

**VOTO – MS nº 0601453-16**

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DESTITUIÇÃO DE COMISSÃO PROVISÓRIA. ATO DO PRESIDENTE DO DIRETÓRIO NACIONAL DO PARTIDO REPUBLICANO DA ORDEM SOCIAL (PROS) COM EFICÁCIA RETROATIVA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL. DISSOLUÇÃO OCORRIDA APÓS AS CONVENÇÕES PARTIDÁRIAS. IMPACTOS INEQUÍVOCOS E IMEDIATOS NO PRÉLIO ELEITORAL. NECESSIDADE DE REVISITAR A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. DIVERGÊNCIAS INTERNAS PARTIDÁRIAS, SE OCORRIDAS NO PERÍODO ELEITORAL, COMPREENDIDO EM SENTIDO AMPLO (*I.E.*, UM ANO ANTES DO PLEITO), ESCAPAM À COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM, ANTE O ATINGIMENTO NA ESFERA JURÍDICA DOS *PLAYERS* DA COMPETIÇÃO ELEITORAL. ATO DE DISSOLUÇÃO PRATICADO SEM A OBSERVÂNCIA DOS CÂNONES JUSFUNDAMENTAIS DO PROCESSO. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (*DRITTWIRKUNG*). INCIDÊNCIA DIRETA E IMEDIATA DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO (CRFB/88, ART. 5º, LIV E LV). CENTRALIDADE E PROEMINÊNCIA DOS PARTIDOS POLÍTICOS EM NOSSO REGIME DEMOCRÁTICO. ESTATUTO CONSTITUCIONAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS DISTINTO DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS. GREIS PARTIDÁRIAS COMO INTEGRANTES DO ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO ESTATAL, À SEMELHANÇA DA UBC. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. PEDIDO LIMINAR DEFERIDO.

1. A Justiça Eleitoral possui competência para apreciar as controvérsias internas de partido político, sempre que delas advierem reflexos no processo eleitoral, circunstância que mitiga o postulado fundamental da autonomia partidária, *ex vi* do art. 17, § 1º, da Constituição da República – cânone normativo invocado para censurar intervenções externas nas deliberações da entidade –, o qual cede terreno para maior controle jurisdicional (Precedente: TSE – ED-AgR-REspe nº 23913, Min. Gilmar Mendes, 26/10/2004).

2. Os atos *interna corporis* dos partidos políticos, quando potencialmente revelem riscos ao processo democrático e lesão aos interesses subjetivos envolvidos (suposto ultraje a princípios fundamentais do processo) não são imunes

ao controle da Justiça Eleitoral, sob pena de se revelar concepção atávica, inadequada e ultrapassada: em um Estado Democrático de Direito, como o é a República Federativa do Brasil (CRFB/88, art. 1º, *caput*).

3. As discussões partidárias não podem situar-se em campo que esteja blindado contra a revisão jurisdicional, adstritas tão somente à alçada exclusiva da respectiva grei partidária, porquanto insulamento extremo é capaz de comprometer a própria higidez do processo político-eleitoral, e, no limite, o adequado funcionamento das instituições democráticas.

4. O *processo eleitoral*, *punctum saliens* do art. 16 da Lei Fundamental de 1988, em sua exegese constitucionalmente adequada, deve ser compreendido em seu sentido mais elástico, iniciando-se um ano antes da data do pleito, razão pela qual qualquer divergência partidária interna tem, presumidamente, o condão de impactar na competição eleitoral.

5. A dinâmica eleitoral não se inicia apenas formalmente na convenção partidária: há movimentos políticos de estratégia que ocorrem antes, pela conjugação e harmonização de forças, como é notório, e *notoria non egent probationem*, por isso que esse fato não pode ser simplesmente desconsiderado na identificação da razão subjacente ao art. 16.

6. A *mens legis* do art. 16 da Constituição de 1988 proscree a edição de *normas eleitorais ad-hoc* ou de *exceção*, sejam elas de cariz *material* ou *procedimental*, com o propósito de obstar a deturpação casuística do cognominado *devido processo legal eleitoral*, capaz de vilipendiar a igualdade de participação e de chances dos partidos políticos e seus candidatos.

7. Os partidos políticos, mercê da proeminência dispensada em nosso arquétipo constitucional, não gozam de *imunidade* para, a seu talante, praticarem barbáries e arbítrios entre seus Diretórios, máxime porque referidas entidades gozam de elevada envergadura institucional, posto essenciais que são para a tomada de decisões e na própria conformação do regime democrático.

8. A autonomia partidária, postulado fundamental inculcado no art. 17, §1º, da Lei Fundamental de 1988, *manto normativo protetor* contra ingerências estatais canhestras em domínios específicos dessas entidades

(e.g., estrutura, organização e funcionamento interno), não imuniza os partidos políticos do controle jurisdicional, a ponto de erigir uma barreira intransponível à prerrogativa do Poder Judiciário imiscuir-se no equacionamento das divergências internas partidárias, uma vez que as disposições regimentais (ou estatutárias) consubstanciam, em tese, autênticas normas jurídicas e, como tais, são dotadas de imperatividade e de caráter vinculante.

9. O estatuto partidário denota *autolimitação voluntária* por parte da grei, enquanto produção normativa endógena, que traduz um pré-compromisso com a disciplina interna de suas atividades, de modo que sua violação habilita a pronta e imediata resposta do ordenamento jurídico.

10. A jurisdição mais incisiva se justifica nas hipóteses em que a disposição estatutária, supostamente transgredida, **densificar/concretizar diretamente um comando constitucional.**

11. *In casu*, a destituição da Comissão Provisória municipal do Partido Republicano da Ordem Social (PROS), com data retroativa, ocorreu na indigitada *fase pré-eleitoral*, o que pode repercutir na escolha dos candidatos para as Eleições 2016, bem como na formação das coligações, majoritária e proporcional, já definidas, ostentando aptidão para influir, em larga extensão, no prélio eleitoral que se avizinha, como, *v.g.*, as coligações anteriormente formalizadas poderão ser desconstituídas, a substituição de candidatos anteriormente escolhidos etc.

12. Os direitos fundamentais exteriorizam os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, aos quais se reconhece, para além da dimensão *subjetiva*, da qual se podem extrair pretensões deduzíveis em juízo, uma faceta *objetiva*, em que tais comandos se irradiam por todo o ordenamento jurídico e agregam uma espécie de “*mais-valia*”, nas palavras da especializada doutrina de ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 165, mediante a adoção de deveres de proteção, que impõe a implementação de medidas comissivas para sua concretização.

13. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, caracterizada pela vinculação direta e imediata dos particulares aos cânones protetivo-constitucionais, consubstancia teoria que atende de forma mais

satisfatória, ante (i) a aplicação imediata prevista no art. 5º, § 1º, da CRFB/88 (argumento de direito positivo), (ii) o reconhecimento da acentuada assimetria fática na sociedade brasileira (argumento sociológico) e (iii) o fato de que a Lei Fundamental é pródiga em normas de conteúdo substantivo, o que se comprova com a positivação da Dignidade da Pessoa Humana como um dos *fundamentos* de nossa República (argumento axiológico).

14. Os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, *ex vi* do art. 5º, §1º, que não excepciona as relações entre particulares de seu âmbito de incidência, motivo por que não se infere que os direitos fundamentais vinculem apenas e tão somente os poderes públicos. Deveras, entendimento diverso implicaria injustificável retrocesso dogmático na pacificada compreensão acerca da normatividade inerente das disposições constitucionais, em geral, e daquelas consagradoras de direitos fundamentais, em especial, a qual dispensa a colmatação por parte do legislador para a produção de efeitos jurídicos, ainda que apenas negativos ou interpretativos.

15. A sociedade brasileira, posto profundamente injusta e desigual, com milhões de pessoas vivendo abaixo da linha da pobreza e da miséria, é *habitat* profícuo para a aplicação, com amplo espectro, dos direitos fundamentais para além da seara estritamente pública. E é exatamente no campo das relações sociais que se verificam, com maior intensidade, os abusos e violações a direitos humanos, os quais podem – e devem – ser remediados mediante o reconhecimento da incidência direta e imediata dos direitos fundamentais, exacerbando as chances de alteração dos *status quo*, de promoção de justiça social e distributiva e da redução das desigualdades sociais e regionais, diretrizes fundamentais de nossa República (CRFB/88, art. 3º, III e IV).

15. O reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana como *epicentro axiológico* do ordenamento jurídico pátrio promove relevantes consequências práticas, a saber: em *primeiro* lugar, tem-se a *legitimação moral* de todas as emanações estatais, as quais não podem distanciar-se do conteúdo da Dignidade Humana, e, em *segundo* lugar, ela atua como *vetor interpretativo*, por meio do qual o intérprete/aplicador do direito deve se guiar quando do equacionamento dos conflitos contra os quais se defronta. Em *terceiro* lugar, referida cláusula *fundamenta materialmente* a existência de todos os direitos e

garantias, atuando como uma espécie de *manancial inesgotável* de valores de uma ordem jurídica.

15. Ainda que sob a ótica da *state action*, sobressai a vinculação das entidades partidárias aos direitos jusfundamentais, mediante o reconhecimento da cognominada *public function theory*, desenvolvida pioneiramente nas *Whites Primaries*, um conjunto de casos julgados pela Suprema Corte americana, em que se discutia a compatibilidade de discriminações motivadas em critérios raciais, levadas a efeito em diversas eleições primárias realizadas no Estado do Texas, com os direitos insculpidos na Décima Quarta e Décima Quinta Emendas [Precedentes da Suprema Corte americana: *Nixon v. Herndon* (273 U.S. 536 (1927)), *Nixon v. Concon* (286 U.S. 73 (1932)), *Smith v. Allwright* (321 U.S. 649 (1944)) e *Terry v. Adams* (345 U.S. 461 (1953))].

16. As greis partidárias podem ser qualificadas juridicamente como entidades integrantes do denominado *espaço público*, ainda que *não estatal*, o que se extrai da centralidade dispensada em nosso regime democrático aos partidos, essenciais que são ao processo decisório e à legitimidade na conformação do poder político.

