenagem da “máquina” eleitoral.

Posicionada a questão no plano interno, pela prescrição do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal – de que os direitos e garantias expressos na Magna Carta 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 – é importante colocar que, da leitura da norma convencional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, melhor sorte não se encontra para extrair que a candidatura avulsa se constitui em um direito subjetivo fundamental. Força-nos, portanto, a voltar o olhar para o plano internacional.

1.2 Direitos humanos no plano internacional: o sistema interamericano de direitos humanos.

Integrando o direito de sufrágio passivo uma das dimensões dos direitos políticos, atrai, para si, o regime de proteção dos direitos fundamentais, o que importa, necessariamente, também situá-los no plano do direito internacional e seu respectivo regime jurídico de proteção.

Marcelo Ramos Peregrino Ferreira:2014, ao tratar da Constituição Brasileira e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, entende que, diante da regra constitucional do artigo 5º, § 2º, de que os direitos e garantias ali constantes não excluem outros consagrados em tratados internacionais, “termina por, expressamente, incluir, no rol dos direitos com fundamento constitucional, todos aqueles previstos em acordos internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. E continua no raciocínio de que, por esta razão, preconiza-se a recepção no ordenamento jurídico brasileiro dos direitos e garantias fundamentais fixados em tratados internacionais, podendo-se dizer que “esses direitos previstos nos ordenamentos internacionais pactuados pelo Brasil são norma jurídica de incidência no país com todas as consequências dessa assertiva”.

Eis que surge, portanto, a necessidade de se realizar, conforme explicitam Leonardo Martins e Thiago Oliveira Moreira:2012, a “compatibilização vertical das normas no ordenamento jurídico”, esclarecendo os autores que “a Constituição do Estado deixou de ser a exclusiva norma-parâmetro de controle com potencial de supremacia”, indicando o desenvolvimento de “um novo parâmetro de controle vertical

das normas estatais: os Tratados Internacionais de Direitos Humanos”. E afirmam os autores que:

No plano do sistema interamericano de direitos humanos, tem-se uma construção pretoriana do controle de convencionalidade. É o que se constata a partir da análise de alguns julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), principalmente quando estabelece um comparativo entre o direito doméstico de certo Estado que aceitou a sua jurisdição contenciosa com as disposições, notadamente, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH (*Pacto de San José da Costa Rica*).

No mesmo sentido Luiz Magno Pinto Bastos Junior e Rodrigo Miotto Dos Santos:2015:

(...) o controle de convencionalidade a cargo da Corte Interamericana (controle de convencionalidade em sede internacional) constitui a atividade por excelência da Corte, sua razão de existir, que o realiza desde sua instituição, ao confrontar os fatos que traduzem a conduta dos Estados Partes com as normas convencionais.

Ainda no tema da proteção dos direitos humanos no plano internacional e sua repercussão no plano interno, Luiz Flavio Gomes:2008 explicita que:

(o novo edifício do Direito), destarte, passou a ter três patamares (andares); no de baixo está a legalidade, no topo está a Constituição e no andar do meio encontra-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). No plano formal (repita-se), essa é a nova pirâmide normativa que emana da recente doutrina do STF.

Aliás, esta recente doutrina *retro* mencionada fora assentada pela Suprema Corte Brasileira por meio do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, especificamente constante do voto do Ministro Gilmar Mendes, do que se extrai os seguintes excertos importantes para o tema ora desenvolvido:

(...) parece que a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Reforma do Judiciário. (...)

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

(...) 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. (...)

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.⁶

De qualquer maneira, por certo sendo o Brasil signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional com força cogente, encontra-se o Estado Brasileiro submetido à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Manoel Gonçalves Ferreira Filho:2016).

Sendo inegável a importância do denominado Pacto de São José da Costa Rica, especificamente por abrigar “um sistema de garantias políticas extraordinariamente minucioso”, e, ainda, “sendo um dos poucos diplomas internacionais a trazer balizas específicas para o desenho normativo de limitações incidentes sobre exercício dos direitos políticos” (Frederico Franco Alvim:2018), voltemos à interpretação do Supremo Tribunal Federal dada à questão, de que a Convenção Americana de Direitos Humanos possui força normativa de supralegalidade, com poder paralisante da eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. E, diante desse precedente, tivemos o reconhecimento da repercussão geral atribuída ao tema pela Corte Constitucional Federal no Agravo em Recurso Extraordinário nº 1054490/RJ, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, reautuado para Recurso Extraordinário nº 1238853, e a questão da candidatura avulsa no ordenamento jurídico brasileiro veio à discussão sob a óptica do controle de convencionalidade e da compatibilização das normas internas com as convenções e tratados internacionais acerca de direitos humanos de que o Brasil é signatário.⁷

No julgamento em questão, restou ementado que “(...) a discussão acerca da admissibilidade ou não de candidaturas avulsas em eleições majoritárias, por sua inequívoca relevância política, reveste-se de repercussão geral”, e que há “invocação plausível do Pacto de São José da Costa Rica e do padrão democrático predominante no mundo”⁸.

No voto do relator Ministro Luís Roberto Barroso, ao apreciar a repercussão geral da controvérsia sobre o significado e o alcance da exigência de filiação partidária, prevista no artigo 14, § 3º, da Constituição, consta que estabelecendo este dispositivo constitucional que cabe à lei regulamentar a filiação partidária como condição de elegibilidade, e se o Pacto de São José da Costa Rica (Decreto nº 678/1992) impede que os direitos políticos dos cidadãos de concorrerem em eleições seja limitado com base em critérios diversos daqueles previstos em seu artigo 23⁹, a decisão judicial que impõe a filiação partidária em toda e qualquer hipótese viola o *status* supralegal reconhecido nos tratados, especificamente quanto ao entendimento do *status* supralegal do Pacto de

6 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1, São Paulo, Relator: Min. CEZAR PELUSO, julgamento em 03/12/2008, Tribunal Pleno.

7 QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.054.490, Rio de Janeiro, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, julgamento em 05/10/2017, Tribunal Pleno, reautuado para Recurso Extraordinário nº 1238853.

8 *Idem*.

9 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: Artigo 23: Direitos Políticos. 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e c) de ter acesso, em condições 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 motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal..

São José da Costa Rica (conforme a já citada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário nº 466.343).

Assim posto, de forma simplista e de acordo com o que apenas se encontra escrito, palavra por palavra, no texto da Convenção Americana dos Direitos Humanos, poderia até indicar ao intérprete ser este o caminho adequado a seguir para elucidar o problema.

E é assim, da literalidade do texto da Convenção Americana dos Direitos Humanos, que se tem buscado fundamentar a possibilidade da candidatura avulsa no Brasil, inclusive para apresentar requerimentos perante o Tribunal Superior Eleitoral para o cargo de Presidente da República nas últimas Eleições Gerais em 2018.

No entanto, não é o que a melhor doutrina traz de estudo para a solução da questão.

Conforme André de Carvalho Ramos:2012, quando o Brasil ratifica tratados e convenções internacionais, reconhece, em razão dos comandos constitucionais que tratam do tema, a interpretação internacional daqueles, indagando o doutrinador em seu texto qual a finalidade da “Constituição Federal pregar o respeito a tratados internacionais se o Brasil continuasse a interpretar os comandos neles contidos nacionalmente”.

Assim, no mesmo texto, o autor afirma a importância dos mecanismos judiciais ou quase-judiciais internacionais, a fim de que não se incorra no que se denomina de “truque de ilusionista dos Estados no plano internacional”, ou seja, como explicado pelo próprio autor, os Estados “(...) assumem obrigações internacionais, as descumprem com desfaçatez, mas alegam que as estão cumprindo de acordo com sua própria interpretação”. E continua, citando um didático exemplo do “truque do ilusionista”:

Para citar um exemplo claro de ilusionismo no Brasil, era possível um determinado Tribunal Superior brasileiro invocar as garantias processuais penais à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, art. 25) e sequer citar um precedente de interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, criando uma Convenção Americana de Direitos Humanos Paralela ou ainda uma verdadeira Convenção Americana de Direitos Humanos Brasileira. (...)

Por isso, sempre defendi que não é suficiente ratificar e incorporar tratados de Direitos Humanos ou ainda defender seu estatuto normativo especial (supralegal ou mesmo constitucional). É necessário aceitar – em sua integralidade – a consequência da internacionalização dos Direitos Humanos, que vem a ser o acatamento da interpretação internacional sobre esses direitos. A internacionalização dos Direitos Humanos não pode ser restrita aos textos dos tratados: a interpretação deles não pode continuar a ser nacional.

