



SESSÃO ORDINÁRIA

Reclamação. Pedido. Avocação. Representação. Propaganda eleitoral antecipada. Candidatos a cargos nas eleições estaduais. Programa partidário. Inserção nacional. Competência. Julgamento. Tribunal Regional Eleitoral. Pedido. Aplicação. Multa. Art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/97.

Não há usurpação de competência quando a decisão proferida pelo Tribunal Regional Eleitoral nos autos de representação está em conformidade com a legislação vigente e com a jurisprudência então dominante do TSE. As reclamações e representações formuladas contra o descumprimento da Lei das Eleições são de competência dos juízes auxiliares, durante o período eleitoral, devendo ser dirigidas, na hipótese de pleitos federais, estaduais e distritais, aos tribunais regionais eleitorais, por força do disposto no art. 96, II, do citado diploma legal. Nesse entendimento, o Tribunal negou provimento ao recurso. Unânime.

Reclamação nº 412/AP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, em 26.4.2007.

Representação. Propaganda partidária. Alegação de desvirtuamento. Trucagem. Ofensas à imagem e à reputação de partido. Não-conhecimento. Direito de resposta. Ilegitimidadeativa dos representantes. Não-conhecimento da preliminar.

A legitimidade para propor ação visando cassação de tempo para veiculação de propaganda partidária, com base no art. 45 da Lei nº 9.096/95, é restrita aos partidos políticos, ao Ministério Público, a órgão de fiscalização do Ministério das Comunicações ou entidade representativa das emissoras de rádio e televisão (Res.-TSE nº 20.034/97, art. 13). É cabível a concessão de direito de resposta por ofensa irrogada em programa partidário, em decorrência de afirmações que extrapolam os limites da crítica meramente política e resvalem para a agremiação política, afetando sua credibilidade perante o eleitorado. Extintos os espaços destinados a divulgação de propaganda partidária em cadeia regional, circunstância superveniente prejudicial à análise da representação, uma vez que o seu provimento, na hipótese de eventual acolhimento da tese sustentada na inicial, seria inócuo, ante à evidente perda de objeto, fica inviabilizado, na espécie, o exercício do direito de resposta pelo partido representante. Nesse entendimento, o Tribunal extinguiu o processo sem apreciação de mérito. Unânime.

Representação nº 861/BA, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, em 26.4.2007.

Propaganda partidária. Alegação de desvio de finalidade. Promoção pessoal. Filiado. Pré-candidato. Propaganda eleitoral antecipada. Semestre anterior. Eleição. Preliminares. Decadência. Litispendência. Rejeição. Pedidos de cassação do programa e aplicação de multa prejudicados.

O ajuizamento de representação pela inobservância do prescrito no art. 45 da Lei nº 9.096/95 pode se dar até o semestre

seguinte ao da veiculação do programa impugnado, nos termos do § 2º do referido artigo, enquanto que para as infrações à Lei nº 9.504/97 não há dispositivo legal estabelecendo prazo específico, salvo na hipótese de descumprimento do art. 73, que deverá ser proposta até o dia da realização da eleição a que se refira, sob pena de carência pela falta de interesse processual do representante que tenha tido, antes disso, conhecimento do fato. Embora configurada a utilização do programa partidário para exclusiva promoção pessoal de filiado, com explícita conotação eleitoral, em semestre anterior à eleição, consideram-se prejudicadas as representações quando já aplicada a sanção em processos anteriores pela violação às prescrições legais. Nesse entendimento, o Tribunal extinguiu o processo sem apreciação do mérito. Unânime.

Representações nº 1.219/DF e 1.220/DF, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, em 26.4.2007.

Propaganda partidária. Alegação de desvio de finalidade. Ofensa. Crítica. Administração anterior. Comparação entre governos. Promoção pessoal. Filiados. Propaganda eleitoral antecipada. Preliminares. Perda de interesse da ação. Rejeição. Ilegitimidade passiva. Acolhimento. Pedido de cassação do programa. Prejudicado. Aplicação. Multa. Grau mínimo.

O prazo para o ajuizamento de representação por infração ao art. 45 da Lei nº 9.096/95 é até o semestre seguinte ao da veiculação do programa impugnado, nos termos do § 2º do mencionado dispositivo, enquanto que para as infrações à Lei nº 9.504/97 não há previsão legal de prazo específico, salvo na hipótese de descumprimento do art. 73, a qual deverá ser oferecida até o dia da realização da eleição a que se refira, sob pena de carência pela falta de interesse processual do representante que tenha tido, antes disso, conhecimento do fato. O art. 11 da Res.-TSE nº 20.034/97 dispõe que os responsáveis pelas transmissões de propaganda partidária ficam sujeitos a responder pelo conteúdo veiculado, seja pelas expressões faladas ou pelas imagens transmitidas, não se podendo inferir a participação de filiados na elaboração ou veiculação do programa. A comparação entre o desempenho de filiados a partidos políticos antagônicos, ocupantes de cargos na administração pública, durante a veiculação de programa partidário, é admissível, desde que não exceda ao limite da discussão de temas de interesse político-comunitário e que não possua a finalidade de ressaltar as qualidades do responsável pela propaganda e de denegrir a imagem do opositor, configurando, nesta hipótese, propaganda eleitoral subliminar e fora do período autorizado em lei. Caracterizada a utilização de parte da propaganda para ostensiva propaganda de conotação eleitoral, impõem-se a aplicação da pena de multa pela ofensa ao art. 36 da Lei das Eleições, no caso concreto, em seu grau mínimo. Nesse entendimento, o Tribunal acolheu parcialmente o pedido formulado na representação. Unânime.

Representações nºs 1.273/PE e 1.277/PE, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, em 26.4.2007.

SESSÃO ADMINISTRATIVA

Processo administrativo. TRE/PE. Proposta de organização administrativa. Res.-TSE nº 22.138/2005. Alinhamento e simetria. Estrutura orgânica do TSE.

Homologa-se proposta que se atém ao modelo de estruturação do Tribunal Superior Eleitoral. Nesse

entendimento, o Tribunal homologou a reestruturação. Unânimemente.

Processo Administrativo nº 19.643/PE, rel. Min. Carlos Ayres Britto, em 3.5.2007.

PUBLICADOS NO DJ

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 6.024/MG

RELATOR: MINISTRO GERARDO GROSSI

EMENTA: Agravo de instrumento. Recurso especial. Eleição 2004. Candidato eleito. Diplomação. Negada. Inelegibilidade. Condenação criminal. Art. 15, III, da CF. Seguimento negado. Agravo regimental. Fundamentos da decisão não infirmados. Desprovido.

- Há de se negar a diplomação ao eleito que não possui, na data da diplomação, a plenitude dos seus direitos políticos.
- Em sede de recurso especial, impõe-se o requisito do prequestionamento, ainda que se cuide de questão de ordem pública.
- Para que o agravo obtenha êxito, é necessário que sejam infirmados os fundamentos da decisão agravada.
- Agravo regimental desprovido.

DJ de 2.5.2007.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 6.226/SP

RELATOR: MINISTRO GERARDO GROSSI

EMENTA: Agravo regimental. Agravo de instrumento. Negativa de seguimento. Prestação de contas. Candidato. Desaprovação. Arrecadação de recursos antes da abertura de conta bancária. Recursos que não transitaram em conta bancária. Ausência de prequestionamento. Dissídio. Fundamentos não infirmados.

- Contas desaprovadas em razão de arrecadação de recursos financeiros antes da abertura da conta bancária e porque a totalidade dos recursos por ela não transitou.
- É obrigatório para o partido político e para os candidatos abrir conta bancária específica para registrar todo o movimento financeiro da campanha (art. 22 da Lei nº 9.504/97).
- Fundamentos da decisão agravada não impugnados.
- Para que o agravo obtenha êxito, é necessário que os fundamentos da decisão agravada sejam especificamente infirmados, sob pena de subsistirem suas conclusões.
- Agravo regimental desprovido.

DJ de 4.5.2007.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 6.555/SP

RELATOR: MINISTRO GERARDO GROSSI

EMENTA: Agravo de instrumento. Recurso especial. Propaganda eleitoral irregular. Responsabilidade e prévio conhecimento. Ausência. Reexame de provas. Seguimento negado. Agravo regimental. Desprovido.

1. Para a imposição de multa por propaganda eleitoral irregular, é necessário que esteja comprovada a responsabilidade ou o prévio conhecimento do beneficiário.

2. Não comprovado o descumprimento do prazo de vinte e quatro horas para a retirada da propaganda, em razão de irregularidade no termo de constatação, e diante de sua efetiva retirada, correta a solução de improcedência do feito. Precedentes da Corte.

3. Não se pode afirmar a responsabilidade do beneficiário da propaganda irregular quando não há nenhuma assertiva a esse respeito e o tema não foi debatido no acórdão recorrido.