17. O estatuto jurídico-constitucional dos partidos políticos ostenta peculiaridades e especificidades conferidas pela Carta de 1988 (e.g., filiação partidária como condição de elegibilidade, acesso ao fundo partidário e ao direito de antena, exigência de registro no TSE para perfectibilizar o ato constitutivo etc.) que o aparta do regime jurídico das associações civis (CRFB/88, art. 5º, XVII ao XXI), aplicado em caso de lacuna e subsidiariamente, na precisa visão da doutrina nacional e do direito comparado.

17. No caso *sub examine*,

a) a questão de fundo debatida no *mandamus* cinge-se em examinar a legalidade do ato de destituição da Comissão Provisória levada a efeito pelo Presidente Nacional do PROS com data retroativa (*i.e.*, a deliberação ocorreu em 02.08.2016 retroagindo a 29.07.2016) e sem a observância das garantias processuais jusfundamentais da ampla defesa e do contraditório.

b) eventual destituição de Comissões Provisórias somente se afigura legítima se e somente atender às diretrizes e aos imperativos magnos, notadamente a observância das garantias fundamentais do contraditório e da ampla

defesa, o que não ocorreu, consoante se demonstrou exaustivamente, na espécie.

18. *Ex positis*, ratifico o pleito liminar já deferido, a fim de manter a suspensão do ato administrativo de destituição da comissão provisória do PROS no Município de Picuí/PB, reconhecendo, via de consequência, a convenção realizada, até o julgamento final do mandado de segurança.

### **DECISÃO**

Senhor Presidente, submeto a referendo deste Egrégio Colegiado o seguinte *decisum* monocrático, por meio do qual deferi pedido liminar, a fim de suspender o ato administrativo de destituição da comissão provisória do PROS no Município de Picuí/PB, e reconhecer, via de consequência, a convenção realizada. A decisão foi proferida nos seguintes termos:

“Cuida-se de mandado de segurança, aparelhado com pedido liminar *inaudita altera parte*, impetrado por Joana Cristina Rodrigues dos Santos contra ato praticado pelo Presidente Nacional do Partido Republicano da Ordem Social - PROS, Euripedes Gomes de Macedo Júnior, consubstanciado na decisão que destituiu a comissão provisória da legenda.

Notícia que, em 24 de julho de 2016, o ‘*Partido Republicano da Ordem Social – PROS, através de sua Comissão Provisória no Município de Picuí, realizou sua convenção municipal, nos termos em que dispõe o Estatuto Partidário e a Justiça Eleitoral, deliberando acerca da escolha de candidatos para as Eleições 2016 e da respectiva formação de coligações majoritária e proporcional*’ (fls. Num. 32042 - Pág. 2).

Na sequência, informa que, ‘*surpreendentemente, em 02 de agosto de 2016, o Presidente Nacional do PROS destituiu a comissão provisória do município (com data retroativa a 29/07/2016) a pedido do bloco situacionista local, que ficou inconformado com a decisão da executiva municipal de apoiar o bloco de oposição, não tendo sido encaminhado nenhum*

*comunicado oficial à comissão destituída, para que, inclusive, pudesse exercer seus direitos de ampla defesa e contraditório'* (fls. Num. 32042 - Pág. 2).

Destaca a competência desta Justiça Especializada para análise do *mandamus*, porquanto não se trata de matéria *interna corporis*. Cita precedente deste Tribunal para supostamente amparar o alegado.

Assevera que o presente mandado de segurança visa a proteger direito líquido interno da Impetrante de não perder o cargo de Presidente da Comissão Executiva Provisória Municipal do PROS, ante a ilegalidade do ato praticado pela autoridade impetrada.

Afirma que *'tribunais brasileiros vêm decidindo que qualquer modificação na estrutura interna dos partidos políticos após a convenção e antes da realização das eleições é nula'* (fls. Num. 32042 - Pág. 5).

Quanto ao *periculum in mora*, aduz que *'há elementos suficientes para concessão da tutela de urgência, no sentido de que seja, imediatamente, suspenso o ato administrativo de destituição da antiga comissão provisória executiva do PROS no município de Picuí, haja vista que presentes a probabilidade do direito (demonstrado em face de toda a argumentação jurídica outrora citada) e o perigo de dano (estampado em face do curto prazo para registro de candidaturas às Eleições 2016, que se encerra no próximo dia 15 de agosto)'* (fls. Num. 32042 - Pág. 8).

Requer a concessão do pleito liminar, para que seja suspenso o ato administrativo de destituição da antiga comissão provisória do PROS no Município de Picuí/PB. Ao final, pugna pela concessão definitiva da segurança.

É o relatório suficiente. Decido”.

## **I. Preliminares**

### **Da Competência da Justiça Eleitoral para apreciar controvérsias decorrentes de divergências internas de partidos políticos que repercutam no processo eleitoral**

*Ab initio*, assento a competência desta Justiça Especializada para processar e julgar o presente *mandamus*. É que, conquanto se trate de divergência interna de partido político, a *quaestio iuris* apresenta inelutáveis reflexos no processo eleitoral, nomeadamente na cognominada fase *pré-eleitoral* – cujo termo *a quo* coincide com a apresentação das candidaturas por parte das greis partidárias, escolhidos nas Convenções, encerrando-se com a data fatal para a formalização dos requerimentos de registro de candidatura (*i.e.*, de 20 de julho a 5 de agosto).

De efeito, a destituição da Comissão Provisória municipal do Partido Republicano da Ordem Social (PROS), com data retroativa, ocorreu na indigitada *fase pré-eleitoral*, o que pode repercutir na escolha dos candidatos para as Eleições 2016, bem como na formação das coligações, majoritária e proporcional, já definidas, motivos esses que já seriam suficientes *de per se* para assentar a competência desta Justiça Eleitoral.

Em hipótese como a dos autos, o postulado fundamental da autonomia partidária, *ex vi* do art. 17, § 1º, da Constituição da República – cânone normativo invocado para censurar intervenções externas nas deliberações da entidade – cede terreno para maior controle jurisdicional, porque a destituição da Comissão Provisória ostenta aptidão para influir, em larga extensão, no prélio eleitoral que se avizinha, de modo a atingir decerto a esfera jurídica de todos os seus *players* (*i.e.*, candidatos, demais partidos, coligações): as coligações anteriormente formalizadas poderão ser desconstituídas, é crível que haja a substituição de candidatos anteriormente escolhidos etc.

Porque transcende o aspecto meramente interno, não parece escorreito inquirir de *interna corporis* a discussão de fundo ora travada. Ante os potenciais riscos ao processo democrático e os interesses subjetivos envolvidos (consoante se demonstrará), a controvérsia reclama algum grau de fiscalização jurisdicional por parte dessa Justiça Eleitoral, a qual está habilitada, segundo penso, para aferir a legalidade e a legitimidade do retromencionado ato do Presidente Nacional do PROS, sem que, com essa atuação, se cogite de indevida interferência na autonomia partidária.

Aliás, qualificar juridicamente referido debate dessa natureza como *interna corporis*, considerando-o imune ao controle da Justiça Eleitoral, se revela concepção atávica, inadequada e ultrapassada: em um Estado Democrático de Direito, como o é a República Federativa do Brasil (CRFB/88, art. 1º, *caput*), é paradoxal conceber a existência de campos que estejam blindados contra a revisão jurisdicional, adstritos tão somente à alçada exclusiva da respectiva grei partidária. Insulamento de tal monta é capaz de comprometer a própria higidez do processo político-eleitoral, e, no limite, o adequado funcionamento das instituições democráticas.

Aliás, a jurisprudência deste Tribunal Superior Eleitoral encampa, de longa, referido entendimento:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATO. FILIAÇÃO PARTIDÁRIA. EXPULSÃO DO PARTIDO. DEVIDO PROCESSO LEGAL.

**É competência da Justiça Eleitoral analisar a observância do princípio do devido processo legal pelo partido, sem que esse controle jurisdicional interfira na autonomia das agremiações partidárias, conforme prescreve o art. 17, § 1º, da Constituição Federal.**

Não há falar em processo irregular com cerceamento de defesa quando prova nos autos atesta a existência de notificação do filiado, bem como o cumprimento dos prazos pelo partido.

Precedentes.

Embargos de declaração rejeitados.

(ED-AgR-REspe nº 23913, Min. Gilmar Mendes, 26/10/2004 - grifei)

Não obstante a inequívoca competência *in casu*, é preciso que este Tribunal Superior Eleitoral evolua em sua jurisprudência, até então iterativa, no sentido de que a competência da Justiça Eleitoral, nos impasses concernentes às divergências internas partidárias (no caso, o debate acerca da legalidade da dissolução de diretório municipal), deve ser equacionada pela Justiça Comum Estadual, escapando, em consequência, da apreciação desta Justiça Especializada. Na esteira dessa diretriz jurisprudencial, a competência da Justiça Eleitoral somente se inaugura após se apurar, *in concreto*, os reflexos das divergências internas “(...) após o início do procedimento [rectius: período] eleitoral” (trecho do voto do Ministro Ari Pargendler no CC nº 19.689/RS, DJ 06.10.1997).

Há algumas razões que amparam a evolução desse posicionamento.

Em *primeiro* lugar, porque a expressão *processo eleitoral*, *punctum saliens* do art. 16 da Lei Fundamental de 1988, deve ser compreendida em seu sentido mais elástico. Isso significa, sob o ângulo prático, o abandono da exegese mais estrita que vem pautando a jurisprudência e que chancela a competência da Justiça Comum para o deslinde de impasses dessa natureza. E a vantagem metodológica da aludida proposta é manifesta: pretende-se emprestar uniformidade quanto ao sentido e alcance da expressão *processo eleitoral* já sedimentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Superior Eleitoral. Desenvolvo.

De efeito, consubstancia o *processo eleitoral*, na exegese constitucionalmente mais adequada, uma série concatenada de atos dirigidos a uma finalidade: a definição dos mandatários políticos através do jogo democrático. A leitura de *processo eleitoral* que realiza, em sua máxima extensão, a *mens legis* do art. 16 da Carta Magna, é aquela que proscreeva a edição de *normas eleitorais adhoc* ou de *exceção*, sejam elas de cariz *material* ou *procedimental*, com o propósito de obstar a deturpação do cognominado *devido processo legal eleitoral* de forma casuística e capaz de vilipendiar a igualdade de participação e de chances dos partidos políticos e seus candidatos.

