22790 - OBF - PGR
**ARE 1.054.490-RJ**
Relator: Ministro Roberto Barroso
Recorrentes: Rodrigo Sobrosa Mezzomo e Rodrigo Rocha Barbosa
Recorrido: MPE

Recurso extraordinário com agravo. Eleitoral. Candidaturas avulsas garantidas em tratados internacionais contra a letra expressa do art. 14, § 3º, V, da CR.

A possibilidade de que decisões de admissibilidade de recurso extraordinário contenham obscuridade, contradição ou erro material permite o emprego de embargos de declaração para a correção de tais problemas, de modo que essa modalidade de impugnação do ato referido impede o trânsito em julgado da decisão embargada, ainda quando desprovido, exceto se usado para protrair indefinidamente a duração do processo: aplicação do art. 1.022 do CPC de 2105.

Prejudicialidade de recurso extraordinário, interposto para se obter o registro de candidatura a eleição majoritária já realizada sem a participação dos recorrentes: jurisprudência pacífica do STF.

Ausência de fundamento para se conhecer de recurso extraordinário como mandado de injunção, quer em razão da diferença estrutural desses processos – respectivamente, controle concreto da validade de ato de aplicação do direito *versus* controle abstrato de inconstitucionalidade por omissão –, quer pela ausência de participação dos órgãos de representação popular neste processo, quer porque nada impede o imediato ajuizamento de mandado de in-

Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

junção, no STF, para dele se obter pronunciamento originário e final sobre o tema constitucional, sem nenhum prejuízo para os interessados, dado que as próximas eleições só ocorrerão em 2018.

Eventual reclassificação do feito como mandado de injunção parece implicar nova distribuição do feito.

Segundo a jurisprudência predominante até aqui no STF, os tratados de direitos humanos incorporados ao direito brasileiro até o advento da EC 45/2004, como é o caso de todos os invocados pelos recorrentes, possuem estatura normativa inferior à Constituição e, portanto, não derrogam a exigência de filiação partidária do art. 14, § 3º, V, da CR.

O art. 5º, § 3º, da CR não elevou os tratados de direitos humanos incorporados ao direito brasileiro antes da EC 45/2004 à estatura de emenda constitucional: a recepção de normas não é fenômeno inexoravelmente resultante da substituição de normas constitucionais; trata-se, antes, de opção normativa de constituinte que decide criar abreviadamente normas novas com o conteúdo das antigas, para evitar o vácuo legislativo decorrente da perda de validade de todo o direito infraconstitucional pela substituição da íntegra de seu fundamento jurídico – a constituição sobre a qual se apoiava.

Além de o fundamento de validade dos tratados antigos não se ter alterado, pois a Constituição de 1988 permaneceu íntegra, embora a EC 45 lhe tenha acrescido o § 3º do art. 5º, o fato de os tratados antigos não alcançarem a estatura constitucional com a EC 45 não se equipara à total ausência de direito ordinário, pressuposta pela opção normativa de promover sua recepção.

O art. 5º, § 2º, da redação original da Constituição determinava, desde sempre, a recepção dos tratados pré-constitucionais, na qualidade de normas dotadas da hierarquia das emendas à Constituição.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

A Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU não pode servir de base à pretensão dos recorrentes: não é tratado internacional de direitos humanos, mas, quando muito, norma costumeira de direito internacional pública despida do nível constitucional, e antecede a Constituição de 1988 e, portanto, não pode ser incorporada à ordem jurídica por ela iniciada, porque colidiria frontalmente com a exigência do art. 14, § 3º, V, da CR.

A Convenção de Viena do Direito dos Tratados não pode fundar o pedido dos autores, por ter sido incorporada ao direito brasileiro após a EC 45, sem o procedimento do art. 5º, § 3º, da CR, de modo que não tem eficácia derrogatória de norma constitucional anterior com ela eventualmente incompatível.

Tampouco o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos autoriza o deferimento do pedido porque seus arts. 2º e 25 impedem o emprego de critério discriminatório na determinação da capacidade eleitoral passiva, ou seja, vedam a eleição de motivo privado de fundamento racional para tanto: o requisito do art. 14, § 3º, V, da CR não pode ser qualificado de arbitrário e, portanto, vedado pela convenção, considerando-se as importantes funções dos partidos nas democracias contemporâneas.

O art. 23, inc. 1, *b*, e o inc. 2, do Pacto de São José veda a restrição da capacidade eleitoral passiva por motivos diversos dos ali estabelecidos, entre os quais não se inclui a filiação partidária, de sorte que o art. 14, § 3º, da CR foi por ele privado de eficácia: licitude das candidaturas avulsas no direito brasileiro.

Parecer pelo não conhecimento do recurso extraordinário ou, caso superada a preliminar, por seu provimento.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

## 1. *Introdução*

Trata-se de agravo contra decisão do TSE que não admitiu o recurso extraordinário, em matéria de candidatura avulsa.

## 2. *Do caso*

Cuida-se, na origem, de requerimento de registro de candidaturas autônomas aos cargos de prefeito e vice-prefeito do Rio de Janeiro, sem filiação partidária.

A sentença julgou o pedido improcedente, por entender que "no atual sistema brasileiro, a filiação partidária é um dos requisitos de elegibilidade, nos termos do artigo 14, 3º, V, da Constituição Federal" (f. 254).

O TRE-RJ assim desproveu o recurso dos particulares (f. 386):

> Requerimento de registro de Candidatura Autônoma, sem vinculação a partido político. Eleições 2016. Sentença indeferitória. Requerimento de participação de *amicus curiae* indeferido. Alegação de mutação constitucional afastada. Aplicação do pensamento jurídico do possível. Impossibilidade. Silêncio Eloquente. Não ocorrência de violação aos tratados internacionais. Ausência de vícios na sentença. Inexistência de candidaturas avulsas no ordenamento jurídico pátrio. Inteligência do art. 14, § 3º, inciso V, da Constituição da República. Ausência de condições de inelegibilidade. Não incidência do art. 16-A da Lei 9.504-97. Escalonamento de normas em perfeita harmonia. Desprovimento do recurso.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

1 – Requerimento de participação de *amicus curiae* indeferido. Inteligência dos arts. 2º e 5º da Resolução TSE nº 23.478-2016. A impossibilidade de utilização do referido instituto nos feitos eleitorais decorre da lógica que impera na seara eleitoral, que tem como princípio norteador a celeridade de seus efeitos.

2 – Todo ordenamento jurídico está assentado na existência e mediação dos partidos políticos, ou seja, no seu papel primordial e fundamental para a democracia. Nessa senda, entender pela prescindibilidade ou reduzir o papel dos partidos políticos implica em subversão da ordem constitucional estabelecida, motivo pelo qual a mutação constitucional defendida pelos ora recorrentes revela-se, *data maxima venia*, inconstitucional. Observância do princípio da justeza ou da conformidade constitucional.

3 – A implementação ou não de candidaturas avulsas no atual ordenamento jurídico vigente passa necessariamente por um debate político que foge a competência do Poder Judiciário, principalmente, no que tange a sua dificuldade contramajoritária.

4 – O caso em apreciação não revela lacuna constitucional, mas clara opção do constituinte originário pela mediação dos partidos políticos no que tange as candidaturas para cargos eletivos. Motivo pelo qual, afasta-se a aplicação do denominado pensamento jurídico do possível.

5 – Ausência de vícios na sentença. A sentença proferida possui relatório, ainda que reduzido. Demais disso, o processo observou as regras dispostas na Resolução TSE nº 23.455-2015, em que não há previsão de manifestação do segundo re-



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

corrente, devendo esse, como se deu no caso em tela, manifestar-se, se o caso, em sede recursal.

6 – Os tratados internacionais citados pelos recorrentes em nenhum momento dispõem sobre candidaturas avulsas, o que todos eles tratam é do direito de participação política, direito dos cidadãos de direção dos negócios públicos, que pode ser exercido diretamente ou através de representantes livremente escolhidos.

7 – Não há, e nem poderia haver, a imposição internacional de um determinado modelo democrático, porque o regime político é matéria afeta ao âmbito reservado dos Estados. O que há é a indicação, a observância e o fomento da democracia, mas isso não implica em imposição de um modelo específico ou predeterminado.

8 – Em que pese às esparsas referências à democracia nos textos internacionais, a doutrina tem delimitado o seu alcance aos procedimentos eleitorais da vontade da população e tem afirmado que não se trata de uma obrigação internacional, mas de uma norma consuetudinária em *status nascendi*.

9 – O direito internacional à democracia impõe uma diretriz política de gestão democrática da coisa pública e participação popular, mas tal diretriz não impõe um modelo determinado de democracia, a exemplo da observância de candidaturas avulsas, porque (i) trata-se de matéria afeta ao âmbito reservado dos Estados e, assim, a sua soberania, e (ii) um conceito internacional de democracia deve ser amplo o suficiente para abarcar as diversidades culturais existentes na Comunidade internacional.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

10 – Ao contrário do afirmado pelos recorrentes, o caso YATAMA vs. NICARÁGUA não permite concluir que a obrigatoriedade de filiação partidária cerceia os direitos humanos políticos de votar e ser votado.

