

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a desnecessidade de prévia filiação partidária para que o candidato concorra a cargos eletivos no Brasil.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu, como pressuposto de admissibilidade de concorrência eletiva, a prévia filiação partidária. Em seu art. 5º, § 3º, a Carta Política brasileira de 1988 também preconiza que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalem a emendas constitucionais, quando devidamente aprovados pelo Congresso Nacional nos mesmos moldes exigência para as emendas constitucionais.

Diante da inexigibilidade de filiação pelo Pacto de São José de Costa Rica para a candidatura a cargos eletivos e diante da previsão contida no mencionado art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, aquela não se afigura requisito para cargos eletivos no Brasil. Tal exigência serve à conservadora e inadmissível conduta dos partidos políticos de manter e condicionar seus membros a amarras partidárias.

O direito político engloba o conjunto de prerrogativas e atributos ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país. Nesse sentido, o artigo 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prescreve que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

No Brasil, o constituinte originário da Constituição Federal de 1988 optou por considerar os partidos políticos necessários para quem quer se candidatar a cargo político, ou seja, as agremiações foram alçadas à condição de condutores legítimos ao poder no Estado Democrático de Direito.

Para resguardar o direito político a Carta Magna brasileira de 1988 estabeleceu em seu art. 14, o sufrágio universal devidamente representado pelo voto direto e secreto.

O sufrágio é universal, ou seja, os cidadãos que atendam as condições, indicadas no texto constitucional, têm o direito/dever de votar (capacidade eleitoral ativa) e o direito de ser votado (capacidade eleitoral passiva).

O direito de ser votado, ou sufrágio passivo, traduz o direito que o cidadão tem de, satisfeitas as condições necessárias e livre dos impedimentos constitucionais, apresentar-se como candidato a um cargo eletivo, denominadas de condições de elegibilidade, devidamente elencadas no art. 14, § 3º, da Constituição Federal brasileira de 1988¹.

¹ Art. 14 – [...]

[...]

§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I – a nacionalidade brasileira;

II – o pleno exercício dos direitos políticos;

Do referido dispositivo extrai-se alguns princípios dentre os quais, o regime democrático, o direito à igualdade de qualquer cidadão poder ser votado, de participação político, o pleno exercício das liberdades fundamentais do cidadão e, de outro lado, regras de um sistema político-partidário que orienta o processo eleitoral.

Partindo dessas considerações iniciais, o presente artigo objetiva debater sobre a necessidade filiação partidária para concorrer a cargo político e se essa exigência constitucional convive harmonicamente com outros preceitos constitucionais, especialmente se não iria de encontro ao próprio Estado brasileiro, que se proclama de Direito.

1 DA INTEGRAÇÃO DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS POR MEIO DOS PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS

O ordenamento jurídico, como se sabe, é um sistema hierárquico de normas, na clássica formulação de Kelsen. Assim, o sistema jurídico seria escalonado, no qual algumas normas são embasadas em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, assentam-se em outros princípios mais importantes, que fixam as diretrizes gerais de um sistema.

Não restam dúvidas desta hierarquia entre os princípios constitucionais e princípios infraconstitucionais. Verifica-se, também, que a Carta Política de 1988 hierarquizou princípios elegendo os mais importantes para compor o núcleo essencial, ou, na expressão de Lowenstein, para ser a “dimensão política fundamental”. Tanto assim, que constata-se na Carta Magna Brasileira princípios pétreos, não havendo possibilidade de mudanças pelo poder constituinte derivado.

O princípio da isonomia que garante a qualquer cidadão poder ser votado e o pleno exercício das liberdades fundamentais do cidadão parecem conflitantes, antagônicos até, com os princípios do sistema eleitoral Brasileiro, dentre os quais, a condição de elegibilidade de filiação partidária, bem como uma seleção prévia pelos partidos políticos dos candidatos para a disputa eleitoral.

Esse conflito existente entre as normas é consequência da própria carga valorativa inserida na Constituição, que, desde o seu nascedouro, incorpora, em uma sociedade pluralista, os interesses das diversas classes componentes do Poder Constituinte Originário.

III – o alistamento eleitoral;

IV – o domicílio eleitoral na circunscrição;

V – a filiação partidária;

VI – a idade mínima de:

a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;

b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Vice-Prefeito e juiz de paz;

d) dezoito anos para vereador.