Essa premissa restou assentada no voto do atual Presidente deste Egrégio Colegiado, eminente Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RE nº 633.703/MG, de sua relatoria, em que se discutia se as inovações trazidas pela Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da “Ficha Limpa”) seriam ou não aplicadas às Eleições Gerais de 2010.

Em denso e erudito voto, Sua Excelência consignou, após inventariar a jurisprudência de nossa Suprema Corte, que *“a fase pré-eleitoral de que trata a jurisprudência desta Corte não coincide com as datas de realização das convenções partidárias. Ela começa muito antes, com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candidatos, assim como o registro dos partidos no Tribunal Superior Eleitoral. **A competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso.**”* (grifei).

E prosseguiu Sua Excelência para afirmar que o *“entendimento segundo o qual a verificação das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade deve observar as regras vigentes no dia 5 de julho não significa, de forma alguma, que tais regras sejam aquelas que foram publicadas a [sic: há] poucas semanas dessa data de referência. O complexo processo político de escolha de candidaturas não se realiza em apenas algumas semanas, ainda mais se tiver que se adequar, de forma apressada, a novas regras que alteram causas de inelegibilidade. Entendimento contrário levaria à situação-limite de aplicação imediata, no dia 5 de julho, de uma lei de inelegibilidade publicada no dia 4 de julho.”*

Ao desempatar o julgado, encampeei posição semelhante à esposada pelo Ministro Gilmar Mendes, aduzindo, sob o aspecto metodológico, que a norma do art. 16 da Constituição encerra uma *regra*, e não um *princípio*. Ao assim proceder, asseverei que, *“ao concretizar o princípio da segurança jurídica no domínio eleitoral, [o art. 16] definiu um marco claro e preciso para a eficácia de novas leis que pretendam alterar o processo eleitoral, qual seja: a lei não pode atingir as eleições que ocorram no mesmo ano em que iniciada sua vigência. E um ano, evidentemente, não é igual a quatro meses, espaço de*

*tempo que medeia entre o mês de junho (entrada em vigor da LC nº 135/10) e o mês de outubro (mês de realização das eleições)”. Na espécie, como é sabido, o Supremo Tribunal Federal consignara, por maioria, a impossibilidade de aplicação das inovações legislativas da LC nº 135/2010 para as Eleições Gerais de 2010, entre outros fundamentos, por ofensa ao postulado da anualidade eleitoral (CRFB/88, art. 16).*

De igual modo, a salvaguarda do *processo eleitoral* não se esgota no bloqueio das intervenções normativas arbitrárias e casuísticas do legislador. Como é sabido, já se averbou que a norma constante do art. 16 da Constituição interdita a modificação de jurisprudência (“*viragens jurisprudenciais*”), verificada a menos de um ano da eleição, dado o seu caráter normativo, impondo, em consequência, ao Supremo Tribunal Federal e ao Tribunal Superior Eleitoral certa cautela e prudência quando de seus posicionamentos.

E não poderia ser diferente. As decisões judiciais invariavelmente repercutem na esfera jurídica dos jurisdicionados, atingindo, em alguns casos, direitos subjetivos, e, em outros, modificando relações jurídicas. É dizer, são autoevidentes as repercussões normativas na competição político-eleitoral dos pronunciamentos deste TSE, motivo por que a viragem jurisprudencial da Corte também deve se submeter ao regramento do art. 16.

Tal conclusão restou assentada no famoso precedente dos *Prefeitos Itinerantes*, ocasião em que o Ministro Gilmar Mendes assentou, com precisão, que, “[e]m razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE.” (STF – Pleno, RE nº 637.485, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 21.05.2013).

À luz dessa diretriz jurisprudencial, advogar o entendimento atual gera um paradoxo difícil de equacionar: qual o argumento para, de um lado, propugnar por um elastério hermenêutico de processo eleitoral, de maneira a

obstar a produção de normas ou a modificação jurisprudencial que o deturpem a menos de um ano do pleito, mas, por outro lado, endossar com fortes tintas uma concepção estrita (*i.e.*, a partir das convenções) para afastar a competência da justiça eleitoral nas controvérsias partidárias? Inexiste, a meu sentir, uma resposta juridicamente consistente para justificar tamanho disparate hermenêutico. De duas, uma: ou bem se aplica o conceito amplo de *processo eleitoral* também na espécie, ou precisamos revisitar todas as premissas brilhantemente já desenvolvidas na jurisprudência da Suprema Corte. Não há espaço para uma terceira via sem recair num indesejado voluntarismo.

Destarte, o *processo eleitoral*, também aqui, deve ser compreendido em sentido amplo, na esteira da jurisprudência remansosa do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Superior Eleitoral, de forma a conceber que, se a controvérsia interna partidária se verificar dentro do interregno constitucionalmente protegido pelo art. 16, sobressai inequivocamente a competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar o feito.

Em *segundo* lugar, porque à proeminência dispensada, em nosso arquétipo constitucional, não se seguira uma *imunidade* aos partidos políticos para, a seu talante, praticarem barbáries e arbítrios entre seus Diretórios. Convém melhor desenvolver.

Em nosso desenho institucional, os partidos políticos gozam de elevada proeminência e envergadura institucional, essenciais que são para a tomada de decisões e na própria conformação do regime democrático. Com isso, o constituinte alteou o pluralismo político, do qual decorre o pluralismo partidário, como um dos fundamentos da República (CRFB/88, art. 1º, V), estabeleceu a filiação partidária como condição ao exercício do *ius honorum* (CRFB/88, art. 14, § 3º, V) e erigiu um verdadeiro *estatuto jurídico-constitucional dos partidos políticos* (Título II, Capítulo V, art. 17), disciplinando, de forma bastante analítica, um conjunto de regras e princípios reitores destas entidades, tais como o respeito à soberania nacional, ao regime democrático, ao pluripartidarismo e aos direitos fundamentais da pessoa humana, além de positivar, expressamente, a autonomia partidária.

Partiu-se do diagnóstico, preciso, que, em uma democracia representativa, o veículo principal entre as demandas latentes na sociedade civil e no Estado são, em princípio, os partidos políticos. São os partidos que agregam os cidadãos dentro do espaço público no afã de defender determinados programas e projetos políticos comuns, de sorte a racionalizar o processo eleitoral. Noutros termos: a reunião de pessoas no bojo destas entidades facilita, ao menos idealmente, a visualização, por parte dos cidadãos, dos diferentes programas de governo que buscam ganhar concretude se galgarem ao poder.

Enquanto unidade fundamental, as greis partidárias vocalizam os pleitos de seus filiados nas transações políticas e consolidam, ao menos idealmente, o perfil ideológico e as plataformas por eles defendidas, arranjo que permite a construção de maiorias parlamentares em torno de temas de interesse comum. Esse protagonismo dos partidos políticos nas democracias representativas contemporâneas foi bem captado por Maurice Duverger, em sua clássica obra *Os partidos políticos*:

É a seguinte a definição mais simples e mais realista de democracia: regime em que os governantes são escolhidos pelos governados, por intermédio de eleições honestas e livres. Sobre esse mecanismo de escolha, os juristas, após os filósofos do século XVIII, desenvolveram uma teoria de representação, o eleitor dando ao eleito mandato para falar e agir em seu nome; dessa maneira, o Parlamento, mandatário da nação, exprime a soberania nacional. O fato da eleição, como a doutrina da representação, foram profundamente transformados pelo desenvolvimento dos partidos. Não se trata doravante entre eleitor e eleito, Nação e Parlamento: um terceiro se introduziu entre eles, que modifica, radicalmente, a natureza de suas relações. Antes de ser escolhido pelos eleitores, o deputado é escolhido pelo partido: os eleitores só fazem ratificar essa escolha. A coisa é visível nos regimes de partido único, em que um só candidato se propõe à aceitação popular. Por ser mais dissimulada, não é menos real, nos regimes pluralistas: o eleitor pode escolher entre muitos candidatos, mas cada um destes é designado por um partido. Se se quer manter a teoria da representação jurídica, é necessário admitir que o eleito recebe um duplo mandato: do partido e dos eleitores. A importância de cada um varia segundo o país; no conjunto, o mandato partidário tende a sobrelevar o mandato eleitoral. (DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970, p. 387)

Perfilhando similar entendimento, o Decano do Supremo Tribunal Federal Ministro Celso de Mello vaticinou que “[a]s *agremiações partidárias, como **corpos intermediários que são, posicionando-se entre a sociedade civil e a sociedade política, atuam como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos e das reivindicações sociais dos diversos estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional.*** (...) Os **partidos políticos** constituem, (...), **instrumentos** de ação democrática, **destinados** a assegurar a autenticidade do sistema representativo.” (trecho do voto do relator Min. Celso de Mello no MS nº 26.603/DF, STF – Pleno, DJ 19.12.2008 – grifos no original)

Tal proeminência também se verifica no Direito Comparado. Tratando acerca dos partidos políticos no Direito espanhol, mas em lição perfeitamente aplicável ao Direito pátrio, Juan María Bilbao-Ubillos afirma que ‘*estes grupos [partidos políticos], que desempenham um ‘papel primordial’ (STC 31/1993, de 26 de janeiro, F.J. 3º) como eixo central do sistema de democracia representativa instaurado por nossa Constituição, que detêm praticamente o monopólio da participação política (representam a única oportunidade real que tem o cidadão por si próprio de influir nas decisões políticas), que ‘ocupam’ as instituições públicas [...]*’ [tradução livre do original: ‘*Estos grupos, que desempeñan un ‘papel primordial’ (STC 31/1993, 26 de enero, F.J. 3º) como eje central del sistema de democracia representativa instaurado por nuestra Constitución, que detentan prácticamente el monopolio de la participación política (representan la única oportunidad real que tiene el ciudadano de a pie de influir en las decisiones políticas), que <ocupan> las instituciones públicas [...]*’ (BILBAO UBILLOS, Juan María. *Libertad de Asociación y derechos de los socios*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1997, p. 100).

