

CANDIDATO SEM PARTIDO

PARECER AO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO
CELSO CINTRA MORI
CONSELHEIRO

Honra-me o Dr. José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, ilustre Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo, com a solicitação de parecer que sirva a essa entidade para se posicionar como "*amicus curiae*" no Recurso Extraordinário com Agravo nº1.054.490, que versa sobre a possibilidade, ou não, de candidatura sem partido.

O tema, pela sua intensa e essencial conotação política, comporta exame sob duas perspectivas principais. Há que se considera-lo sob o juízo de conveniência política, e sob o juízo de legalidade.

Em julgamentos do Supremo Tribunal Federal, pela própria natureza deste como Corte Constitucional e guarda da Constituição (art.102 da Constituição Federal), em princípio não cabem juízos de conveniência política, e os juízos de legalidade têm os seus limites na própria Constituição. A ressalva de que em princípio não cabem juízos de conveniência política é feita com a intenção de excluir da competência do Supremo Tribunal Federal os juízos políticos rasos, de circunstância política ocasional, de interesse político momentâneo ou de paixão política. Mas, sempre com a consciência de que a Constituição é carta política. Em um país de Constituição prolixa, permeada de direitos políticos e de conceituações principiológicas que não podem ser desconsideradas, o desafio do Supremo Tribunal está justamente em estabelecer os seus próprios limites na interpretação constitucional. Na definição desses limites, os juízos de legalidade antecedem os juízos de conveniência política. A concretização do direito, e aqui invoco as lições de Eros Grau, é a marcha do sentido abstrato contido na norma de caráter universal em direção à realidade objetiva e singular do caso concreto¹ Direito e realidade precisam

¹ "Por que Tenho Medo dos Juizes", (Eros Grau, Item 19: Interpretação e concretização do direito)

marchar juntos e o tema da candidatura sem partido pertence à realidade política.

Por motivo metodológico de exposição, inicia-se este parecer pelo

JUÍZO DE CONVENIÊNCIA POLÍTICA

A atividade política é, por natureza, coletiva. Política é o conjunto de relações humanas que permite a existência e a governança da *polis*. Diz respeito ao fundamental instinto gregário do ser humano, a quem Aristóteles se referia como animal político. Não existe, pois, política solitária. Seria contradição em termos. Robinson Crusóé, na sua ilha imaginada, certamente não praticava nenhuma atividade política.

Por essas mesmas razões naturais, a política não é uma atividade egocêntrica nem personalíssima, muito menos de personalismos. Não se estrutura em uma única pessoa e se realiza pela confluência de ideias de muitos a respeito da gestão da *polis*. A vontade de governança imposta por um único ser humano não é essencialmente política. É essencialmente não política, ditatorial e despótica.

O candidato a qualquer cargo político deve representar uma vontade política coletiva, construída livre e espontaneamente por uma facção expressiva da sociedade. Essa facção expressiva de pensamento e impulso político representativa de uma parte da sociedade, quando adquire estabilidade e organicidade associativa, pode compor aquilo que se designa como partido político. A ideia coletiva, a meta política coletiva devem estar no partido político. Resultam, ideia e meta, de muitas vontades e de muitas ideias, mas se concretizam na unicidade do partido, que representa a ideia organizada de atividade política, e a apresenta e executa através dos candidatos que eleger, com o apoio de seus filiados e de todos os que compartilham o mesmo ideário.

Mas, nada disso significa que toda vontade e ação política só possam estar organizadas sob a forma de partido político. A participação política é direito

individual, fundamental e inarreatável. Pode estar organizada de muitas formas, entre as quais se inclui a organização de partidos políticos.

O partido político como reunião espontânea daqueles que preferem esta via para a participação política, e inspirados por ideias comuns compartilham esforços para atingir determinadas metas políticas, pode ser uma entidade de interesse privado, ou pode ser um ente de interesse público. O divisor de águas está nos direitos e deveres que sejam conferidos ao partido.

Enquanto tiver apenas o direito de reunir e organizar pessoas que livremente se associem para o pensamento ou atividade política, será uma entidade de interesse privado. Ainda que o objetivo dessas pessoas seja, como efetivamente é, alcançar ou exercer cargo político. Mas, a partir do momento em que ao partido político se atribuem, por delegação legal, determinadas funções de estado, como, por exemplo, o dever de definir as elegibilidades e selecionar os elegíveis para cargos públicos, torna-se o próprio partido uma entidade de interesse público.

Embora as associações privadas tenham liberdade constitucional de organização (art. 5º, incisos XVII e XVIII da Constituição), as associações privadas que devam cumprir funções de interesse público estão sujeitas a regras fundamentais de organização. Os partidos políticos são considerados associações de tipo especial e se submetem a regras de interesse público. Não por outro motivo, a Constituição Federal (art.17 e outros) e a Lei 4.737/65 tratam de inúmeros temas relacionados à organização e atividade dos partidos políticos.