Tais interesses divergentes que não se harmonizam entre si, são resultado da representatividade da vontade política de classes sociais antagônicas.

Cabe ao julgador harmonizar aparente colisão de princípios constitucionais e, para tanto, duas soluções foram desenvolvidas pela doutrina estrangeira e vêm sendo comumente utilizadas pelos Tribunais. A primeira é a concordância prática (Hesse); a segunda, a da dimensão de peso ou importância (Dworkin), estas duas soluções podem e devem ser aplicadas sucessivamente, sempre tendo o princípio da proporcionalidade como parâmetro.

Na concordância prática, havendo colisão entre valores constitucionais, o que se deve buscar é a otimização entre os direitos e valores em jogo, no estabelecimento de uma concordância prática, que deve resultar numa ordenação proporcional dos direitos fundamentais e/ou valores fundamentais em colisão, ou seja, busca-se o “melhor equilíbrio possível entre os princípios colidentes” (LERCHE).

Já pela regra da dimensão de peso e importância, quando se entrecruzam dois ou mais princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles, já que não podemos afirmar que um dos princípios, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outro, no caso de conflito de ambos, deve prevalecer um em virtude de seu peso maior.

Assim, dentro do regime democrático, cujo pilar é a possibilidade de que qualquer um do povo possa votar e ser votado, de forma igualitária, não pode um sistema político eleitoral tolher essa regra em qualquer hipótese por regras subjetivas.

Com efeito, há que prevalecer a admissão de candidatura avulsa, isto é, sem que o candidato necessite estar filiado a qualquer partido político para que concorra a cargos políticos, pois os pesos de maior medida e os que devem ter prevalências, são o regime democrático, o exercício pleno de direitos, e a igualdade de condição do cidadão em ser votado, em detrimento de uma condição de elegibilidade.

2 DA POSSIBILIDADE DE CANDIDATURA AVULSA: ENFRENTAMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS AO CANDIDATO PELOS PARTIDOS POLÍTICOS

O que Carta Constitucional brasileira de 1988 impõe como condição de elegibilidade é que o pretense candidato esteja filiado em alguma agremiação partidária. Contudo, norma infraconstitucional impõe outra restrição, qual seja, do nome do candidato ser aprovado em convenção partidária.

A regra imposta pela Lei n. 9.504/1997 (Lei das Eleições), em seu artigo 10, criou um limite de registro de candidaturas², que poderia ser qualquer percentual ou até mesmo não haver limite algum.

Ora, é de sabença comum que nas convenções partidárias só são aprovados os nomes daqueles que possuem viabilidade política, de preferência os chamados “puxadores de voto”, em detrimento ao cidadão comum.

Qual a norma para escolha dos candidatos pelo partido ‘A’ ou ‘B’? Votação direta nas convenções? Tal regra é facilmente burlada por vários partidos, em todas eleições, pois, em tese, inflam-se as convenções, com filiados “chapas brancas”, que votam naqueles nomes que sairão candidatos, de acordo com a determinação dos dirigentes partidários.

Ora, qual a legalidade e constitucionalidade das convenções partidárias, bem como da limitação de partidos ou coligação ao lançarem um percentual de candidatos para cada cadeira no Legislativo Nacional?

Quais os critérios adotados para se chegar a esse percentual? Embasados em quais princípios? Com a apuração dos votos das Eleições de forma eletrônica, a limitação de candidaturas ainda é constitucional ou eficaz?

Poder-se-ia até se pensar em uma possível legalidade dessas normas restritivas, quando eram feitas eleições manuais. Hoje, não há mais razões delas existirem, o Brasil consegue apurar 100% (cem por cento) dos seus votos de forma eletrônica, sendo indiferente a quantidade de candidatos lançados ao pleito.

Em época de questionamentos de eleger candidatos honestos e revitalização e moralização do quadro político, a sociedade ainda não percebeu que tais nomes são na grande maioria barrados, hipoteticamente em uma elaborada encenação coreografada de viés 'democrática', que se chama “convenção partidária”, por uma entidade privada denominada “partido político”.

Nesse ato, em sua grande maioria, são escolhidos candidatos alinhados ideologicamente com a “direção partidária” e não com o partido.