11 – Ainda que se entenda que é possível se extrair dos tratados internacionais um determinado modelo de democracia, in casu, um modelo que abarque de forma cogente as candidaturas avulsas, deixam de considerar os recorrentes que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, quando não aprovados na forma do art. 5º, § 3º, da CRFB, possuem *status* de norma supralegal, ou seja, dentro de uma escala normativa se encontram abaixo da Constituição da República.

12 – Afirmam os recorrentes que o juiz de primeiro grau teria deixado de mencionar a norma constitucional proibitiva da pretensão dos recorrentes. Tal alegação não merece prosperar. O juiz *a quo* faz expressa referência ao art. 14, § 3º, inciso V, da Constituição da República, bem como ao art. 10 da Lei nº 9.504-97, dispositivo constitucional e legal que embasaram a sua fundamentação.

13 – Não há, como sustentam os recorrentes, sobreposição de resolução à Constituição da República. Pelo contrário, há um escalonamento de normas em perfeita harmonia: a resolução expedida pelo TSE, adstrita ao poder regulamentar, em conformidade com o ordenamento jurídico em vigor e esse, por sua vez, em conformidade com a CRFB.

14 – Não têm os recorrentes direitos a concorrer *sub judice*, por não terem cumprido um requisito legal que é anterior ao mencionado direito, qual seja, a filiação partidária.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

> 15 – Não encontra guarida a alegação de não observância do art. 16-A da Lei nº 9.504-97, uma vez que o mencionado artigo não se aplica ao caso em apreciação.
>
> Desprovimento do recurso, mantendo-se integralmente a sentença de 1º grau que indeferiu o requerimento de registro de candidatura formulado pelos recorrentes.

Os embargos de declaração foram acolhidos, apenas "para aclarar a fundamentação do acórdão embargado, mantendo a decisão anteriormente proferida" (f. 444).

O recurso especial foi desprovido, ao argumento de que a decisão regional estaria em harmonia com a jurisprudência da Corte Superior eleitoral, nos termos da Súmula 30 do TSE (f. 582).

O agravo regimental foi assim desprovido (f. 610):

> Eleições 2016. Agravo regimental. Recurso especial. Registro. Prefeito e Vice-prefeito. Candidatura avulsa. Impossibilidade. Art. 14, § 3º, v, da Constituição Federal. Filiação partidária. Condição de elegibilidade. Súmula nº 30/TSE. Desprovimento.
>
> 1. Na espécie, o Tribunal de origem manteve o indeferimento do pedido de registro de candidatura sob o fundamento de que, no ordenamento jurídico pátrio, não é possível lançar candidatura avulsa a cargo eletivo.
>
> 2. Não obstante o argumento de que a democracia se dá com a consagração do direito fundamental do cidadão de participar diretamente da vida política do país, no ordenamento jurídico brasileiro os partidos políticos exercem um elo imprescindível



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

entre a sociedade e o estado. Com efeito, nos termos do art. 14, § 3º, V, da Constituição Federal, a filiação partidária é uma condição de elegibilidade.

3. O acórdão regional está em consonância com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual, "no sistema eleitoral brasileiro, não existe candidatura avulsa" (ED-RO nº 44545/MA, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, PSESS de 3.10.2014).

4. É facultado ao relator decidir monocraticamente os feitos, nos casos em que aplicável o art. 36, § 6º, do RITSE. Precedentes.

5. Estando a matéria assentada na jurisprudência desta Corte, incide a Súmula nº 30/TSE, aplicável, também, aos recursos especiais fundados na alínea *a* do I do art. 276 do Código Eleitoral. Precedentes.

6. Agravo regimental desprovido.

Os embargos de declaração foram rejeitados (f. 631).

Sobreveio recurso extraordinário, não admitido na origem, ao entendimento de ausência de violação de norma constitucional, tendo em vista que "a filiação partidária é condição constitucional de elegibilidade imprescindível para propositura de candidaturas eletivas" (f. 770).

Contra essa decisão, os recorrentes opuseram embargos de declaração, não conhecidos. O meio de impugnação correto seria o agravo em recurso extraordinário (f. 785). Daí o presente agravo.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

## *3. Das questões processuais*

Ao menos por ora, há três questões de ordem processual em pauta.

### 3.1. Da tempestividade do recurso

A primeira questão a se pôr no processo tem que ver com a tempestividade do recurso extraordinário.

A questão surge do fato de os recorrentes terem inicialmente impugnado a decisão que não lhes admitiu o recurso extraordinário por meio de embargos de declaração. Somente quando rejeitados, empregaram o agravo, para o STF. E, segundo a jurisprudência do STF, a interposição de recurso "manifestamente incabível" não impede o trânsito em julgado da decisão recorrida[1]. Assim, o recurso extraordinário seria intempestivo.

Tal solução parece, contudo, equivocada, pois o art. 1.022 do CPC de 2015 é expresso, no sentido de que são cabíveis embargos de declaração de qualquer decisão – seja ela monocrática ou cole-

[1] Entre tantos outros, o seguinte exemplo do em. Relator – o ARE 964742 AgR: "Direito tributário. Agravo interno em recurso extraordinário com agravo. Embargos declaratórios contra o primeiro juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. Não cabimento. Ausência de suspensão ou interrupção do prazo recursal. Intempestividade do agravo. Precedentes. 1. Nos termos da jurisprudência da Corte, os embargos declaratórios, quando manifestamente incabíveis, não interrompem ou suspendem o prazo para a interposição de outros recursos. 2. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. 3. Agravo interno a que se nega provimento".



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

giada. Logo, não se está diante de meio de impugnação que, nem em tese, poderia ser empregado. Se, em princípio, pode haver contradição, omissão ou erro material em decisões da espécie em causa, então o recurso é cabível. Uma das hipóteses disso está, por exemplo, no art. 1.035, § 7º, do CPC. De resto, não parece o caso de se embaralharem as questões relativas ao cabimento com as de mérito do recurso. A se admitir a tese da intempestividade, quase todas as decisões que rejeitarem os embargos, por ausência de pressupostos implicarão o trânsito em julgado da decisão recorrida, pois costumam ser proferidas meses após o decurso do prazo para o recurso extraordinário, por exemplo. Mas a própria Súmula 356 exige embargos de declaração para prequestionamento, assim como o STF nunca se recusou a apreciar recursos extraordinários, quando a parte se desincumbiu de provocar o tribunal recorrido acerca do tema constitucional, mesmo quando ele rejeita os embargos. Essa solução vem, em boa hora, expressa na ficção jurídica do art. 1.025 do CPC de 2015, que manda considerar como repelidos, no aresto recorrido, os temas versados nos embargos.

Solução inversa adviria, caso estivesse em causa mais um daqueles embargos de declaração por cujo meio – artificioso – pretende-se pretende adiar indefinidamente a duração do processo. Quer para não se cumprir pena, quer para se aguardar mudança legislativa, enfim, para não se permitir o término do processo, por qualquer motivo configurador do abuso do direito de defesa.

Portanto, do mero fato de os embargos de declaração terem sido rejeitados na origem não se segue a intempestividade do re-



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

curso subsequente. Logo, o recurso extraordinário pode ser conhecido, nesse aspecto.

### 3.2. Da prejudicialidade do recurso

O segundo tema processual posto pela causa tem que ver com a prejudicialidade do recurso extraordinário, que parece caracterizada, segundo a jurisprudência do STF, desde 1975[2].

---

[2] - RMS 26.629 AgR, Pleno, rel. Min. Celso de Mello: "Recurso ordinário em mandado de segurança – indeferimento de registro de candidatura para as eleições de 2006 – finalização do processo eleitoral – prejudicialidade do recurso ordinário reconhecida – impetração formulada, ademais, contra decisão judicial transitada em julgado – inadmissibilidade – o mandado de segurança não constitui sucedâneo da ação rescisória – Súmula 268/STF – precedentes – recurso de agravo improvido".

- ARE 667.299, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux: "Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Eleitoral. Indeferimento de registro de candidatura. Alegação de vício na intimação. Reexame de prova. Falta de prequestionamento. Eleição de 2010. Ausência de interesse recursal. Agravo regimental desprovido. [...] 3. Ausente o interesse recursal, tendo em vista a inexistência do binômio necessidade/utilidade da prestação jurisdicional pleiteada pelo recorrente, porquanto o pleito eleitoral para o qual pretendia ser inscrever como candidato ao cargo de deputado federal ocorreu no ano 2010. Exaurido o período eleitoral atinente ao pleito formalizado na inicial, resta prejudicado o recurso, por perda superveniente do seu objeto, sendo despicienda a providência judicial requerida no agravo regimental. 4. Agravo Regimental a que se nega provimento".