Também não se pode partir de premissas equivocadas ao indicar precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos cuja fundamentação isolada dará ao intérprete argumento para a solução que se deseja alcançar, o que possibilitaria um desfecho desfocado e direcionado para o que se almeja, afastando uma solução em consonância com o direito internacional. O que é imprescindível para se chegar a uma conclusão jurídica condizente com a aplicação do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos é estudar o contexto da aplicação da norma convencional dada pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, estabelecendo-se, assim, o seu

alcance, e compreendendo-se o seu conteúdo. Acerca da questão Luiz Magno Bastos Junior e Rodrigo Mioto dos Santos:2015 explicitam que:

É desta forma porque o marco normativo supranacional não se restringe à literalidade da norma convencional, mas deve ser analisado a luz de seu contexto normativo de significação, em outras palavras, em conjunto com o acervo jurisprudencial emanado da Corte responsável pela sua adjudicação (como intérprete qualificado de seus dispositivos).

Marcelo Ramos Peregrino Ferreira:2014 coloca que “a interpretação dada, pela Corte, ao dispositivo da Convenção Americana se integra ao ‘material normativo controlante’, e é de caráter vinculativo para os Estados-partes”, explicando, logo em seguida, que “significa dizer da existência de um dever de confluência da atuação estatal de modo a obedecer aquela legítima hermenêutica levada a cabo pelo órgão internacional”. Assim, continua a explicitar que a interpretação doméstica dos direitos humanos deve se dar conforme o bloco de convencionalidade (integrado pelos direitos humanos previstos em tratados internacionais, pela jurisprudência da Corte Interamericana e pela interpretação dada pelos demais órgãos do sistema internacional), “permitindo-se a adequação da legislação e Constituição paroquiais àqueles padrões protetivos mínimos reinantes neste direito comum internacional”.

Assim, aqueles que invocam o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos para garantir o direito subjetivo à candidatura avulsa não podem ficar adstritos à literalidade da norma convencional, pois, se assim o fizerem, poderão chegar a um resultado que não é condizente com a interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos à Convenção Americana – Pacto de São José da Costa Rica. Portanto, a norma convencional deve ser interpretada na sua contextualização internacional para a proteção de um direito humano fundamental.

E se ocorrer o contrário? Ou seja, e se não houver previsão no texto internacional, nem no contexto das decisões emanadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, de que a candidatura avulsa se constitua em direito subjetivo fundamental? Existiria razão para, no plano doméstico, proceder a uma interpretação da norma internacional de forma a se indicar a existência dessa garantia? Isso não seria uma forma de proceder ao “truque do ilusionista” do Estado conforme explicitado por André de Carvalho Ramos:2012, vez que se dá à norma internacional uma interpretação nacional sem se ater aos estandartes emanados pelo órgão internacional que detém a autoridade interpretativa para o tema?

Portanto, necessário trazer a lume o julgamento de um caso com muita correlação contextual com a questão ora tratada no presente trabalho e que reclama ser dirimida no Brasil hoje, passando-se, assim, ao estandarte interpretativo estabelecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com aprofundamento do Caso *Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*.

1.2.1 Estandartes interpretativos da Corte Interamericana dos Direitos Humanos em matéria de direitos políticos: Caso *Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*.

Acerca do julgamento do Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicano*, registram Luiz Magno Pinto Bastos Junior e Rodrigo Mioto dos Santos:2015 que a Corte Interamericana de Direitos Humanos passa a empreender um rigoroso controle de convencionalidade da lei mexicana e enfatizam os autores que “as premissas

conceituais a partir das quais devem ser compreendidos os direitos políticos no marco normativo do sistema interamericano dos direitos humanos”, fixadas no precedente do Caso *Yatama Vs. Nicarágua*, foram reafirmadas no caso posto em estudo – Caso *Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos* – descrevendo que:

Apesar da Corte ter afastado a violação ao art. 23.2 da Convenção no caso em análise, ela fixou duas importantes diretrizes interpretativas que gozam de especial projeção para os propósitos deste artigo:

(i) os direitos políticos são essenciais à democracia e impõem uma série de exigências de proteção tendo em vista o dever de assegurar a oportunidade aos cidadãos de participarem efetivamente da formação da vontade política do Estado;

(ii) no exercício do dever de regulamentação dos sistemas eleitorais, o Estado pode fixar condições não previstas no art. 23.2 para viabilizar o exercício ao direito de votar e ser votado, no entanto, a atividade de conformação do Estado está sujeita ao controle de compatibilidade a ser empreendido pelas instituições do Sistema Interamericano.

Marcelo Ramos Peregrino Ferreira:2014, também quanto à decisão da Corte no Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, enumera, de maneira didática, as razões que explicam o entendimento daquela de que a filiação partidária, no contexto mexicano, é uma necessidade social imperativa, já que restou comprovada:

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 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.

Todas estas razões citadas guardam correlação muito estreita com a realidade do atual sistema eleitoral brasileiro, seja na questão partidária, no universo de eleitores que, no caso do Brasil, foram 140 milhões no último pleito de 2018¹⁰, ou no financiamento público das campanhas, entendimento iniciado no Supremo Tribunal Federal¹¹ e cuja diretriz fora seguida pelo legislador pátrio (Lei nº 9.504/1997, alterada substancialmente quanto ao tema pela Lei nº 13.487/2017, esta aplicada pela primeira vez nas Eleições de 2018).

Dessa forma, diante desse panorama, imprescindível passarmos ao estudo, mesmo que conciso, do mencionado julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, referente ao Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, decidido em 06 de agosto de 2008.¹²

Resumindo os fatos que levaram o senhor *Castañeda Gutman* a submeter a questão à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, relaciona-se ao seu pedido de registro de candidatura individual e independente à Presidência da República

10 Fonte: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Número exato de eleitores aptos nas Eleições de 2018: 147.306.275 (cento e quarenta e sete milhões, trezentos e seis mil, duzentos e setenta e cinco). Acesso em 06.03.2019.

11 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4650, Distrito Federal, Relator: Min. LUIZ FUX, julgamento em 17/09/2015, Tribunal Pleno. Por maioria e nos termos do voto do ministro relator, julgou procedente em parte o pedido formulado na ADI para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais.

12 Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf. Acesso em: 06.11.2018.

do México formulado ao órgão administrativo responsável pelos registros dessa natureza, denominado de Conselho Geral do Instituto Federal Eleitoral, sendo que seu requerimento fora negado sob o argumento de que apenas os partidos políticos nacionais gozariam da prerrogativa de solicitar o registro de candidaturas a mandatos eletivos.

Contra a decisão denegatória, o senhor *Castañeda Gutman* interpôs recurso de amparo à Corte Regional Federal e recurso de cassação, junto com pedido de providência acautelatória, à Corte Suprema Mexicana. Ambos os recursos não tiveram êxito, sendo que os órgãos judiciais deixaram de conhecer o pedido formulado, pois entenderam que o senhor *Castañeda Gutman* não possuía legitimidade para impugnar decisões do órgão administrativo federal, esta atribuída somente aos partidos políticos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, quando da proposição da demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pretendeu ver reconhecida uma dupla violação aos direitos políticos do senhor *Castañeda Gutman*: o direito a um recurso judicial efetivo – artigo 25 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, e o direito concreto a ver registrada sua candidatura independente – artigo 23.1.b13 – daquele diploma internacional, sob o argumento de que a filiação prévia a partido político não representaria uma das exceções previstas pelo artigo 23.214 da Convenção.

Considerando o tema desenvolvido no presente trabalho, vamos nos restringir ao segundo ponto analisado pela Corte Interamericana. Começando pelo desfecho da decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso em análise, aquela declarou que não houve violação a direito político previsto no artigo 23.1.b da Convenção Americana de Direitos Humanos:

3. El Estado no violó, en perjuicio del señor Jorge Castañeda Gutman, el derecho político a ser elegido reconocido en el artículo 23.1.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en los términos de los párrafos 134 a 205 de esta Sentencia¹⁵.