No juízo de conveniência política se devem considerar as situações ideais, abstratamente desejadas pela maioria, e as situações concretas, de que efetivamente se forma a realidade. A realidade é o que é, goste-se, ou não, dela.

Em perspectiva de situação ideal, considerados os pressupostos antes enumerados, os partidos políticos deveriam ser o caminho preferencial para qualquer atividade política. Pelo instinto gregário, e pelo instinto de sobrevivência, inspiradores de uma racionalidade que une causas e consequências na busca de eficiência na atuação, todo ser político deveria

procurar os seus semelhantes, e associar-se a eles para a busca de resultados políticos de interesse comum. Portanto, a união dos afins em partidos políticos seria a tendência natural na sociedade para todos aqueles que se mobilizassem por interesse político. Mas, mesmo nessa perspectiva ideal ninguém ousaria dizer que a filiação político partidária devesse ser obrigatória para o exercício de qualquer atividade política. Filiar-se a partido político deveria ser, como é, apenas uma das opções possíveis de atuação política. Embora seja espécie do gênero associação, o partido político é uma associação de pessoas. É plena a liberdade de associar-se (art. 5º, XVII da Constituição), mas *“ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”* (art. 5º, inciso XX da Constituição).

Para a disputa eleitoral, entretanto, a Constituição Federal fixou a filiação partidária como caminho único de elegibilidade. Segundo o art. 14, § 3º, inciso V da Constituição, só pode ser candidato a cargo político eletivo aquele que tiver filiação partidária. Mas, desse dispositivo não decorre que aquele que tenha filiação partidária poderá, a partir daí, candidatar-se livremente a qualquer cargo político. A filiação partidária acarreta a submissão às regras estatutárias do partido político, de que resulta o fato de que só será candidato a cargo de representação política aquele que a entidade privada constituída sob a forma de partido político queira que seja candidato. Confere-se a uma entidade privada o poder de dizer quem pode e quem não pode exercer o direito fundamental de todo ser humano, enquanto animal político, de ser eleito para dirigir politicamente a sociedade em que vive.

Para conferir esse enorme e fundamental poder e esse dever, de interesse e direito públicos, a essas entidades de direito privado que são os partidos políticos, a ponto de consentir e desejar que tais entidades privadas sejam a porta única de entrada para qualquer disputa eleitoral de função de estado, e por consequência, para o exercício de cargo político, o legislador considerou muitos requisitos e pressupostos. Para conferir aos partidos políticos o poder de decretar quem é, e quem não é, elegível para a função de estado em cargo político, o legislador pressupôs que os partidos políticos teriam, e efetivamente praticariam, dentro da sua liberdade organizacional, normatização mínima capaz de selecionar os candidatos mais aptos, que

fossem efetivamente cãndidos ou distantes de manchas que comprometessem o sucesso da atividade política em busca do bem comum.

Tais partidos deveriam ter processos democráticos internos, para a sua própria gestão, e processos de escolha de dirigentes e candidatos compatíveis com o seu ideário. Era esperado pelo legislador que os partidos políticos tivessem seus próprios tribunais de ética, capazes de assegurar a retidão de conduta de seus membros, especialmente aqueles escolhidos pelo partido, sob sua responsabilidade *in elegendo* e *in vigilando*, para exercer cargos públicos eletivos. Os partidos políticos seriam, pelo exemplo democrático e pelo espírito público de suas condutas, os balizadores da atividade política de toda a sociedade. Em um estado que se define constitucionalmente como Estado Democrático de Direito logo no art.1º da Constituição Federal, se haveria de pressupor que os partidos políticos fossem, eles próprios, regidos por regras internas de democracia. O que significaria rotatividade e alternância de poder no seu comando, transparência de todos os atos administrativos, eleições internas periódicas por voto secreto e acessível a todos os filiados, meritocracia na seleção de candidatos e responsabilização pelas condutas violadoras da ética e das leis de interesse público.

Entretanto, e como muitas vezes acontece em diferentes experiências humanas, a realidade ficou muito distante da ordem ideal. Pelo menos no que diz respeito à atual realidade brasileira, e destacadas e ressalvadas as exceções que se possam considerar nos dedos de apenas uma das mãos, os partidos políticos são exatamente o avesso do que se pode ter imaginado, quando se lhes conferiu o direito e o dever de apontar à sociedade quem é, e quem não é, cãndido a ponto de poder representar universos de eleitores em função política de representação pública.