- RE 158.315, Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão: "Eleitoral. Impugnação a registro de candidatura a prefeito de capital. Inelegibilidade. Candidata casada civilmente com ex-prefeito, que renunciou ao mandato executivo para postular outro cargo majoritário. Prejudicialidade. Tendo o recurso extraordinário ingressado



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

O pedido formulado nesta causa diz respeito à participação dos recorrentes, na qualidade de candidatos à eleição de 2016 para a prefeitura carioca. Já se tendo realizado a eleição, sem a candidatura avulsa, aplica-se, por identidade de motivos, a diretiva da jurisprudência da Casa, segundo a qual desapareceu o interesse de agir dos recorrentes. Nesse sentido, confira-se a síntese de precedente do STF:

> Ausente o interesse recursal, tendo em vista a inexistência do binômio necessidade/utilidade da prestação jurisdicional pleiteada pelo recorrente, porquanto o pleito eleitoral para o qual pretendia ser inscrever como candidato ao cargo de deputado federal ocorreu no ano 2010. Exaurido o período eleitoral ati-

---

no Supremo Tribunal Federal após a realização das eleições de 3 de outubro de 1992, deve-se considera-lo prejudicado, em razão de ter perdido objeto, visto que se limita a pedido de registro de candidatura ao referido pleito".

- RE 210.603, 2ª Turma, rel. Min. Cezar Peluso: "Recurso. Extraordinário. Eleições de 1996. Inelegibilidade. Mandato exaurido. Prejudicialidade reconhecida. Está prejudicado, por perda de objeto, o recurso extraordinário interposto de decisão que considerou candidato inelegível para o pleito de 1996.

- RE 118.268, Pleno, rel. Min. Carlos Madeira: "Recurso extraordinário em matéria eleitoral. Tendo perdido o objeto, que era o de ensejar a recorrente concorrer ao pleito de 15 de novembro de 1988, julga-se prejudicado".

- RE 80.749, Pleno, rel. Min. Bilac Pinto: "Domicílio eleitoral. Cidadão português. eleições realizadas em 1974. recurso extraordinário prejudicado".

- RE 81.391, Pleno, rel. Min. Leitão de Abreu: "- Mudança de partido ocorrida poucos meses antes da eleição. Arguição de inconstitucionalidade do art. 67, parágrafo 3º, da Lei 5.682/71, onde se estatui que desligado de um partido e filiado a outro, o eleitor só poderá candidatar-se a cargo eletivo após o decurso do prazo de dois anos da data de nova filiação. Recurso prejudicado".



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

> nente ao pleito formalizado na inicial, resta prejudicado o recurso, por perda superveniente do seu objeto, sendo despicienda a providência judicial requerida no agravo regimental[3].

Portanto, o recurso extraordinário parece prejudicado.

### 3.3. Da impossibilidade de uso da fungibilidade requerida

É certo que se formulou, no recurso extraordinário, pedido subsidiário, para que, em atenção à ideia de fungibilidade, conheça-se do recurso extraordinário como mandado de injunção impetrado contra a omissão do Congresso Nacional e do TSE em regulamentar o direito de candidaturas avulsas, isto é, desvinculadas de partido.

Tampouco parece o caso de atendimento desse ponto de vista, em decorrência basicamente de dois motivos. Em primeiro lugar, porque um recurso extraordinário é instrumento processual bastante distinto do mandado de injunção. A principal diferença, no que toca ao caso, está em que o pedido de registro de candidatura é procedimento eleitoral, em cujo curso se discute a validade de atos judiciais que a negam ou deferem. O objeto dos recursos interpostos nessa espécie de demanda é ato jurisdicional concreto, difuso e fundado na aplicação de norma jurídica. O mandado de injunção destoa dessa ideia, por se tratar de procedimento destinado ao controle abstrato de inconstitucionalidade por omissão. Cuida-se de coisas estruturalmente diversas, conquanto possuam pontos em comum, e, por isso, há repercussões importantes na

[3] ARE 667.299 – cf. a nota anterior.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

estruturação da relação jurídica processual. A mais relevante delas diz com a natureza das partes envolvidas na causa. No registro de candidatura, um candidato, seu adversário ou partido político no processo eleitoral e o Ministério Público, na qualidade de representante da coletividade, litigam a respeito da validade de candidatura específica. Já o mandado de injunção tem como partes formais não apenas o titular do direito que se diz obstado pela omissão legislativa, mas também – e aqui a diferença fundamental – os órgãos encarregados da elaboração do ato normativo supostamente faltante. Em se tratando, segundo a tese do recorrente, de déficit de lei ordinária, de iniciativa concorrente, haveriam de figurar no processo tanto o Presidente da República como o Congresso Nacional, nos termos do art. 60, § 1º, da CR c/c os arts. 3º e 5º da Lei 13.300/2016 – a Lei do Mandado de Injunção. Ainda que o acórdão do TSE pudesse suprir sua participação no processo, na qualidade de autoridade ou poder impetrado responsável pela edição de regulamentos faltantes, subsistiria o defeito processual, em relação ao Legislativo e ao Executivo.

O dado mais importante a barrar a fungibilidade parece ser, contudo, a teleologia da medida, que parece ausente no caso. Sabe-se que a normal tramitação do pedido de registro de candidaturas, pelas três instâncias eleitorais e o STF, não costuma dar-se em tempo suficiente de o candidato habilitar-se no pleito, quando se envolve a edição de norma para tanto. Isso é, aliás, comprovado de modo claro neste processo. Daí, contudo, parece equivocado partir-se diretamente para a defesa da licitude da fungibilidade discutida, por haver meio processual direto e escorreito a solucionar o problema apontado. Na medida em que se cuida, aqui, de suposta



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

ausência de lei federal, a competência originária para o mandado de injunção cabe ao STF, segundo os arts. 22, I, e 102, I, *q*, da CR. A validade do ajuizamento do pedido, diretamente no Supremo Tribunal Federal, imprimiria tratamento rápido ao processo, com solução em tempo hábil, sem comprometer as regras e características processuais apontadas. Logo, não parece haver razão para se admitir a fungibilidade em causa, se há meio processual para solucionar o impasse sobejante.

Outro óbice relativo diz respeito ao problema da distribuição, que a fungibilidade parece impedir. A conversão do feito de uma em outra espécie induziria, parece, nova distribuição do processo, na classe dos processos originários, na qual convertido o feito. Nada que não se pudesse ser realizado.

## *4. Da questão de mérito*

O recurso extraordinário, fundado nos art. 102, III, *a*, da CR, alega violação dos arts. 1º, II, III e V; 4º, II; 5º, XX, e §§ 1º e 2º, da CR. Aduz, ainda, afronta dos arts. 23 e 29 do Pacto de São José da Costa Rica; art. 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos e o art. 21 da Declaração Universal de Direitos do Homem e art. 27 da Convenção de Viena.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

## 5. *Da solução da causa segundo a jurisprudência do STF*

A solução da causa com base nas premissas firmadas pelos precedentes básicos do STF na matéria parece ser o caminho mais simples[4].

O Tribunal vem afirmando o caráter de norma supralegal, mas infraconstitucional, de todos os tratados não incorporados pela ordem de 1988 por forma diversa da prevista no art. 5º, § 3º, da CR, acrescido pela EC 45/2004. Embora não o digam de modo expresso, os precedentes aludidos parecem situar os tratados de direitos humanos não compreendidos no § 3º como regras superiores às leis complementares, mas inferiores à própria Constituição.

Admitindo-se a validade dessa premissa, a solução do caso é, em muito simplificada, em relação à alternativa crítica. Dado que nenhum dos atos internacionais invocados pelos recorrentes ingressou no sistema brasileiro pela forma do art. 5º, § 3º, da CR segue-se que nenhum deles teria estatura normativa para revogar a imposição do art. 14, § 3º, V, da CR. Sem discutir qual seria a valia dessas regras no aspecto em discussão na causa, fato é que não teriam a virtualidade referida. A exigência de filiação partidária seguiria eficaz, no direito nacional.

### 5.1. Da suposta elevação da estatura dos tratados de direitos humanos pela EC 45/2004

Pode-se argumentar, de início, com o fenômeno similar ao da recepção de normas anteriores no sistema de constituições poste-

[4] RHC 79.785, RE 349.703 e RE 466.343



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

riores. A série de julgados do STF que reconheceu a estatura de lei complementar ao CTN, votado em regime constitucional carente dessa espécie normativa, é o exemplo mais citado do fenômeno. Outra mostra do fenômeno, agora esquecida, seria a admissão da validade do Código Penal, um decreto-lei da ditadura do Estado novo, ou seja, uma espécie normativa que, nos quadros da Constituição de 1988, não existe e, se se comparasse à medida, provisória, jamais poderia regular a matéria penal.

A objeção não parece correta, porque se identificam fenômenos díspares. O advento da norma do art. 5º, § 3º, da CR, por obra da EC 45, não se equipara à recepção do CTN ou do CP na ordem de 1988.

Convém recorrer à passagem clássica de *Kelsen*, mais lembrado do que considerada, em seu rigor:

> Uma grande parte das leis promulgadas sob a constituição antiga permanece, como se costuma dizer, em vigência. Mas essa é uma expressão imprecisa. Se essas leis devem ser vistas como vigentes sob a constituição nova, isso só é possível, porque foram postas, expressa ou tacitamente, em vigor sob a constituição nova pelo governo revolucionário. O que se apresenta não é criação inteiramente nova do direito, mas a recepção de normas de uma ordem jurídica noutra [...]. Mas também essa recepção é criação de direito. [...]. O conteúdo dessas normas permanece, por certo, o mesmo, mas seu fundamento de vali-



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

dade, e não apenas delas, se não de toda a ordem jurídica, alterou-se"[5].