Sucede que o referido arranjo constitucional, em especial com a positivação da autonomia partidária, diversamente do que se supõe, não imuniza os partidos políticos do controle jurisdicional, criando uma barreira intransponível à prerrogativa do Poder Judiciário imiscuir-se no equacionamento das divergências internas partidárias. É preciso reconhecer que a legitimidade dos partidos políticos perpassa necessariamente pela

democratização de suas deliberações e tomada de decisões. Com esse argumento, procura-se mitigar o primado da reserva estatutária, mediante a penetração do postulado democrático e seus corolários no corpo dessas entidades.

De fato, o postulado fundamental da autonomia partidária, insculpido no art. 17, §1º, da Lei Fundamental de 1988, é comando oponível, precipuamente, ao legislador, o qual não poderá, no exercício de mister constitucional, tolher o amplo espaço de conformação deliberativa, estruturante e normativa das agremiações. Trata-se, à evidência, de *manto normativo protetor* da ideologia partidária em face de ingerências estatais canhestras nesses domínios específicos (e.g., estrutura, organização e funcionamento interno). A autonomia partidária, assim, materializa a essência do constitucionalismo ao viabilizar a contenção do arbítrio estatal.

Todavia, não pode essa mesma autonomia legitimar os desmandos e abusos perpetrados no seio dessas entidades associativas, convolvendo-se em espécie de instrumento sacrossanto e indevassável, capaz de repelir toda e qualquer atividade fiscalizatória jurisdicional. Em outras palavras, a autonomia partidária não pode ter – e não tem – o condão de blindar, em absoluto, o exame dos atos praticados por dada agremiação, notadamente quando, dessas condutas, advierem riscos potenciais ao processo político, com a possibilidade de impactarem, em alguma medida, a esfera subjetiva dos demais atores do prélio eleitoral.

Caso se constate essa ameaça latente, o assunto *sub examine* escapará à reserva estatutária (i.e., sobrepujará o caráter meramente doméstico) passando a autorizar a fiscalização jurisdicional. Em suma: **partido, por intermédio de seu estatuto, pode muito, mas não pode tudo.**

Atrelado a esse argumento, sobressai a questão da *sindicabilidade judicial* das normas estatutárias. As disposições regimentais (ou estatutárias) consubstanciam, em tese, autênticas normas jurídicas e, como tais, são dotadas de imperatividade e de caráter vinculante. Há, portanto, algum grau de autovinculação partidária que reclama a observância de seus preceitos. A fixação de tal regramento denota *autolimitação voluntária* por parte do próprio

partido, enquanto produção normativa endógena, que traduz um pré-compromisso com a disciplina interna de suas atividades.

Disso decorre que, se, de um lado, há um amplo espaço de conformação na elaboração da disciplina interna, estrutura e organização das greis partidárias, por outro lado, não menos certa é a assertiva segundo a qual, uma vez fixadas as disposições regimentais, tem-se o dever de estrita e rigorosa vinculação a tais normas que disciplinam o cotidiano da atividade partidária. É dizer, o seu (des)cumprimento não se alberga na esfera de discricionariedade do partido.

Portanto, sua violação habilita a pronta e imediata resposta do ordenamento jurídico. Nesse cenário, é inconcebível a existência de normas cujo cumprimento não se possa exigir coercitivamente. Não há aqui outra alternativa: *(i)* ou bem as normas estatutárias são verdadeiramente normas e, portanto, viabilizam sua judicialização, *(ii)* ou, a rigor, não se trata de normas jurídicas, mas simples recomendações, de adesão facultativa pelos seus destinatários. Este último não parece ser o caso.

E, em se tratando de entidade associativa umbilicalmente ligada ao adequado funcionamento do processo democrático, incumbe à Justiça Especializada Eleitoral o papel precípua de apreciar as controvérsias advindas no corpo dos partidos políticos.

Aqui, proponho a adoção de *standard* a nortear a atuação judicial nesses casos: **quanto mais próxima de densificar/concretizar uma norma constitucional, maior a possibilidade controle jurisdicional dessa regra estatutária, em caso de descumprimento**. Se, ilustrativamente, uma dada disposição materializar, em sede estatutária, as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sua inobservância legitima um maior grau de intervenção judicial. Caso, por outro lado, a norma adversada veicule quórum de instalação e de deliberação, pode-se admitir uma postura menos invasiva e mais autorestrita por parte do órgão judicial.

À luz dessas considerações, assento a competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar o presente mandado de segurança.

## II. Do mérito

A questão de fundo debatida no *mandamus* cinge-se em examinar a legalidade do ato de destituição da Comissão Provisória levada a efeito pelo Presidente Nacional do PROS com data retroativa (*i.e.*, a deliberação ocorreu em 02.08.2016 retroagindo a 29.07.2016) e sem a observância das garantias processuais jusfundamentais da ampla defesa e do contraditório.

A meu sentir, afigura-se pressuposto essencial ao enfrentamento da temática a correta delimitação da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, em especial acerca da incidência dos imperativos *magno* inerentes ao processo em uma relação tipicamente privada (*Drittwirkung*). Ciente dessa singularidade, estabelecerei algumas premissas teóricas que irão guiar todo o restante do meu voto. É o que passo, na sequência, a fazer.

### II.1. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o reconhecimento no direito pátrio da teoria da eficácia direta e imediata

A temática concernente à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é objeto de candentes debates no Direito Constitucional Comparado contemporâneo. Decerto, não representa qualquer novidade que a Constituição, em sua perspectiva liberal, não era vista como um documento destinado a disciplinar as relações entre os particulares. No âmbito privado, aplicava-se o Código Civil. Já as Cartas Políticas dirigiam-se aos poderes estatais, cujas disposições eram despidas de normatividade e aplicação imediata, carecendo de *interpositio legislatoris* para a produção de efeitos imediatos. Em lapidar passagem, que bem ilustra o ponto, o Mestre Paulo Bonavides já vaticinara: “*Ontem os Códigos; hoje as Constituições*”.

De há muito, porém, esse cenário se alterou. Com a superação do paradigma liberal, o Estado, pequeno e despretensioso, se agiganta em atribuições e tarefas, passando a imiscuir-se e a regular certos aspectos da

vida, até então restritos à autonomia da vontade das partes, como as searas econômica e social.

Não obstante, a “*virada de Copérnico*”, para valer-me de expressão do eminente Professor e hoje Ministro da Suprema Corte Luiz Edson Fachin (FACHIN, Luiz Edson. *Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo*”. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 317-324), decorre do reconhecimento de força normativa aos preceitos constitucionais (*i.e.*, das regras e, sobretudo, dos princípios) e da percepção de que referidas disposições se revelam não apenas *limites* à atividade legiferante mas também *nortes* para essa atuação. A Constituição, destarte, assume o *papel unificador* desse novel sistema jurídico.

Nessa ambiência teórica, os direitos fundamentais, obviamente, ocupam o lugar de destaque, por exteriorizarem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 32). A eles foi atribuída, para além da dimensão *subjetiva*, da qual se podem extrair pretensões deduzíveis em juízo, uma faceta *objetiva*, em que tais comandos se irradiam por todo o ordenamento jurídico e agregam uma espécie de “*mais-valia*” (ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 165), mediante a adoção de deveres de proteção, que impõe a implementação de medidas comissivas para sua concretização.

É precisamente o reconhecimento dessa dimensão objetiva que ancora a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, que se espraiam por toda a ordem jurídica e transcendem as relações Estado-cidadão. Captando o ponto com a maestria que lhe é peculiar, o Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro Daniel Sarmiento preleciona

“A dimensão objetiva dos direitos fundamentais prende-se ao reconhecimento de que neles estão contidos os valores mais importantes de uma comunidade política. Estes valores, através dos princípios constitucionais que os consagram, penetram por todo o

ordenamento jurídico, modelando suas normas e institutos, e impondo ao Estado deveres de proteção. Assim, já não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos humanos. É preciso que ele aja concretamente para protegê-los de agressões e ameaças de terceiros, inclusive daquelas provenientes dos atores privados.

A afirmação da dimensão objetiva constitui um reforço aos direitos fundamentais, que amplia o seu raio de atuação, permitindo que eles transcendam o domínio das relações entre indivíduo e Estado ao qual estavam confinados pela sua interpretação liberal e positivista. É possível transplantar para o direito brasileiro esta doutrina, nascida em solo alemão, já que ela não apenas se revela perfeitamente compatível com o espírito da Constituição de 88, como representa uma importante contribuição para o enfrentamento jurídico dos graves problemas da sociedade brasileira, marcada pela desigualdade e pela violência, e tão necessitada da afirmação concreta dos valores constitucionais e dos direitos humanos.”

(SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 140)

Se há relativo consenso, à luz desse novo paradigma, de que os direitos fundamentais se aplicam à esfera privada, a *extensão* dessa aplicação apresenta certa discordância. De efeito, inexistente resposta uníssona, pré-pronta e uniforme para o impasse, exurgindo soluções distintas a depender de particulares locais, como o próprio desenho constitucional local, a cultura jurídica do país e de sua realidade social e política.

Nos Estados Unidos, por exemplo, extrai-se doutrina da *state action* o entendimento segundo o qual os direitos fundamentais, em geral, não se aplicam às relações entre particulares. Com exceção à 13ª Emenda, que proscreeva a escravidão, é praticamente um dogma o fato de os direitos previstos na *Bill of Rights* serem oponíveis aos Poderes Públicos, não gerando qualquer pretensão jurídica de um indivíduo frente a outro.

Isso porque, além da ausência de previsão textual na Constituição ou em suas Emendas que vinculem expressamente os particulares aos direitos fundamentais, há a preocupação em não asfixiar sobremodo a autonomia privada dos cidadãos, em franca perspectiva liberal. No escólio do Professor da *Harvard Law School* Laurence Tribe, a doutrina da *state action* “*imuniza[...] a ação privada do alcance das proibições constitucionais, [de ordem a] imped[ir] que a Constituição atinja a liberdade individual – denegando aos indivíduos a*

*liberdade de fazer certas escolhas, como as pessoas com que se associar. Essa liberdade é básica dentro de qualquer concepção de liberdade, mas ela seria perdida se os indivíduos tivessem de conformar sua conduta às exigências constitucionais”* (TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 2ª Ed. Mineola: The Foundation Press, 1988, p. 1691).