Com o financiamento privado, havia uma possibilidade remota de algum cidadão ser eleito, mantendo certa autonomia dos dirigentes da alta cúpula partidária. Com a minirreforma eleitoral que estabeleceu o financiamento público, tal possibilidade remota se extinguiu completamente.

² Art. 10- Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais no total de até 150% (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher, salvo:

I – nas unidades da Federação em que o número de lugares a preencher para a Câmara dos Deputados não exceder a doze, nas quais cada partido ou coligação poderá registrar candidatos a Deputado Federal e a Deputado Estadual ou Distrital no total de até 200% (duzentos por cento) das respectivas vagas;

II – nos Municípios de até cem mil eleitores, nos quais cada coligação poderá registrar candidatos no total de até 200% (duzentos por cento) do número de lugares a preencher” (Lei n. 9.504/97).

O candidato que não estiver completamente alinhado com o “pensamento ideológico” dos dirigentes da agremiação partidária, vulgarmente denominados, “donos do partido”, não se elege, pois não haverá direcionamento de dinheiro para sua campanha, já que são os dirigentes partidários que decidem como será direcionada a verba partidária (dinheiro público).

Acresça-se que a distribuição do Fundo Partidário é feita de acordo com o tamanho da bancada dos partidos políticos na Câmara de Deputados Federais.

Tal alteração nesta norma eleitoral, já trouxe uma infeliz mudança. Na primeira “janela partidária” vigorando a nova normatização, viu-se um “balcão de negócios” a céu aberto, onde eram oferecidos dinheiro (público) para campanha dos deputados federais, caso aceitassem trocar de sigla, criou-se, assim, a figura do “passe de deputado federal”.

Todos saem ganhando, o deputado federal que migra para outro partido, pois terá mais dinheiro para sua campanha e o partido político que receberá mais verba do fundo partidário (dinheiro público), pois o cálculo é resultado do tamanho da bancada partidária na Câmara Federal.

No regime democrático em todos seus poderes existem medidas de freios e contrapesos para que não gere um acúmulo indevido de poderes, causando condutas inapropriadas.

Qual seria o limitador do gigantesco poder destas entidades privadas denominadas partidos políticos, de escolherem previamente os candidatos que poderão concorrer às eleições, que irão comandar futuramente o país, muitas vezes nos dando a escolha entre o “pior” e o “menos ruim”? A resposta para tal questionamento, seria a candidatura avulsa, seja pela via totalmente independente (apartidária), seja pela via partidária, mas sem restrições de nomes.

Atualmente, existem possibilidades remotas do cidadão comum exercer seu direito de se candidatar, trincando o pilar da democracia em que se baseia a igualdade de condição entre os candidatos, pois os dirigentes partidários escolhem a dedo, entre seus filiados, os candidatos que irão lançar, pois a cada deputado eleito, representa mais verba do fundo partidário nos cofres do partido.

3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 11, § 14, DA LEI DAS ELEIÇÕES E POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO INCIDENTAL

Por ocasião da criação da minirreforma, criou-se uma vedação inexistente, desvirtuando preceito constitucional. A Lei n. 13.488/2017, alterou a Lei n. 9.504/1997, acrescentando o § 14 ao art. 11, da Lei das Eleições, segundo o qual “é vedado o registro de candidatura avulsa, ainda que o requerente tenha filiação partidária”.

De uma simples leitura, verifica-se que a mencionada norma é inconstitucional. A Constituição preconiza, simplesmente, a filiação partidária, nada além disso.

Ora, se o cidadão, ainda que possua filiação partidária não pode concorrer às eleições, é porque seu nome deve passar pelo crivo das regras estatutárias do partido político, em outras

palavras, o cidadão só será candidato se for da vontade/conveniência de uma entidade privada constituída sob a forma de partido político.

Não se pode restringir direitos criando novas regras, por norma infraconstitucional, em que a norma constitucional já estabeleceu as condições necessárias de elegibilidade.

Possível, assim, ao Poder Judiciário, via de exceção ou controle difuso, decretar a inconstitucionalidade da norma infraconstitucional em questão, porquanto a manifestação não se refere ao objeto principal da lide.

No controle incidental, o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei não é o objeto da causa, ou seja, não é a providência postulada.