Com seu testemunho e fontes documentais, o Min. *Celso de Mello* esclarece a origem do art. 5º, § 3º, da CR. A inciativa nasce de sugestão daquele em. Magistrado, "objetivando [...] superar a polêmica doutrinária e jurisprudencial em torno do alcance do § 2º do art. 5º da Constituição"[6].

O defeito de assimilar o advento do § 3º à recepção de normas parece estar na diferença essencial entre aquele fato legislativo e a descrição teórica kelseniana do fenômeno, ainda que haja aparente coincidência entre ambos. Para ser exato, a suposição de que aqui se cuida de recepção incide no engano a que a *Teoria Pura do Direito* visa combater: o direito positivo é expresso em normas jurídicas, e não em qualquer outras espécie de construção teórica – seja ela a psicologia, a sociologia, a ética, a teoria política[7], sejam

[5] KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl., Tübingen: Mohr, 2017, p. 135 = p. 213 da ed. de 1960: "Ein Großteil der unter der alten Verfassung erlassenen Gesetze bleibt, wie man zu sagen pflegt, in Geltung; doch ist dies ein unzutreffender Ausdruck. Wenn diese Gesetze als unter der neuen Verfassung in Geltung stehende anzusehen sind, so ist das nur darum möglich, weil sie von der revolutionären Regierung ausdrücklich oder stillschweigend unter der neuen Verfassung in Geltung gesetzt wurden. Was vorliegt, ist nicht völlig Neuschaffung von Recht, sondern Rezeption von Normen einerRechtsordnung durch eine andere [...]. Aber auch solche Rezeption ist Rechtserzeugung. [...]. Der Inhalt dieser Normen bleibt zwar derselbe, aber ihr Geltungsgrund, und nich nur dieser, sondern der Geltungsgrund der ganzen Rechtsordnung, hat sich geändert".

[6] Voto vogal no RE 466.343.

[7] KELSEN, nota 5, p. 1 = p. 1 da ed. de 1960



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

os próprio conceitos da doutrina jurídica, que não se confundem com as normas emanadas do legislador. Logo, a tese de que se está diante de recepção de normas não se prova por mera referencia à descrição teórica do fenômeno, mas só pode decorrer da demonstração de que as normas brasileiras em causa concretizam os pressupostos da recepção. O exame histórico e teleológico do que se passa com a EC 45 desautoriza sua subsunção ao conceito de recepção ou, em outras palavras, tal conceito doutrinário não reflete o fenômeno normativo nela ocorrido.

A EC 45 não parece haver determinado a recepção de tratados de direitos humanos com nível constitucional, por uma série de fatores.

Em primeiro lugar, porque ausentes o quadro geral em que se insere a ideia de recepção e, por consequência, o problema prático a ser por ela resolvido. A recepção ocorre quando se dá a substituição do fundamento de validade de toda a ordem jurídica, isto é, a troca de sua constituição, em momentos do colapso do sistema jurídico antigo, que dá lugar a um novo. As provas disso estão no trecho acima reproduzido; na introdução do capítulo, no qual *Kelsen* versa a recepção, "quando a existência da ordem jurídica integral e imediatamente apoiada na constituição – quer dizer, sua vigência – estiver em questão"[8] e nas cinco menções à revolução, em

[8] KELSEN, nota 7, p. 373-374 = p. 212 da ed. de 1960: ... wenn die Existenz der gesamten unmittelbar auf der Verfassung beruhenden Rechtsordnung – das heißt ihre Geltung – in Frage steht". Em rigor, seriam seis menções, pois também ele também alude a movimentos de massa e a golpes de Estado por minorias.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

cinco páginas[9]. O problema posto pelo caso está longe disso, porque o fundamento de validade da ordem brasileira, sob cuja eficácia se incorporam os tratados invocados, sempre foi a Constituição de 1988, ainda que acrescido do § 3º, de relevância para o caso. A teleologia da recepção não se põe necessariamente em causa aqui, porque mantido o sistema jurídico globalmente considerado. Afinal de contas os tratados aludidos não se assentam somente no art. 5º da CR, mas também na competência do Congresso Nacional e do Presidente da República; na conformidade, pelo menos, com a cláusula de eternidade da Constituição, nas regras de processo legislativo, para se ficar nas regras mais evidentes dos arts. 49, I, 57, 58, 60, § º, 61-69 e 84, VIII, da CR. Malgrado relevante para o debate, a inserção do art. 5º, § 3º, da CR nunca se comparará à total mudança da ordem jurídica nacional, a dar margem à necessidade de se evitar o caos decorrente da privação de validade e vigência da íntegra do direito infraconstitucional, que se quer evitar por meio da opção legislativa – e não meramente teórica – de se editarem normas na recepção. Até por possuir um dos mais extensos catálogos de direitos fundamentais individuais, coletivos, políticos e sociais do direito comparado, o constituinte derivado não parece ter visto como imperativo alçar ao nível constitucional os tratados nessa matéria. Em outras palavras, o fato de uma emenda constitucional ter deferido sua própria estatura a tratados aprovados por quórum qualificado não implica a conclusão de ter ela pretendido elevar atos anteriores da mesma espécie ao

[9] Tópico V, 34, *f*, sobre "legitimidade e efetividade", da *Teoria Pura do Direito*, nota 7, p. 373-377 = p. 212-216 da ed. de 1960.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

nível constitucional, porque ausente a teleologia da recepção – evitar-se o vácuo normativo.

E, mais importante, *Kelsen* descreveu a recepção como possibilidade teórica de fenômeno jurídico, mas nunca a imputou qualidades naturalísticas, ou seja, ocorrentes pelo simples fato de o fundamento de validade total de uma ordem jurídica ser substituído. Esse modo abreviado de se legislar ocorre, se houver tal opção pelo constituinte; no caso, o derivado da EC 45. E nada disso se vê em sua obra. A começar pelos critérios históricos e dos trabalhos legislativos da emenda: ela visou eliminar contenda doutrinária e jurisprudencial sobre a hierarquia dos tratados para o futuro, vale dizer, fixando critério formal de equiparação à emendas constitucionais, mas daí não se pode pretender que tenha elevado os tratados anteriores. A consulta ao art. 10 da EC 45 reforça esse entendimento, pois ali se ordenaram os efeitos prospectivos normais dessa espécie de ato. Não existe, assim, norma positiva a ordenar a recepção de normas internacionais anteriores com estatura privilegiada. Assim, como a manutenção dos tratados de direitos humanos anteriores, como normas ordinárias, nem de longe tem efeito caótico similar ao da desaparição de todo o direito infraconstitucional antecedente a 1988, não há motivo para, sem mais, supor-se que as regras aludidas se tenham elevado de grau normativo.

### 5.2. Conclusão parcial

A se manter a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o recurso extraordinário deve ser desprovido, pois os tratados inter-



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

nacionais invocados pelo recorrente não possuem estatura normativa suficiente à derrogação do art. 14, § 3º, V, da CR, expresso a respeito da filiação partidária como condição de possibilidade para candidaturas eleitorais.

### *6. Da solução crítica da jurisprudência vigente no STF: da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos incorporados à ordem brasileira antes da EC 45/2004*

A questão seguinte a ser examinada diz com a estatura dos tratados de direitos humanos incorporados antes do advento do art. 5º, § 3º, da CR, resultante da EC 45/2004. Está em causa, portanto, verificar o nível hierárquico dos tratados, em razão do § 2º da redação original do art. 5º.

No precedente básico do STF sobre o tema, a maioria do Tribunal parece ter adotado a tese do caráter "supralegal" dos tratados específicos sobre direitos humanos[10], enquanto a minoria defendeu o caráter constitucional desses pactos. A profunda discussão realizada no precedente não precisa ser de todo recapitulada aqui; basta enfrentar seus pontos centrais e eventualmente agregar-lhes alguma consideração nova.

A negação do caráter constitucional dos acordos internacionais sobre direitos humanos fundou-se basicamente em dois argumentos declinados pelo em. Ministro *Gilmar Mendes*, que adotou outro, do em. Min. *Sepúlveda Pertence*.

[10] RE 466.343, rel. Min. CEZAR PELUSO.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

### 6.1. De cautela metodológica preliminar quanto a certas críticas da jurisprudência atual do STF

Desde logo, parece adequado afastar argumentos em prol da solução do problema com recursos a cláusulas tão genéricas da Constituição como a opinião da doutrina do direito internacional ou ainda formulações com apoio no chamado bloco de constitucionalidade de outras constituições.

O motivo comum à rejeição de todos esses pontos normativo da estrutura das soluções com base neles arquitetadas. De categorias tão genéricas e desprovidas de maior embasamento normativo, pode-se extrair qualquer conclusão. Por todos, lembre-se da aguda observação de *Jestaedt*, no sentido da necessidade da distinção estrita entre as fontes do direito e as fontes de seu conhecimento, no que tange sobretudo a opiniões doutrinárias desconectadas das normas incidentes no caso: "o cientista [...] não produz direito, mas saber sobre o direito: a ciência gera saber, não direito"[11].