4. Na instância especial exige-se o prequestionamento da matéria, não sendo possível o mero reexame de prova.

5. Agravo regimental conhecido e desprovido.

DJ de 4.5.2007.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 6.676/SP

RELATOR: MINISTRO GERARDO GROSSI

EMENTA: Agravo de instrumento. Propaganda eleitoral irregular. Art. 37 da Lei nº 9.504/97. Afixação em poste com sinalização de trânsito. Prévio conhecimento. Não-demonstração. Reexame de provas. Impossibilidade. Seguimento negado. Agravo regimental. Desprovido.

1. Para a imposição da pena de multa por propaganda eleitoral irregular, é imprescindível a comprovação da autoria ou do prévio conhecimento dessa.

2. A alegação de que a propaganda teria sido realizada de forma ostensiva – circunstância que revelaria a impossibilidade de o beneficiário não ter tido prévio conhecimento da propaganda – não foi objeto do acórdão regional. Ausente o prequestionamento.

3. Afirmada, no acórdão recorrido, a impossibilidade de se verificar o decurso do prazo de vinte e quatro horas, para a realização da constatação, por oficial de justiça, da retirada da propaganda irregular e, ainda, não haver elementos suficientes à demonstração do prévio conhecimento, sua reforma exigiria reexame das provas contidas nos autos. Incidência dos enunciados nºs 279 e 7 das súmulas do STF e STJ, respectivamente.

4. Agravo regimental desprovido.

DJ de 4.5.2007.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 7.271/BA

RELATOR: MINISTRO GERARDO GROSSI

EMENTA: Agravo regimental. Agravo de instrumento. Negativa de seguimento. Recurso especial. Representação. Propaganda extemporânea. Art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/97. Veiculação. *Outdoor*. Mensagem. Ano novo. Fotografia. Endereço eletrônico. Internet. Logomarca. Partido político. Vereador. Ano eleitoral. Reexame. Ausência. Dissídio. Jurisprudência. Reiteração. Argumentos. Recurso. Fundamentos não atacados.

- Agravo regimental que não ataca os fundamentos da decisão impugnada. Reiteração de argumentos do recurso.
- A Corte Regional entendeu que ficou caracterizada a propaganda eleitoral extemporânea por ter o representado divulgado, de forma maciça, por meio de diversos *outdoors*, mensagem de felicitação pela passagem do ano de 2006, acompanhada de ampla fotografia, menção a partido político e endereço eletrônico (sítio na Internet).
- Eventual conclusão em sentido contrário demanda o reexame de fatos e provas da causa, o que é vedado em sede de recurso especial (súmulas n^os 279/STF e 7/STJ).
- A análise dos pressupostos gerais e específicos de recorribilidade, inclusive o crivo sobre a plausibilidade e a razoabilidade das alegações pelo Tribunal *a quo*, não constituem usurpação da competência da instância superior. Precedentes.
- Na linha da jurisprudência deste Tribunal, o fato de não se concretizar a candidatura não afasta a imputação de multa por propaganda eleitoral extemporânea.
- Quanto à ausência de pedido expresso de votos e menção à eleição na propaganda, esta Corte entende que, “[...] a fim de verificar a existência de propaganda subliminar, com propósito eleitoral, não deve ser observado tão-somente o texto dessa propaganda, mas também outras circunstâncias, tais como imagens, fotografias, meios, número e alcance da divulgação” (REspe n^o 19.905/GO, DJ de 22.8.2003, rel. Min. Fernando Neves).
- Agravo regimental desprovido.

DJ de 2.5.2007.

AGRAVOREGIMENTALNOAGRAVODEINSTRUMENTO Nº 7.278/RJ

RELATOR: MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO

EMENTA: Agravo regimental. Agravo de instrumento. Eleições 2004. Propaganda eleitoral extemporânea. Fundamentos não infirmados.

1. Deixando o recurso de atacar os fundamentos da decisão, deve ela subsistir. Caso em que o recurso manejado se revela insusceptível de atingir seu objetivo.
2. A pretensão do recorrente demandaria o reexame do acervo fático-probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso especial eleitoral.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.

DJ de 2.5.2007.

AGRAVOREGIMENTALNOAGRAVOREGIMENTALNO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 26.209/MG

RELATOR: MINISTRO CAPUTO BASTOS

EMENTA: Agravo regimental. Recurso especial. Representação. Distribuição. Tabelas de jogos da copa do mundo. Fato incontrovertido. Circunstâncias consignadas no acórdão regional. Enquadramento jurídico. Possibilidade. Propaganda eleitoral. Não-configuração. Mera promoção pessoal. Reconsideração. Fundamentos não infirmados.

1. Não implica reexame de provas, mas novo enquadramento jurídico, a análise das circunstâncias de fato devidamente consignadas no acórdão regional.

2. Não configura propaganda eleitoral extemporânea, mas apenas promoção pessoal, a divulgação de tabelas de jogos que, embora contendo o cargo ocupado e o nome de quem a distribui, não faz menção à proposta política e à pretensão a pleito futuro.

3. Nega-se provimento a agravo regimental quando não afastados os fundamentos da decisão impugnada.

DJ de 2.5.2007.

AGRAVOREGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR

Nº 1.785/GO

RELATOR: MINISTRO CEZAR PELUSO

EMENTA: Exceção de suspeição. Julgamento. Desnecessidade de inscrição em pauta. Sustentação oral. Inadmissibilidade. Reexame dos fatos em recurso especial. Inadmissibilidade. Prequestionamento. Ausência. Improvimento do recurso especial. Incidência das súmulas n^os 279, 282 e 356 do STF. Medida cautelar. Sobrestamento do processo principal. Indeferimento. Agravo regimental prejudicado.

1. Inviável o recurso especial que busca simples reexame de prova ou que se funda em matéria não prequestionada.
2. Inadmissível sustentação oral em exceção de suspeição.
3. Recurso especial interposto contra acórdão que rejeita exceção de suspeição carece de efeito suspensivo e, pois, não suspende o andamento do processo principal.
4. Reputa-se prejudicado agravo regimental em medida cautelar que visa a emprestar efeito suspensivo a recurso especial improvido.

DJ de 2.5.2007.

AGRAVOREGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 27.132/DF

RELATOR: MINISTRO CAPUTO BASTOS

EMENTA: Agravo regimental. Recurso especial. Mandado de segurança. Matéria administrativa. Servidor. Reajuste. IPC-r. Medida Provisória n^o 1.053/95. Conversão. Lei n^o 10.192/2001. Decisão regional. Concessão da ordem. União. Intimação pessoal. Necessidade. Direito líquido e certo. Impetrante. Ausência. Provimento do apelo. Decisão impugnada. Fundamentos não afastados.

1. Considerando que o *mandamus* versa sobre matéria de natureza administrativa, de caráter não eleitoral, aplicam-se os prazos estabelecidos na legislação processual comum, conforme jurisprudência deste Tribunal.
2. Em face dessa orientação, é de cinco dias o prazo para interposição de agravo regimental contra a decisão monocrática que negou seguimento a recurso especial, nos termos do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil.
3. É pessoal a intimação dos membros da Advocacia-Geral da União nos feitos em que tiverem de atuar, conforme previsão do art. 38 da Lei Complementar n^o 73/93, sendo, portanto, correto o entendimento da Corte de origem que assentou a tempestividade dos embargos de declaração por ela opostos naquela instância.
4. Nos termos da firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal

Superior Eleitoral, não se aplica aos servidores públicos o dispositivo da Lei n^o 10.192/2001, que dispõe sobre o reajuste de 10,87%, relativo à variação do IPC-r apurado entre janeiro e junho de 1995.

5. O agravo regimental, para que obtenha êxito, deve afastar toda a fundamentação da decisão impugnada.

Agravo regimental a que se nega provimento.

DJ de 2.5.2007.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO N^o 878/TO

RELATOR: MINISTRO GERARDO GROSSI

EMENTA: Recurso ordinário. Representação. Captação ilícita de sufrágio. Acórdão de Tribunal Regional que extingue processo sem exame de mérito. Hipótese de interposição de recurso especial. Precedentes. Princípio da fungibilidade. Não-aplicação. Ausência dos pressupostos do especial. Seguimento negado. Agravo regimental desprovido.

– Extinto o processo sem exame de mérito, não sendo hipótese de se atingir o diploma ou o mandato eletivo, cabível é o recurso especial. Precedentes do Tribunal Superior Eleitoral.

– A ausência dos pressupostos do recurso especial impossibilita a aplicação do princípio da fungibilidade para receber o recurso ordinário como especial.

– Agravo regimental desprovido.

DJ de 30.4.2007.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N^o 4.491/DF

RELATOR: MINISTRO GERARDO GROSSI

EMENTA: Embargos de declaração. Agravo regimental. Desprovimento. Agravo de instrumento. Recurso especial. Propaganda antecipada. *Outdoors*. Falta de prequestionamento. Ausência de omissão.

– O prequestionamento pressupõe o debate prévio pelo Tribunal *a quo* acerca da extensão e do alcance da norma tida como violada, o que não foi comprovado na espécie, conforme consignado no acórdão embargado.