Assim, para se chegar a essa conclusão, a Corte enfrentou, nos parágrafos 134 a 205 da decisão, a questão referente aos direitos políticos, dos quais verificamos tratar-se da parte da sentença que adentra o artigo 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos.¹⁶

Em apertada síntese do conteúdo do julgamento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos confirmou a fundamentalidade dos direitos políticos, entendendo que o exercício efetivo desses direitos é um fim em si mesmo e, ao mesmo tempo, um meio

13 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: “Artigo 23: Direitos Políticos 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: (...) b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores.”

14 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Artigo 23.2: “A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.”

15 3. O Estado não violou, em detrimento do senhor *Jorge Castañeda Gutman*, o direito político de ser eleito reconhecido no artigo 23.1.b da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo, nos termos dos parágrafos 134 a 205 da presente Sentença. (tradução nossa)

16 VII – ARTÍCULO 23 (DERECHOS POLÍTICOS), parágrafos 134 a 205. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf. Acesso em: 06.11.2018, p. 39 e seguintes.

fundamental para que as sociedades democráticas garantam os demais direitos humanos previstos na Convenção (parágrafo 143 da decisão).

E prosseguiu esclarecendo que a interpretação do artigo 23 da Convenção – direitos políticos – deve ser realizada em seu conjunto e em harmonia, de forma que não é possível deixar de lado o parágrafo 1 daquele artigo e interpretar o parágrafo 2 isoladamente, nem é possível ignorar o resto dos preceitos da Convenção ou os princípios básicos que a inspiram a interpretar essa norma, esclarecendo que a lei pode regulamentar o exercício e as oportunidades aos direitos políticos com um único propósito, qual seja, para evitar a possibilidade de discriminação contra indivíduos no exercício de seus direitos políticos, afirmando que esses são limites que os Estados podem estabelecer legitimamente para regular o exercício e o gozo desses direitos e que se referem a certos requisitos que os titulares de direitos políticos devem cumprir para exercê-los. (parágrafos 153 a 155)

Já no parágrafo 157 da decisão, a Corte esclareceu a forma pela qual os Estados podem organizar seu sistema eleitoral a fim de permitir o exercício dos direitos políticos de seus cidadãos, e que, para tanto, poderá estabelecer regras além daquelas previstas no artigo 23.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, desde que permitam a realização de eleições periódicas autênticas, por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores, devendo os Estados organizar os sistemas eleitorais e estabelecer um número complexo de condições e formalidades para que o exercício do direito de votar e de ser votado seja possível (parágrafo 158 da sentença).

Ao final do parágrafo 159 da decisão, exemplificou a Corte como se permite, com ações concretas do Estado (existência de códigos ou leis eleitorais, recenseamento eleitoral, partidos políticos, propaganda de mídia e mobilização, centros de votação, conselhos eleitorais, datas e prazos para a prática do sufrágio), o exercício dos direitos políticos conforme protegidos na norma convencional

E, assim, explicitou que as limitações do parágrafo segundo do artigo 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos não são as únicas possíveis de serem aplicadas pelos Estados em seus sistemas eleitorais (parágrafo 161 da decisão).

Nos parágrafos 162 a 166 de seu julgado, a Corte destacou que não há no direito internacional uma previsão de impor aos Estados um determinado modelo de sistema eleitoral. E registra que em outros sistemas internacionais de proteção de direitos não há o estabelecimento de uma configuração eleitoral específica a ser adotado e, especificamente quanto à Convenção Americana de Direitos Humanos, afirmou que esta estabelece diretrizes gerais que determinam um conteúdo mínimo de direitos políticos e permite aos Estados que, dentro dos parâmetros convencionais, regulem esses direitos de acordo com suas necessidades históricas, políticas, sociais e culturais, que podem variar de uma sociedade para outra e numa mesma sociedade, em diferentes momentos históricos.

E quanto à questão levantada pelo senhor *Castañeda Gutman* acerca da alegação de similaridade com outro precedente, o caso *Yatama versus Nicaragua*, para o fim de ver aplicado ao seu caso as mesmas consequências jurídicas da decisão dada naquele o que, após estudo comparativo das duas demandas, a Corte observou não haver identidade (parágrafos 167 a 173).

A partir do parágrafo 174, a Corte Interamericana passou a tratar da análise da restrição dos direitos políticos no caso específico levado a julgamento e estabeleceu que, com exceção de alguns direitos que não podem sofrer restrição, como o de não ser

torturado e o de não ser submetido a penas cruéis, desumanas ou degradantes, os direitos humanos não são absolutos, de forma que as regras estabelecidas para permitir o exercício dos direitos políticos, por si só, não podem ser consideradas como restrição àqueles. No entanto, o poder dos Estados de regular ou restringir direitos não é discricionário, mas é limitado pela lei internacional que exige o cumprimento de certos requisitos que, se não forem respeitados, transformam a restrição em ilegítima e contrária à Convenção Americana e, de acordo com as disposições do artigo 29, a, *in fine* do tratado, nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada como limitadora de direitos em maior extensão do que a que está prevista na própria Convenção.

E, assim, diante da premissa acima exposta, a Corte passou a indicar as exigências que devem ser cumpridas pelo Estado quando regula ou restringe direitos protegidos na Convenção Americana (incluído, aí, os direitos políticos passivos) e, diante daquelas, faz a análise do caso posto a julgamento. Assim, de forma esquematizada, podemos colocar que, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Estado, ao regular e/ou restringir direitos políticos, deve observar: 1) A legalidade da medida restritiva; 2) A finalidade da medida restritiva; 3) A necessidade numa sociedade democrática e proporcionalidade da medida restritiva, consubstanciada na: a) existência de uma necessidade social imperiosa – interesse público imperativo; b) exclusividade na nomeação como meio idôneo menos restritivo para regular o direito de ser votado; e, c) proporcionalidade quanto ao interesse que se justifica e adequação à consecução do objetivo legítimo.

Começando-se pela legalidade da medida restritiva (parágrafos 176 a 179), a legislação mexicana fora analisada quanto à legalidade da exigência de que a candidatura seja apresentada por partido político nas eleições daquele país, concluindo a Corte que esta exigência, em específico, encontra-se prevista por lei em sentido formal e material.

Já a finalidade da medida restritiva a direito humano protegido na Convenção Americana – no presente caso os direitos políticos previstos no artigo 23 da norma convencional (parágrafos 180 a 184), a Corte considerou que a legislação mexicana, em específico, teve por objetivo organizar o processo eleitoral e o acesso dos cidadãos ao exercício do poder público em condições de igualdade e de forma efetiva, que são essenciais para o exercício do direito de voto e de ser eleito em eleições periódicas autênticas, por sufrágio universal e igual, e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores, em consonância com o artigo 23 da Convenção Americana.

Seguiu-se, ainda, a análise acerca da medida restritiva ser necessária e proporcional, o que significa avaliar se ela: a) satisfaz uma necessidade social urgente, isto é, visa satisfazer um imperativo de interesse público; b) é aquele que restringe o direito protegido em menor grau; e, c) corresponde de perto a realização do objetivo legítimo.

Diante da análise da medida restritiva frente à satisfação de uma necessidade social urgente, observamos que a Corte Interamericana resumiu as necessidades diversas nas quais se apoiam os dois tipos de sistemas, o de candidatura avulsa e o de candidaturas apresentadas exclusivamente pelos partidos políticos, assentando que, qualquer que seja o sistema adotado, aquelas necessidades devem estar a serviço de um propósito legítimo nos termos da Convenção Americana (parágrafos 187 a 192). E concluiu, ao final do enfrentamento deste tema, que o Estado Mexicano comprovou que o registro de candidatos exclusivamente por meio de partidos políticos responde às

necessidades sociais imperativas baseadas em várias razões históricas, políticas e sociais, especialmente da necessidade de criar e fortalecer o sistema partidário em resposta a uma realidade histórica e política; a necessidade de organizar efetivamente o processo eleitoral em uma sociedade de 75 milhões de eleitores, na qual todos teriam o mesmo direito de ser eleitos; a necessidade de um sistema de financiamento predominantemente público, para garantir o desenvolvimento de eleições autênticas e livres, em igualdade de condições; e a necessidade de monitorar eficientemente os fundos usados nas eleições. Todos eles respondem a um interesse público imperativo.