À luz de *Merkel* e *Kelsen*, o autor citado retoma velha distinção relativa entre a criação e a aplicação da norma, para reforçar que só se pode empregar método capaz de expressar inequivocamente a vinculação do juiz ao direito constitucional[12]. Isso já não se con-

[11] JESTAEDT, Matthias, *Die Verfassung hinter der Verfassung*, Padernborn: Ferdinand Schöningh, 2009, p. 23: "Der Wissenschaflter – und hier ist die deutsche Begriffsprägung äußerst exakt – produziert nicht Recht, sondern Wissen über Recht: Wissenschaft schafft Wissen, nicht Recht".

[12] JESTAEDT, Matthias. Richterliche Rechtsetzung statt richterliche Rechtsfortbildung. Methodologische Betrachtungen zum sog. Richterrecht. In:



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

segue, quando se opera com categorias teóricas, e não positivas, em detrimento da interpretação das normas incidentes no caso. Daí que o desfecho do caso tem como ponto de partida a regra específica em questão, à qual se devem acrescer dados sistemáticos e históricos.

O problema centra-se no sentido do art. 5º, § 2º, da CR, em sua redação original, isto é, quando ainda não acompanhado do § 3º.

### 6.2. Dos argumentos extraídos da superveniência da EC 45

Um dos três argumentos capitais declinado pelo precedente que reconheceu o caráter supralegal dos tratados aqui em causa tem natureza mista, a saber, composta de dado histórico com sistemático. O Tribunal raciocinou que o advento do § 3º indicaria a insuficiência do § 2º para deferir estatura constitucional aos tratados. Esse argumento é o centro dos votos vencedores do precedente básico do STF sobre o tema. Em contrapartida, curiosamente, há quem defenda o caráter apenas interpretativo do § 3º, a confirmar o que já estava em vigor entre nós, desde 1988.

Nenhuma das duas versões parece, *data venia*, correta.

---

BUMKE, Christian [Hrsg]. *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, p. 49-69 (p. 63 e 66).



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

### 6.3. Da insubsistência do caráter interpretativo do art. 5º, § 3º, da CR

Ainda que sem o caráter de prova definitiva, mas apenas indiciária da solução inversa, o ponto de vista do caráter interpretativo sofre um primeiro abalo pelo fato de o § 3º não ter derrogado o § 2º, na parte relativa aos tratados, como se lê no texto da EC 45. A coincidência de propósitos ou o intuito meramente explicitador do conteúdo do § 2º pelo § 3º levaria o constituinte derivado a eliminar a parcela do § 2º por ele supostamente interpretada[13]. Na verdade, a EC 45 modificou o sentido do § 2º, ao justapor-lhe o § 3º, com ainda se verá.

Menos sustentável ainda se mostra o caráter interpretativo, tendo em vista a inegável diferença de conteúdo entre a norma supostamente interpretada e a interpretativa.

Qualquer que fosse o sentido do § 2º antes da EC 45, não se lhe poderia imputar a virtualidade de impor o sentido do ulterior § 3º, a saber, o de que o quórum superlativamente qualificado atribuiria aos tratados a estatura de emenda constitucional. Na redação original da CR, o art. 5º, § 2º, até poderia ter o sentido de elevar os tratados antigos relativos a direitos humanos à condição de direito fundamentais, mas nunca pela imputação da necessidade do *quorum* qualificado do § 3º. Logo, não se trata de regra interpretativa.

[13] O óbice do art. 60, § 4º, IV, da CR não existiria, pois a suposta identidade entre ambas as normas afastaria a incidência da cláusula de eternidade



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

Ademais, antes da existência do § 3º, os tratados sempre foram aprovados por maioria simples, em virtude das regras expressas dos arts. 47 e 49, I, da CR. Portanto, não se está aqui na presença de regra confirmatória ou explicitadora de antecedente, quer seja ele o art. 5º, § 2º, quer seja o art. 47 da CR.

### 6.4. Da falhas do argumento acolhido pelo STF

Em sentido de todo oposto à tese anterior, o STF entendeu que a superveniência do § 3º seria prova segura – se não definitiva – de que o § 2º já não garantiria a incorporação dos tratados de direitos humanos, na qualidade de direitos fundamentais, na ordem interna.

Tampouco essa segunda alternativa pode ser reputada correta.

A tese não se sustenta, diante de obstáculo de ordem funcional, extraído dos arts. 2º, 44, 48 e 102 da CR. Atribuiu-se importância superlativa e decisiva ao modo pelo qual o legislador procurou resolver a dúvida interpretativa decorrente da redação original do art. 5º da CR. Dado que o constituinte derivado superou a polêmica hermenêutica, por meio da introdução do § 3º, passou-se diretamente à conclusão que o § 2º não garantiria a estatura constitucional aos tratados referidos.

Do ponto de vista da separação de poderes, contudo, parece claro que apenas o Judiciário – especialmente o STF – haveria de resolver o problema, até porque a questão jurídica já se tinha posto em milhares de processos. Embora formalmente o STF tenha arbitrado a controvérsia, na verdade, o juízo sobre o tema adveio da



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

concepção legislativa para a superação do problema. Em certa medida, o STF também reconheceu à EC 45 efeitos interpretativos, malgrado em sentido oposto ao da corrente criticada no tópico anterior. O defeito mais grave desse modo de proceder está, contudo, na ilegítima translação da competência do Judiciário, especialmente do próprio STF, para a interpretação final da Constituição. Ao não examinar por si mesmo a redação original da Constituição, mas ao lê-la por intermédio da emenda constitucional, o STF delegou informalmente ao Congresso Nacional a tarefa de fixar o sentido de um dos pontos essenciais do texto constitucional – as regras de funcionamento de seu sistema de direitos fundamentais. Tal atitude, contudo, não é válida, como se vê na própria jurisprudência do STF sobre a defesa da competência judicial, em face de investidas até do Legislativo.

Em precedente notável, o Tribunal decidiu não ser dado ao Legislativo a prerrogativa de anular leis, por meio da ulterior edição de ato normativo, porque o controle de sua constitucionalidade – com a sanção de nulidade – é tarefa exclusiva do Judiciário[14].

[14] Eis o trecho pertinente da ementa da ADI 221, rel. Min. MOREIRA ALVES: "Ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória. Revogação. Pedido de liminar.

- Por ser a medida provisória ato normativo com força de lei, não e admissível seja retirada do congresso nacional a que foi remetida para o efeito de ser, ou não, convertida em lei.

- Em nosso sistema jurídico, não se admite declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo com força de lei por lei ou por ato normativo com força de lei posteriores. O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do poder Judiciário. Os poderes executivo e legislativo, por sua chefia – e isso mesmo tem sido questionado



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

O Congresso Nacional pode revogar leis, mas não lhes declarar a invalidade, por contradizerem a Constituição. Num período de crescentes críticas ao ativismo judicial, eis aí, *data venia*, um exemplo de imprópria delegação da função jurisdicional, sob as vestes de julgamento.

Defeito igualmente grave da tese derivada do advento do § 3º consiste em retroativamente se transformar a solução parlamentar para o estado de dúvida sobre o conteúdo do § 2º no sentido dessa norma, a ser pesquisado por meio da interpretação. Do fato de o Congresso Nacional ter solucionado o anterior impasse hermenêutico acerca do § 2º, por meio do acréscimo do § 3º, não autoriza lógica nem juridicamente a conclusão de que a norma antiga tinha esse ou aquele sentido. O advento do § 3º serve à interpretação dele mesmo[15], mas não esclarece – definitivamente – o sentido do § 2º. Na melhor das hipóteses, a superveniência do § 3º dá pista sobre o sentido que o Legislativo atribuía ao § 2º, antes da EC 45, mas nada diz respeito do próprio significado da norma, não se mostra impositivo ao Judiciário nem dispensa o Tribunal de verificar, por seu próprio exame direto, o conteúdo da norma mais antiga, no contexto da redação original da Constituição.

A impropriedade de se imputar ao § 2º sentido extraído do advento do § 3º fica bastante clara pelo modo pelo qual se empregou

com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade –, podem tão só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais. [...]".

[15] Cf. o item 5.1.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

o critério de interpretação genético, isto é, relativo aos trabalhos legislativos originadores da norma[16]. Ao invés de se utilizarem os anais da constituinte, para deles extrair o sentido do art. 5º, § 2º, da CR, buscou-se apoio na tramitação legislativa da EC 45, que lhe acresceu o § 3º. Deu-se aí hibridismo impróprio. Enquanto a interpretação histórica opera com textos normativos, isto é, com o vigente e o antes em vigor, o critério genético baseia-se em textos não normativos, a saber, os trabalhos legislativos da norma a ser interpretada[17]. O precedente, contudo, usou a matéria-prima do parâmetro genético do § 3º para realizar a interpretação alegadamente histórica do § 2º.