– Não se prestam os embargos para a rediscussão da causa.

– Embargos conhecidos e rejeitados.

DJ de 30.4.2007.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N^o 6.272/RS

RELATOR: MINISTRO GERARDO GROSSI

EMENTA: Embargos de declaração. Agravo regimental. Eleições 2002. Crime eleitoral. Art. 39, § 5º, inciso II, da Lei n^o 9.504/97.

– “Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício” (CPP, art. 61).

– A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação regula-se pela pena aplicada.

– Prescreve em dois anos a pena restritiva de direitos aplicada pelo prazo de seis meses (CP, art. 109, VI, e parágrafo único).

– Embargos conhecidos e acolhidos.

DJ de 4.5.2007.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL N^o 25.312/SC

RELATOR: MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO

EMENTA: Embargos de declaração. Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Eleições 2004. Exceção de impedimento. Juíza eleitoral. Não-configuração. Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição. Rejugamento. Rejeição.

1. Não há omissão, obscuridade ou contradição no acórdão embargado.

2. Recurso que intenta rediscutir matéria já regularmente decidida, o que não se enquadra nas hipóteses de cabimento dos embargos declaratórios (art. 535 do Código de Processo Civil).

3. É assente na jurisprudência pátria que o juiz não está obrigado a responder a todos os argumentos expendidos pelas partes, mas somente àqueles suficientes para a formação do seu livre convencimento.

4. “Embargos declaratórios não se prestam para forçar o ingresso na instância extraordinária se não houver omissão a ser suprida no acórdão, nem fica o juiz obrigado a responder a todas as alegações das partes quando já encontrou motivo suficiente para fundar a decisão” (Ac. n^o 4.695, rel. Min. Luiz Carlos Madeira, em 2.9.2004).

5. Embargos rejeitados.

DJ de 2.5.2007.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL N^o 26.384/AP

RELATOR: MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO

EMENTA: Embargos de declaração em agravo regimental em recurso especial. Eleições 2006. Registro de candidato. Juntada de novo documento. Impossibilidade.

1. Não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado.

2. Recurso que busca rediscutir matéria já regularmente decidida, expediente incompatível com a via dos declaratórios.

3. Embargos de declaração desprovidos.

DJ de 2.5.2007.

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL N^o 25.947/GO

RELATOR: MINISTRO CEZAR PELUSO

EMENTA: Exceção de suspeição. Julgamento. Desnecessidade de inscrição em pauta. Sustentação oral. Inadmissibilidade. Reexame dos fatos em recurso especial. Inadmissibilidade. Prequestionamento. Ausência. Improvimento do recurso especial. Incidência das súmulas n^{os} 279, 282 e 356 do STF. Medida cautelar. Sobrestamento do processo principal. Indeferimento. Agravo regimental prejudicado.

1. Inviável o recurso especial que busca simples reexame de prova ou que se funda em matéria não prequestionada.

2. Inadmissível sustentação oral em exceção de suspeição.

3. Recurso especial interposto contra acórdão que rejeita exceção de suspeição carece de efeito suspensivo e, pois, não suspende o andamento do processo principal.

4. Reputa-se prejudicado agravo regimental em medida cautelar que visa a emprestar efeito suspensivo a recurso especial improvido.

DJ de 2.5.2007.

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL N^o 27.304/TO**RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO**

EMENTA: Recurso especial eleitoral. Eleições 2006. Possibilidade de aplicação concomitante de pena de multa por propaganda eleitoral extemporânea com cassação do direito de transmissão de propaganda partidária por desvirtuamento desta. Precedente. Devolução dos autos ao TRE/TO.

1. A Representação n^o 4.830/TO foi extinta pela Corte Regional sem resolução do mérito, reconhecendo-se a ilegitimidade passiva de José Wilson Siqueira Campos e do PSDB/TO, bem como a impossibilidade jurídica do pedido, a carência de ação e a ausência de interesse processual (ementa à fl. 137).

2. A Representação n^o 4.834/TO foi julgada procedente pelo TRE, tão-somente para reconhecer o desvirtuamento da propaganda partidária, com a consequente cassação do direito de transmissão (ementa à fl. 168, Apenso n^o 1).

3. O pedido de aplicação de multa em função de propaganda eleitoral extemporânea se subsumiu à Rp n^o 4.830/TO a qual foi extinta sem resolução de mérito, por se considerar que a jurisprudência do TSE não admite a aplicação da pena de multa (art. 36, § 3º, da Lei n^o 9.504/97) combinada com a cassação de tempo destinado à propaganda partidária.

4. A jurisprudência desta Corte Superior se firmou pela possibilidade da cumulação de penas previstas no art. 45 da Lei n^o 9.096/95 (cassação do direito de transmissão do partido que desvirtuar propaganda partidária) e no art. 36, § 3º, da Lei n^o 9.504/97 (multa por propaganda eleitoral extemporânea), quando ambas ocorrerem concomitantemente. Nesse sentido: Rp n^o 994/DF, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* 13.12.2006.

5. A Corte Regional não adentrou no mérito para analisar a ocorrência ou não de propaganda eleitoral extemporânea. Assim, ao TSE compete fixar apenas o cabimento da aplicação da multa prevista no art. 36, § 3º, da Lei n^o 9.504/97, devendo o Tribunal *a quo* apreciar a matéria.

6. Recurso especial parcialmente provido, tão-somente, para, afastando a preliminar de carência de ação, determinar ao TRE/TO que prossiga na análise da Representação n^o 4.830/TO como entender de direito.

DJ de 2.5.2007.

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL N^o 27.951/GO*RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO**

EMENTA: Recurso especial eleitoral. Prestação de contas. Eleições 2006. Matéria administrativo-eleitoral. Não-conhecimento do recurso.

1. Em recentes julgados o TSE decidiu pelo não-cabimento de recurso judicial contra acórdão de Tribunal Regional Eleitoral que examina prestação de contas de candidato, por constituir matéria eminentemente administrativa (EDcl no REspe n^o 26.115/SP, de minha relatoria, *DJ* de 8.11.2006; AgRg no REspe n^o 25.762/PB, rel. Min. Caputo Bastos, julgado em 28.11.2006).

2. Tal entendimento foi reiterado na apreciação, pelo Plenário desta Corte, em 22.3.2007, do REspe n^o 27.903/AC, de minha relatoria.

3. Em se tratando de acórdão do TRE que versa sobre matéria administrativa, não cabe a jurisdicionalização do debate por meio da interposição de recurso ao TSE.

4. Recurso não conhecido.

DJ de 3.5.2007.

**No mesmo sentido os recursos especiais eleitorais n^os 27.979/BA e 28.004/BA, em 12.4.2007, e 27.989/SC, 28.054/SP, 28.057/SC, 28.065/SP, 28.075/SC e 28.084/MT, em 17.4.2007, rel. Min. José Delgado.*

RECURSO ORDINÁRIO N^o 1.101/RO**RELATOR: MINISTRO CARLOS SAYRES BRITTO**

EMENTA: Registro de candidatura. Candidato a deputado estadual. Configuração de parentesco por afinidade. União estável. Inelegibilidade. Negativa de seguimento.

1. A Jurisprudência do TSE é pacífica no sentido de que “a união estável atrai a incidência da inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal” (REspe n^o 23.487), com a ressalva de que o mero namoro não se enquadra nessa hipótese (REspe n^o 24.672).

2. Existência, no caso, de relacionamento afetivo entre o recorrente e a filha do governador de Rondônia, o que configura união estável, nos moldes do art. 1.723 do Código Civil de 2002.

3. Incidência de inelegibilidade em função de parentesco por afinidade.

4. Recurso a que se nega seguimento.

DJ de 2.5.2007.

RECURSO ORDINÁRIO N^o 1.372/SP*RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO**

EMENTA: Recurso ordinário. Prestação de contas. Eleições 2006. Matéria administrativo-eleitoral. Não-conhecimento do recurso.

1. Em recentes julgados o TSE decidiu pelo não-cabimento de recurso judicial contra acórdão de Tribunal Regional Eleitoral que examina prestação de contas de candidato, por constituir matéria eminentemente administrativa (EDcl no REspe n^o 26.115/SP, de minha relatoria, *DJ* de 8.11.2006; AgRg no REspe n^o 25.762/PB, rel. Min. Caputo Bastos, julgado em 28.11.2006).

2. Tal entendimento foi reiterado na apreciação, pelo Plenário desta Corte, em 22.3.2007, do REspe n^o 27.903/AC, de minha relatoria.

3. Em se tratando de acórdão do TRE que versa sobre matéria administrativa, não cabe a jurisdicionalização do debate por meio da interposição de recurso ao TSE.

4. Recurso não conhecido.

DJ de 3.5.2007.