Depois, a Corte passou a tratar da exclusividade na nomeação e os meios menos restritivos para regular o direito de ser votado, frente à necessidade e proporcionalidade da medida restritiva para o exercício dos direitos políticos (parágrafos 194 a 202), numa análise jurídica aprofundada dos argumentos trazidos pelas duas partes da demanda, depreendendo que nenhum dos sistemas analisados na decisão, seja o de candidatura independente ou o de nomeação exclusiva por partido político é, em si mesmo, mais ou menos restritivo que outro, em termos de regulamentação do direito de ser eleito protegido no artigo 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de forma que é impossível realizar uma análise abstrata para se alcançar uma conclusão se o sistema que permite candidaturas independentes é uma alternativa menos restritiva para regular o direito de ser votado, já que, também neste modelo, poderá haver requisitos mais restritivos que no sistema de apresentação de candidatos por partidos políticos¹⁷, bem como que o senhor *Castañeda Gutman* não comprovou que a exigência de ser nomeado por partido político impôs obstáculos concretos e específicos que significaram uma restrição desproporcional, onerosa ou arbitrária ao seu direito de ser votado.

E, por fim, a Corte Interamericana passou a observar se a medida restritiva a direito político corresponde de perto a realização do objetivo legítimo (parágrafos 203 e 204), chegando à conclusão de que a nomeação exclusiva de candidatos por partidos políticos é uma medida adequada para produzir um resultado legítimo na organização eficaz dos processos eleitorais, a fim de realizar eleições regulares e autênticas, por sufrágio universal e igual, e por escrutínio secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores de acordo com as disposições da Convenção Americana, considerando, por fim, que ambos os sistemas, um construído exclusivamente com base em partidos políticos, e outro que também admite candidaturas independentes, podem ser compatíveis com a Convenção e, portanto, a decisão sobre qual sistema escolher está nas mãos da definição política que o Estado faz, de acordo com suas normas constitucionais.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, após enfrentar os quesitos como anteriormente colocado neste trabalho em seus principais pontos, no caso levado a julgamento pelo senhor *Castañeda Gutman*, quanto aos direitos políticos consagrados no artigo 23 da Convenção Americana, considerou que não se comprovou que o sistema de registro de candidaturas, por intermédio de partidos políticos, constitui uma restrição ilegítima ao direito de ser votado do representante:

17 Nota de rodapé ao parágrafo 199 da decisão da Corte Interamericana em análise, inserido no contexto de elucidar que alguns Estados Americanos que adotam o sistema de candidaturas avulsas estabelecem requisitos restritivos em sua legislação a fim de regulamentar e possibilitar o direito de ser votado por intermédio deste sistema em específico, explicando que, nesses casos, para o registro dessas candidaturas, foi necessário: um número de cidadãos registrados não inferior a 0,5% dos cidadãos que votaram na eleição anterior de deputados (Chile); o apoio de assinaturas equivalentes a 5% dos eleitores registrados (Equador); a lista de cidadãos que representa 2% dos eleitores na República (Honduras); adeptos não inferiores a 4% dos cidadãos capazes de votar em nível nacional (Peru); manifestações de vontade assinadas por um número de eleitores registrados equivalente a 0,5% dos eleitores da circunscrição em questão (Venezuela).

205. Con base en los anteriores argumentos, la Corte no considera probado en el presente caso que el sistema de registro de candidaturas a cargo de partidos políticos constituya una restricción ilegítima para regular el derecho a ser elegido previsto en el artículo 23.1.b de la Convención Americana y, por lo tanto, no ha constatado una violación al artículo 23 de dicho tratado.¹⁸

Portanto, sob a óptica do estandarte interpretativo da Corte Interamericana acima narrado, especialmente considerando que os direitos políticos são essenciais à democracia e impõem uma série de exigências de proteção tendo em vista o dever de assegurar a oportunidade aos cidadãos de participarem efetivamente da formação da vontade política do Estado e que, para tanto, este pode fixar condições não previstas no art. 23.2 para viabilizar o exercício ao direito de votar e ser votado, desde que compatíveis com o Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos, vamos passar ao próximo tópico do presente estudo, e indicar o modelo escolhido pelo legislador constitucional brasileiro de 1988 e as necessárias regulamentações legislativas para possibilitar a realização de eleições no nosso país de dimensão continental.

CAPÍTULO 2 O PAPEL DO PARTIDO POLÍTICO NO SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO

2.1 Democracia partidária: modelo escolhido pelo legislador constitucional brasileiro de 1988.

Dos muitos estudos acerca das funções desempenhadas pelos partidos políticos no regime de governo democrático brasileiro, destacam-se aqueles do professor Orides Mezzaroba. Em artigo de sua autoria em conjunto com Marjorie Carvalho de Souza:2015, merece ser destacado o seguinte trecho:

(...) para que a democracia de fato se realize (...) são necessários partidos políticos. Como sustentáculo fundante da democracia moderna, os partidos políticos se fortalecem à medida que o princípio democrático se consolida. Essa afirmação é comprovada partindo do princípio de que o acesso dos indivíduos ao governo, como preconiza esse regime político, em uma sociedade de massas, só é possível quando os cidadãos, a fim de causar impacto na vontade coletiva, se reúnem em organizações definidas por fins políticos determinados.

O legislador constituinte de 1988 previu a imprescindível participação das agremiações partidárias no nosso regime político. Pois bem, no parágrafo único, do artigo 1º, da Constituição Federal de 1988, está escrito que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Neste trecho do texto constitucional encontram-se consagrados dois dos princípios basilares do Estado brasileiro: da soberania popular e da democracia representativa. Nos dizeres de Marcelo Ramos Peregrino Ferreira e Luiz Guilherme Arcaro Conci:2018, “o exercício do poder popular pode se dar diretamente ou por meio da representação política”, sendo que esta última, “se dá, de forma evidente, pelos partidos políticos”. Também da obra Introdução ao direito partidário brasileiro de Orides Mezzaroba:2004, transcrevemos a seguinte lição:

¹⁸ 205. Com base nos argumentos expostos, a Corte não considera provado no caso presente que o sistema de registro de candidaturas a partidos políticos constitua uma restrição ilegítima para regular o direito a ser eleito, previsto no artigo 23.1.b da Convenção Americana. e, portanto, não encontrou uma violação do artigo 23 do referido tratado. (tradução nossa)

(...) ao adotar o regime de governo democrático (art. 1º), fundamentado no princípio da Soberania popular (art. 14), o Estado de Direito Democrático brasileiro passou a ser concebido como aquele regime em que todo poder emana do povo, que o exerce de forma direta, através de plebiscitos, referendos ou iniciativas populares (art. 14, I, II e III), ou de forma indireta, através dos seus representantes eleitos com a intermediação dos Partidos Políticos (art. 14, § 3º, V).

Ainda a fundamentar a importância dos partidos políticos na atual democracia partidária concebida pelo legislador constituinte de 1988, recorremo-nos novamente ao artigo 1º da Constituição Federal, no qual também encontra-se consagrado o princípio do pluralismo político¹⁹. O pluralismo político, na lição de Paulo Hamilton de Siqueira Junior e de Marisa Amaro Reis:2016:

(...) é garantia constitucional na medida em que permite ampla criação, discussão e divulgação de ideologias políticas por toda e qualquer pessoa, respeitados os limites impostos pela própria Constituição e é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sem o qual não há sequer que se falar em Estado Democrático.

Também Francisco De Assis Vieira Sanseverino:2012 esclarece que a Constituição Federal de 1988 previu como fundamento do Estado Democrático de Direito, entre outros, o pluralismo político, no já transcrito artigo 1º, inciso V, e, “como desdobramento do Princípio Democrático, no art. 17, dentro dos Direitos e Garantias Fundamentais, prevê os partidos políticos”. E prossegue o doutrinador colocando que, “desde logo, afirma-se a importância dos partidos políticos no Estado Democrático de Direito, seja no plano político, seja no plano jurídico-constitucional”, explicando que no plano político, “cabe aos partidos reunir os mais diferentes grupos de pessoas, conforme as respectivas ideologias políticas”, e, no plano jurídico-constitucional, “os partidos têm a missão de recrutarem os cidadãos que pretendem concorrer a cargos eletivos, na medida em que a filiação partidária é uma das condições de elegibilidade (art. 14, § 3º, V)”. Acerca deste último aspecto, a explicação do autor é a de que, no Brasil, “é adotada a democracia partidária, na qual os cidadãos escolhem os representantes políticos, mas são as agremiações partidárias quem indicam e registram os candidatos que concorrerão na disputa eleitoral”, conforme será analisado no próximo tópico deste trabalho.