A incongruência apontada indica, na verdade, a existência de outra, ainda mais comprometedora do resultado. O argumento histórico procura explicar o sentido de norma hoje em vigor, a partir do exame de normas outrora eficazes. Ocorre que o precedente inverteu ao ordem desse raciocínio, em história cronologicamente invertida, ou seja, procurou explicar o passado a partir do presente. Do fato de a EC 45 ter incorporado o § 3º à Constituição não se segue que o panorama normativo pré-existente fosse realmente o imaginado pelo autor da regra nova.

Ademais, nada indica que o § 3º tenha sido editado com intuito diverso da superação, apenas para o futuro, da controvérsia acerca da interpretação do § 2º, sem a pretensão de canonizar seu

[16] Cf., por todos, MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*, 7. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 245, nº 360.

[17] MÜLLER, ob. e loc. cit. na nota 16.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

sentido, também em relação ao passado, como seu viu acima[18]. Da circunstância de a EC 45 ter resolvido, a seu modo, o problema, em relação às novas convenções votadas pelo quórum exigente, não se segue que deva ser aplicada, por igual, aos casos ocorridos antes de sua vigência. A EC 45 apenas disciplina o assunto depois dela.

Em síntese, quer num sentido, quer noutro, o § 3º não deve ser considerado norma meramente interpretativa do sistema antecedente. A inovação nele contida é evidente e, por isso, de eficácia prospectiva. Os fatos ocorridos entre o início da vigência da Constituição de 1988 e o da EC 45/2004, em especial a recepção dos tratados antigos, haverão de merecer exame autônomo do STF.

A determinação do sentido do art. 5º, § 2º, da CR, ao tempo em que inexistente o § 3º, só pode advir do exame direto daquela norma, considerada em seu contexto original, que se passa a realizar.

### 6.5. Do sentido original do art. 5º, § 2º, da CR

A dificuldade inicial na fixação do sentido do § 2º decorre da imprecisão relativa que terminou por prevalecer em sua redação – "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".

[18] Cf. o item 5.1, acima.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

O teor literal da norma interpretada não leva de modo direto à conclusão de que os direitos subjetivos deferidos aos particulares, em tratados, possuam a estatura de direitos fundamentais, embora se admita o surgimento, na ordem brasileira, de direitos decorrentes dos tratados. Nela apenas se determina que os tratados podem conferir direitos aos brasileiros e aos aqui residentes que não se contenham na ordem jurídica nacional.

Sobretudo porque as exigências de segurança jurídica típicas de ramos como os direitos penal e tributário, não se justifica o apego à literalidade da redação original do art. 5º, § 2º, da CR. Critérios hermenêuticos outros devem ser considerados aqui.

O ponto de partida da reflexão a ser desenvolvida para a determinação do sentido da norma em causa prece ser o critério sistemático de interpretação. O art. 5º, § 2º, da CR seria de todo expletivo, caso se lhe atribua apenas a função de permitir que tratados internacionais defiram direitos subjetivos aos residentes nos Estados que os pactuaram. Isso já decorre dos arts. 49, I, e 84, VII, e 109, II, e § 5º, da CR e do art. 52 do ADCT, que não limitam o conteúdo dos tratados, mas, ao contrário, são, em sua maioria, normas de competência, isto é, atributivas de poderes para a edição de normas de qualquer conteúdo, desde que compatíveis com a própria Constituição. Portanto, não se precisaria do § 2º para dizer o que já resulta das normas aludidas – o Brasil pode celebrar tratados, por cujo meio defira direitos a quem nele reside. Se já não bastasse a clareza dessas normas, haveria de se levar em conta o art. 4º, par. único, da CR, segundo o qual o Brasil deve buscar a integração econômica, política, social e cultural dos povos da



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações". Parece impossível – ou quase – pensar-se na integração econômica e política de países, sem atribuir a seus habitantes direitos subjetivos em tratados. Logo, o art. 5º, § 2º, deve ter sentido diverso de apenas confirmar as demais possibilidades de outras normas.

Pista sobre isso pode obter-se por meio da interpretação genética do texto do § 2º. A solução da dúvida poderia ser em muito facilitada, se o texto do § 2º tivesse, afinal, mantido o termo "declarações de direitos", pois tais termos possuem longeva tradição jurídica a significar inequivocamente listas de direitos básicos de todos os seres humanos, como se vê nas clássicas declarações das colônias inglesas antecedentes da Constituição norte-americana, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, de 1789, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1945, para ficar nos exemplos mais notórios. Desde o Anteprojeto do Relator da Constituinte até as primeiras fases da assembleia, o § 2º referia-se às "declarações de internacionais", em prova de que se tinha em mente deferir-se ao brasileiros e aos residentes no País direitos constantes de tratados nos quais se instituíam tais franquias[19]. Então, similares direitos haveriam de ter a mesma estatura daqueles inscritos nos incisos do art. 5º, em virtude da identidade de estrutura, propósitos e inserção sistemática da norma. Após alguma variação redacional, contudo, terminou-se por substituir a locução "declarações internacionais" pela expressão

[19] Sobre as resoluções da ONU e mais atos internacionais providos apenas da estatura de direito costumeiro, cf. a nota 35.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

"tratados internacionais"[20]. Por consequência, ainda que alteradas as palavras, o intuito da ANC parece não ter sido apagado, quando se vê a história do texto que produziu – os direitos humanos ou fundamentais reconhecidos em pactos externos incorporam-se à ordem nacional, nessa qualidade.

A inserção da norma constitucional de recepção dos direitos decorrentes de pactos internacionais, precisamente no capítulo dos direitos fundamentais, parece indicativo seguro de que se desejou deferir-lhes igual dimensão normativa. Além de tornar o § 2º dispensável, a tese da simples incorporação dos direitos convencionais com a estatura de lei ordinária, da velha doutrina prevalente entre nós, haveria de levar a uma solução topográfica diversa da encontrada pela ANC. Estivesse em causa apenas a atribuição do raso nível hierárquico da lei ordinária, bastaria inserir a regra, por exemplo, no rol das normas editáveis pelo Legislativo apontadas ou como parágrafo do art. 59 ou do art. 61 da CR. Seria mera norma de paridade normativa, aposta ao trecho da Constituição afeto à elaboração de atos normativos. O deslocamento da norma do § 2º para o capítulo dos direitos fundamentais revela que o nível hierárquico deles se comunica aos tratados sobre direitos humanos, desde a redação original da CR.

Mais importante é o aspecto teleológico do problema, identificado em precedente do STF e na doutrina[21]. Os direitos funda-

[20] LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Raphael. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal, 2013, p. 86, sequência 132.

[21] HC 79.785, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; na doutrina, cf., por todos,



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

mentais mostram sua verdadeira utilidade, quando necessária a contenção de maiorias legislativas, e não propriamente em relação ao Executivo, cuja atividade prejudicial à liberdade pode ser remediada, inclusive pela *lex mellius* retroativa, em decorrência da maioria simples no Legislativo. Daí que direitos fundados em pactos internacionais revocáveis pela maioria que os editou são de escassa ou nula utilidade, justamente nos momentos em que mais necessários, ou seja, nas investidas das maiorias contra as minorias.

A negação do nível constitucional aos tratados internacionais anteriores à EC 45 abole até a mais modesta proteção conferida pelos direitos neles garantidos – a garantia contra atos do Executivo. Isso parece não ter sido adequadamente considerado nos precedentes aludidos. Nem nos teóricos que se dedicaram ao problema. A melhor doutrina nota que a extinção dos tratados não obedece à ideia do distrato do direito civil, segundo a qual o desfazimento de certo ato segue o rito de sua formação. Ao contrário, a manutenção da vigência dos tratados internacionais depende da conjugação atual de duas vontades políticas, na ordem política brasileira: a do Legislativo e a do Executivo[22]. Do fato de que os direitos humanos nacional e internacionalmente reconhecidos são

---

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Os direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais em matéria de direitos humanos - revisitando o tema. *In*: CICCO FILHO, Alceu José; VELLOSO, Ana Flávia Penna; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *Direito internacional na Constituição*: estudos em homenagem a Francisco Rezek. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 265-291 (283-284), com referência a obra anterior.

[22] Cf., por todos, REZEK, Francisco. *Direito dos tratados*. 1. ed., Rio de Janeiro, 1984, p. 501 e segs., nº 419.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

poderes outorgados aos particulares em oposição ao Estado[23], segue-se a inutilidade dos direitos dessa índole, se colocados mesmo à disposição do Executivo. Teriam, então, eficácia menos reforçada do que as garantias legais ordinárias, das quais o Executivo não se pode afastar.

Do ponto de vista histórico, já se notou que a diferença entre a Carta de 1969 e a Constituição de 1988, no tema examinado, consiste justamente em haver acrescido a abertura do sistema vigente aos tratados[24].

A diferença textual apontada tem importância, mas cede passo em relevo a outro aspecto do problema, até aqui aparentemente não explorado: é preciso considerar toda a história do § 2º e de seus antecedentes brasileiros, porque dela se extrai argumento fundamental para a determinação de seu sentido.