Como fato notório, que dispensa prova, mas causa dor e constrangimento, se pode afirmar que os partidos políticos se tornaram associações à margem da ordem legal que os inspirou, ou, associações marginais, incapazes de cumprir razoavelmente a função constitucional de dizer quem é, e quem não é, elegível. Para dizer quem é elegível, com as poucas exceções já ressalvadas e que doravante devem ser consideradas implícitas

neste texto, os partidos políticos não procuram e selecionam os mais aptos para aquelas funções. Procuram os que tenham maior possibilidade de angariar votos. Se diz e se prega abertamente que tem direito de ser candidato aquele que tenha melhor possibilidade de ser eleito. A condição pragmática de elegibilidade não são as qualidades do candidato, mas as suas habilidades de auto promoção e *marketing*. Partidos de todos os rótulos e nomes de fantasia correm atrás dos mesmos candidatos, que lhes pareçam atraentes para o eleitorado. Cultiva-se a cultura do ídolo, sem se lhe examinar os pê, que devem ser cobertos e escondidos quando sejam de barro. Os candidatos, em busca da condição legal de elegibilidade, mudam de partido como os ídolos esportivos mudam de time segundo as suas melhores conveniências pessoais. E, uma vez eleitos, não têm os outrora candidatos qualquer compromisso que os vincule aos partidos ou ao ideário que os elegeram. O povo vive um círculo vicioso de eleição e decepção, eleição e decepção, ao infinito. Cessadas as motivações emocionais que cercam as eleições, em que importante é a vitória em si mesma, a aceitação crítica dos eleitos quase nunca resiste ao crivo das primeiras análises racionais.

Nada disso acontece por acaso. É o resultado previsível de associações partidárias que, por conveniência dos seus fundadores, ou daqueles que deles se apoderam e os patrulham como capitães do mato, se afastaram de qualquer princípio democrático. Apoderaram-se dos partidos como oligarquias cujos membros se auto e inter protegem em preservação da perpetuidade e dos próprios interesses. Não prestam contas de seus atos a ninguém, porque cuidaram de silenciar os seus tribunais de ética. Aos tribunais da Justiça Eleitoral, as contas são formais e apenas das despesas de campanha eleitoral. Não se revezam no poder interno, exceto entre os mesmos, reelegendo-se em mandatos intermináveis de gestão partidária. Remuneram-se regiamente com dinheiro público, que na melhor das hipóteses virá dos necessários e malversados fundos públicos partidários. E usam os partidos para fazer negócios privados, que nada têm a ver com a política de interesse público. Seus próprios membros não se entendem, e todos falam pelo mesmo partido com teses e posições contraditórias, sem nenhuma preocupação de unicidade ou colegialidade. Falam em nome de

todos, mas não representam ninguém. Ao público, nem as batatas. Os eleitores, filiados ou não, são considerados massas disformes dos quais só se deve lembrar nos momentos eleitorais, e que se devem atrair por fatores meramente emocionais. Os eleitores, e mesmo os filiados, não participam do debate político interno ou dos processos de escolhas do partido.

Quando se faz a análise objetiva dos principais partidos políticos brasileiros, obrigar alguém a filiar-se a um desses partidos como condição de elegibilidade para cargo público pode ser uma violência moral.

Ante esse quadro tão caótico quanto lamentável e verdadeiro, a questão que se coloca para o juízo de conveniência política de se admitirem candidatos sem partido é binária. A primeira alternativa é apostar na possibilidade de que mudanças legislativas e de costumes resgatem os partidos políticos desse grave estado patológico em que se encontram. E, até que isso aconteça, considerar inelegíveis todos aqueles que se recusem a se filiar a partidos tal como hoje existentes.

A segunda alternativa é permitir que candidatos se possam apresentar ao público eleitor, independentemente de qualquer filiação partidária. Essa alternativa, vista em plano nacional, de eleição do presidente da República ou mesmo de senador, terá provavelmente poucos efeitos práticos. Tais eleições sempre exigirão uma estrutura organizacional de apoiadores e de campanha capilarizada, por todo o país no caso da presidência, o que muito dificilmente um candidato avulso conseguirá estruturar. Se remotissimamente o conseguir, e for eleito, menos mal porque terá demonstrado capacidade de estrutura e organização para governar. Embora capacidade para eleger-se não seja a mesma coisa que capacidade para governar.

Mas o grande risco de uma candidatura avulsa para cargos majoritários de governos estaduais e federal é o de que se elejam líderes carismáticos intensos em capacidades ilusionistas de comunicação e vazios de afinidade com os efetivos interesses públicos e com o bem comum. Grande parte do eleitorado brasileiro, em muito por atuação dos próprios partidos políticos, está viciada em eleger a máscara que se apresenta à eleição, como *persona* de uma peça teatral, sem se interessar pela personalidade que tal máscara

efetivamente encobre. Mas, lamente-se e admita-se o fato de que o país não está, hoje, livre desse mal. A elegibilidade pela via dos partidos políticos também pode ser comprada pelo poder econômico², ou pode ser conquistada pela simples expectativa de que o candidato despreparado e desarticulado do ideário do partido, possa dar uma vitória eleitoral ao partido. Desde que sejam altas as possibilidades de vitória eleitoral, os partidos políticos também conferem o certificado de elegibilidade a qualquer máscara de *pernona* com capacidade de convencer o público eleitor de que fará tudo aquilo que o público eleitor quer imaginar que será feito.