2.2 Filiação partidária: engrenagem da atual engenharia eleitoral brasileira e o conseqüente monopólio das candidaturas pelos partidos políticos.

A filiação partidária constitui-se numa importante engrenagem pensada pelo legislador constituinte de 1988 para compor o complexo sistema eleitoral brasileiro.

Partindo-se, portanto, do preceito constitucional constante do artigo 14, § 3º, V, da Constituição Federal²⁰, regulamentada pela legislação infraconstitucional²¹, temos

19 CONSTITUIÇÃO FEDERAL: “Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) V – o pluralismo político”.

20 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, artigo 14, § 3º, V, “São condições de elegibilidade, na forma da lei: (...) a filiação partidária”.

21 LEI Nº 9504/1997, artigo 11, caput, §1º, III e § 14: “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. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015). § 1º O pedido de registro deve ser instruído com os seguintes documentos: (...) III – prova de filiação partidária; (...) § 14. É vedado o registro de candidatura avulsa, ainda que o requerente tenha filiação partidária. (Incluído pela Lei nº 13.488, de 2017).”

que a filiação partidária é condição para ser candidato no Brasil hoje. Ainda mais, permanecendo no plano constitucional, e a reforçar a escolha do legislador constituinte pela democracia partidária, encontrando-se a filiação a partido político erigida à condição de elegibilidade constitucional, importante também registrar o preceito insculpido no artigo 77, § 2º, da Carta Constitucional, de que “será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos”, sendo também, nos termos colocado por Álvaro Barreto:2018, de “modo implícito”, que a regra foi “estendida aos governadores (e vices)”, conforme previsão do artigo 28, também da Constituição Federal.²²

Inevitável, portanto, observando-se o sistema normativo vigente no nosso país, afirmar que os partidos políticos detêm, hoje, o monopólio das candidaturas. José Jairo Gomes:2017, ao tratar da filiação partidária, escreveu:

A representação popular não prescinde de partidos políticos. Por isso, essas entidades tornaram-se peças essenciais no funcionamento da democracia contemporânea. Tanto assim que se fala, hoje, em democracia partidária. Não é possível a representação política fora do partido, já que o artigo 14, § 3º, V, da Lei Maior erigiu a filiação partidária como condição de elegibilidade. Na verdade, os partidos detêm o monopólio das candidaturas, de sorte que, para ser votado, o cidadão deve filiar-se. Conforme salientado, o sistema brasileiro desconhece candidaturas avulsas.

Na mesma linha de entendimento, Francisco De Assis Vieira Sanseverino:2012 destaca que “somente pode concorrer cidadão que esteja filiado a partido político”, e prossegue explicando que “é lícito afirmar que os partidos políticos colocam-se como instituições políticas intermediárias entre o povo e seus representantes na democracia representativa brasileira”, concluindo que “não admite o sistema brasileiro a figura do denominado candidato avulso, ou seja, que não tenha filiação partidária.”

Também nesse sentido Marcelo Ramos Peregrino Ferreira e Luiz Guilherme Arcaro Conci:2018:

(...) a democracia brasileira é uma democracia partidária que elegeu a representação organizada, por meio de grupos ideologicamente diferentes, em contraposição, por exemplo, à possibilidade das candidaturas avulsas, sem qualquer vínculo com partido político, como meio pelo qual o sistema deve se organizar. Sem partidos, portanto, não há registro de candidaturas avulsas no ordenamento jurídico eleitoral nacional, por expressa disposição legal.

Aliás, referidos doutrinadores, no mesmo artigo, registram que não obstante a certeza quanto ao regramento constitucional e infraconstitucional acerca do monopólio das candidaturas pelos partidos políticos no ordenamento jurídico brasileiro e a adequação desse modelo ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (aliás questão já enfrentada no presente trabalho ao se analisar a decisão da Corte Interamericana no caso *Castañeda Gutman*) também indicam parecer “que o debate atual no Brasil, em apoio às candidaturas avulsas, repousa em alguns fatores fundamentais mais relacionados ao papel da política e dos partidos políticos do que à

22 CONSTITUIÇÃO FEDERAL: Artigo 28: “A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77.”

virtude do individualismo”. Entretanto, tal indicação não guarda correlação com violação direta ao exercício de um direito fundamental, o que por obediência à Constituição Federal transporta a questão da discussão que hoje se encontra aportada no Poder Judiciário – Supremo Tribunal Federal – para o Poder Legislativo – Congresso Nacional, o que passaremos a ver mais adiante.

2.3 Restrição de direito fundamental para garantia do direito fundamental.

Uma das características dos direitos fundamentais (do qual fazem parte os direitos políticos) é a sua limitabilidade: ou seja, eles “não são absolutos”, como explica Pedro Lenza:2018 e também Walber de Moura Agra:2018²³. Inclusive, este último, a fim de corroborar sua assertiva, transcreve em nota de rodapé, ao tratar do assunto, trecho da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no MS nº 23.452:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos na própria constituição.²⁴

Diante da conformação constante nos artigos 14 a 16 da Constituição Federal, não se configura em restrição indevida do *ius honorum* a exigência da filiação partidária e a entrega das candidaturas ao monopólio dos partidos. Na lição de Marcos Rogério Palmeira:200, o exercício do direito de sufrágio passivo não se dá forma absoluta, e, “assim, as restrições aos direitos fundamentais são admitidas desde que encontrem justificativas, explícitas ou implicitamente, na Constituição.”.

Portanto, o que se está a analisar é se as condições de elegibilidade estabelecidas pelo Constituinte de 1988 (especificamente no caso em estudo, a filiação partidária) constituem em restrição indevida a direito fundamental. Para Clarissa Maia:2018, quanto à elegibilidade e as condições para o exercício deste direito prescritas no § 3º, artigo 14, da Constituição Federal, ou seja, “limitações por considerações práticas vinculadas à capacidade civil, nacionalidade, pleno exercício dos direitos políticos, domicílio da circunscrição eleitoral e filiação partidária (...) são razoáveis.”.

Por certo que na democracia representativa o direito fundamental de participar das coisas do Estado, seja escolhendo o seu representante por meio do voto ou sendo candidato, não se confunde com a forma pela qual se organiza o exercício desse direito, desde que, é claro, as regras estabelecidas para sua fruição não se constituam em óbices para o gozo daquele. Explicando em outras palavras, a razão de ser de algumas restrições é garantir a possibilidade de fruição do direito.

Fazendo-se uma comparação, ainda na seara dos direitos políticos, mas na sua dimensão ativa, para votar não basta o brasileiro, nato ou naturalizado, com dezesseis anos ou mais, e sem restrições aos seus direitos políticos, ir até qualquer seção eleitoral no dia da eleição e pleitear exercer seu sufrágio ativo. Ou seja, do ponto de vista subjetivo pode até reunir condições para o exercício do voto mas, sem antes se inscrever no corpo de eleitores, não poderá votar. Aliás, ainda mais, o alistamento eleitoral

23 Walber de Moura Agra:2018, p. 196, “(...) os direitos humanos são relativos em virtude de serem limitados por outras prerrogativas, restringindo-se uns aos outros em uma interferência recíproca”

24 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA nº 23.452. Rel.: Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 16/09/1999. Tribunal Pleno.

perante a Justiça Eleitoral deve ser dar até 151 (cento e cinquenta e um) dias antes da data do primeiro turno em que serão realizadas as eleições²⁵. Apresentando-se o pretense eleitor ao Cartório Eleitoral com a documentação necessária, coletadas suas digitais e foto, é-lhe atribuído um número de inscrição que o habilitará ao voto em uma determinada seção eleitoral de uma determinada localidade, nos termos do domicílio eleitoral por ele comprovado, o que significa dizer, também, que, o seu direito de sufrágio ativo somente poderá ser exercido naquela determinada seção. Se se encontrar em outra localidade poderá justificar sua ausência, mas não votar. E todas essas formalidades, descritas aqui de forma resumida, existem para quê? Decerto que não para impedir o exercício do direito de votar, mas ao contrário, para possibilitar o seu exercício. Na última eleição, conforme já consignado neste trabalho, foram 147 milhões de eleitores aptos ao voto²⁶. Como conseguir realizar eleições sem regras jurídicas que estabeleçam a forma pela qual se deve fazê-las?