**No mesmo sentido os recursos ordinários n^os 1.407/SP, 1.427/SP e 1.428/SP, em 17.4.2007, rel. Min. José Delgado.*

RESOLUÇÃO N^o 22.527, DE 3.4.2007**CONSULTA N^o 1.401/DF****RELATOR: MINISTRO CAPUTO BASTOS**

EMENTA: Consulta. Prefeito reeleito. Pretensão. Candidatura. Irmão. Período subsequente. Mesma jurisdição. Terceiro mandato. Possibilidade. Vedações. Art. 14, §§ 5º e 7º, da Constituição Federal.

1. É vedado, ao irmão do chefe do Executivo no exercício de segundo mandato, concorrer, no período subsequente e na mesma jurisdição, ao cargo ocupado por seu parente, ante a possibilidade de vir a se concretizar um terceiro mandato consecutivo (art. 14, §§ 5º e 7º, da CF).

Consulta a que se responde negativamente.

DJ de 3.5.2007.

RESOLUÇÃO N^o 22.531, DE 10.4.2007**PETIÇÃO N^o 2.456/DF****RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO**

EMENTA: Embargos de declaração em petição. Recebimento como pedido de reconsideração. Partido político. Incorporação do PAN ao PTB. Cumprimento das formalidades legais. Pedido de reconsideração indeferido.

1. Os embargos de declaração não são o meio adequado para atacar decisão administrativa (Cta n^o 9.669, rel. Min. Vilas Boas, *DJ* de 30.11.89; Cta n^o 10.377, rel. Min. Miguel Ferrante, *DJ* de 13.2.90). Inconformismo recebido como pedido de reconsideração.

2. O acórdão recorrido está fundamentado no preenchimento dos requisitos legais para averbação de incorporação de

partido, não carecendo de vício ensejador de sua revisão.

3. A insurgência dos representantes do PAN contra a validade das convenções partidárias é questão *interna corporis* a ser dirimida pela Justiça Comum, como bem ressaltado pelo Ministério Público Eleitoral. Cabe somente a ela conhecer das irresignações, para decidir sobre a validade ou não dos atos praticados por filiados partidários no momento e na via adequados.

4. O inconformismo busca apenas reiterar os argumentos expendidos em manifestações anteriores do PAN, devidamente rechaçados no acórdão atacado.

5. Embargos declaratórios recebidos como pedido de reconsideração, o qual se indefere.

DJ de 3.5.2007.

DESTAKE

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**N^o 1.351-3/DF****RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO**

Partido político. Funcionamento parlamentar.

Propaganda partidária gratuita. Fundo Partidário. Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário.

Normatização. Inconstitucionalidade. Vácuo. Ante a declaração de inconstitucionalidade de leis, incumbe atentar para a inconveniência do vácuo normativo, projetando-se, no tempo, a vigência de preceito transitório, isso visando a aguardar nova atuação das casas do Congresso Nacional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em julgar procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei n^o 9.096, de 19 de setembro de 1995: art. 13; a expressão “obedecendo aos seguintes critérios”, contida na cabeça do art. 41; incisos I e II do mesmo art. 41; art. 48; a expressão “que atenda ao disposto no art. 13”, contida na cabeça do art. 49, com redução de texto; cabeça dos arts. 56 e 57, com interpretação que elimina de tais dispositivos as limitações temporais neles constantes, até que sobrevenha disposição legislativa a respeito; e a expressão “no art. 13”, constante no inciso II do art. 57. Também por unanimidade, em julgar improcedente a ação no que se refere ao inciso II do art. 56. Votou a presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 7 de dezembro de 2006.

Ministro MARCO AURÉLIO, relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Inicialmente, consigno que o relatório e o voto referem-se às ações diretas de

inconstitucionalidade n^os 1.351-3/DF e 1.354-8/DF, estando esta apenas àquela.

No julgamento da medida cautelar na segunda ação, o Ministro Maurício Corrêa formalizou o relatório de folha 115 a 120, o qual adoto parcialmente, contendo o seguinte teor:

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: O Partido Social Cristão (PSC) ajuíza a presente ação direta de inconstitucionalidade do art. 13, bem como das expressões que fazem remissões, contidas no inciso II do art. 41, do *caput* dos arts. 48 e 49 e ainda no inciso II do art. 57, todos da Lei n^o 9.096, de 19 de setembro de 1995, que “dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal”.

(...)

Eis o teor do primeiro dos dispositivos impugnados:

“Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as casas legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.”

O autor entende que esse dispositivo é incompatível com o art. 5º, *caput* e seu inciso XXXVI, da Carta Magna, assim fundamentado:

“O art. 17, da Constituição Federal, consagra a liberdade para a criação dos partidos políticos. O seu § 1º, assegura-lhes autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, entre outras atribuições. Em nenhum momento a letra constitucional estabelece partidos de 1^a e 2^a categorias. Ao contrário, determina em seu art. 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Portanto, quando o legislador infraconstitucional cria normas dispare para iguais perante a lei, ele fere frontalmente a Lei Maior, com a agravante de ser em benefício próprio e de seus partidos políticos, com manifesto desrespeito às minorias e flagrante intenção de se eternizarem no poder.

O registro definitivo dos partidos políticos perante o colendo Tribunal Superior Eleitoral, coloca-os em igualdade de condições perante a lei, assegurando-lhes o direito adquirido através de ato jurídico perfeito, com a obtenção de seu registro definitivo na Justiça Eleitoral.”

A impugnação a determinadas expressões insertas no inciso II do art. 41, nos arts. 48 e 49 e no inciso II do art. 57 da Lei nº 9.096/95, é consequência da inquinada constitucionalidade do art. 13, a saber:

a) a expressão “que tenham preenchido as condições do art. 13”, contida no inciso II do art. 41, que tem a seguinte redação:

“Art. 41. O Tribunal Superior Eleitoral, dentro de cinco dias, a contar da data do depósito a que se refere o § 1º do artigo anterior, fará a respectiva distribuição aos órgãos nacionais dos partidos, obedecendo aos seguintes critérios:

I – (*Omissis.*)

II – noventa e nove por cento do total do Fundo Partidário serão distribuídos aos partidos que tenham preenchido as condições do art. 13, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.”

b) a expressão “que não atenda ao disposto no art. 13”, constante da seguinte redação do *caput* do art. 48:

“Art. 48. O partido registrado no Tribunal Superior Eleitoral, que não atenda ao disposto no art. 13, tem assegurada a realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de dois minutos.”

c) a expressão “que atenda ao disposto no art. 13”, incluída na redação do *caput* do art. 49:

“Art. 49. O partido que atenda ao disposto no art. 13 tem assegurado:

I – (*Omissis.*)

II – (*Omissis.*)”

d) a expressão “que cumpram o disposto no art. 13 ou no inciso anterior”, contida no inciso II do art. 57, assim disposto:

“Art. 57. No período entre o início da próxima Legislatura e a proclamação dos resultados da segunda eleição geral subsequente para a Câmara dos Deputados, será observado o seguinte:

I – (*Omissis.*)

II – vinte e nove por cento do Fundo Partidário será destacado para distribuição, aos partidos que cumpram o disposto no art. 13 ou no inciso anterior, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.”

Coube-me a distribuição do presente feito por ser o relator da ADI nº 1.351-3, proposta por outros oito partidos políticos, que também ataca o art. 13, partes do inciso II do art. 41, do

art. 48, e do art. 49 e do inciso II do art. 57, da mesma Lei ora impugnada. [Os processos foram apensados no despacho de folha 14].

Solicitadas as informações, prestou-as o Senhor Presidente da República, louvando-se na manifestação da Advocacia-Geral da União que, ao sustentar a inexistência de incompatibilidade do citado art. 13 com a liberdade de criação dos partidos contida no art. 17 da Constituição, acrescenta:

“10. E não se diga que a verificação do caráter nacional, no art. 13, era desnecessária porque já teria sido feita de acordo com o § 1º do art. 7º da mesma lei. Não. Embora ambos os artigos tenham a mesma finalidade, a verificação se dá em momentos diferentes. A comprovação prevista no art. 7º, § 1º, se faz necessária para que o partido possa registrar-se no Tribunal Superior Eleitoral. Mas, para cumprir o mandamento constitucional há de o partido comprovar que é nacional no ato de registrar seus estatutos e continua nacional ao longo de sua existência. A exigência do art. 13 serve precisamente a isso. É verificação periódica e automática do cumprimento do dispositivo constitucional. Portanto, não apenas ele é pleno de constitucionalidade como ainda exerce papel verificador da observância de preceito constitucional.

11. Uma das razões de insurgência do requerente contra o art. 13 consiste em que, na sua visão, a norma estaria em confronto com o caput do art. 17, que dispõe sobre a liberdade de criação dos partidos. Equivoca-se o PSC. A norma só versa, propriamente, sobre o funcionamento parlamentar. Só indiretamente, com propiciar a verificação do ‘caráter nacional’ do partido, evidencia a incidência do inciso I do art. 17 da Constituição que, esse sim, limita a criação de partidos que não tenham âmbito nacional. Portanto, a vedação de criação de minipartidos não está no art. 13 da lei, mas no art. 17, I, da Constituição.