Nas eleições municipais, a realidade é um pouco diferente. Para o eleitor municipal, de modo geral, o partido político do candidato a prefeito ou vereador tem muito pouca relevância. Especialmente nos colégios eleitorais menores, vota-se na pessoa do candidato, independentemente do partido a que pertença. Eleitores de partidos de direita no plano nacional, votam em candidatos de partidos de esquerda nas eleições municipais. E vice versa. Não pelo partido. Mas, pelo candidato. A filiação partidária do prefeito não tem nenhuma relevância para o eleitor, ou para o sucesso ou insucesso do governo. Quando adquire um produto de marca, mesmo que a fabricação seja terceirizada, o consumidor sabe o que esperar daquela marca. Mas quando vota em uma sigla de partido político o eleitor sabe que nenhuma qualificação de administração pública lhe está sendo assegurada pelo partido, e suas expectativas dependem integralmente das capacidades e incapacidades individuais do eleito. No plano municipal, a filiação partidária do eleito só tem alguma relevância quando permita ou dificulte as alianças com o respectivo governo de estado. Seja para a governabilidade, ou seja, e exatamente por causa disso, pela perspectiva de somar forças na subsequente campanha eleitoral. As peculiaridades municipais, entretanto, em nada valorizam a fidelidade partidária ou prestigiam a regra de que o pretendente a candidato se deva filiar a um partido político.

O aspecto positivo da candidatura sem partido, nesta triste quadra política da vida nacional, é exatamente o fator de estímulo que sempre acompanha

² É público e notório que financiadores de campanha de senadores são admitidos pelos partidos políticos como candidatos a suplentes de senadores, que efetivamente substituem nas condições contratadas.

qualquer processo competitivo. Não é exagero de otimismo imaginar que, especialmente nos municípios e nos estados, se os partidos políticos tiverem que enfrentar a competição de candidatos sem partido, tais partidos estarão estimulados a mostrar a superioridade de candidatos que tenham passado previamente pelos seus testes de seleção de qualidade e de garantia de efetividade. Os partidos políticos, se perderem o privilégio de emitir de forma irresponsável o certificado de elegibilidade, provavelmente passarão a usar esse direito com responsabilidade e efetivo interesse em escolher candidatos aptos e formar coletividades de apoiadores conscientes.

Caso as candidaturas avulsas não consigam eleger ninguém, o risco delas decorrente será zero. Caso consigam eleger alguém, os riscos de sucesso ou insucesso, de realização ou de fracasso da respectiva administração política não são maiores nem menores do que os existentes no atual quadro partidário e eleitoral do país.

As candidaturas avulsas terão pouquíssima possibilidade de eleger alguém nos planos majoritários federais, ou mesmo estaduais. Nos municípios, há grandes possibilidades de sucesso de candidaturas avulsas. Nada muito diferente do que já ocorre nos dias atuais. A eleição de candidatos avulsos nos municípios só não é, hoje, uma realidade explícita porque os candidatos se sujeitam ao formalismo da filiação, o que fazem sem qualquer compromisso com o ideário do partido e não raro para repudiar em seguida o partido que os declarou candidamente elegíveis.

Ainda que tais candidaturas avulsas venham a eleger alguém, mesmo no plano estadual ou federal, o risco de desilusão e frustração do eleitorado não é maior do que o que hoje existe. A regra, hoje, é o candidato não ter realmente qualquer identidade ou vínculo com o partido que o elegeu. A candidatura é oficializada sob a fachada do partido político. Mas a possibilidade de que o governo seja feito por voluntarismo do eleito, ou por afinidade com ideário de outros partidos, é mais do que enorme. É quase o destino de uma fatalidade previamente anunciada.

Por todos esses motivos, segundo o meu parecer, não há juízo de conveniência política que impeça ou desaconselhe a faculdade de candidatos sem filiação partidária se apresentarem como alternativa aos eleitores, e até mesmo como candidatos dos eleitores sem partido, pleiteando a eleição para cargos de representação política municipal, estadual ou federal.

Assim enunciadas sob a ótica dos juízos de conveniência política as questões suscitadas pela candidatura sem partido, cabe analisar a mesma questão sob a perspectiva da legalidade. Afinal de contas, é disso que precipuamente se trata em um julgamento do Supremo Tribunal Federal.

JUÍZO DE LEGALIDADE

A Constituição Federal exige, como condição de elegibilidade, a filiação partidária:

“Art. 14.

.....

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

.....

V - a filiação partidária”

O tema ganhou relevância política e jurídica a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que estabelece entre os direitos políticos fundamentais aquele de ser eleito em eleições periódicas. E, impede que se condicione a candidatura a outros requisitos pessoais além daqueles enumerados *“exclusivamente”* naquela Convenção, entre os quais não se inclui a filiação partidária. Assim está posto o art. 23:

“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 gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.”

A interpretação cessa ante a clareza da lei. Ou, dito de outra forma, a lei simples e clara interpreta-se pela sua literalidade, sem que caibam exercícios de afastar alternativas ou buscar sentidos implícitos. Clara e indubitavelmente diz a Convenção que *"todos os cidadãos devem gozar... dos direitos (inciso 1)" "de votar e ser eleito em eleições periódicas"* (Inciso 1, letra b), e que *"A lei pode regular o exercício"* desse direito *"exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal. (Inciso 2)"*

É muito forte o termo *"exclusivamente"*, com a consequência de não comportar nenhuma regulamentação legal que não seja pelos motivos taxativamente enumerados, e que não incluem a condição de estar ou não estar filiado a partido político.