Desde a Constituição de 1891, não há dúvidas de que os direitos decorrentes dos sistemas constitucionais sucessivamente adotados pelo País possuem estatura constitucional, e não meramente legal ou de natureza ainda inferior. Ao comentar o art. 78 da CR de 1891, o clássico *João Barbalho* notava: "outras garantias, além das

[23] Segundo a fórmula deliberadamente concisa de *Pieroth* e *Schlink* , nisso está "o conceito comum dos direitos fundamentais [da Lei Fundamental alemã]: eles são direitos do indivíduo e obrigam o Estado" (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. 26. ed., Heidelberg: Müller, 2010, p. 14, n. 45: "Fasslich wird dabei der *gemeinsame Begriff* der Grundrechte: Sie sind Rechte des Individuums und verpflichten den Staat").

[24] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos* e direito constitucional internacional. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

mencionadas nos arts. 72 e seguintes, são asseguradas pela Constituição, como corolários da fórma de governo por ella estabelecida e de seos principios fundamentaes"[25]. Portanto, é a própria Constituição a fonte de tais direitos, ao invés de permitir que outras normas os estatuam, embora com inferior hierarquia. O *status* constitucional dos direitos implícitos pareceu de evidência absoluta a *Pontes de Miranda*, ao explicar a Carta de 1967, com a EC 1/1969. Observou ele que a vedação à concessão de privilégios da Carta de 1934 impedia discriminações decorrentes de nascimento, profissões, classe social e riqueza. Dado que tais critérios mencionados na Carta de 1934 não foram repetidos na de 1967, tornou-se preciso "saber se a *omissão* constitui exclusão, ou se os princípios insertos na 2ª parte do art. 113, 1), resultam 'do regime e dos princípios' constantes da Constituição de 1967. A resposta tem de ser afirmativa. Qualquer das *limitações* que a lei fizesse, pelo fato do nascimento, do sexo, da raça, da profissão própria ou dos pais, classe social, riqueza, crença religiosa ou política, ofende, de frente, o *princípio da isonomia*, que a Constituição de 1967 pôs antes de todos (art. 153, § 1º)"[26]. "Que à República repugna a existência de privilégio por motivo de nascimento, nenhuma dúvida existe"[27]. Daí que "seria inconstitucional a lei que distinguisse os brasileiros naturalizados nascidos na Alemanha e os Brasileiros naturalizados

[25] BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira: comentários*. Brasília: Senado Federal, 1992, p. 344.

[26] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 5, p. 660.

[27] PONTES DE MIRANDA, ob. cit. na nota 26, p. 660.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

nascidos na França, na Itália, ou na Inglaterra, ou nos Estados Unidos da América, ou na Rússia"[28]. Somente a estatura constitucional dos direitos implícitos permitiria a conclusão da invalidade da lei que com ele colidisse. Ainda durante a vigência da Carta de 1969, a doutrina de *Celso de Mello* não deixava dúvida acerca do caráter constitucional das "*liberdades residuais, inominadas, implícitas* ou *decorrentes*, as quais, a despeito de não enunciadas ou especificadas na Carta Constitucional, resultam do regime e dos princípios que ela adota"[29]. Entre tais direitos, incluía o hoje em. Decano no STF a presunção de inocência, a cujo respeito escreveu: "esse direito do acusado, embora não conste *expressamente* do texto de nossa Carta Política, tem assento no preceito analisado [o art. 153, § 36]. A lei não pode, em face desse princípio, atribuir à denúncia do MP consequências jurídicas apenas compatíveis com o decreto judicial de condenação definitiva"[30]. E prossegue, no que interessa ao caso: "o STF se pronunciou nesse sentido e declarou a *inconstitucionalidade* de diploma legislativo que atribuía ao recebimento judicial da denúncia os seguintes efeitos [...]"[31]. Se os direitos decorrentes não tivessem dignidade constitucional, nenhuma lei poderia ter sido declarada inválida, por deles discreparem.

Logo, a presença dos direitos dos tratados ao lado dos direitos constitucionais decorrentes do sistema na mesma norma prova

[28] PONTES DE MIRANDA, ob. cit. na nota 26, p. 660.

[29] MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1986, p. 490.

[30] MELLO, ob. cit. na nota 29, p. 491.

[31] MELLO, ob. cit. na nota 29, p. 491.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

que os direitos humanos decorrentes de ambas as fontes têm a mesma estatura – a constitucional.

### 6.6. De uma objeção superável: a segurança jurídica

Um dos fundamentos do precedente básico do STF para rechaçar a estatura constitucional dos tratados sobre direitos humanos tem que ver com a segurança jurídica. A dispersão dos direitos fundamentais por diversos diplomas jurídicos geraria dificuldade em sua identificação. A isso se pode responder por vários meios.

Mecanismos processuais como as súmulas vinculatórias ou não, o recurso extraordinário dotado de repercussão geral, a ação por descumprimento de preceito fundamental e mesmo certos aspectos das ações diretas de constitucionalidade e sua reversa são mecanismos aptos a pôr fim, com eficácia ampla, a eventuais dúvidas surgidas com a celebração de pactos internacionais entre 1988 e 2004. Embora claramente interesse ao Estado de direito do art. 1º da CR, a segurança jurídica não parece ir ao ponto de obstar a proteção em grau mais elevado das convenções internacionais, pois só essa estatura a protegeria dos avanços legislativos em sentido contrário, como bem notado nos debates havidos no STF. Sempre decorrentes da aprovação do ato internacional pelo Legislativo, as convenções falhariam em proteger os cidadãos dos poderes do Estado, o sujeito obrigado, por excelência, se não único dos direitos fundamentais.

Além disso, o argumento da segurança jurídica decorrente da reunião das normas constitucionais, num só texto jurídico, não tem, entre nós, o mesmo peso que na Lei Fundamental alemã, da



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

qual extraído, em conjunto com a solução do nível apenas supralegal dos tratados internacionais. No direito alemão, o argumento da segurança de unidade textual está expresso no art. 79 da Lei Fundamental, de modo que se mostra capaz de exercer alguma influência na interpretação do art. 25, segundo o qual "as regras gerais do direito internacional público são parte do direito federal. Elas preferem as leis e criam imediatamente direitos e deveres para os habitantes do território federal"[32]. "A Lei Fundamental somente pode ser modificada por uma emenda que expressamente modifique ou complemente o teor literal da Lei Fundamental", determina seu art. 79, 1. A exacerbação do argumento da segurança jurídica, no ponto, decorre de regra constitucional expressa naquele direito positivo.

Não assim no Brasil, embora desde a Carta de 1967, passando pela de 1969 e chegando à Constituição de 1988, tenha-se tornado saudável a prática entre nós de incorporar aos textos permanentes as mudanças decorrentes de emendas e atos de força equivalente, ao contrário do que sucedia com algumas das caóticas alterações da Constituição de 1946. Ainda hoje, contudo, extravagam em emendas constitucionais sua disciplina transitória complexa e insuscetível de figurar no ADCT, de que é arquetípica a EC 20/1998 sobre a previdência social. Mesmo no domínio dos direitos fundamentais decorrentes de emendas, não se integrou ao texto permanente o único tratado até aqui aprovado nos termos do art. 5º, §

[32] "Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes".



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

3º, da CR – a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência. O constituinte brasileiro não reputou ocorrer entre nós a má experiência da Constituição de Weimar, no particular, que se encontra na origem do art. 79, 1, da Lei Fundamental, por exemplo[33]. A ideia da segurança jurídica decorrente da unidade da base documental da Constituição brasileira não é regra constitucional de validade das emendas, ao contrário do que sucede na Alemanha.

Logo, o intuito de permitir – quando não, de incentivar – a criação de novos direitos em prol dos habitantes do Brasil, inequívoco no art. 5º, § 2º, da CR, não encontra o óbice formal estrito do direito comparado, motivo pelo qual não deve ser postergado, em nome da segurança jurídica.

### 6.7. Da conclusão relativa ao caráter constitucional dos pactos internacionais incorporados antes da EC 45 na forma do art. 5º, § 2º, da CR

Resta ver as consequências da aceitação da premissa acima desenvolvida de que os tratados relativos aos direitos humanos, desde que incorporados ao direto nacional entre 5.10.1988 e a entrada em vigor da EC 45/2004, têm estatura de emendas à Constituição, por força do art. 5º, § 2º, da CR.

De modo mais preciso, cabe notar se os atos internacionais invocados pelos recorrentes atendem às exigências do referido §

[33] HILLGRUBER, Christian. In: SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno; BROCKMEYER, Hans Bernhard; HOFFMANN, Hans. *GG. Kommentar zum Grundgesetz*. 11. Aufl., München: Heymann. 2008, p. 1666.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

2º. Adianta-se não ser o caso de todos eles, como se passa a demonstrar.

## *7. Do fundamento na Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU*

Pretende-se que o pedido seja amparado na seguinte norma da Declaração Universal de Direitos do Homem foi assinada pelo Brasil na mesma data em que proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas – 10.12.1948:

> Artigo 21
>
> 1. Todo ser humano tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
>
> 2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
>
> 3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto[34].