12. Entende ainda o requerente, que as disposições impugnadas ferem o § 1º do art. 17 da Lei Magna. É outro equívoco. Esse dispositivo constitucional assegura ‘aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento’. Ora, nenhuma das normas tidas por inconstitucionais sequer de leve toca nessas matérias. A alegação é, pois, destituída de qualquer fundamento.

13. A igualdade de todos perante a lei – outra das incorreções do PSC contra as normas assinaladas – supõe, necessariamente, certas igualdades de fato. Não vá o pequeno partido, com apoio nessa garantia constitucional, pretender dispor, por exemplo, do mesmo tempo diante dos meios de comunicação de massa que os grandes partidos. E, assim, podem multiplicar-se aos milhares os exemplos de desigualdades que não atentam contra a Carta Magna.”

Por sua vez, o Congresso Nacional também prestou as informações que lhe foram solicitadas, argüindo a constitucionalidade dos dispositivos impugnados e acostando documentação relativa à tramitação do respectivo projeto de lei nas duas casas do Legislativo (fls. 32-113).

Naquela assentada, o Tribunal, por unanimidade, indeferiu o pedido de medida cautelar.

O advogado-geral da União manifestou-se, à folha 147 à 153 da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.354-8/DF, pela improcedência do pedido. Aponta que, do exame dos dispositivos atacados, depreende-se que a análise da constitucionalidade restringe-se ao art. 13 da Lei nº 9.096/95, tendo em conta a referência a este nas demais normas impugnadas. Busca demonstrar que a não-inclusão da matéria na Constituição de 1988, embora contida nas cartas anteriores, não veda o legislador ordinário a adotá-la novamente sob a égide da ordem atual. A limitação aos partidos políticos estaria em consonância com a adequação da lei ordinária para disciplinar o “caráter nacional” previsto no inciso I do art. 17 do texto constitucional. O legislador apenas fixou critérios para evitar a criação e a atuação de partidos excessivamente pequenos, não dotados de expressiva representatividade. Refuta o argumento segundo o qual o caráter nacional está totalmente conceituado pelo § 1º do art. 7º da mesma lei, asseverando aludir cada dispositivo a um momento distinto de verificação de regularidade, sendo este a do registro e a do art. 13, de natureza periódica. Menciona a doutrina sobre o tema e o que decidido no julgamento da medida cautelar.

Vieram-me, então, os processos em razão de o relator ter ascendido à presidência do Tribunal, conforme peça de folha 154.

O procurador-geral da República, no parecer de folha 158 a 160 – da ação de nº 1.354-8/DF –, também consigna resumir-se a questão ao exame da constitucionalidade do art. 13. Ante a óptica externada, a organização dos partidos políticos, apesar de livre, não é limitada, tendo em vista o requisito do “caráter nacional” contido no inciso I do art. 17 da Carta Federal. Afirma caber a determinação deste conceito à lei ordinária. Esta, restringindo a atuação parlamentar, guarda relação lógica com o fundamento constitucional. Considera observado o princípio da isonomia, levando em conta atribuírem as normas questionadas tempo nos meios de comunicação de massa e valor no rateio do Fundo Partidário conforme a proporção do partido. A discriminação de forma diversa seria inconstitucional. Cita a doutrina autorizada e pugna pela improcedência do pedido.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351-3/DF, cuja inicial não encerrou pedido de suspensão de preceitos, mas implicou pleito de abrangência maior, são impugnados os arts. 13, 56, inciso II – todo ele – e 57 – na integralidade – e ainda as expressões “[...] que tenham preenchido as condições do art. 13 [...]”, do inciso II do art. 41, e “[...] que atenda ao disposto no art. 13 [...]”, do art. 49, também da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.

Relativamente ao inciso II do art. 56, prevendo que “a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados disporá sobre o funcionamento da representação partidária conferida, nesse período, ao partido que possua representação eleita ou filiada em número inferior ao disposto no inciso anterior”, a razão de ser está na restrição decorrente do art. 13, logo, a glosa a este último o alcança.

O art. 57 tem o seguinte teor:

“Art. 57. No período entre o início da próxima legislatura e a proclamação dos resultados da segunda eleição geral subsequente para a Câmara dos Deputados, será observado o seguinte:

I – direito a funcionamento parlamentar ao partido com registro definitivo de seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral até a data da publicação desta lei que,

a partir de sua fundação tenha concorrido ou venha a concorrer às eleições gerais para a Câmara dos Deputados, elegendo representante em duas eleições consecutivas;

a) na Câmara dos Deputados, toda vez que eleger representante em, no mínimo, cinco estados e obtiver um por cento dos votos apurados no país, não computados os brancos e os nulos;

b) nas assembleias legislativas e nas câmaras de vereadores, toda vez que, atendida a exigência do inciso anterior, eleger representante para a respectiva Casa e obtiver um total de um por cento dos votos apurados na circunscrição, não computados os brancos e os nulos;

II – vinte e nove por cento do Fundo Partidário será destacado para distribuição, aos partidos que cumpram o disposto no art. 13 ou no inciso anterior, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados;

III – é assegurada, aos partidos a que se refere o inciso I, observadas, no que couber, as disposições do Título IV:

a) a realização de um programa, em cadeia nacional, com duração de dez minutos por semestre;

b) a utilização do tempo total de vinte minutos por semestre em inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais e de igual tempo nas emissoras dos estados onde hajam atendido ao disposto no inciso I, b.”

Ante as peculiaridades apresentadas, o advogado-geral da União, à folha 231 à 239 da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351-3/DF, defende que o princípio da plenitude partidária resguarda somente a existência de partidos autênticos, assim entendidos aqueles que se amparam em parcela razoável da população e não numa individualidade forte, capaz de obter a adesão de apenas alguns seguidores. Diz não versar o art. 13 sob análise a liberdade de criação de partidos mas o funcionamento parlamentar, apenas evidenciando, indiretamente, a incidência do inciso I do art. 17 da Constituição da República. Logo, o óbice à criação de partidos pequenos estaria neste dispositivo constitucional, não no questionado. Aduz, alfin, inexistir ofensa ao princípio da igualdade, tendo em conta justamente o tratamento desigual dispensado aos partidos relevantes e pequenos, limitando a atuação destes últimos.

O procurador-geral da República, às folhas 241 e 242 da segunda ação, pronuncia-se contrariamente ao pleito dos requerentes, ratificando os termos da manifestação exarada na primeira, mediante a oferta de cópia do parecer.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351-3/DF, neguei seguimento, nas folhas 227 e 258, aos pedidos formulados na inicial quanto aos requerentes Partido Liberal (PL), Partido Social Democrático (PSD), Partido Popular Socialista (PPS) e Partido dos Trabalhadores (PT), ante o não-atendimento à regularização processual referente aos instrumentos de mandato com finalidade específica para a propositura de ação direta.

As folhas 284 e 285, também da Ação nº 1.351-3/DF, acolhi o pleito de intervenção, no processo, do Partido Popular Socialista (PPS), condicionando a admissão do Partido Verde (PV), do Partido Socialista Brasileiro (PSB) e do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ao saneamento da representação processual, sendo que só este último atendeu à determinação (fl. 291).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Compõem a relação processual, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351-3/DF, o Partido Comunista do Brasil (PCdoB), o Partido Democrático Trabalhista (PDT), o Partido Socialista Brasileiro (PSB) e o Partido Verde (PV), e, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.354-8/DF, o Partido Social Cristão (PSC), havendo sido admitidos naquela como terceiros o Partido Popular Socialista (PPS) e o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Fisco que não está em mesa para julgamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.677-1/DF, ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT).

A discussão básica estampada nos processos em apreciação diz respeito à harmonia ou não do art. 13 da Lei dos Partidos Políticos – Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 – com a Constituição Federal. Os demais dispositivos atacados, consideradas expressões a remeterem ao citado artigo – nos incisos II do art. 41 e II do art. 56, na cabeça dos arts. 48 e 49 e na cabeça e incisos do art. 57 –, são alcançados pelo critério da consequência, por arrastamento. Eis o preceito em jogo:

Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as casas legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados, obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos estados, com o mínimo de dois por cento do total de cada um deles.

Vê-se que o art. 13 em questão, relativamente ao funcionamento parlamentar nas casas legislativas, prevê que o partido político deve preencher dois requisitos. O primeiro deles refere-se à quantidade dos votos válidos atinentes às cadeiras da Câmara dos Deputados. Então, há de se ter o mínimo de cinco por cento da totalidade dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos. Atendida essa condição, surge novo obstáculo a ser ultrapassado. É preciso que os cinco por cento dos votos estejam distribuídos em nove unidades da Federação, exigida ainda a quantidade mínima de dois por cento em cada uma delas. Eis, então, os pressupostos para que o partido político, em verdadeira corrida de obstáculos, alcance o funcionamento parlamentar:

a) obtenção de cinco por cento dos votos válidos para a Câmara dos Deputados, considerada a votação em todo o território nacional, afastados os brancos e os nulos;

b) distribuição desse percentual mínimo, em pelo menos um terço dos estados brasileiros;

c) conquista, em cada um dos nove estados, da percentagem mínima de dois por cento.