Ensina o Ministro Luís Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal (2011, p. 115) que, na declaração incidental de inconstitucionalidade, “a pretensão da parte é o reconhecimento do seu direito, que, todavia é afetado pela norma cuja validade se questiona. Assim, para decidir acerca do direito em discussão, o órgão judicial precisará formar um juízo acerca da constitucionalidade ou não da norma”.

Tratando-se de controle difuso de inconstitucionalidade, qualquer Juiz é obrigado a confrontar as normas jurídicas aplicáveis no caso concreto, sob sua jurisdição, com o texto constitucional, independentemente de pedido expresso da parte interessada. A respeito da matéria, Zeno Veloso leciona:

Os magistrados singulares, no exercício da jurisdição constitucional, não só podem como devem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, atuando, inclusive, ex officio, numa situação que se assemelha à nulidade do negócio jurídico, que deve ser pronunciada pelo juiz, independentemente de alegação do interessado (Código Civil, art. 146, parágrafo único). No controle difuso, mesmo que as partes ou o Ministério Público não suscitem a questão, até pelo princípio *jura novit curia*, deve o juiz observar o problema e, se encontrar lei ou ato normativo contrário à Constituição, que tenha relação com a causa, está na obrigação funcional de se manifestar, decretando a invalidade da lei ou do ato normativo, determinando sua não-aplicação ao caso, objetivo da demanda.

O referido entendimento já se encontra pacificado, inclusive, pelo excelso Supremo Tribunal Federal (Recursos Extraordinários ns. 389.383-1/SP e 390.513-9/SP³).

³ PROCESSUAL CIVIL: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESERVA DE PLENÁRIO. INEXISTÊNCIA. EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. ARTIGO 10 DA LEI 9.639/98. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO C. STF. I – [Omissis]; II - O sistema constitucional brasileiro admite o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos pela via de exceção, mais conhecido como controle difuso, permitindo a qualquer órgão judicante singular, Tribunal Estadual ou Federal, por provocação ou de ofício, apreciar eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, caso se faça necessário para o deslinde da ação posta a desate. III – [Omissis]; IV – [Omissis]; V – [Omissis].” (RE 389.383-1/SP e RE 390.513-9/SP, rel. Ministro MARCO AURÉLIO, DJ de 29.06.2007)

Existem duas modalidades de candidatura, uma de forma totalmente independente (apartidária) pela recepção do Pacto de São José de Costa Rica, pela Constituição Federal Brasileira de 1988 e outra independente (partidária) sem quaisquer tipos de restrições, já consagrada na Carta Política de 1988.

A intenção da norma constitucional foi tão somente do cidadão se filiar a um partido político para concorrer ao pleito, visando compartilhar e defender uma ideologia partidária, sobre questões de relevância social, como política, economia e cultura. Entretanto, criou-se regras infraconstitucionais restringindo direitos do cidadão para dificultar e mesmo impedir que se lance candidato.

A condição de elegibilidade de filiação partidária já sofreu uma mutação constitucional que é aquela que, sem que se realize nenhuma alteração textual, inclina-se a uma profunda releitura deste mesmo texto, de tal modo que ele se aproxime da Constituição Material, compatibilizando-se com a sociedade, pois as normas restritivas infraconstitucionais que criaram barreiras extras ao cidadão para se candidatar, embasada nesta condição constitucional já não mais persistem, diante da revolução do sistema eleitoral de apuração de votos pátrio neste período.

Assim, algumas normas da Lei das Eleições (Lei n. 9.504/1997) são inconstitucionais, por estarem em afronta a Constituição Federal, mais precisamente as disposições de seus arts. 7º a 11, na parte em que estabelecem normas para a escolha e substituição dos candidatos e para formação de coligações, na forma do estatuto do partido, sem considerar a possibilidade de candidatura avulsa⁴.

⁴ Art. 7º As normas para a escolha e substituição dos candidatos e para a formação de coligações serão estabelecidas no estatuto do partido, observadas as disposições desta Lei.

§ 1º Em caso de omissão do estatuto, caberá ao órgão de direção nacional do partido estabelecer as normas a que se refere este artigo, publicando-as no Diário Oficial da União até cento e oitenta dias antes das eleições.

§ 4º Se, da anulação, decorrer a necessidade de escolha de novos candidatos, o pedido de registro deverá ser apresentado à Justiça Eleitoral nos 10 (dez) dias seguintes à deliberação, observado o disposto no art. 13.