Ademais, e sob o viés *federativo*, a competência para legislar sobre direito civil é residual, sendo, portanto, da alçada dos Estados-membros, e não da União, desenho institucional que interdita que cortes federais intervenham na disciplina das relações privadas, no afã de aplicarem as disposições constitucionais.

À evidência, a doutrina da *state action* sofreu mitigações com o passar dos anos, mormente a partir da década de 40 do século passado. Em um primeiro momento, a Suprema Corte americana (109 US 3 (1883)), apreciando cinco casos, assentou a inconstitucionalidade do *Civil Rights Act*, editado pelo Congresso Nacional em 1875, que estabelecia diversas sanções, civis e penais, contra a discriminação racial em locais e serviços acessíveis ao público, ao fundamento de que a 14ª Emenda conferia à União a prerrogativa de editar normas proibindo discriminações por parte dos Estados-membros, e não aquelas [discriminações] praticadas por indivíduos ou empresas.

Contudo, a partir do reconhecimento da cognominada *public function theory*, a Suprema Corte passou a abrandar o rigorismo da *state action*, de modo a admitir a vinculação dos particulares aos direitos constitucionais sempre que atuarem no exercício de atividades de natureza eminentemente estatal.

A *public function theory* foi desenvolvida pioneiramente nas *Whites Primaries*, um conjunto de casos relacionados à incidência da Décima Quarta e Décima Quinta Emendas para proibir discriminações motivadas em critérios raciais, levadas a efeito em diversas eleições primárias realizadas no Estado do Texas.

Em *Nixon vs Herndon* (273 U.S. 536 (1927)), a Suprema Corte, à unanimidade, acompanhou voto do *Justice* Oliver Wendell Holmes, para

assentar que leis do Estado do Texas, que excluía a participação de negros das primárias do Partido Democrata contrariava a Décima Quarta Emenda.

No caso, Lawrence Aaron Nixon – médico negro em El Paso no Estado do Texas, e membro do Partido Democrata – fora proibido de votar nas eleições primárias do partido em 1924, em razão de lei estadual que instituía uma espécie de “*imposto de votação*”, que, na prática, resultava na exclusão de negros e descendentes de mexicanos de participar dos pleitos. Após ver seu pleito negado (“*injunction*”) pelo Tribunal distrital, Nixon recorreu para a Suprema Corte que reverteu a decisão.

Pouco tempo depois da decisão, o Estado do Texas editou nova lei, dessa vez franqueando aos partidos políticos a prerrogativa de erigir, *sponte sua*, os critérios que autorizariam os indivíduos para votar ou não participar de cada agremiação. Sob a égide dessa novel legislação, o Partido Democrata do Texas aprovou norma estatutária dispondo que apenas os democratas brancos estariam qualificados a votar, nos termos da Constituição e das leis do Texas.

Ao tentar exercer seu direito de voto nas primárias do partido, realizadas em 1928, Lawrence Aaron Nixon teve, mais uma vez, seu direito negado. Nixon, por sua vez, ajuizou uma ação contra os juízes das eleições *Nixon vs Concon* (286 U.S. 73 (1932)). Por 5 votos a 4, a Suprema Corte rejeitou o argumento de que inexistia ação estatal *in casu*, firme no argumento de que a Lei do Estado do Texas, ao dar comitê executivo do partido a autoridade para excluir candidatos a membros do partido, outorgou uma autoridade ao comitê executivo dos partidos que até então não possuía, qualificando-a como ação estatal e, justamente por isso, a discriminação levada a cabo violava a *equal protection clause*.

Após o julgamento de *Nixon vs Concon*, a Convenção do Partido Democrata do Texas incluiu nova regra de proibição de voto negro nas eleições primárias. Richard Randolph Grovey, ativista de direitos civis negros, processou Albert Townsend, funcionário do condado, que aplicara a regra discriminatória, por violação dos direitos protegidos pelas Décima Quarta e Décima Quinta Emendas.

Diversamente dos precedentes anteriores, em *Grovey vs Townsend* (295 U.S. 45 (1935)), o Tribunal, à unanimidade, consignou a validade jurídico-constitucional do novo sistema de primárias brancas do Estado do Texas. Para a Corte, a discriminação racial feita por uma organização privada não se poderia equiparar a uma ação estatal, como ocorrera nos casos anteriores, razão pela qual poderia definir autonomamente suas regras internas.

Referido precedente foi superado 9 (nove) anos depois em *Smith vs Allwright* (321 U.S. 649 (1944)). Lonnie E. Smith, dentista negro e eleitor em Harris County no Texas, processou o juiz da eleição S. E. Allwright, com vistas a obter o direito de voto nas eleições primárias realizadas pelo Partido Democrata. Em sua argumentação, Smith questionara a validade da permissão legal conferida aos partidos políticos para estabelecer seus regramentos internos, fundamento normativo que ancorou a exclusão de eleitores negros pelo Partido Democrata. A Corte, dessa vez, entendeu, por maioria (vencido Justice Owen J. Roberts), que, ao delegar a sua autoridade para o Partido Democrata para regular suas primárias, o estado estava permitindo a discriminação a ser praticada, o que violava a cláusula de igual proteção, prevista na Décima Quarta Emenda.

Essa série de casos finda com *Terry vs Adams* (345 U.S. 461 (1953)). No caso, os petionantes, eleitores negros do Condado de Fort Bend, processaram uma entidade chamada *Jaybird Democratic Association*, que desde 1889 realizava pré-eleições anuais apenas com cidadãos brancos, com o propósito de selecionar os candidatos do condado que, posteriormente, eram indicados para as primárias oficiais do Partido Democrata, concorrendo sem adversários. A Suprema Corte entendeu que essas pré-eleições consubstanciavam ações estatais, com a consequente vinculação à Décima Quinta Emenda, a despeito de não se vislumbrar uma função pública nas atividades do *Jaybird*. O Justice Félix Frankfurter anotou, na ocasião, que a vinculação da entidade à Décima Quinta Emenda se justificava pela omissão estatal em adotar medidas comissivas para assegurar um sistema de eleição racialmente neutra (NOWAK, John. E.; ROTUNDA, Ronald. D. *Principles of Constitutional Law*. 4ª. Ed. West. Concise Hornbookk Series, 2010, p. 317).

No precedente *Marsh VS Alabama* (326 U.S. 501 (1946)), *leading case* sobre a novel perspectiva, a Corte invalidou norma de determinada empresa privada – que se caracterizava como uma *cidade privada* (*private town*), porque em seu interior se localizavam casas, estabelecimentos comerciais etc. –, que vedava a divulgação de materiais religiosos de Testemunhas de Jeová. A maioria do Tribunal entendeu, por 5 votos a 3, que, no caso concreto, a empresa, enquanto *private town*, se sujeitava às imposições constitucionais da 1ª Emenda, que salvaguarda a liberdade religiosa e de culto, e da 14ª Emenda, que assegura, dentre outras medidas, a igualdade de cidadãos americanos perante a lei.

No precedente *Shelley vs. Kraemer* (334 U.S. 1 (1948)), a Suprema Corte foi além no reconhecimento da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Na espécie, os Shelley, família afro-americana, adquiriram uma casa em St. Louis, violando uma cláusula privada, em vigor desde 1911, que proscovia a alienação de bens imóveis ao que chamaram de *Povo Negro* ou *Raça Mongol*. Louis Kraemer ajuizou uma ação no intuito de impedir a aquisição do imóvel pelos Shelley perante a Suprema Corte, que rejeitou a ação, firme no argumento de que, se o Judiciário protegesse o direito vindicado pelos autores com base na convenção, estaria atribuindo autoridade a uma discriminação flagrantemente ultrajante à Constituição.

O famoso caso *Boy Scout of America vs. Dale* (530 U.S. 640 (2000)), contudo, demonstra algumas fragilidades teóricas da doutrina da *state action* na tutela de direitos fundamentais. No referido precedente, a Suprema Corte, por 5 votos a 4, assentou que a cláusula da liberdade de associação protegeria os direitos do *Boy Scout* de excluir gays de seus quadros, não obstante o Estado de New Jersey ter editado uma lei proibindo práticas discriminatórias. James Dale – que já integrava os quadros do *Boy Scout of America*, mas fora expulso da entidade – ajuizou ação perante a Suprema Corte de Nova Jersey, sustentando, dentre outras razões, que o ato de expulsão contrariava a lei estadual proibitiva de discriminação fundada na orientação sexual em locais de “acomodação pública”. A Suprema Corte de New Jersey acolheu a sua

pretensão, argumentando que o *Boy Scout of America* se enquadrava no conceito legal de “acomodações públicas”.

Contra a decisão, o *Boy Scout of America* interpôs recurso (*writ of certiorary*) para Suprema Corte, advogando a tese de que uma de suas finalidades era transmitir uma “*mensagem expressiva*” antigay. No mérito, a Corte, ao acolher o *certiorary*, consignou que a incidência da cláusula proibitiva de discriminações em acomodações públicas do Estado de New Jersey violava os direitos previstos na Primeira Emenda, notadamente a liberdade de associação.

A decisão foi objeto de diversas críticas. Ilustrativamente, e sem a pretensão de esgotar o assunto, Erwin Chemerinsky (CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. 4th ed. New York: Wolters Kluwer Law and Business, 2011, p. 1208), em arguta análise, anota que a Suprema Corte americana, ao resguardar o direito da entidade associativa de não observar o estatuto estadual antidiscriminatório, teria atentado contra o compromisso de igualdade, também protegido constitucionalmente.

Do exame dos precitados arestos, não há qualquer equívoco em afirmar que a doutrina da *state action*, apesar de não oferecer a tutela mais satisfatória, apresenta relevantes contribuições teóricas desenvolvidas pela parte da Suprema Corte, no afã de resguardar os particulares de lesões ou ameaça de lesões ocorridas na esfera privada, as quais podem ser transladadas às controvérsias internas partidárias, como a própria *public function theory*.