A exigência, além de estar ligada ao funcionamento parlamentar, repercute, ainda, no Fundo Partidário e no tempo disponível para a propaganda partidária. Sob o ângulo econômico-financeiro, ante o disposto no art. 41 do diploma analisado, a divisão do Fundo, no tocante aos partidos que lograram votação mínima e aos demais, há de se fazer mediante equações extremadas:

a) noventa e nove por cento do Fundo Partidário devem ser rateados entre os partidos que atenderam às condições previstas no art. 13 em comento;

b) a percentagem ínfima de um por cento será distribuída entre todos os partidos que tenham estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral.

Vale dizer: os partidos que atendam ao disposto no citado art. 13 participam do rateio de cem por cento do Fundo Partidário, enquanto os que não atinjam os patamares versados concorrem em partes iguais e juntamente com os primeiros – fisco –, à divisão do valor resultante do percentual de um por cento do Fundo Partidário.

A outra restrição corre à conta do denominado programa partidário. Conforme estabelece o art. 48 da Lei nº 9.096/95, aos partidos que não preencheram os requisitos do art. 13 reservar-se-á, em cada semestre, espaço de dois minutos para a propaganda eleitoral, limitado à cadeia nacional. Já os demais partidos, aqueles que conseguiram cumprir as exigências do art. 13, poderão realizar um programa em rede nacional e outro em rede estadual, em cada semestre, com duração dez vezes maior, ou seja, de vinte minutos cada qual, gozando ainda do direito a inserções de trinta segundos ou um minuto, em âmbito nacional e estadual, perfazendo, por semestre, quarenta minutos – art. 49 da Lei nº 9.096/95.

Tem-se a plena procedência do que apontado como extremos quer sob o ângulo do funcionamento parlamentar, excluído no que não alcançados os patamares do art. 13, quer quanto à participação no Fundo Partidário, praticamente neutralizada em face das percentagens de noventa e nove por cento e de um por cento para rateio geral, quer em relação à propaganda partidária, tendo certos partidos o direito de veiculá-la apenas em cadeia nacional e por dois minutos em cada semestre, dispondo outros, para tanto, em rede nacional e estadual, de tempo dez vezes maior, além de contarem com as inserções a totalizarem, por semestre, também nos dois âmbitos, quarenta minutos em cada qual.

Explicando melhor, ante a qualificação dos partidos considerados os votos obtidos – o que resulta em dualidade toda imprópria – em majoritários e minoritários, cabe aos primeiros – assim entendidos os de votação a atender ao disposto na lei –, para difundir o programa partidário, transmitir mensagens aos filiados sobre a execução do programa partidário, dos eventos com este relacionados e das atividades congressuais do partido e divulgar a respectiva posição quanto a temas político-comunitários, vinte minutos corridos em cada semestre, para transmissões em cadeia nacional e estadual, e quarenta minutos semestrais, com inserções de trinta segundos ou um minuto nas redes nacional e estadual. Os partidos minoritários, para as mesmas finalidades, têm direito a somente dois minutos por semestre e apenas em cadeia nacional, não contando com tempo algum para inserções.

As regras de repercussão avassaladora quanto à sobrevivência e ao crescimento dos partidos políticos tiveram a eficácia projetada no tempo, presentes os arts. 56 e 57 das disposições finais e transitórias da Lei nº 9.096/95 e a mitigação das exigências previstas, também minimizadas as consequências. Em outras palavras, a plena eficácia dos artigos atacados nestas ações far-se-á a partir da legislatura que terá início em 2007, consideradas as eleições gerais ocorridas neste ano.

São vinte e nove os partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, a saber: Partido Republicano Brasileiro (PRB), nº 10; Partido Progressista (PP), nº 11; Partido Democrático Trabalhista (PDT), nº 12; Partido dos Trabalhadores (PT), nº 13; Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), nº 14; Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), nº 15; Partido Socialista dos

Trabalhadores Unificado (PSTU), nº 16; Partido Social Liberal (PSL), nº 17; Partido Trabalhista Nacional (PTN), nº 19; Partido Social Cristão (PSC), nº 20; Partido Comunista Brasileiro (PCB), nº 21; Partido Liberal (PL), nº 22; Partido Popular Socialista (PPS), nº 23; Partido da Frente Liberal (PFL), nº 25; Partido dos Aposentados da Nação (PAN), nº 26; Partido Social Democrata Cristão (PSDC), nº 27; Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB), nº 28; Partido da Causa Operária (PCO), nº 29; Partido Humanista da Solidariedade (PHS), nº 31; Partido da Mobilização Nacional (PMN), nº 33; Partido Trabalhista Cristão (PTC), nº 36; Partido Socialista Brasileiro (PSB), nº 40; Partido Verde (PV), nº 43; Partido Republicano Progressista (PRP), nº 44; Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), nº 45; Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), nº 50; Partido de Reedificação da Ordem Nacional (Prona), nº 56; Partido Comunista do Brasil (PCdoB), nº 65, e, por fim, Partido Trabalhista do Brasil (PTdoB), nº 70. Sem normas e fatos não há julgamento. Pois bem, qual foi o desempenho desses partidos, considerada a votação para preenchimento das cadeiras da Câmara dos Deputados, nas eleições últimas? Dos vinte e nove partidos existentes, apenas sete alcançaram e suplantaram o patamar de cinco por cento dos votos para a Câmara dos Deputados em todo o território nacional, distribuídos de tal forma a perfazer pelo menos dois por cento em cada qual de nove estados. Ante a ordem de classificação, se é que desta podemos cogitar, eis os partidos que lograram atender aos ditames legais:

a) Partido dos Trabalhadores (PT), com 14,94% dos votos, totalizando treze milhões, novecentos e oitenta e nove mil, oitocentos e cinqüenta e nove votos, cobrindo, presente a percentagem mínima de dois por cento, todas as unidades da Federação, elegendo 83 deputados federais;

b) Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), com 14,51% dos votos, totalizando treze milhões, quinhentos e oitenta mil, quinhentos e dezessete votos, abrangendo, com relação ao patamar de dois por cento, todos os estados, elegendo 89 deputados federais;

c) Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), com 13,76% dos votos, totalizando doze milhões, oitocentos e oitenta e três mil, cento e quarenta e sete votos, não alcançando a percentagem de dois por cento no Rio Grande do Norte e no Amazonas, elegendo 66 deputados federais;

d) Partido da Frente Liberal (PFL), com 10,88% dos votos, totalizando dez milhões, cento e oitenta e dois mil, trezentos e oito votos, deixando de atingir a percentagem de dois por cento no Ceará, no Espírito Santo, em Rondônia e no Acre, elegendo 65 deputados federais;

e) Partido Progressista (PP), com 7,11% dos votos, totalizando seis milhões, seiscentos e sessenta mil, novecentos e cinqüenta e um votos, não chegando à percentagem de dois por cento apenas no Distrito Federal, elegendo 41 deputados federais;

f) Partido Socialista Brasileiro (PSB), com 6,21% dos votos, totalizando cinco milhões, oitocentos e treze mil, quatrocentos e noventa e quatro votos, não obtendo o patamar de dois por cento em Goiás, no Pará, no Paraná e em Mato Grosso do Sul, elegendo 27 deputados federais;

g) Partido Democrático Trabalhista (PDT), que, passando rente à trave, logrou 5,19% dos votos no País, totalizando quatro milhões, oitocentos e sessenta e dois mil e setenta e quatro votos, deixando de alcançar a percentagem mínima de dois por cento em Goiás, no Rio Grande do Norte, em Mato Grosso, no Distrito Federal, no Amazonas e em Sergipe, elegendo 24 deputados federais;

Em síntese, a prevalecer, sob o ângulo da constitucionalidade, o disposto no artigo 13 da Lei nº 9.096/95, somente esses partidos terão funcionamento parlamentar, participarão do rateio de cem por cento do saldo do Fundo Partidário, gozarão, em cada semestre e em cadeias nacional e estadual, de espaço de vinte minutos para a propaganda eleitoral e desfrutarão de inserções, por semestre e também em redes nacional e estadual, de trinta segundos ou um minuto, totalizando oitenta minutos no ano. Os demais ficarão à míngua, vale dizer, não contarão com o funcionamento parlamentar, dividirão, com todos os demais partidos registrados junto ao Tribunal Superior Eleitoral, a percentagem de um por cento do Fundo Partidário e, no tocante à propaganda partidária, terão, por semestre, apenas dois minutos restritos à cadeia nacional.