Assim, socorremo-nos novamente da doutrina de Marcelo Ramos Peregrino Ferreira e Luiz Guilherme Arcaro Conci:2018:

Na mesma trilha, a existência de constituição judicial das candidaturas e todos os requisitos para tanto como as certidões eleitorais, a existência de foto, os percentuais de gênero, a obrigatoriedade de um programa todas são restrições aos direitos políticos fundamentais que podem inclusive impedir a sua fruição, mas que, em seu conjunto, contribuem para fomentar a ideia geral de liberdade. A restrição tem o fim último de preservação e fomento do direito e, assim, é admitida. Restringe-se a liberdade, em nome da liberdade, diz Rawls.

Portanto, transcrevendo a própria escrita de John Rawls:2016, temos que “(...) a primazia da liberdade significa que a liberdade só pode ser limitada em nome da própria liberdade.” (...) e resulta numa liberdade menor, mas ainda igual.”

Assim, o direito de ser candidato no Brasil não se encontra obstado apenas por seu exercício se encontrar inserido num modelo de sistema eleitoral escolhido pelo legislador Constituinte de 1988 de que seja feito por intermédio de partido político, e, assim sendo, submetido a regras jurídicas que existem não para impedir o exercício desse direito, mas para permitir que ele possa ser exercido, até porque estas regras jurídicas atingem a todos que a elas se encontram submetidos, indistintamente²⁷.

CAPÍTULO 3 DE QUEM É A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA MUDANÇA DO ATUAL SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO?

Importante ainda analisar, do ponto de vista da previsão constante no ordenamento jurídico nacional, de quem é a competência para a mudança do atual

25 Lei nº 9.504/1997, artigo 91 “Nenhum requerimento de inscrição eleitoral ou de transferência será recebido dentro dos cento e cinquenta dias anteriores à data da eleição.”

26 Fonte: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Número exato de eleitores aptos nas Eleições de 2018: 147.306.275 (cento e quarenta e sete milhões, trezentos e seis mil, duzentos e setenta e cinco), distribuídos em 5.570 (cinco mil, quinhentos e setenta) municípios brasileiros e mais 171 (cento e setenta e um) no exterior. Acesso em 06.03.2019.

27 “O princípio da participação também afirma que todos os cidadãos devem ter direitos iguais de acesso, pelo menos em sentido formal, a cargos eletivos. Todos os cidadãos têm o direito de participar de partidos políticos, de candidatar-se a cargo eletivos e de ocupar postos de autoridade. (...) é de presumir que essas restrições sejam do interesse comum e não discriminem pessoas ou grupos de maneira injusta, o que significa que devem atingir a todos igualmente no curso normal da vida.” John Rawls: 2016, p. 276

sistema eleitoral brasileiro e, conseqüentemente, eleger a candidatura avulsa como uma das formas de exercício do direito político passivo.

Assim temos que, decorrente do texto constitucional, inserto nos seus artigos 22, inciso I²⁸, e 48, *caput*²⁹, é atribuição do Congresso Nacional legislar em matéria eleitoral.

Pois bem, no artigo 48, *caput*, da Constituição Federal de 1988, está prescrito que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, e, no artigo 22, inciso I, da Carta Constitucional, encontra-se prevista a competência legislativa privativa da União Federal em matéria de direito eleitoral.

Assim, a competência constitucionalmente definida para elaborar leis eleitorais incumbe ao Congresso Nacional.

É o que Eneida Desirre Salgado:2010 confirma acerca da matéria em seu valoroso estudo sobre princípios constitucionais eleitorais:

A legalidade específica, absoluta ou estrita, alcança determinados ramos do Direito, como o Direito Penal, o Direito Tributário, o Direito Administrativo e o Direito Eleitoral, relacionados intimamente com o núcleo essencial de direitos fundamentais. (...) As regras do jogo eleitoral, esqueleto do regime democrático, devem necessariamente se originar no Parlamento, e de um Parlamento formado a partir da representação das forças sociais.

E continua a doutrinadora eleitoralista, citando Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra, ao tratar do princípio da anterioridade, a confirmação da competência específica do Congresso Nacional para legislar em matéria eleitoral:

(...) que o princípio da anterioridade eleitoral, previsto no art. 16 da Constituição, tem como finalidade ‘evitar que o Poder Legislativo possa introduzir modificações casuísticas na lei eleitoral para desequilibrar a participação dos partidos e dos respectivos candidatos, influenciando, portanto, no resultado da eleição’.

Ressalte-se que essa regra dirige-se ao Poder Legislativo porque apenas ao Parlamento é dado inovar na ordem jurídica eleitoral.

Nesse passo, importante registrar que a Questão de Ordem no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.054.490 – Supremo Tribunal Federal, o senhor Ministro Ricardo Lewandowski, apesar de acompanhar o Ministro relator quanto ao reconhecimento da repercussão geral, registrou sua preocupação no sentido de que a discussão travada naquele Pretório Excelso estava a adentrar em seara de competência exclusiva do Poder Legislativo:

(...) estou vendo que o Plenário está manifestando o desejo de discutir esse tema. E para mim, claramente, é um tema que está submetido a reserva legal qualificada. Fazer reforma constitucional a partir de um debate pretoriano, parece-me, *data venia*, um pouco arriscado. Mas o Ministro Marco Aurélio trouxe agora um novo aporte a essa temática, dizendo que, nesta repercussão, nós, fundamentalmente, trataríamos de estabelecer o alcance da locução, expressão, nos termos da Lei.

28 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, artigo 22, inciso I: “Compete privativamente à União legislar sobre direito (...) eleitoral”.

29 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, artigo 48, *caput*: “Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União (...)”.

Então, neste sentido, eu vou entender que esta matéria tem repercussão geral, não sem antes externar a minha preocupação no sentido de, eventualmente, estarmos ingressando indevidamente em seara reservada ao Congresso Nacional e, eventualmente, desrespeitando a vontade expressa do constituinte originário.³⁰

Entretanto, Luís Roberto Barroso:2018, a fim de justificar a linha tênue que separa política de direito, explicita em sua doutrina que “no mundo ideal, política é política. Direito é Direito. São domínios diferentes.” E continua fazendo a contraposição de que, no mundo real “as fronteiras nem sempre são demarcadas de maneira nítida”, para concluir que “assim, surgem tensões inevitáveis” e “quando isso ocorre, é preciso critérios para equacionar a questão”, e, a fim de apresentar soluções, entende ser necessário “distinguir duas situações: a) quando tenha havido uma atuação do Legislativo ou do Executivo em relação ao tema; e b) quando *não* tenha havido tal atuação”.

Entretanto, não se omite o legislador nacional quanto à eventual discussão de mudança no atual sistema eleitoral brasileiro. Que o digam as propostas de Emenda à Constituição que se encontram tramitando no Congresso Nacional para possibilitar a inserção da candidatura avulsa no nosso ordenamento jurídico.³¹

Pois, sendo a matéria de competência do Congresso Nacional legislar, a discussão acerca da escolha do modelo para o exercício do direito de ser votado deve se dar no Parlamento. E isso não ocorre da noite para o dia. Demanda tempo. E não poderia ser diferente, claro, pois inerente a demora quando se tem ritos, prazos e importantes debates a serem travados, inclusive dos diversos grupos de interesse da sociedade, todas questões típicas da democracia representativa, inserida no nosso modelo de Estado.

A corroborar a atuação do legislador pátrio sobre a matéria tem-se atualmente tramitando no Parlamento brasileiro as seguintes propostas de Emenda à Constituição Federal, com o objetivo de alterar o atual sistema eleitoral e possibilitar a candidatura sem prévia filiação partidária: no Senado Federal, a proposta de Emenda à Constituição nº 6, de 2015; e, na Câmara dos Deputados, as Propostas de Emenda à Constituição nº 378, de 2017; nº 350, de 2017; nº 407, de 2009; e, nº 229, de 2008. As propostas de Emenda à Constituição que tramitam na Câmara dos Deputados, as de nºs 378/2017, 350/2017 e 407/2009 encontram-se apensadas à de nº 229/2008.

E, neste momento, importante trazer a questão do que Álvaro Barreto:2018, ao tratar das candidaturas avulsas, apresenta acerca do denominado, pela Ciência Política, de *custo de entrada*, colocado pelo autor como “uma questão derivada da eventual aceitação de candidaturas independentes ou avulsas no Brasil é saber se haverá um custo de entrada para elas e, em caso positivo, qual será ele.” E, assim, o doutrinador explica o que é o custo de entrada:

Ele é análogo à exigência legal que os partidos têm de cumprir para serem registrados como tais. É análogo, mas não equivalente, pois atualmente a legislação brasileira determina uma exigência muito mais rígida para que uma organização seja reconhecida como partido e, em

30 QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.054.490, Rio de Janeiro, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, julgamento em 05/10/2017, Tribunal Pleno.