Portanto, regulamentar o direito de ser votado acrescentando-lhe a condição de ter antes se inscrito em partido político e ter ultrapassado as instâncias burocráticas ou estatutárias do partido, para ser agraciado com o direito de representar esse partido na condição de candidato, significa violar os limites exclusivos das condições de exercício do direito fundamental à candidatura. Tais limites às condições pessoais estão enumerados como requisitos fechados de um rol taxativo.

A conclusão simples e à prova de qualquer tergiversação é a de que, pela Convenção Americana de Direitos Humanos conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, é ilegal acrescentar à regulamentação do direito de ser votado a exigência de filiação partidária, que não foi prevista entre as exclusivas exigências possíveis enumeradas naquela Convenção.

Em juízo de legalidade, a segunda questão que se coloca é a de se saber se os dispositivos de uma convenção ou tratado internacional de que o Brasil seja signatário se transformam automaticamente em lei interna nacional, com a potência de revogar, também automaticamente, as leis internas anteriores que se chocarem com a norma supranacional. A resposta se assenta em um pressuposto e se dá segundo três modalidades de eficácia interna dos tratados internacionais.

O pressuposto é a de que o Presidente da República tenha, pessoalmente e em função indelegável, assinado a convenção ou tratado internacional. Pode ocorrer, e frequentemente ocorre, de convenções e tratados serem assinados por funcionários diplomáticos agindo em representação do Brasil. Embora tais assinaturas tenham um caráter formal e protocolar de intenções, não têm o poder de transformar tais convenções ou tratados em lei nacional brasileira. O art. 84, inciso VIII da Constituição Federal é incisivo:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

I -

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;”

Portanto, para se transformar em lei interna nacional os tratados e convenções internacionais precisam ser promulgados pelo Presidente da República, o que se faz por Decreto. No caso da Pacto de São José da Costa Rica esse pressuposto está presente, porquanto o Presidente Itamar Franco assinou o Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992, que oficialmente significa a promulgação, com força de lei nacional, do Pacto de São José da Costa Rica:

“DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992

Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

O VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício do cargo de **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e *Considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978, na forma do segundo parágrafo de seu art. 74;*

Considerando que o Governo brasileiro depositou a carta de adesão a essa convenção em 25 de setembro de 1992; Considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) entrou em vigor, para o Brasil, em 25 de setembro de 1992, de conformidade com o disposto no segundo parágrafo de seu art. 74;

DECRETA:

Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º Ao depositar a carta de adesão a esse ato internacional, em 25 de setembro de 1992, o Governo brasileiro fez a seguinte declaração interpretativa: "O Governo do Brasil entende que os arts. 43 e 48, alínea d, não incluem o direito automático de visitas e inspeções in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado".

Art. 3º O presente decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 6 de novembro de 1992; 171º da Independência e 104º da República.

ITAMAR FRANCO”

Uma vez promulgada pelo Presidente da República, a convenção internacional passa a ser lei interna. O art. 5º, §2º da Constituição Federal declara que os “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Dessa dicção resulta que além dos direitos e garantias individuais previstos no art. 5º da Constituição, existem outros direitos dessa natureza, que podem resultar de tratados internacionais. Os direitos e garantias individuais decorrentes de tratados internacionais, embora mencionados como categoria pela Constituição Federal, não são

necessária e automaticamente direitos constitucionais. A sua natureza, constitucional ou infraconstitucional vai depender, como se verá mais adiante, do processo legislativo de sua aprovação. Imaginar o contrário, seria imaginar que a Constituição Federal pudesse ser alterada por ato solitário do Presidente da República, sempre que promulgasse um tratado internacional. Hipótese de que não se cogita na ordem jurídica.

Portanto, com o pressuposto de que tenham sido promulgados pelo Presidente da República, os tratados internacionais têm força de lei interna no Brasil. Mas, repita-se, existem três modalidades de eficácia para tais leis, relativas à potência que possam ter para regular a ordem jurídica nacional.

Muitos doutrinadores discutem se a lei resultante de tratado internacional teria, ou não, uma potência de eficácia maior do que o comum das leis ordinárias federais promulgadas no país. Há quem sustente que comporiam uma categoria especial, na elite da legislação e em um honroso escaninho imaginariamente posto entre as leis ordinárias e as leis constitucionais. Tais discussões servem à expressão de sentimentos sociológicos, em que alguns subestimam os princípios de soberania e se rendem à tendência de achar que tudo que venha de além fronteiras deva ter uma recepção de maior gala e honra. E outros imaginam o contrário, sustentando que o fato de terem uma origem internacional não dá às leis maior ou menor potência, que sempre estará condicionada ao processo nacional de promulgação. A solidariedade entre os povos, e a inclinação politicamente globalizante da humanidade ainda não atingiram o estágio em que os tratados internacionais se imponham aos estados nacionais com necessariamente mais vigor ou poder incontestável do que se impõem as próprias leis nacionais.