Eis a quantidade de votos obtidos por esses partidos:

a) Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), com 4,72% dos votos, alcançando quatro milhões, quatrocentos e dezesseis mil, quinhentos e sessenta e seis votos, deixando de atingir o patamar de dois por cento em nove estados – Mato Grosso, Santa Catarina, Bahia, Paraíba, Amapá, Rio Grande do Norte, Mato Grosso do Sul, Tocantins e Acre, elegendo 22 deputados;

b) Partido Liberal (PL), com 4,35% dos votos, alcançando quatro milhões, setenta e quatro mil, trezentos e noventa e três votos, não logrando a percentagem de dois por cento em cinco estados – Maranhão, Rio Grande do Sul, Piauí, Mato Grosso do Sul e Tocantins, elegendo 23 deputados;

c) Partido Popular Socialista (PPS), com 3,99% dos votos, iguais a três milhões, setecentos e quarenta mil e cinco votos, não conseguindo os dois por cento em onze estados – Pará, Espírito Santo, Rio Grande do Sul, Sergipe, Tocantins, Amazonas, Goiás, Ceará, Maranhão, Rio Grande do Norte e Piauí, elegendo 22 deputados;

d) Partido Verde (PV), com 3,65% dos votos, significando três milhões, quatrocentos e vinte e um mil e sete votos, alcançando a meta de dois por cento apenas em oito estados – Minas Gerais, São Paulo, Maranhão, Rondônia, Roraima, Rio de Janeiro, Alagoas e Paraná, elegendo 13 deputados;

e) Partido Comunista do Brasil (PCdoB), com 2,12% dos votos, significando um milhão, novecentos e oitenta e dois mil, trezentos e vinte e três votos, obtendo os dois por cento apenas em nove estados – Acre, Amazonas, Piauí, Rio Grande do Sul, Ceará, Maranhão, Amapá, Bahia e Pernambuco, elegendo 13 deputados;

f) Partido Social Cristão (PSC), com 1,86% dos votos, percentagem a revelar um milhão, setecentos e quarenta e cinco mil, cento e trinta e dois votos, ultrapassando os dois por cento em sete estados – Sergipe, Rio de Janeiro, Pará, Espírito Santo, Amapá, São Paulo e Maranhão, elegendo 9 deputados;

g) Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com 1,23% dos votos, a revelar um milhão, cento e quarenta e nove mil, seiscentos e dezenove votos, tendo alcançado os dois por cento em quatro estados – Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Ceará e Distrito Federal, elegendo 3 deputados;

h) Partido da Reedificação da Ordem Nacional (Prona), com 0,97% dos votos, ou seja, novecentos e seis mil, trezentos e quarenta e sete votos, ultrapassando a meta de dois por cento em cinco estados – Amazonas, Distrito Federal, Rio de Janeiro, São Paulo e Alagoas, elegendo 2 deputados;

i) Partido da Mobilização Nacional (PMN), com 0,94% dos votos, logrando oitocentos e setenta e cinco mil, seiscentos e dezesseis votos, chegando aos dois por cento em quatro estados – Rio Grande do Norte, Acre, Alagoas e Amazonas, elegendo 3 deputados;

j) Partido Trabalhista Cristão (PTC), com 0,86% dos votos, isto é, oitocentos e quatro mil, duzentos e vinte e seis votos, alcançando os dois por cento nos estados de Roraima e São Paulo, elegendo 3 deputados;

I) Partido Humanista da Solidariedade (PHS), com 0,46% dos votos, ou seja, quatrocentos e trinta e cinco mil e dezenove votos, não logrando os dois por cento em nenhum dos estados, elegendo 2 deputados;

m) Partido Social Democrata Cristão (PSDC), com 0,38% dos votos, logrando trezentos e cinqüenta e cinco mil e vinte e um votos, não obtendo os dois por cento em nenhum dos estados, não elegendo, ante o quociente eleitoral, deputado;

n) Partido Trabalhista do Brasil (PTdoB), com 0,32% dos votos, alcançando, assim, trezentos e dois mil, quinhentos e vinte votos, conseguindo os dois por cento somente no Estado do Rio de Janeiro, elegendo 1 deputado;

o) Partido dos Aposentados da Nação (PAN), com 0,32% dos votos, perfazendo trezentos e um mil, duzentos e sessenta e seis votos, ultrapassando os dois por cento no Estado do Maranhão, elegendo 1 deputado;

p) Partido Republicano Brasileiro (PRB), com 0,25% dos votos, tendo com isso duzentos e trinta e dois mil e novecentos e setenta e sete votos, não logrando os dois por cento em nenhum dos Estados, elegendo 1 deputado;

q) Partido Republicano Progressista (PRP), com 0,25% dos votos, logrando duzentos e trinta e um mil, cento e sessenta e um votos, não obtendo dois por cento em nenhum estado, não elegendo, ante o quociente eleitoral, deputado;

r) Partido Social Liberal (PSL), com 0,20% dos votos, alcançando cento e oitenta e sete mil, trezentos e quarenta votos, não logrando dois por cento em nenhum dos estados, não elegendo, ante o quociente eleitoral, deputado;

s) Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB), com 0,18% dos votos, isto é, cento e setenta mil, quatrocentos e trinta e seis votos, não chegando aos dois por cento em nenhum dos estados, não elegendo, ante o quociente eleitoral, deputado;

t) Partido Trabalhista Nacional (PTN), com 0,16% dos votos, ou seja, cento e cinqüenta e um mil, duzentos e noventa e dois votos, conseguindo dois por cento em dois estados: Rondônia e Roraima, não elegendo, ante o quociente eleitoral, deputado;

u) Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado (PSTU), com 0,11% dos votos, significando cem mil, quinhentos e setenta e quatro votos, não logrando dois por cento em nenhum dos estados, não elegendo, ante o quociente eleitoral, deputado;

v) Partido Comunista Brasileiro (PCB), com 0,05% dos votos, percentual igual a quarenta e três mil, setecentos e dezenove votos, não obtendo dois por cento em nenhum dos estados, não elegendo, ante o quociente eleitoral, deputado;

x) Partido da Causa Operária (PCO), com 0,03% do total, significando vinte e seis mil e novecentos e quarenta e nove votos, não logrando dois por cento em nenhum dos estados, não elegendo, ante o quociente eleitoral, deputado;

O registro desses dados servirá ao exame da razoabilidade das exigências legais.

Sob o aspecto constitucional, somente a Carta outorgada de 1967 versou a matéria alusiva à cláusula de barreira. Fê-lo não quanto ao funcionamento parlamentar em si, a existência de partido cerceado no tocante a prerrogativas normalmente existentes, mas relativamente à extinção. O art. 149 da Constituição Federal de 1967, ao dispor sobre a organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos, além de remeter a Lei Federal, assentou como princípio a necessidade de as agremiações haverem obtido, na última eleição geral para a

Câmara dos Deputados, dez por cento do eleitorado – atualmente cinco –, distribuídos pelo menos em sete estados – e não em nove como agora – com um mínimo de sete por cento – hoje dois – em cada um deles. Eis o preceito regedor da matéria:

Art. 149. A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios:

I – [...]

[...]

VII – exigência de dez por cento do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em dois terços dos estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles, bem assim dez por cento de deputados, em, pelo menos, um terço dos estados, e dez por cento de senadores;

[...]

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, também dispôs sobre o tema, flexibilizando a exigência anterior. Esta a disciplina verificada:

Art. 152. A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em Lei Federal observados os seguintes princípios:

I – [...]

[...]

VII – exigência de cinco por cento do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos, pelo menos, em sete estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles; e

[...]

A Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, ao dar nova redação ao art. 152 mencionado, modificou a previsão:

Art. 152. A organização e o funcionamento dos partidos políticos, de acordo com o disposto neste artigo, serão regulados em lei federal.

§ 1º [...]

[...]

§ 2º [...]

[...]

II – apoio, expresso em votos, de 5% (cinco por cento) do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos, pelo menos, por nove estados, com o mínimo de 3% (três por cento) em cada um deles;

[...]

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985, houve nova alteração do art. 152 em análise. O § 1º do citado artigo ganhou a seguinte redação:

§ 1º Não terá direito a representação no Senado Federal e na Câmara dos Deputados o partido que não obtiver o apoio, expresso em votos, de 3% (três por cento) do eleitorado, apurados em eleição geral para a Câmara dos Deputados e distribuídos em, pelo menos, 5 (cinco) estados com o mínimo de 2% (dois por cento) do eleitorado de cada um deles.

Então, é dado concluir que, sob a regência da Carta de 1967, tanto na redação primitiva, quanto nas resultantes das emendas constitucionais n^{os} 1/69 e 11/78, as exigências ligadas à representatividade de partido político alcançaram, com graduação maior, constitucional, a própria organização, funcionamento e extinção das agremiações. Com a Emenda Constitucional n^o 25/85, dispôs-se de forma precisa quanto às consequências de não ter o partido atingido os patamares fixados, versando o novo § 2º do aludido artigo 152 sobre a consequência de não ser alcançada a votação exigida, considerados os mandatos políticos:

§ 2º Os eleitos por partidos que não obtiverem os percentuais exigidos pelo parágrafo anterior terão seus mandatos preservados, desde que optem, no prazo de 60 (sessenta dias), por qualquer dos partidos remanescentes.

O § 3º do mesmo dispositivo cuidou da problemática da criação, fusão, incorporação, extinção e fiscalização financeira dos partidos políticos, remetendo a lei federal, guardados, é certo, os princípios constitucionais.