Art. 8º A escolha dos candidatos pelos partidos e a deliberação sobre coligações deverão ser feitas no período de 20 de julho a 5 de agosto do ano em que se realizarem as eleições, lavrando-se a respectiva ata em livro aberto, rubricado pela Justiça Eleitoral, publicada em vinte e quatro horas em qualquer meio de comunicação.

§ 1º Aos detentores de mandato de Deputado Federal, Estadual ou Distrital, ou de Vereador, e aos que tenham exercido esses cargos em qualquer período da legislatura que estiver em curso, é assegurado o registro de candidatura para o mesmo cargo pelo partido a que estejam filiados.

§ 2º Para a realização das convenções de escolha de candidatos, os partidos políticos poderão usar gratuitamente prédios públicos, responsabilizando-se por danos causados com a realização do evento.

Art. 10. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais no total de até 150% (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher, salvo:

I - nas unidades da Federação em que o número de lugares a preencher para a Câmara dos Deputados não exceder a doze, nas quais cada partido ou coligação poderá registrar candidatos a Deputado Federal e a Deputado Estadual ou Distrital no total de até 200% (duzentos por cento) das respectivas vagas;

II - nos Municípios de até cem mil eleitores, nos quais cada coligação poderá registrar candidatos no total de até 200% (duzentos por cento) do número de lugares a preencher.

§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.

§ 4º Em todos os cálculos, será sempre desprezada a fração, se inferior a meio, e igualada a um, se igual ou superior.

As normas e princípios constitucionais violados pela normatização acima referida, começam pelo artigo 1º, III, da Constituição Federal, que deixa expressamente consignado como fundamento a dignidade da pessoa humana, como um de seus fundamentos. Por certo, essa condição de princípio fundamental não corresponde à mera declaração de conteúdo, mas sim à norma jurídico-positiva, dotada de status constitucional formal e material e, dessa forma, carregada de eficácia.

Esse princípio possui indissociável vinculação com os direitos fundamentais, postulado sobre o qual repousa a moderna doutrina constitucional.

Percebe-se desse princípio norteador, que todo cidadão tem direito a um regime democrático pleno, que não restrinja sua vontade, pois o pilar deste regime está na condição de que todo cidadão elegível participe de forma igualitária e direta das eleições a cargos políticos, sem passar pelo crivo de qualquer entidade privada (partido político), para que possa colocar seu nome à disposição da sociedade.

De fato, dessa colocação, constata-se também a outras normas constitucionais, como ao art. 1º, parágrafo único, que preceitua que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” e ao art. 5º, *caput*, no que dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Os princípios regentes e sensíveis da Carta Magna Brasileira, se orientam pela igualdade, pela participação direta do cidadão no sistema eleitoral/político, nenhum destes princípios norteadores colocam a vontade ou interesses de uma entidade privada entre o cidadão/candidato e a população.

Não pode haver intermediários entre o candidato e a vontade popular, cediço que isso afronta diretamente o regime democrático.

Na disputa de um pleito há necessidade de se pautar a igualdade de condições do início ao fim. Por que, para o cidadão comum sempre que queira disputar uma eleição, necessariamente, seu nome deve ser aprovado/selecionado em uma convenção partidária, enquanto àquele detentor de mandato é assegurado o registro de sua candidatura, independentemente, de aprovação em convenção partidária, ainda que seja para o mesmo cargo em que esteja em exercício?

Este é só um exemplo explícito de desigualdade no sistema eleitoral brasileiro, contido no art. 8º, § 1º, da lei n. 9.504/1997. Significa dizer que aquele candidato detentor de mandato que possa estar envolvido em atos de corrupção e desvios de dinheiro público, já tem seu registro garantido para disputar uma nova eleição.

§ 5º No caso de as convenções para a escolha de candidatos não indicarem o número máximo de candidatos previsto no *caput*, os órgãos de direção dos partidos respectivos poderão preencher as vagas remanescentes até trinta dias antes do pleito.

Art. 11. [...]

§ 14. É vedado o registro de candidatura avulsa, ainda que o requerente tenha filiação partidária.