A primeira modalidade de eficácia interna dos tratados internacionais corresponde às hipóteses em que as normas neles contidas não acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional³ nem tampouco

³ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

conflitem com disposição constitucional⁴. Nessas hipóteses, a promulgação do tratado internacional pelo Presidente da República é suficiente para transformá-lo em lei interna, com a eficácia de revogar todas as leis infraconstitucionais que lhe sejam anteriores e antagônicas. Embora o inciso VIII do art. 84 da Constituição Federal diga que o Presidente da República promulga os tratados internacionais, “...*sujeitos a referendo do Congresso Nacional*”, a Constituição só cuida do *referendum* do Congresso na hipótese de geração de encargos e compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art.49, I) e na hipótese de se pretender atribuir ao tratado internacional a eficácia de emenda constitucional (art. 5º, §3º).

A segunda modalidade de eficácia interna dos tratados internacionais corresponde às hipóteses em que as normas neles contidas acarretam encargos e compromissos gravosos ao patrimônio nacional. E, nessas hipóteses a eficácia interna não se adquire apenas pela simples promulgação pelo Presidente da República. Será de rigor o referendo do Congresso Nacional, pelos quóruns e trâmites previstos nos regimentos das casas legislativas.

Como se deduz do que antes foi dito, a terceira modalidade de eficácia interna dos tratados internacionais corresponde às hipóteses em que as normas neles contidas conflitem com a Constituição Federal e, portanto, necessitem adquirir potência equivalente à de emenda constitucional.

O Pacto de San Jose da Costa Rica, ao proibir, como efetivamente proíbe, que se exija a filiação partidária para o exercício do direito de ser eleito para cargo de representação política, conflita diretamente com a Constituição brasileira, cujo art.14, inciso V, exige a filiação partidária. Na hierarquia das leis, a Constituição Federal tem prevalência sobre tratados internacionais, exceto na hipótese em que o Congresso Nacional, pelos ritos

⁴ “Art. 5º.....

§ 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 dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais “*

e quóruns previstos no art.5º, § 3º da Constituição, os recepcionar como equivalentes a emendas constitucionais.

Portanto, sou de parecer que a proibição de exigência de filiação partidária, como requisito do direito de ser eleito, estabelecida pelo Pacto de San José da Costa Rica só se pode sobrepor ao art. 14, inciso V, da Constituição Federal se a sua promulgação pelo Presidente da República, já ocorrida pelo Decreto No 678/1992, vier a ser referendada pelo Congresso Nacional, consoante previsto no art.84, inciso VIII, mediante a aprovação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, conforme expressamente exigido pelo §3º do art. 5º da Constituição Federal.

O juízo de conveniência política, que se possa fazer sobre a eliminação da exigência de filiação partidária, não se sobrepõe ao juízo de legalidade a que o Supremo Tribunal Federal está adstrito.

Haverá quem invoque, em desabono dessas conclusões, o precedente estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto do Habeas Corpus nº 87.585 e dos Recursos Extraordinários nº 466.343 e nº 349.703.

Naquele julgamento, ao discutir situações fáticas em que o depositário infiel era simultaneamente o devedor da dívida garantida pelo contrato de depósito, deu eficácia de lei interna ao art. 7º, inciso 7 do Pacto de San José da Costa, que proíbe a prisão por dívida exceto na hipótese de dívida alimentar. E, ao interpretar tal dispositivo, considerou que estaria nele ínsita a proibição de prisão de qualquer depositário infiel. Dessa decisão, resultou a Súmula Vinculante nº 25, do STF, que declara ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

Entendo, modestamente e com todas as vênias e homenagens à erudição, sentimentos de humanismo e de solidariedade constantes dos votos então proferidos, que o Supremo Tribunal se equivocou duplamente. Primeiro, porque embora tivesse decidido incidentalmente que a promulgação do Pacto de San Jose da Costa Rica não teria eficácia suficiente, como efetivamente não tem, para que se declarasse revogada a disposição

constitucional que permite a prisão do depositário infiel (art.5º, inciso LXVII), considerou ilícita a prisão nela prevista. Criou-se um raro caso de mandamento constitucional vigente, porem ilícito.

Em segundo lugar, o Supremo Tribunal Federal equivocou-se na interpretação do art.7º, inciso 7 do Pacto de San José da Costa Rica. O conteúdo da norma importada só se refere à relação entre o devedor e o credor. Não se referiu o Pacto à figura do depositário que seja terceiro na relação de débito e crédito e tenha posição contratual de fidúcia na guarda de coisa alheia. A dívida de dinheiro e a obrigação contratual de guardar coisa alheia são institutos completamente diversos.