Outro país referência, em especial pelo desenvolvimento analítico da teoria, é a Alemanha. Lá, a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas se dá por via indireta e mediata (*Mittelbare Drittwirkung*), uma espécie de posição intermediária entre as concepções que negam, por completo, tal vinculação e as teses que advogam a aplicação direta e imediata. Segundo Günther Dürig, artífice da tese, encontra-se no âmbito de proteção da autonomia privada a faculdade de os indivíduos abdicarem de seus direitos fundamentais no bojo de suas relações privadas. Para Ingo von Münch, a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais aniquilaria a autonomia

da vontade e criaria uma subordinação do Direito Privado ao Constitucional (VON MUNCH, Ingo. “Drittwirkung de Derechos Fundamentales en Alemania”. In: Salvador Coderch. *Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomia Privada*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 50).

Entretanto, o expediente à eficácia irradiante das normas consagradoras dos direitos fundamentais autorizaria a sua aplicação, *indireta*, por intermédio da interpretação e da integração das *cláusulas gerais* e dos *conceitos jurídicos indeterminados*, sempre em conformidade com a ordem de valores subjacente aos direitos fundamentais. Importante frisar, neste pormenor, que, para os adeptos dessa teoria, incumbe, primeiramente, ao legislador a colmatação das disposições constitucionais de modo a fazê-las incidir nas relações jurídico-privadas (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In.: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição Concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.123-124). Somente nas hipóteses de *inertia* do legislador é que as autoridades judiciais poderão *integrar* as lacunas verificadas, numa espécie de *recepção pelo Direito Privado dos direitos fundamentais* (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. *op. cit.*, p. 347).

Na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, o precedente mais rememorado refere-se ao caso *Lüth*, julgado em 1958 (BverfGE 7, 19), considerada, para muitos, a *Marbury vs Madison* alemã. A *quaestio* debatida cingia-se ao boicote, em 1950, já no pós II Guerra, arquitetado por Eric Lüth, alemão e judeu, aos filmes produzidos por Veit Harlan, cineasta e propagador da ideologia nazista. Ocorre que os filmes produzidos por Veit Harlan, e objeto do boicote promovido por Lüth, não continham qualquer ligação com regime autoritário alemão. Ao apreciar o caso, o Tribunal de Hamburgo condenou Lüth a pagar uma indenização ao cineasta por atentado aos bons costumes, na forma do § 826 do BGB (Código Civil alemão).

Irresignado, Lüth apresentou uma queixa constitucional ao Tribunal Constitucional, pugnando pela reforma da decisão, visto que os direitos

fundamentais exteriorizariam uma ordem objetiva de valores, de sorte que a cláusula dos bons costumes, prevista no BGB, deveria ser reinterpretada à luz dessa pauta axiológica a qual se funda a Constituição.

Em sua fundamentação, o Tribunal Constitucional, acolhendo a pretensão de Lüth, consignou que o sistema de direitos fundamentais encerra uma *“uma ordem objetiva de valores”, “centrada na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado”*. Daí por que *“[n]ovos estatutos devem se conformar com o sistema de valores dos direitos fundamentais. O conteúdo das normas em vigor também deve ser harmonizado com esta ordem de valores. Este sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao direito privado, orientando a sua interpretação”*. (SCHABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Leonardo Martins *et alli*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, pp. 381-394).

A mesma doutrina foi aplicada em julgados posteriores, como os casos *Blinkfüer* (BVerfGE 25, 256, 1969) e a *Wallraff*. No primeiro precedente, a gigante Editora Springer ameaçou diversas bancas de jornais com a não distribuição de suas revistas e jornais, caso prosseguissem as vendas de um pequeno jornal intitulado *Blinkfüer*. O jornal *Blinkfüer* era um semanário de orientação comunista que continuava a divulgar a programação de rádios da República Democrática alemã (Alemanha Oriental), mesmo após a construção do muro de Berlim.

O jornal *Blinkfüer* ajuizou uma demanda alegando concorrência desleal e postulando indenização por danos, com o propósito de reparar os consideráveis prejuízos, com espeque no § 823 do BGB, pretensões rejeitadas pelo Supremo Tribunal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof*). Sobreveio recurso para o Tribunal Constitucional, que, ao reformar a decisão, assentou que o direito fundamental à liberdade de expressão e de informação interditaria o boicote levado a efeito pela editora Springer com a ordem objetiva de valores contida na Lei Fundamental de Bonn.

Já no segundo precedente, a Corte Constitucional alemã acolheu o pedido deduzido pelo jornal Bild-Zeitung, no sentido de obstar a veiculação de um livro de um de seus ex-repórteres, que obteve os respectivos materiais fraudulentamente (uso de documento falso).

Essa sucinta exposição acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado não é despida de utilidade prática. Tal recurso se justifica pela necessidade, a um só tempo, de verificar se existe compatibilidade entre o instituto e o sistema jurídico nacional, considerando nossas peculiaridades, bem assim, e em caso de se cogitar que empréstimo constitucional é adequado, *em que medida* essa importação deve ser feita.

E, neste pormenor, a doutrina constitucional brasileira, em sua maioria, tem defendido, à luz das singularidades institucionais e de nossa realidade social, a incidência da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas (Cito: Daniel Sarmento, *op. cit.*, Ingo Wolfgang Sarlet. *op. cit.*, Luis Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 370-371, Gustavo Tepedino. “Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas”. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 55-71, Wilson Steinmetz. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, e Jane Reis Gonçalves Pereira, “Apontamentos sobre a aplicação de normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares”. In: Luís Roberto Barroso (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 119-192).

É de conhecimento ordinário que a tese da eficácia direta e imediata também foi desenvolvida no direito alemão, por Hans Carl Nipperdey, a partir do início da década de 50, e desenvolvida analiticamente por Walter Leisner. Em linhas gerais, propugna que as normas consagradoras de direitos fundamentais devem incidir diretamente às controvérsias travadas entre particulares, prescindindo, por via de consequência, de qualquer intermediação legislativa. E, *concessa venia* aos que divergem, penso que seja a posição que melhor se coaduna com o modelo constitucional erigido pela Carta de 1988. Aponto razões substantivas para tanto.

Sob o ângulo do *direito positivo*, os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, *ex vi* do art. 5º, §1º, que não excepciona as relações entre particulares de seu âmbito de incidência. Noutros termos, não se infere do texto constitucional que os direitos fundamentais vinculem apenas e tão somente os poderes públicos. Ademais, justamente porque consta previsão, descabe condicionar a aplicabilidade dos referidos cânones jusfundamentais à atividade do legislador ordinário. Pensamento oposto, inclusive, implicaria injustificável retrocesso dogmático na pacificada compreensão acerca da normatividade inerente das disposições constitucionais, em geral, e daquelas consagradoras de direitos fundamentais, em especial, a qual dispensa a colmatação por parte do legislador para a produção de efeitos jurídicos, ainda que apenas negativos ou interpretativos (sobre o tema, BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004).

Já sob o prisma *sociológico*, a aplicação direta e imediata decorre do reconhecimento de existência de acentuada assimetria fática na sociedade brasileira. Ninguém ousaria discordar que a sociedade brasileira é profundamente injusta e desigual, com milhões de pessoas vivendo abaixo da linha da pobreza e da miséria. E é exatamente no campo das relações sociais que se verificam, com maior intensidade, os abusos e violações a direitos humanos, os quais podem – e devem – ser remediados mediante o reconhecimento da incidência direta e imediata dos direitos fundamentais. Sem essa possibilidade, reduz-se em muito as chances de alteração dos *status quo*, de promoção de justiça social e distributiva e da redução das desigualdades sociais e regionais, diretrizes fundamentais de nossa República (CRFB/88, art. 3º, III e IV).

Por fim, sob o enfoque *axiológico*, a Lei Fundamental é pródiga em normas de conteúdo substantivo. A positivação da Dignidade da Pessoa Humana como um dos *fundamentos* de nossa República é a prova cabal disso (CRFB/88, art. 1º, III). Dessa positivação decorrem três consequências práticas: em *primeiro* lugar, tem-se a *legitimação moral* de todas as emanações estatais, as quais não podem distanciar-se do conteúdo da Dignidade Humana,

e, em *segundo* lugar, ela atua como *vetor interpretativo*, por meio do qual o intérprete/aplicador do direito deve se guiar quando do equacionamento dos conflitos contra os quais se defronta. Em *terceiro* lugar, referida cláusula *fundamenta materialmente* a existência de todos os direitos e garantias, atuando como uma espécie de *manancial inesgotável* de valores de uma ordem jurídica.

A temática ora debatida não é estranha aos nossos Tribunais, que parece endossar a teoria da eficácia direta e imediata. Em valioso inventário, Daniel Sarmento colaciona diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal em que a questão de fundo perpassava pelo reconhecimento, ou não, da vinculação de particulares aos direitos fundamentais, mesmo antes do advento da Constituição de 1988 (SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011). Vejamos os principais julgados.

Na ordem constitucional anterior à de 1988, o primeiro precedente a ser citado é o RE nº 63.279/SP, Rel. Min. Amaral Santos, julgado em 1968<sup>1</sup>. Nele, um sócio questionou a validade jurídica do art. 63, § único, dos Estatutos Sociais do Santos Football Club, por suposta violação ao princípio da isonomia, previsto no art. 141, § 1º, da Constituição de 1946, e ao art. 1.394 do Código Civil de 1916<sup>2</sup>, que consagrava o direito de voto aos sócios nas Assembleias Gerais das entidades a que pertenciam.

Ao apreciar o feito, a Corte não conheceu do apelo. Em seu voto, o relator Ministro Amaral Santos encampou entendimento bastante parecido com as premissas da *state action doctrine*. Segundo ele, “[o] princípio da isonomia é de aplicação nas relações de direito público, ou naquelas em que o direito público interfere”, razão pela qual, “nas relações de direito privado, como são

---

<sup>1</sup> STF, RE nº 63.279/SP, Rel. Min. Amaral Santos, 3ª Turma, julgamento 15.03.1968, D.J.: 17.06.1968.