Democracia é um regime político em que todos os cidadãos elegíveis participam igualmente, diretamente ou por meio de representantes eleitos, na proposta, no desenvolvimento e na criação de leis, exercendo o poder da governança pelo sufrágio universal.

Tais normas infraconstitucionais colidem com as regras constitucionais, cediço que condição de elegibilidade de filiação partidária prevista no Texto Fundamental pretendeu somente reafirmar o pluralismo partidário pátrio.

Vê-se que a Constituição Federal Brasileira de 1988 não proibiu ou vetou candidaturas avulsas, não criou intermediários, não criou seleção de candidatos por entidades privadas para escolha de seus nomes, não criou limitação de lançamento de nomes para as vagas disputadas (norma além de ser inconstitucional, totalmente sem eficácia, com nossas eleições eletrônicas).

Neste aspecto, deve-se utilizar os princípios da proporcionalidade e da proibição do excesso. É que o constituinte originário acabou indo além do necessário, em excesso, afetando direitos fundamentais, como o livre direito de votar e ser votado e de concorrer em igualdades de condições entre todos os candidatos.

Do exposto, verifica-se que a norma infraconstitucional criou um intermediário, uma seleção privada, para escolha de candidatos, sendo requisito básico a obrigatoriedade de estar vinculado ou associado a uma associação privada ou partido político, afrontando o postulado magno de que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado” (art. 5º, XX, CF/1988).

Os partidos políticos são considerados associações de tipo especial e se submetem a regras de interesse público, razão pela qual a Constituição Federal Brasileira (art. 17 e seguintes) e o Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965) tratam de inúmeros temas relacionados à organização e atividade dos partidos políticos.

E, mais, ofende-se o princípio constitucional da legalidade pelo qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF/1988).

Não se pode confundir uma sub-condição específica para exercer um direito, com o próprio direito, nem tão pouco colocá-la no mesmo nível que os direitos e garantias individuais constitucionais.

A Constituição prevê a participação direta e igualitária de se concorrer a uma eleição, mas não prevê nenhuma obrigatoriedade de estar filiado somado a escolha de seu nome em uma convenção de entidade privada.

E, diante de todas essas ofensas nas garantias fundamentais do cidadão, deve-se cumprir o preceito previsto na Carta Magna de que “as normas definidoras dos direitos e garantia fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º).

4 O PACTO DE SÃO JOSÉ DE COSTA RICA

É cada vez mais crescente a aproximação da seara internacional dos direitos humanos e dos direitos fundamentais previsto na Constituição e legislação brasileiras, tendo como centro de convenção os princípios que giram em torno da dignidade da pessoa humana.

Nesse aspecto, a Constituição Federal brasileira possibilitou essa aderência, via da norma estabelecida em seu art. 5º, § 2º, *in litteris*:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Comentando sobre a inclusão dos direitos fundamentais no direito constitucional pátrio por meio de tratados internacionais, Flávia Piovesan (2010, p. 52) ensina:

Ora, ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a *contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos. Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.

O legislador brasileiro ainda reforçou o tratamento constitucional diferenciado às normas que versam sobre direitos humanos. Na emenda constitucional n. 45/2004, acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º à Constituição Federal Brasileira de 1988, assim expresso:

§ 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Ainda sob a égide dos princípios agregadores da proteção da dignidade da pessoa humana, transformam-se os limites de nossa Constituição de uma ordem jurídico-fundamental do Estado para tornar-se uma ordem jurídico-fundamental da sociedade, em que se abre para a crescente internacionalização dos direitos humanos.

Essa interação internacional de direitos humanos com o direito positivo interno do Brasil de direitos fundamentais, traduz-se numa espécie de constitucionalismo global, que já era apregoado por José Joaquim Gomes Canotilho (2010, p. 52):

As Constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentrados numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas (estratégias internacionais, pressões concertadas) e de normas oriundas de outros centros transnacionais e infranacionais (regionais e locais).

Aceita doutrinariamente e materialmente pelo Supremo Tribunal Federal, bem como havendo abertura Constituição Federal brasileira vigente para essa complementariedade dos direitos humanos, também não há margem de dúvidas, de sua incidência nos demais ramos do direito pátrio e de suas relações individuais e privadas.