Esse precedente introduz exatamente a discussão sobre a possibilidade, ou não, de o Supremo Tribunal Federal abandonar juízos de legalidade, em benefício de juízos de conveniência política. Ninguém, ou muito pouca gente discutiria a conveniência política de que se restrinja o uso do instituto da prisão, e se exclua dele o depositário infiel.

Também não se discute que as constituições, registrando as normas segundo os conceitos culturais que as inspiraram, fotografam um momento da vida em sociedade. Como a sociedade evolui contínua e inexoravelmente, é natural que muitas vezes a norma constitucional se torne desatualizada em relação às realidades culturais contemporâneas. O que era conceito passa a ser preconceito. Mas, a questão que se coloca é a de saber se cabe, ou não, ao Supremo Tribunal Federal revogar as normas constitucionais obsoletas.

Filio-me aos que acreditam que interpretar é diferente de revogar ou emendar. A sensibilidade do juiz, o seu humanismo, devem ir na interpretação da lei ao extremo de extrair dela tudo que se possa compatibilizar com o bem jurídico que o legislador buscou assegurar. Mas, a interpretação não pode extrair da lei o que nela não se contém. Nem pode extrair o seu contrário.

Invocar-se juízo de conveniência política para alterar os juízos de legalidade equivale a defender a conveniência política da ilegalidade, o que é uma aberração dentro do Estado de Direito. Critérios de interpretação e critérios

de decisão são realidades diferentes entre si, como ensina Eros Grau⁵. Na interpretação da lei, na apreensão do seu significado abstrato, cabe a busca dos princípios, ou seja dos valores éticos consagrados como fundamentais, para se identificar o bem jurídico que o legislador quis construir ou proteger. Sempre como exercício de preservação da lei, e nunca como artifício para a sua negação. A lei e a sua interpretação adequada compõem a norma que se deverá aplicar à realidade concreta, aos fatos sob julgamento. Na interpretação da lei, a chamada ponderação de valores, não pode ser uma disputa entre os valores contidos na lei e os valores subjetivos do intérprete. Os valores a ponderar na interpretação da lei são os valores contidos na própria lei, em harmonia apenas consigo mesma e com as leis que lhe sejam, dentro do sistema, diretamente correlatas. Na aplicação da lei assim interpretada, na passagem do universal para a realidade do caso concreto, intervêm critérios de decisão, frequentemente referidos como princípios, como os de razoabilidade e proporcionalidade. Estes, e sigo a advertência de Eros Grau, não são permissivos para que se declare uma suposta irrazoabilidade ou desproporcionalidade da lei, na intenção de indevidamente corrigir a lei. São parâmetros para que as decisões se concretizem, onde houver bandas largas de interpretações possíveis, segundo critérios de razão compatíveis com o senso comum e segundo as proporções possíveis entre as dimensões do que se previu na lei e as dimensões do que se pode medir na realidade do caso concreto. O intérprete não tem autorização constitucional, nem tampouco autorização política, para dizer se a lei é razoável, ou não, se é proporcional ou não. Tem apenas o dever de dizer como se aplica a lei, razoável e proporcionalmente ao caso concreto.

A benefício da segurança jurídica e dos princípios de organização do Estado Democrático e de separação dos poderes, a interpretação não pode contrariar frontalmente a lei, especialmente a Constituição Federal.

A lei, sem exclusão da Constituição, é um ser vivo. Tem raízes e projeções na vontade expressa por legisladores do Parlamento politicamente representativo da Nação, eleito pelo voto popular. Mas, interage com a

⁵ “Por que Tenho Medo dos Juízes”, (Eros Roberto Grau, Malheiros Editores, 7ª Edição, pag.18, item 4)

atmosfera social em que se insere, conduzindo-a e influenciando-a e sendo por ela influenciada. Seu texto, dentro dos limites que não o despreguem das raízes, se expande e se contrai segundo as energias que dele brotam e as luzes que sobre ele incidem. Reage ao frio e ao calor da sociedade que o envolve. Mas, não pode negar a si mesmo.

A interpretação da lei, sempre presa às mesmas raízes, é tarefa do juiz, que dirá tudo que nela se vê e que nela se esconde. Mas, quando se trata de erradicar a lei, despregando-a de raízes que já não se sustentam, e substituí-la por outra que a muitos pareça mais adequada e consentânea à cultura do tempo, a tarefa é do legislador, eleito pelo povo exatamente para isso, dentro de um regime que, por ser de separação de poderes, é também de separação e preservação de competências.

Alguém dirá que o fenômeno de obsolescência das leis é inegável e universalmente reconhecido. E nada, nem ninguém, poderia obrigar o juiz a aplicar uma lei obsoleta. O que parece verdade e emociona como discurso. Mas, o problema é que o conceito de obsolescência é subjetivo. Alguém pode entender que é obsoleta a lei que manda para a prisão aquele que, contratado para guardar em depósito coisa alheia, a consome ou vende em benefício próprio. Mas, alguém também pode acreditar que seja obsoleta a lei que impede a prisão do acusado que ainda não tenha sido julgado, mas em cuja culpa todos os meios de comunicação acreditem.