<sup>2</sup> Código Civil de 1916:

(...)

Art. 1.394. Todos os sócios têm direito de votar nas assembleias gerais, onde, salvo estipulação em contrário, sempre se deliberará por maioria de votos.

*as que se estabelecem entre os sócios de uma associação esportiva e esta mesma associação, a primeira coisa a verificar-se, para se cogitar da aplicabilidade ou não do princípio, é se alguma norma de direito público a impõe”. E concluiu: “[i]nexistente esta norma, os estatutos da associação dessa natureza poderão livremente estabelecer aquelas relações conforme for do interesse associativo.”.*

Ainda sob a égide do regime constitucional pretérito, a Suprema Corte, no RE nº 85.439, rel. Min. Xavier de Albuquerque, consignou a impossibilidade de utilização de gravação telefônica realizada por um cônjuge, sem o conhecimento do outro, como prova de adultério em ação de desquite. A despeito de não constar qualquer fundamento constitucional no aresto, o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Procurador da República Mauro Leite Soares, vislumbrou que a gravação clandestina *“ocorreu em contrariedade aos princípios constitucionais da inviolabilidade da casa do recorrente e da sua comunicação telefônica”*, salvaguardados nos §§ 9º e 10º do art. 153 da Constituição de 1967/69. Idêntica discussão foi travada nos autos do Recurso Extraordinário nº 100.094, julgado pela 1ª Turma do STF, em 1984. No mérito, foi dado provimento ao apelo nobre, aduzindo o relator Min. Xavier de Albuquerque que a gravação clandestina *sub judice* vulnerava o art. 153, §§ 9º e 10º, da Carta de 1967/69.

Após a promulgação da Carta cidadã de 1988, os casos que tangenciavam a aplicação dos direitos fundamentais no campo privado passaram a ser mais frequentes. Em 1995, a Corte foi instada a se pronunciar acerca da juridicidade de procedimento de revista íntima, levado a cabo pela empresa de Millus S.A., cujo objetivo era o de evitar o furto de seus produtos (RE nº 160.222, rel. Min. Sepúlveda Pertence). Na espécie, o Diretor-Presidente da empresa, e responsável por compelir as funcionárias ao procedimento sob pena de demissão por justa causa, fora denunciado pelo crime de constrangimento ilegal.

O juiz Sérgio Verani, acolhendo o pedido deduzido, condenou o Diretor-Presidente, decisão que fora reformada pelo Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, uma vez que *“este procedimento [de revista íntima] é admitido por*

*elas quando da assinatura do contrato de trabalho”, o qual, arremata, “[seria] lei entre as partes e a Cláusula referente á revista não ofende[ria] à lei”.*

Ao examinar o apelo extremo, a Suprema Corte assentou a extinção da punibilidade do Recorrido, ante a ocorrência de prescrição, mas o ultraje do procedimento não passara despercebido pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, relator do feito. Em suas palavras, “[I]amento que a irreversibilidade do tempo ocorrido faça impossível enfrentar a relevante questão de direitos fundamentais da pessoa humana, que o caso suscita, e que a radical contraposição de perspectivas entre a sentença e o recurso, de um lado, e o exacerbado privalismo do acórdão, de outro, tornaria fascinante”. É dizer, reconheceu-se, ainda que implicitamente, que o deslinde da *quaestio* exigiria algumas reflexões acerca da (in)compatibilidade do procedimento da empresa com os direitos fundamentais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana.

Após, a 2ª Turma do Supremo, julgando o RE nº 158.215-4/RS, entendeu pela aplicação das garantias do devido processo legal para invalidar a expulsão sumária de um cooperativado, *i.e.*, sem que lhe fosse oportunizada a defesa prévia. O relator do feito Ministro Marco Aurélio asseverou que “[a] exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos impõe (...) a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício da ampla defesa” (STF – 2ª Turma, RE nº 158.215-4/RS, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.06.1996).

No Recurso extraordinário nº 161.243-6/DF, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, a mesma 2ª Turma deu provimento ao recurso para assegurar ao Recorrente os direitos trabalhistas assegurados no estatuto do pessoal da empresa *Air France*, que, consoante o estatuto, eram aplicáveis apenas aos empregados de nacionalidade francesa. Ao fundamentar o aresto, a 2ª Turma aplicou diretamente o princípio da isonomia à controvérsia, aduzindo que “[a] discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional”. Conquanto tenha inexistido qualquer teorização a respeito do *Drittwirkung* nesses dois precedentes, não se objeta

que a Suprema Corte chancelara a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Outro exemplo digno de menção pode ser extraído no julgamento da Petição nº 2.702-7/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.09.2003. No caso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao confirmar decisão de primeira instância, deferiu pedido liminar, de forma a proibir a Infoglobo Comunicações Ltda. de publicar conversas telefônicas entre o então Governador de Estado Anthony Garotinho, candidato à presidência da República, e outras pessoas, objeto de interceptação ilícita e gravação por terceiros, a cujo conteúdo teve acesso o jornal.

Em face do aresto, o veículo de comunicação interpôs recurso extraordinário e ajuizou ação cautelar, objetivando, entre outras medidas, a obtenção de efeito suspensivo ao apelo, o que lhe permitiria a divulgação do conteúdo das gravações telefônicas. Ante a pendência de admissibilidade, a Corte recebera a cautelar como petição. Paralelamente, o Governador também peticionara, no afã de obstar a divulgação das conversas. Apreciando a controvérsia, a Corte indeferiu o pedido deduzido pelo Infoglobo, ao argumento de que *“a garantia do sigilo das diversas modalidades técnicas de comunicação pessoal - objeto do art. 5º, XII - independe do conteúdo da mensagem transmitida e, por isso – (...), não tem o seu alcance limitado ao resguardo das esferas da intimidade ou da privacidade dos interlocutores”,* razão pela qual, *“no âmbito da proteção ao sigilo das comunicações, não há como emprestar peso relevante, na ponderação entre os direitos fundamentais colidentes, ao interesse público no conteúdo das mensagens veiculadas, nem à notoriedade ou ao protagonismo político ou social dos interlocutores.”* Ao assim proceder, o Supremo Tribunal Federal asseverou que garantia do sigilo das comunicações telefônicas também seria oponível em face de particulares, no caso o veículo de comunicação peticionante<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Em sua análise, Daniel Sarmiento aponta, ainda, o célebre caso *Ellwanger* (HC nº 82.424-2, DJ 19.03.2004) como outro precedente em que, da argumentação da maioria dos Ministros que formaram a maioria, extrai-se *“a compreensão de que a conduta do paciente violara direitos fundamentais do povo judeu”,* circunstância que, a seu juízo, *“importa[ria] no implícito reconhecimento da vinculação dos particulares a estes direitos”,* diagnóstico com o qual concordamos *in totum*. Cf. SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos

O enfrentamento da discussão alusiva ao *Drittwirkung* ocorreu, de forma pioneira, no Recurso Extraordinário nº 201.819-8, julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 2005. A controvérsia girava em torno da validade jurídico-constitucional da expulsão sumária (*i.e.*, sem a observância das garantias fundamentais inerentes ao devido processo legal) de um associado levada a efeito pela União Brasileira dos Compositores (UBC). Nas instâncias ordinárias, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já tinha invalidado o ato de expulsão por contrariedade à garantia da ampla defesa.

Interposto o apelo nobre, a relatora do feito Ministra Ellen Gracie deu provimento ao recurso, firme na tese de que o postulado da ampla defesa não se aplicaria à espécie, cujo deslinde da discussão seria reservado ao estatuto social da UBC.

Após o pedido de vista, o eminente Ministro Gilmar Mendes, em umas das brilhantes passagens já materializadas num voto, inaugurou divergência e explorou, com minúcia e densidade, a temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Em sua manifestação, Sua Excelência desproveu o recurso, consignando, para aquele caso concreto, a aplicação direta e imediata dos postulados da ampla defesa e do devido processo legal à controvérsia, com a conseqüente invalidação do ato de expulsão do Recorrido.

Em seu voto, pontuou Sua Excelência que, *“considerando que a União Brasileira de Compositores (UBC) integra a estrutura do ECAD, é incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, ela assume posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seu associado”*, de maneira que *“[se] trata de entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como espaço público ainda que não-estatal”*.

E prosseguiu em sua explanação: *“[e]ssa realidade deve ser enfatizada principalmente porque, para os casos em que o único meio de*

*subsistência dos associados seja a percepção dos valores pecuniários relativos aos direitos autorais que derivem de suas composições, a vedação das garantias constitucionais de defesa pode acabar por lhes restringir a própria liberdade de exercício profissional”. E concluiu: “as penalidades impostas pela recorrente [UBC] ao recorrido, extrapolam, em muito, a liberdade do direito de associação e, sobretudo, o de defesa”, motivo por que “[seria] imperiosa a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF)”. As conclusões a que chegou o Ministro Gilmar Mendes foram acompanhadas pelos Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello, que também teceram valiosíssimas análises teóricas acerca da eficácia horizontal.*

Em seu voto, o Decano da Corte assentou que *“a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de se ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais”. E mais: “a ordem jurídico-constitucional brasileira **não conferiu** às associações civis a possibilidade de agir, como a parte ora recorrente o fez no caso em exame, **à revelia** dos princípios inscritos nas leis e, **em especial**, dos postulados que têm por fundamento direto **o próprio** texto da Constituição da República, **notadamente** em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais.” (grifos no original). Restaram vencidos, *in casu*, a relatora originária do feito Ministra Ellen Gracie e o Ministro Carlos Velloso.*

Com efeito, há diversos precedentes outros em que a temática da vinculação dos particulares foi enfrentada, de forma implícita ou expressa, pelo Supremo Tribunal Federal (Cito, por oportuno. RREE nº 352.940 e nº 449.657, rel. Min. Carlos Velloso; RE nº 407.688-8, rel. Min. Cezar Peluso. Confirmam-se também as seguintes decisões monocráticas: ARE nº 733.864/SP, Min. Celso

de Mello, *DJe* 28.05.2015; RE nº 683.751, rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 1º.07.2015; AC-MC nº 2695, rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 1º.11.2010)

Constata-se, destarte, que a nossa Suprema Corte não apenas já se debruçou expressamente a respeito da *Drittwirkung*, como também é possível extrair, como diretriz jurisprudencial, a incidência direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. É precisamente esse marco teórico que irá guiar, na sequência, as conclusões de minha decisão.