Estando o direito eleitoral brasileiro subordinado à Constituição Federal de 1988 e à ordem jusfundamental protetiva nela contida, diante da cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, contidas no § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal, o direito eleitoral passa a estar diretamente atrelado aos direitos humanos decorrentes dos compromissos internacionais assinados pela República Federativa do Brasil.

A par da constitucionalização do direito eleitoral, havendo a necessária possibilidade da convencionalização deste ramo do saber jurídico, não resta dúvidas que o direito eleitoral está vinculado à normatividade internacional dos Direitos Humanos.

A celeuma do dispositivo constitucional no art. 14, § 3º, inciso V, remonta à adesão brasileira à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que determina em seu art. 23, *in verbis*:

Art. 23 – Direitos políticos:

- a) todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:
 - I - de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
 - II - e 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
 - III - de ter acesso, em condições gerais de igualdade, a funções públicas de seu país.

O texto da Convenção foi integralmente aceito pelo Estado brasileiro, sem nenhuma reserva, e incorporado ao direito interno. Eis a essência do entendimento que restou acolhido por unanimidade pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE n. 466343, julgado em 03 de dezembro de 2008, de Relatoria do Min. Cesar Peluso, DJE 104, publicado em 05/06/2009, em que o Tribunal Pleno adotou o entendimento do Pacto de San José da Costa Rica nas hipóteses de prisão civil em razão de depositário infiel nas alienações fiduciárias:

Os tratados de direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção de direitos da pessoa humana.

Inaugura-se, assim, na jurisprudência do Pretório excelso, o controle de convencionalidade das leis à luz dos tratados internacionais de direitos humanos em face da posição superior que possuem em relação à legislação ordinária.

Resta claro que desde a filiação do cidadão a uma agremiação partidária para concorrer às eleições (art. 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal brasileira de 1988), passando por critérios de escolhas de convenções partidárias, sendo ainda restringida sua possibilidade de concorrer pela quantidade de candidatos a disputar uma cadeira, pela distribuição do fundo partidário de forma desproporcional e outras tantas limitações expostas acima nos artigos da Lei das Eleições, que o cidadão comum tem cerceado seu direito de disputar um pleito, bem como em estar em igualdade de condições como os demais candidatos.

Destarte, deve-se aplicar o controle de convencionalidade à luz dos tratados internacionais de direitos humanos, em que se prevaleça os princípios da dignidade da pessoa humana, em detrimento de um requisito do sistema eleitoral pátrio, materializado em poder concorrer a um pleito, independentemente da vontade de alguma direção partidária, de forma igualitária, sem passar pelo crivo subjetivo e muitas vezes arbil das convenções partidárias.

Comentando a Convenção Americana de Direitos Humanos, Fábio Konder Comparato explana

Aplica-se, a essas disposições novas, o princípio da prevalência dos direitos mais vantajosos para a pessoa humana; ou seja, na vigência simultânea dos vários sistemas normativos – o nacional e o internacional – ou na de vários tratados internacionais, em matéria de direitos humanos, deve ser aplicado àquele que melhor protege o ser humano.

Assim, a condição de elegibilidade de filiação partidária do art. 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal de 1988, deve-se ser inaplicável ante a ausência de base legal que a mantenha. Primeiro, porque a participação espontânea do cidadão comum é a base de um regime democrático, não havendo razão de ser forçado a se filiar a partido algum, mesmo porque ninguém pode ser obrigado a fazer algo, senão em virtude de lei.

Segundo, os dirigentes partidários não podem deter o monopólio das candidaturas, escolhendo quem irá concorrer e quanto receberá de fundo partidário para suas pretensões. Na realidade, os nomes dos futuros candidatos são obrigados a passarem pelo crivo e aprovação destes dirigentes partidários, muitos destes “caciques de seu feudo político”, para só então serem apresentados à população.

Terceiro, não haveria qualquer problema de governabilidade, uma vez que são os próprios líderes partidários que comandam votações fisiológicas em bloco, em troca de esquemas de corrupção.

Quarto, os cidadãos com grande apelo e reconhecimento popular têm que trabalhar no sistema proporcional, em prol destes dirigentes partidários, elegendo eles próprios ou seus indicados, muitos envolvidos em corrupção, que não conseguiriam votos suficientes para se elegerem.

Na realidade, tal condição de elegibilidade constitucional não só tem base legal, como é a origem de um sistema partidário que começa a falir.