A tese não procede, por mais de um fundamento. A declaração em causa não é um tratado, nos termos do art. 5º, §§ 2º ou 3º, da CR. Certas partes do referido ato vigem, quando muito, como normas de direito costumeiro internacional[35]. E, como tal, certa-

[34] https://nacoesunidas.org/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/

[35] Cf., por todos, HEINEGG, Heintschel von. *In*: IPSEN, Knut. *Völkerrecht*. 5.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

mente careceriam da estatura equivalente, no direito interno, a regras de direito constitucional. Seriam certamente inferiores a tal plano e, portanto, não poderia derrogar a norma expressa do art. 14, § 3º, V, da CR.

Não fosse isso, cuida-se de ato subscrito pelo Estado brasileiro ainda em 1948, ou seja, quadro décadas antes de promulgada a Constituição de 1988. Sem discutir se a regra aludida teria o alcance pretendido pelos recorrentes, ainda que o tivesse, jamais teria sido recebida na ordem brasileira da Constituição da República vigente, por sua manifesta incompatibilidade com o art. 14, § 3º, V, da CR. Na melhor das hipóteses, só haveria sentido em se invocar o art. 5º, §§ 2º ou 3º, da CR, em relação a tratados internacionais admitidos na ordem nacional após 5.10.1988, nunca para os

---

Aufl., München: Beck, 2004, § 16, p. 221, nº marginal 23: "*Deliberações da Assembleia Geral das Nações Unidas.* Declarações e resoluções da Assembleia Geral das ONU não são coercitivas para os Estados-membros. Elas são meras recomendações (cf. art. 10 e seg., 13 e seg. da Carta da ONU) nem devem ser consideradas fontes do direito internacional público. [...]. As deliberações da Assembleia Geral das Nações Unidas, assim como de outras organizações internacionais, podem, contudo, levar ao surgimento de direito internacional público costumeiro, na medida em que os Estados se orientem por elas, de modo 'extenso e virtualmente uniforme'" ("*Entschließungen der Generalversammlung der Vereinten Nationen.* Deklarationen und Resolutionen der UN-Generalversammlung bewirken keinen Befolgungszwang für die UN-Mitgliedstaaten. Sie sind lediglich Empfehlungen (vgl. Art 10f., 13f UN-Charta) und sind nicht den Völkerrechtsquellen zuzuordnen [...]. Die Entschließungen der Generalversammlung der Vereinten Nationen sowie anderer Internationaler Organisationen können jedoch dadurch zur Entstehung Völkergewohnheitsrecht Normen führen, daß sich die Staaten – "extensive and virtually uniform" – danach richten").



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

antecedentes. Se a regra constitucional, originária e expressa é posterior ao ato internacional e determina a filiação partidária, segue-se que  a regra a declaração aludida nem sequer foi recebida em nosso direito. Não se dá, nessa hipótese, a recepção do tratado anterior, na ordem posterior. Afinal de contas, *Kelsen* já demonstrou, com inteira razão, que a recepção de normas anteriores no sistema jurídico novo depende de sua concordância material com a Constituição nova. Ao contrário do que normalmente se diz, as normas anteriores à Constituição nova não permanecem válidas, sob a nova, mas há substituição de seu fundamento de validade; elas passam a retirar sua validade da nova Constituição[36]. Não tem nenhum sentido supor que o constituinte originário tenha criado simultaneamente duas normas contrapostas: uma delas, por meio da edição do art. 14, § 3º, V, da CR, impondo a filiação partidária, para alguém poder ser votado, e outra, dispensando-a, por meio do mecanismo da recepção.

Deve-se concluir, portanto, que o constituinte determinou o cumprimento da exigência expressa de filiação partidária, inserta no texto constitucional, em detrimento da recepção da suposta norma em sentido oposto. Daí a desnecessidade de se verificar se, de fato, há a contradição entre ambas, isto é, se a regra internacional é costumeira e tem o alcance defendido pelos recorrentes.

Portanto, o recurso não pode ser provido, se considerado o fundamento da Declaração de Direitos da ONU.

[36] Cf. KELSEN, na nota 5.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

## 8. *Da Convenção de Viena sobre Tratados*

Já a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados foi promulgada pelo Dec. 7.030, de 14.12.2009. As normas discutidas têm a seguinte redação:

> Artigo 27
>
> Direito Interno e Observância de Tratados
>
> Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.
>
> Artigo 46
>
> Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados
>
> 1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.
>
> 2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé.

A referida convenção não pode ser reputada norma de estatura constitucional derivada, porque não foi aprovada pela forma do art. 5º, § 3º, da CR. Incorporada ao direito interno, em 2009, isto



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

é, após a EC 45, não se submeteu ao quórum qualificado ali referido.

Pode ter sido incorporada na forma do art. 5º, § 2º, da CR, após a EC 45, de modo que terá, por essa circunstância nível hierárquico inferior à Constituição e, portanto, nunca lhe derrogaria a norma do art. 14, § 3º, V, da CR.

Ademais, o pedido não pode ser atendido com tal fundamento, pois a Convenção de Viena não é tratado sobre direitos humanos, ainda que suas normas se possam coligar a regras sobre tal assunto.

O caráter especial do § 2º anterior à EC 45 e do § 3º após ela demonstra impede que se atribua o efeito drástico ali previsto a normas internacionais que não versem sobre o tema lá especificado, mas apenas o complementem, de modo ocasional.

Logo, a Convenção de Viena não parece valer entre nós com estatura constitucional, indispensável ao provimento do recurso.

### *9. Do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*

Os recorrentes também invocam o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi ratificado pelo Dec. 592, de 6.7.1992. A norma discutida é a seguinte:

> Artigo 2º
>
> 1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos re-



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

conhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

Artigo 25

Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas:

a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;

b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;

c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

A chave para a interpretação do art. 25 reproduzido parece estar no conceito de "discriminação", constante do art. 2º do tratado. Discriminação tem o sentido de exigência arbitrária, ou seja, privada de motivo racional para seu estabelecimento. Não por acaso, a vedação de discriminação de "outra natureza" encerra a lista de fatores que não guardam nenhuma razão substancial para o alijamento de alguém da capacidade eleitoral passiva. Admitir outro sentido para o termo seria endossar a possibilidade de que alienados mentais, por exemplo, pudessem ser eleitos, na medida em que o art. 14, § 3º, da CR não lista a capacidade mental como con-



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

dição de elegibilidade, nem como causa excludente da cidadania, do *caput* do art. 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Partidos políticos densos cumprem a relevante função de contribuir para a formação da unidade política do Estado, legitimando-o, do ponto de vista majoritário[37]. Com sua atuação no campo da pré-formação da vontade política estatal, promovem a coesão social, na exata medida em que suas perspectivas eleitorais só aumentam, se conseguirem superar interesses particulares, em proposta de equilíbrio dos diversos vetores da sociedade, em apoio de largo espectro[38]. Ademais, são corpos intermédios de legitimação do poder estatal, funcionado como cadeia de legitimidade entre o povo e os governantes[39].

Dado que sobejam motivos racionais para a exigência de filiação partidária do art. 14, § 3º, V, da CR, percebe-se não haver discriminação vedada pelo referido tratado internacional.

## *10. Do Pacto de São José*

O Pacto de São José da Costa Rica foi promulgado pelo Dec. 678, de 6.11.1992. Os dispositivos discutidos determinam:

[37] HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 15. Aufl., Heidelberg: C F Müller Juristischer Verlag, 1985, p. 55-56, nº marginal 142,.

[38] HESSE, nota 37, p. 59, nº marginal 151.

[39] HESSE, nota 37, p. 67, nº marginal 169.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

Artigo 23

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

a) de participar da direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;

b) de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e

c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

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

Artigo 29

Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qual-



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

quer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e

d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Os recorrentes parecem ter razão aqui, ao defenderem o ponto de vista de que o conflito entre o art. 14, § 3º, V, da CR e o art. 23, inc. 1, *b*, c/c o inc. 2, do Pacto de São José deve ser resolvido em favor da norma de direito internacional. Em especial quando se lê o inc. 2, percebe-se que a filiação partidária não consta dos motivos pelos quais se pode restringir a participação de candidatos em eleições americanas.

Apesar da relevância dos partidos políticos para o processo democrático[40], o art. 60, § 4º, II, da CR não incluiu os partidos na cláusula de eternidade da Constituição de 1988. Ao contrário, nesse aspecto da organização social brasileira, a Constituição só declarou a salvo de mudanças o "voto direto, secreto, universal e periódico". Logo, não parece haver incompatibilidade entre a norma internacional aludida e as restrições a emendas constitucionais ou à incorporação do pacto aludido na ordem brasileira. Daí que os partidos representados no Congresso Nacional abriram mão, vali-

[40] Cf. a nota 37 e segs.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA

damente, da função de organizações intermédias exclusivas entre governantes e governados, ao terem aprovado o Pacto de São José.

Nessa medida, o pedido dos autores parece procedente.

## *11. Conclusão*

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do recurso extraordinário ou, caso superada a preliminar, por seu provimento.

Brasília, 1º de outubro de 2017.

Odim Brandão Ferreira
Subprocurador-Geral da República

**Aprovo:**

**Raquel Elias Ferreira Dodge**
**Procuradora-Geral da República**



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 02/10/2017 14:50. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 9039FA8A.67987B02.0754243B.998C98CA