31 SENADO FEDERAL, Proposta de Emenda à Constituição nº 6, de 2015. CÂMARA DOS DEPUTADOS, Proposta de Emenda à Constituição nº 378, de 2017; Proposta de Emenda à Constituição nº 350, de 2017; Proposta de Emenda à Constituição nº 407, de 2019 e Proposta de Emenda à Constituição nº 229, de 2008.

decorrência, tenha acesso às condições oferecidas a tais instituições, como lançar candidatos, ter acesso ao fundo partidário, ao Horário Gratuito de Propaganda Eleitoral (HGPE) e ao Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC).

E Álvaro Barreto:2018 complementa sua explicação acerca do custo de entrada trazendo a exemplo, por assim dizer, outras modalidades adotadas por países que possuem em seus sistemas eleitorais a previsão da candidatura avulsa:

Outro custo de entrada, estabelecido em alguns países, é a exigência de depositar uma determinada quantia em dinheiro para concorrer, a qual pode ser medida complementar à necessidade de ter o apoio de certa quantidade de eleitores ou alternativa a ela (PEDERSEN, 1982, p. 7).²⁰ Há, ainda, países em que os candidatos que não são designados por partidos só podem ser registrados se tiverem o apoio de um grupo ou de um movimento político e que, então, a este corresponda um determinado número de eleitores. Esta medida implica fixar um determinado grau de institucionalização prévia aos apoiadores do candidato e, como explicam Freidenberg e López (2002, p. 167), ‘significa que é possível que uma pessoa se apresente como candidato, mas para isso necessita *fundar* um grupo político que a apoie’. Foi o que ocorreu na eleição presidencial francesa de 2017, em que o vencedor, Emmanuel Macron, não concorreu por um partido, e sim por um movimento (Em Marcha).

Na decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso do senhor *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*³² consta observação de que nos Estados americanos em que existe a previsão legal de candidatura avulsa, a legislação também estabelece requisitos para o exercício do direito de ser votado nesse modelo de sistema eleitoral, de forma que a apresentação das candidaturas independentes não se dá de forma livre de regramento. Ou seja, existe um “custo de entrada” nos modelos americanos estudados pela Corte Interamericana que, nos seus próprios dizeres, pode se assemelhar, e muito, aos requisitos previstos nos sistemas que adotam a candidatura por intermédio de partido político.

Voltando à realidade brasileira, das propostas de Emenda à Constituição Federal Brasileira que se encontram tramitando no Parlamento Nacional, verifica-se que a de nº 06, de 2015, do Senado Federal, e as de nº 378, de 2017, de nº 350, de 2017 e de nº 229/2008, da Câmara dos Deputados, preveem o apoio mínimo de eleitores como exigência, dentre outras, do candidato avulso participar das eleições, ou seja, é o denominado “custo de entrada”, o que, em termos de restrição ao direito de se lançar candidato, não se pode apontar, portanto, tratar-se de sistema que restringe em menor grau o exercício dos direitos políticos passivos.

Tal conclusão nos leva a realizar um pequeno parêntese: fica a impressão de que, ao se atacar o modelo da candidatura por intermédio de partido político, não se está, na verdade, questionando judicialmente uma violação a direito subjetivo fundamental, mas, sim, pleiteando-se a possibilidade de acrescentar ao direito brasileiro mais um tipo de candidatura, a avulsa, por via judicial. Na verdade, depreende-se que o anseio é por maior facilidade de acesso às candidaturas. Entretanto, isso poderá não ser garantido pela candidatura avulsa por si só, já que dependerá de qual modelo de candidatura avulsa está a se tratar, de qual engenharia eleitoral será adotada para possibilitar a candidatura sem partido político. É um grande equívoco imaginar ser o modelo de

32 Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf. Acesso em: 06.11.2018.

candidatura independente sinônimo de menor restrição ao exercício do direito de ser votado e, portanto, garantia de maior acesso às candidaturas. Por isso que se repete que o órgão por competência constitucional para travar tal discussão é o parlamento, que poderá abrir o acesso às candidaturas por vários caminhos, sendo que a candidatura avulsa poderá ser um deles. Ou não.

Apesar de não ser a pretensão do presente trabalho realizar um estudo pormenorizado das propostas de Emenda à Constituição ora destacadas, é importante realizarmos uma reflexão de que se o legislador constituinte previu a competência para legislar sobre matéria eleitoral exclusiva do Congresso Nacional, o fez porque a matéria merece o resguardo da discussão democrática, o amadurecimento de ideias e a participação de todos os setores da sociedade no debate acerca da mudança na legislação eleitoral.

A questão é muito bem colocada por Eneida Desirre Salgado:2010, que faz um didático contraponto entre eventual omissão do Poder Legislativo e a deletéria atitude ativa do Poder Judiciário em subtrair matéria – aqui especificamente a eleitoral – do debate político no Congresso Nacional:

Alega-se que a intervenção do Poder Judiciário na definição de regras jurídicas dá-se pela indolência do Poder Legislativo em cumprir sua função principal. (...)

Ao se criticar tal postura, não se faz aqui, no entanto, uma defesa do caráter dos legisladores e da qualidade de sua representação. Afirma-se, ao contrário, que o descumprimento do dever de legislar retira a possibilidade de controle social do cumprimento do mandato parlamentar, determinante para a configuração de uma república democrática. A subtração de determinadas matérias do debate político, no entanto, importa igual afastamento do controle popular, com a tomada de decisão por agentes não eleitos e não controlados por agentes eleitos.

Aqui não podemos deixar de registrar que, retomando a metáfora do início do presente trabalho, o legislador pátrio, se entender por incluir a nova engrenagem da candidatura avulsa no sistema eleitoral brasileiro, terá que adotar uma nova engenharia eleitoral para possibilitar a construção de uma máquina diversa da que hoje existe no nosso país de transformar voto em representação política: porque é difícil conjecturar como funcionará o sistema eleitoral brasileiro, atualmente calcado no financiamento público das campanhas eleitorais como forma de impedir que a supremacia do poder econômico como vantagem no acesso aos cargos eletivos, o que configura um real empecilho à justa concorrência nas campanhas e impede o acesso de todas as classes sociais ao poder.³³

33 Na candidatura avulsa, uma das opções de custeio dessa modalidade de exercício do direito de ser votado é que o candidato que se lance independente nesta empreitada pague com recursos privados, próprios ou não, pela sua campanha. Assim, fazemos um aparte e, novamente socorrendo-nos da lição de John Rawls:2016, p. 278-280 “As liberdades protegidas pelo princípio da participação perdem muito de seu valor sempre que os detentores de maiores recursos privados têm permissão de usar suas vantagens para controlar os rumos do debate público, pois essas desigualdades acabarão por possibilitar aos que estão em melhores condições exercer uma influência maior sobre os rumos da legislação. Com o tempo, é provável que venham a exercer um peso preponderante na decisão das questões sociais, pelo menos no que se refere àqueles assuntos sobre os quais costumam concordar, isto é, em relação àquilo que favorece suas circunstâncias privilegiadas. (...) Ademais, as consequências das injustiças no âmbito do sistema político são muito mais graves e duradouras que as imperfeições do mercado. O poder político se acumula rapidamente e se torna desigual; e, servindo-se do aparelho coercitivo do Estado e de suas leis, aqueles que conquistam vantagens podem quase

Assim, se entendido judicialmente pela Corte Suprema Nacional pela alteração da atual sistemática prevista na Constituição Federal de 1988 para possibilitar a candidatura avulsa no nosso país, ainda se terá a questão de como se dará o funcionamento do sistema com essa nova engrenagem estranha e não prevista pela engenharia eleitoral quando da sua concepção. Na bem colocada síntese de Humberto Dantas e Vitor Oliveira:2017, sobre sistema (eleitoral):

Essa última palavra – Sistema – carrega consigo uma complexidade que merece atenção expressiva e está atrelada à ideia do quanto uma mudança em determinada característica é capaz de abalar ou transformar tantos outros pontos da lógica política, eleitoral e partidária.