Com o atual quadro partidário brasileiro, com 35 (trinta e cinco) partidos vigentes e em torno de 73 (setenta e três) partidos em processo de formação, não há ideologias, nem demandas suficientes que justifiquem o perfil ideológico do Estado e Direito. O que ocorre são sobreposições ideológicas entre partidos e desvios de finalidades e ideologias.

Assim, seguindo entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, deve-se decidir pela inaplicabilidade, por ausência de base legal, o art. 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal.

Desta forma, seguindo solução aplicada pelo colendo Supremo Tribunal Federal, deve-se utilizar os princípios da proporcionalidade e da proibição do excesso.

Já o princípio da proibição do excesso é a vedação da atividade legislativa que ao legislar acaba por ir além do necessário, em excesso, afetando direitos fundamentais, como o livre direito de votar e ser votado e de concorrer em igualdades de condições entre todos os candidatos, ou seja, o Estado não pode ir além do necessário e adequado.

Permitir a candidatura avulsa baseada nos direitos fundamentais que constituem o preâmbulo da Constituição, o respeito do Estado Democrático de Direito inserido no seu art. 1º, bem como o respeito de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei 5º, inciso II, ambos da Constituição, eleva-se em importância e aplicação diante de um requisito de elegibilidade de filiação partidária.

CONCLUSÃO

A República Federativa do Brasil adotou, de forma expressa no texto constitucional de 1988, mais precisamente em seu preâmbulo, bem como em seu artigo 1º, a política do Estado Democrático de Direito, em que a garantia dos direitos fundamentais tornou-se questão primordial, como meio de proteção e respeito ao cidadão.

Nesse sentido, a participação política é direito individual e fundamental, base do regime democrático e, principalmente, permite a convivência, concomitante, entre a participação individual e independente do cidadão de colocar seu nome à disposição da população com a organização dos partidos políticos.

As premissas da proporcionalidade estão contidas no binômio meio-fim, na qual se busca controlar os excessos e deixar que os direitos fundamentais alcancem a todos os cidadãos.

Dentro do regime democrático, em que se se deve garante a igualdade em todos os aspectos, inclusive, o de se permitir a todos votar e ser votado, deve-se harmonizar a efetiva possibilidade de qualquer cidadão ativo exercer plenamente sua liberdade individual de ser votado, de forma igualitária, dentro de um sistema político eleitoral, que visa impor condições de elegibilidades válidas, filiação partidária, ingressando na órbita infraconstitucional das convenções partidárias, cujos critérios de escolha e aprovação prévias são de ordem subjetiva de cada agremiação partidária.

Deve-se ponderar que há possibilidade de aplicação simultânea do princípio do pleno exercício de direitos, cumulado com o princípio da igualdade de qualquer cidadão de ser votado, apenas atenuando uma regra infraconstitucional sobre a obrigatoriedade de aprovação do nome do candidato em convenção partidária, estando ele devidamente filiado em partido político.

A Constituição não pode conter normas constitucionais que se contrariem, como, de fato, não contém. No caso dos direitos fundamentais, pode-se vislumbrar uma aparente contradição entre elas, no que dever-se-á aplicar o princípio constitucional fundamental da proporcionalidade, que concederá ao caso concreto uma aplicação coerente e segura da norma constitucional, como se verifica no caso em discussão.

Com efeito, em vista de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê que os tratados internacionais por ela devidamente recepcionados têm força de emenda constitucional, no que se enquadra o Pacto de São José de Costa Rica, é de se admitir, porquanto por esse assim prevista, a candidatura a cargo eletivo do cidadão sem prévia filiação partidária. Ademais, a admissão da candidatura avulsa melhor se coaduna com os princípios e regras regentes da democracia brasileira e, especialmente, com os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 115.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 28 jun 2018, às 11h23min.

_____. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19504.htm> Acesso em: 30 jun 2018, às 11h40min.

_____. *Lei n. 13.488, de 6 de outubro de 2017*. Altera as Leis ns. 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), e revoga dispositivos da Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015 (Minirreforma Eleitoral de 2015), com o fim de promover reforma no ordenamento político-eleitoral. Acesso em: 30 jun 2018, às 11h44min.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1993, pág. 18)

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 363.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3 ED. Belo Horizonte: Ed. Del. Rey, 2000. p. 42.