Os exemplos poderiam ir ao infinito, mas todos conduziriam ao dilema de se saber se a erradicação da lei obsoleta é tarefa de onze ministros do Supremo Tribunal Federal, escolhidos discricionariamente pelo Presidente da República entre os cidadãos que a seu juízo sejam de ilibada reputação e notável saber jurídico. Ou, se é tarefa para centenas de legisladores escolhidos pelo voto popular. Perfilome entre os que acreditam que a lei, mesmo quando obsoleta, e a menos que seja inconstitucional, só possa ser revogada ou de qualquer forma erradicada pelo Congresso Nacional. Na declaração de ineficácia da lei inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal não exerce um poder concorrente em relação ao Congresso Nacional. Exerce um poder decisório, para declarar que a lei editada pelo legislador

ordinário não se pode opor, nem se sobrepor, à lei editada pelo legislador constituinte. O conflito de poder é entre legislaturas do Congresso.

Belos e eruditos votos supostamente em nome da conveniência política tanto podem servir para fazer letra morta da Constituição se forem para o bem da sociedade, como se forem para o sacrifício dela. Até por juízo de conveniência política é fundamental que o juiz, como interprete da lei, se mantenha nos limites da interpretação. E que se ressalve aos legisladores democraticamente eleitos a responsabilidade de editar leis e revogar as que já não estejam em consonância com a cultura contemporânea.

Por esses fundamentos, opino no sentido de **que o Instituto dos Advogados de São Paulo defenda a possibilidade de os candidatos poderem concorrer sem a necessidade de prévia filiação partidária.** Em juízo de conveniência política, parece ser essa uma reivindicação justa e de atendimento necessário. **Mas, não deve o Instituto dos Advogados de São Paulo, por mais nobre que seja a causa no seu mérito, advogar a tese de que o Supremo Tribunal Federal possa, a pretexto de interpretar a Constituição Federal segundo princípios de cultura contemporânea, decidir contra o que esteja nela clara e diretamente estabelecido.** A Constituição não é apenas um sinalizador do Direito a ser preferencialmente construído pelos seus intérpretes. É um mandamento a ser observado também por quem a interpreta.

A defesa do direito de ser eleito sem filiação partidária se deve fazer perante o Poder Legislativo, para que este cumpra a competência que lhe é exclusiva e emende a Constituição no que se possa ter tornado culturalmente anacrônica.

Tramita no Senado Federal a Proposta de Emenda à Constituição nº6, de 2015, de autoria do Senador Reguffe, cujo texto é o seguinte:

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 6, DE 2015

Suprime e acrescenta dispositivos à Constituição Federal, possibilitando o lançamento de candidaturas avulsas, independentemente de filiação partidária.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º Suprima-se o inciso V do §3º do art. 14 da Constituição Federal.

Art. 2º Acrescente-se o art. 17-A ao Texto Constitucional.

Art. 17-A. A filiação a partido político é direito de todo cidadão brasileiro, vedada a exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade ou requisito de qualquer espécie para o pleno exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. A candidatura avulsa deverá contar com o apoio e assinatura de um por cento dos eleitores da circunscrição, na forma da lei, para ser registrada pela Justiça Eleitoral.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Tal projeto se encontra hoje em fase de exame pela Mesa do Senado, para eventual tramitação conjunta com a PEC 7/2012, que tem a seguinte redação:

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 7, DE 2012

Altera o inciso V do § 3º do art. 14 da Constituição, para permitir a candidatura desvinculada de filiação partidária.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O inciso V do § 3º do art. 14 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 14.

§ 3º

V – a filiação partidária ou, na forma da lei, a subscrição do pedido de registro de candidatura por certo número de eleitores;

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, não se aplicando às eleições que ocorram até um ano da data de sua vigência.

O texto da PEC 7/2012 está reeditado na PEC 16/2015, de autoria do Senador Paulo Paim.

Proponho, pois, que o Instituto dos Advogados de São Paulo, pela sua Diretoria de Assuntos Legislativos, passe a acompanhar esses projetos e manifeste, sempre que possível, apoio à aprovação dessa matéria. Em contribuição à técnica de redação, proponho que se discuta com os Senadores e respectivas assessorias, a conveniência de um substitutivo à PEC 6/2015, que a aproximaria em muito da redação da PEC 7/2012 e da redação da PEC 16/2015. Parece mais claro e objetivo que, em lugar de suprimir o inciso V do §3º do artigo 14 da Constituição, apenas se acrescente a ele a alternativa: *"..ou, a comprovação de apoio, pelas assinaturas de um por cento dos eleitores qualificados para votar na respectiva eleição."* Isso pouparia a necessidade de se criar um artigo 17 A, posto que a duplicação de artigos sob o mesmo número e com diferenças de letras é recurso redacional extremo, a ser evitado.

São estas, as considerações, que respeitosamente submeto à consideração do Instituto dos Advogados de São Paulo.

São Paulo, 14 de outubro de 2017.

Celso Cintra Mori.