II.2. O caso *sub examine*: a necessidade de observância dos postulados jusfundamentais do *due process of law* para proceder à destituição das Comissões Provisórias Municipais

Na espécie, a Impetrante pugna pelo reconhecimento de ilegalidade do ato do Presidente do Diretório Nacional do Partido Republicano da Ordem Social - PROS que dissolveu a Comissão Provisória do Município de Picuí/PB, após a realização das convenções, sem que pudesse exercer os seus direitos à ampla defesa e ao contraditório, garantias fundamentais do processo, a teor do art. 5º, LV, da CRFB/88. E, antecipa-se, assiste razão à Impetrante.

Com efeito, a dissolução da comissão provisória ocorreu de forma abrupta e inopinada, sem a observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, onerando sobremodo a esfera jurídica da Impetrante, na medida em que se vê tolhida de ocupar a Presidência da Comissão Provisória. Obviamente, não cabe nesta estreita via perquirir as razões pelas quais motivaram o Presidente do Diretório Nacional PROS a proceder à destituição do cargo e à dissolução da Comissão Provisória.

Sem embargo, e à luz das premissas lançadas ao longo do voto, o ato reveste-se de ilegalidade, de vez que os princípios vulnerados não traduzem mera formalidade, mas, ao revés, consubstanciam *pressupostos materiais* de legitimidade para a aplicação de qualquer sanção, mormente uma penalidade tão gravosa, tal qual fora levada a cabo após as convenções partidárias.

Deveras, a própria *natureza* da controvérsia, em que se aduz a inobservância de postulados inerentes ao *due process of law*, exige um olhar mais atento e meticuloso na análise dos aspectos *formais* e *substantivos* do ato reputado como ilegal, diagnóstico que, na esteira das premissas teóricas anteriormente desenvolvidas, afasta a aplicação do princípio da autonomia partidária na espécie. Justamente em virtude dos interesses envolvidos, o deslinde da *vexata quaestio* não se encontra submetida à reserva de estatuto.

A propósito, a controvérsia jurídica de fundo não é estranha a esta Corte Superior Eleitoral. Em precedente de 1996, o Tribunal asseverou que a “[d]issolução de órgão partidário procedida sem respeito ao devido processo legal e sem a garantia do contraditório e da ampla defesa” consubstancia “[s]ituação fática que afasta a aplicação da autonomia partidária” (REspe nº 14.713, rel. Min. Diniz de Andrada, DJ 13.11.1996).

Na oportunidade, o Diretório Regional do PMDB/RN procedera à dissolução e ao afastamento dos membros do Diretório de São Tomé/RN, sem a observância dos postulados do devido processo legal e seus corolários imediatos do contraditório e da ampla defesa. Ao apreciar o recurso interposto pelo Diretório Regional da agremiação, o TSE, na esteira do voto do relator Min. Diniz de Andrada, consignara o seu não conhecimento, para manter o acórdão regional que, julgando procedente o pedido deduzido, assentou a “*submissão da autonomia partidária aos demais princípios constitucionais*”.

A despeito de não comungar da existência *a priori* de hierarquia formal entre normas constitucionais, as lições exaradas pelo aresto proferido pelo Regional Eleitoral potiguar naquela assentada, e ulteriormente ratificadas por este TSE, devem ser transladadas ao caso *sub examine*.

Ademais, conquanto possua natureza jurídica de direito privado, nos termos da Constituição e da legislação civil, é possível traçar um paralelo entre a construção firmada no caso UBC com o presente caso. Naquela assentada, consoante se afirmou, o Ministro Gilmar Mendes pontuou, corretamente, que a União Brasileira dos Compositores integrava o denominado *espaço público não-estatal*, razão pela qual o “*caráter público ou geral da atividade parece[ria] decisivo para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais*

*concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão do sócio de entidade”.*

Similar categorização, assim penso, pode ser aplicada aos partidos políticos. É que os partidos políticos também integram, dada a sua natureza singular e especial, o *espaço público*, ainda que *não estatal*, o que é corroborado pela centralidade dispensada a referidas entidades em nosso regime democrático, essenciais que são ao processo decisório e à legitimidade na conformação do poder político.

Tomemos como exemplo as condições de elegibilidade. A filiação partidária consubstancia um dos pressupostos para a assunção do desempenho de cargos político-eletivos, alçado à condição de elegibilidade pela Carta de 1988, a teor de seu art. 14, § 3º, ante a vedação às candidaturas avulsas. A rigor, no modelo institucional brasileiro, certo é que *formal e materialmente*, as agremiações partidárias são entidades indispensáveis e indissociáveis do nosso regime democrático, exercentes de parcela da soberania estatal, além de se apresentarem como instrumentos de participação cívico-popular, sem embargo do fato de que, na quadra atual, haja excessiva e generalizada desconfiança e descrédito com relação a elas. Como bem adverte o cientista político norte-americano Elmer Eric Schattschneider, *“political parties creates democracy and modern democracy is unthinkable save in terms. (...) the party are not (...) merely appendages of modern government; they are in the Center of it and play a determinative and creative role in it* (SCHATTSCHEIDER, Elmer Eric. *Party Government: American Government in action* *apud* TAVARES, André Ramos. A jurisprudência sobre partidos políticos no STF: entre eleições, poder econômico e democracia. In.: NORONHA e KIM PAE. *Sistema Político e Direito Eleitoral brasileiros. Estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli*. São Paulo: Gen Atlas, 2016, p. 3-4)”.

Vejamos agora as singularidades para a fundação de uma agremiação partidária. Diversamente das associações em geral, regidas pelo Código Civil (art. 44 e ss), a constituição de um partido político não se esgota no cumprimento das formalidades exigidas na legislação civil. Consoante o art. 17, § 2º, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, aludidas

entidades devem registrar seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. Preenchidos os requisitos de criação, outorgam-se aos partidos recursos do fundo partidário e acesso ao direito de antena, na forma da lei.

Assim é que, embora o Código Civil categorize juridicamente de pessoas jurídicas de direito privado, existe um estatuto jurídico próprio assegurado constitucionalmente às agremiações que as apartam das associações civis, em geral. Essa distinção ocorre, ainda, no Direito Comparado. Em estudo dedicado à Liberdade de Associação no Brasil e no Direito Comparado, Carlos Eduardo Frazão afirma que o Tribunal Constitucional espanhol, citando a STC 67/1985, FJ 3º, já sedimentou entendimento em que o art. 22 da Constituição daquele país [que consagra o direito de associação] *“se apresenta como uma norma comum a toda associação, sem referência a algum tipo específico, consubstanciando um gênero que comporta diversas modalidades específicas”*, de modo que **“os Partidos Políticos – associações políticas, por excelência – possuem um regime jurídico próprio pela Constituição, o que acaba por afastar, ao menos prima facie, o regime jurídico comum do art. 22”**. E arremata o jurista: *“o art. 17 da Lei Fundamental consagra uma disciplina normativa própria aplicada a esta forma associativa, de modo que os conflitos atinentes aos partidos políticos devem ser equacionados à luz desse complexo normativo específico. Em outras palavras, as normas gerais aplicáveis à liberdade de associação somente poderão ser invocadas subsidiariamente, a exemplo do que ocorre com os sindicatos”* (FRAZÃO, Carlos Eduardo. *A liberdade de associação na Constituição de 1988*. Dissertação de mestrado apresentado junto ao Programa de Pós Graduação em Direito Público da UERJ, 2012, p. 101 e 134 – grifos nossos). As lições, conquanto dirigidas ao direito espanhol, se aplicam perfeitamente ao ordenamento pátrio.

Aliás, nas linhas anteriores, quando da análise do direito comparado, assentamos que, mesmo nos Estados Unidos, país de ampla tradição liberal, os partidos políticos não gozam de absoluta autonomia, submetendo-se, em diversas situações, aos cânones encartados na *Bill of Rights*, em razão de desempenharem função pública relevante.

Portanto, haveria um reducionismo, incompatível com a centralidade em nossa democracia e com a proeminência conferida pela ordem constitucional pátria, uma equiparação entre o regime jurídico dos partidos políticos e o das associações civis. A rigor, há alguma conexão entre determinadas ações levadas a efeito pelas agremiações partidárias, nomeadamente quando escolhem seus candidatos e formam as coligações, e as tomadas de ações estatais relativas ao processo democrático.

Volvendo ao caso *sub examine*, isso significa que, se a UBC, ante as singularidades que ostenta, integra o espaço público, ainda que não estatal, *a fortiori*, pelas razões expostas, referido apanágio deve ser atribuído aos partidos políticos. Daí que as disposições estatutárias, em geral, e os atos praticados pelos Diretórios partidários, em especial, devem amoldar-se aos cânones jusfundamentais encartados na Lei Fundamental de 1988, sob pena de nulidade completa.

Aplicada essa premissa à espécie, eventual destituição de Comissões Provisórias se afigura legítima se e somente atender às diretrizes e aos imperativos magnos, notadamente a observância das garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa, o que não ocorreu, consoante se demonstrou exaustivamente, na espécie.

### **III. DISPOSITIVO.**

*Ex positis*, defiro o pleito liminar requerido, a fim de que seja suspenso o ato administrativo de destituição da comissão provisória do PROS no Município de Picuí/PB, reconhecendo, via de consequência, a convenção realizada, até o julgamento final do mandado de segurança.

Comunique-se com urgência.

Notifique-se a autoridade apontada como coatora para que, no prazo legal, preste as informações.

Após, dê-se vista à Procuradoria-Geral Eleitoral.”

Foram essas as razões pelas quais deferi o pedido liminar deduzido no presente *mandamus*, que ora submeto à apreciação do Plenário da Corte para eventual ratificação.

É como voto.