Fica, portanto, a indagação: como serão realizadas as eleições com possibilidade de o cidadão apresentar sua candidatura avulsa diante das normas que regem as eleições no Brasil hoje? O Poder Judiciário, além de incluir uma nova e estranha engrenagem no sistema eleitoral, também estabelecerá as regras jurídicas que possibilitarão o exercício desse direito entendido como fundamental e, portanto, legislando em matéria eleitoral e usurpando o poder constitucionalmente atribuído ao Congresso Nacional?

CONCLUSÃO

A candidatura avulsa não se constitui num direito subjetivo fundamental no nosso ordenamento jurídico, vez que não prevista expressamente na Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, tem-se o requisito da filiação partidária, constante do artigo 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal, erigida como uma condição de elegibilidade e sem a qual nenhum cidadão poderá pleitear concorrer a cargo eletivo no Brasil. Portanto, os partidos políticos detêm o monopólio das candidaturas.

A candidatura por intermédio de partido político é peça integrante de um sistema eleitoral concebido pelo legislador constituinte de 1988, construído a partir da engenharia eleitoral de uma democracia partidária na qual as agremiações políticas possuem atuação imprescindível na representação popular. Assim, podemos afirmar que, hodiernamente, inexistente candidatura sem a participação dos partidos políticos no Brasil, por expressa disposição constitucional.

No entanto, por constituir o direito de ser votado em uma das dimensões dos direitos políticos, atrai, para si, o regime de proteção dos direitos humanos fundamentais, de forma que é necessário, além dos mecanismos internos de resguardo, olhar para o plano jurídico internacional.

No contexto internacional, confirmamos que a filiação partidária, condição de elegibilidade constitucional, não é incompatível com a obrigação assumida pelo Estado Brasileiro frente a tratados internacionais de direitos humanos, especificamente quanto à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

sempre garantir para si mesmos uma posição privilegiada. Assim, as desigualdades do sistema socioeconômico podem solapar qualquer igualdade política que possa ter existido em condições historicamente favoráveis. O sufrágio universal é um contrapeso insuficiente, pois, quando os partidos e as eleições não são financiados por verbas públicas, mas por contribuições privadas, o fórum político fica tão condicionado pelos desejos dos interesses dominantes que raramente apresenta de modo adequado as providências essenciais necessárias para instruir um governo constitucional justo.”

Enfrentamos, assim, os direitos políticos conforme previstos no artigo 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos, destacando-se o fato do nosso país encontrar-se submetido à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, competente para o julgamento dos casos de violação a direitos humanos protegidos nas normas estabelecidas na Convenção, e cuja aplicação não deve ficar adstrita apenas à literalidade do seu texto, mas também deve ser considerado o seu contexto de aplicação constante nos julgados daquela Corte, os quais estabelecem os estandartes interpretativos das normas convencionais.

Assim, da interpretação do disposto no artigo 23 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, conforme os precedentes da Corte Interamericana, em específico aqueles extraídos do estudo do Caso *Castañeda Gutman versus Estados Unidos Mexicanos*, chegamos à conclusão de que não existe garantia à candidatura avulsa no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Conforme depreendemos da referida decisão, não há certeza de que a simples escolha por um modelo de apresentação de candidaturas, avulsa ou por intermédio de partidos políticos, por si só, torne mais amplo e facilitado o exercício do direito de ser votado. Isso porque, num sistema de apresentação de candidaturas avulsas, poderão ser estabelecidos requisitos mais elevados que aqueles elegidos para o sistema de candidaturas de nomeação por partido político. No caso específico brasileiro, pelo fato da legislação abarcar somente este segundo modelo, não há como realizar uma análise comparativa, especialmente em sede do Poder Judiciário, de qual dos dois modelos será o que menos restringirá o acesso às candidaturas e, conseqüentemente, permitirá o exercício mais amplo dos direitos políticos passivos.

Ademais, o direito de ser candidato no Brasil não se encontra obstado apenas em razão do seu exercício encontrar-se inserido num modelo de sistema eleitoral escolhido pelo legislador Constituinte de 1988 em que a representação política é necessariamente realizada por intermédio de partido político e submetido a regras jurídicas que existem não para impedir o exercício desse direito, mas para permitir que ele possa ser exercido no nosso país de dimensão continental com atuais 147 milhões de eleitores.

E, por fim, chegamos à conclusão de que, para a adoção de um sistema eleitoral em que seja possível a candidatura avulsa no Brasil, é imprescindível alteração das atuais normas constitucionais e infraconstitucionais eleitorais, com a modificação da atual engenharia eleitoral brasileira, matéria esta de competência do Poder Legislativo e não do Poder Judiciário.

E, ainda, das Propostas de Emendas à Constituição tramitando tanto no Senado Federal, quanto na Câmara dos Deputados, indicam que o Poder Legislativo não se encontra inerte com relação ao estudo da possibilidade de implementação da candidatura avulsa no ordenamento jurídico brasileiro.

Todas as reflexões trazidas no presente artigo nos levam a concluir que a questão da candidatura avulsa no Brasil não é, no momento, jurídica e constitucional, mas sim de qual modelo de sistema eleitoral, e composto por quais engrenagens, se quer adotar no país.

Por fim, tem-se que o acesso mais amplo às candidaturas pode se dar – desde que por escolha política do legislador constitucional – por vários caminhos, sendo o modelo da candidatura avulsa apenas um deles.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALVIM, Frederico Franco. A elegibilidade e seus impedimentos no Direito Comparado e nos pactos internacionais. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Tratado de direito eleitoral. v. 3. Elegibilidade e inelegibilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 35-88.

BARRETO, Álvaro. Filiação partidária e elegibilidade: é possível avançarmos às candidaturas independentes? In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Elegibilidade e inelegibilidade. Tratado de direito eleitoral, v. 3*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 197-220.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto; SANTOS, Rodrigo Mioto dos. Estandartes interpretativos da Corte Interamericana em matéria de direitos políticos. In: CASTRO, Matheus Felipe de; MORAES FILHO, José Filomeno de. *Teorias da democracia e direitos políticos* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS. Florianópolis: CONPEDI. 2015. p. 362-382.

DANTAS, Humberto; OLIVEIRA, Vitor. Incerteza eleitoral e reforma: a pedra no caminho das elites políticas. Cadernos Adenauer XVIII, n. 4. *Reforma Política*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, dezembro 2017. p. 9-28.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. O devido processo legal e o controle de convencionalidade da lei da “Ficha Limpa”. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2014.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. As candidaturas avulsas, o sistema interamericano de direitos humanos e o Estado de Partidos. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Tratado de direito eleitoral. v. 2. Direito partidário*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 71-87.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2017.

GOMES, Luiz Flávio. Direito dos direitos humanos e a regra interpretativa “pro homine”. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi. 2008. p. 197-202. Disponível: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/80/80>. Acesso em 14.02.2019.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional*. 22ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. A gênese do texto da Constituição de 1988. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

MAIA, Clarissa. Reflexões sobre a elegibilidade e as suas consequências jurídicas diante do reconhecimento do metaprincípio da universalidade dos direitos políticos. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Tratado de direito eleitoral*. v. 3. *Elegibilidade e inelegibilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 89-108.

MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Controle de convencionalidade de atos do poder público: concorrência ou hierarquia em face do controle de constitucionalidade?. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Direito constitucional e internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 293-315.

MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MEZZAROBA, Orides; SOUZA, Marjorie Carvalho de. Democracia e partidos políticos: nexos conceitual e sua manifestação na consolidação do Estado de partidos brasileiro. *Revista História: Debates e Tendências*, v. 15, n. 1, jan./jun. 2015, p. 140/164.

MORALES, Cesar Mecchi. Originalismo e interpretação constitucional. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011.

PALMEIRA, Marcos Rogério. Direitos Fundamentais: regime jurídico das restrições. *Revista Sequência*, UFSC, Florianópolis, v. 22, n. 43, 2001. p. 121-146. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15369/13950>. Acesso em 03.02.2019.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67955/70563>. Acesso em 14.02.2019.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 4ª ed. rev., São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SALGADO, Eneida Desiree. Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2005.

SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *Direito eleitoral*. 4ª ed., Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton; REIS, Marisa Amaro dos. *Partidos políticos*. 1ª ed., São Paulo: IPAM, 2016.

VASCONCELOS, Clever; SILVA, Marco Antonio da. *Direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.