Conclui-se, portanto, que, anteriormente, a matéria tinha disciplina constitucional.

Sob o ângulo da votação obtida, a própria Carta dispunha não só sobre a representação nas casas legislativas como também sobre a vida ou a morte civil do partido político.

O que aconteceu, considerados os novos ares constitucionais, os benfazejos ares democráticos, ao menos assim se quer e se proclama a todos os ventos, consagrados na Lei Fundamental de 1988? O art. 1º revela como um dos fundamentos da própria República o pluralismo político – inciso V. Já o parágrafo único do citado artigo estabelece que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos do diploma maior. Este, ao fixar as condições de elegibilidade, menciona a necessária filiação partidária, ou seja, não existe a possibilidade de o cidadão, sem respaldo de partido político, lograr mandato eletivo, presente o sufrágio universal, o voto direto e secreto.

O capítulo V de título compreendido em parte básica da Constituição Federal – o II, porque trata dos direitos e garantias fundamentais – encerra como medula a liberdade dos partidos políticos, predicado inafastável quanto a essas pessoas jurídicas de direito privado. Pedagogicamente consigna a liberdade na criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, revelando a necessidade de se resguardar a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana. Vê-se o relevo maior atribuído à multiplicidade política. Relembrem: como fundamento da República, versou-se o pluralismo político e, quanto aos partidos políticos, previu-se a livre criação, fazendo-se referência, de maneira clara, ao pluripartidarismo. Tratou-se do caráter nacional das entidades para, a seguir, dispor-se que os partidos adquirem personalidade jurídica na forma da lei civil, devendo ter os estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral. O que se contém no art. 17 da Carta Federal diz respeito a todo e qualquer partido político legitimamente constituído, não encerrando a norma maior a possibilidade de haver partidos de primeira e segunda classes, partidos de sonhos inimagináveis em termos de fortalecimento e partidos fadados a morrer de inanição, quer sob o ângulo da atividade concreta no Parlamento, sem a qual é injustificável a existência jurídica, quer da necessária difusão do perfil junto ao eleitorado em

geral, dado indispensável ao desenvolvimento relativo à adesão quando do sufrágio, quer visando, via Fundo Partidário, a recursos para fazer frente à impiedosa vida econômico-financeira. Em síntese, tudo quanto venha à balha em conflito com os ditames maiores, os constitucionais, há de merecer a excomunhão maior, o rechaço por aqueles comprometidos com a ordem constitucional, com a busca do aprimoramento cultural. Transcrevo, para efeito de documentação, a íntegra do citado artigo:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I – caráter nacional;

II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III – prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV – funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

§ 2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 3º Os partidos políticos têm direito a recursos do Fundo Partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

§ 4º É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

Ainda sob o ângulo do pluripartidarismo, da representatividade dos diversos segmentos nacionais, é dado perceber a ênfase atribuída pela Carta Federal às minorias. No tocante às comissões permanentes e temporárias da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o § 1º do art. 58 do Diploma Maior assegura sem distinguir, considerada a votação obtida, o número de eleitos, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa. Aliás, na cabeça do artigo, há a remessa aos regimentos internos do Congresso bem como das duas casas, e versa o preceito algo compreendido no gênero funcionamento parlamentar, disciplina em sintonia com a independência dos poderes. No processo legislativo, no aperfeiçoamento da lei em sentido formal e material, nesse ato complexo, atua, ao término da linha, o Executivo, sancionando ou vetando o que aprovado pelas casas legislativas. Fica no ar: existentes partidos com deputados eleitos, é dado a poder diverso – o Executivo – compor e balizar o funcionamento interno, embora de forma conjunta com Senado e Câmara? Dilo que não o jurista e ex-Ministro Célio Borja. Endoso a óptica por Sua Excelência externado. Da mesma forma que ao Judiciário cumpre reger órgãos internos – art. 96, inciso I, alínea a, da Constituição Federal – via regimento interno, tem-se, preservado o sistema como único, idêntico enfoque quanto à vida interna de cada Casa Legislativa – arts. 51, incisos III e IV, 52, incisos XII e XIII, e 58 da Carta da República. Vale repetir o

que consignado pelo parecista em peça elaborada a pedido da Mesa da Câmara dos Deputados, considerada transcrição contida em memorial:

“Da independência do órgão colegiado do Poder Legislativo e da inviolabilidade dos seus membros, no exercício do mandato, resulta a impossibilidade de lhes regular a conduta parlamentar por lei formal, dado que assim facultar-se-ia a intromissão de outra Casa e do presidente da República em assunto entregue à autonomia de cada uma das câmaras”.

“(…)

As bancadas são instituições de direito parlamentar exclusivamente. Constituem-se, nos corpos legislativos, pela reunião dos representantes que se identificam pela unidade de propósito e pela uniformidade da atuação. Agrupam-se sob a liderança que designam”.

Sim, presentes deputados necessariamente vinculados a certo partido, cuja existência civil e registro no Tribunal Superior Eleitoral sejam incontestáveis, a eles são aplicáveis, em termos de atividade parlamentar, as normas constantes do regimento interno. Fora isso é menosprezar a independência funcional da Casa Legislativa.

Estabelece o § 3º do mesmo artigo 58 que a criação de comissão parlamentar de inquérito se faz mediante requerimento de um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal ou, se comissão mista, de ambas as casas. A Constituição Federal atribui ainda legitimidade aos partidos políticos para provocarem a jurisdição constitucional concentrada, sendo suficiente, contar, para tanto, com um único representante em qualquer das casas do Congresso. Em última análise, as previsões constitucionais encerram a neutralização da ditadura da maioria, afastando do cenário nacional óptica hegemônica e, portanto, totalitária. Concretizam, em termos de garantias, o pluralismo político tão inerente ao sistema proporcional, sendo com elas incompatível regramento estritamente legal a resultar em condições de exercício e gozo a partir da graduação dos votos obtidos. Aliás, surge incongruente admitir que partido sem funcionamento parlamentar seja, a um só tempo, legitimado para a propositura das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, não tendo atuação na Casa Legislativa, mas agindo via credenciamento popular no âmbito do Judiciário, tudo acontecendo – repito – sem que existente a restrição constitucional.

Vê-se que a Lei Básica de 1988 não manteve a vinculação surgida com a Constituição de 1967, para o desenvolvimento da atividade política pelo partido, aos votos obtidos em determinado certame. Nem se diga que o inciso IV do art. 17 remete o funcionamento parlamentar à disciplina mediante lei, podendo esta última dispor sobre algo de fundamental relevância, ou seja, sobre a criação de partidos políticos de primeira e segunda categorias, considerado o desempenho nas urnas. A previsão quanto à competência do legislador ordinário para tratar do funcionamento parlamentar há de ser tomada sem esvaziar-se os princípios constitucionais, destacando-se com real importância o revelador do pluripartidarismo. Vale dizer que se deixaram à disciplina legal os parâmetros do funcionamento parlamentar sem, no entanto, viabilizar que norma estritamente legal determinasse a vida soberba de alguns partidos políticos e a morte humilhante de outros. Verificada a existência jurídica do partido, a participação em certas eleições, o êxito quanto a

mandatos políticos em disputa, não há como afastar do cenário a vontade dos cidadãos que elegeram candidatos, que vieram a preencher cadeiras em casas legislativas, desvinculando-os, em quase um passe de funesta mágica, do próprio partido que respaldou a candidatura. Surge incongruente assentar a necessidade de o candidato ter, em um primeiro passo, o aval de certo partido e, a seguir eleito, olvidar a agremiação na vida parlamentar. O casamento não é passível desse divórcio.

Aliás, para aqueles preocupados com a proliferação dos partidos políticos, há de levar-se em conta que o enxugamento do rol é automático, presente a vontade do povo, de quem emana o poder. Se o partido político não eleger representante, é óbvio que não se poderá cogitar de funcionamento parlamentar. Considerada a ordem natural das coisas, cuja força é insuplantável, a conveniente representatividade dos partidos políticos no parlamento fica jungida tão-somente ao êxito verificado nas urnas, entendendo como tanto haver sido atingido o quociente eleitoral, elegendo candidatos, pouco importando o número destes. Só assim ter-se-á como atendido o fundamento da República, ou seja, o pluralismo político, valendo notar que o verdadeiro equilíbrio decorre do somatório de forças que revelem a visão dos diversos segmentos que perfazem a sociedade. Em síntese, não elegendo candidato, o partido fica automaticamente fora do contexto parlamentar. Estão enquadrados nessa situação, porquanto não alcançaram o coeficiente eleitoral, os seguintes partidos: Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado (PSTU), Partido Social Liberal (PSL), Partido Trabalhista Nacional (PTN), Partido Comunista Brasileiro (PCB), Partido Social Democrata Cristão (PSDC), Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB), Partido da Causa Operária (PCO) e Partido Republicano Progressista (PRP).

Resumindo, surge com extravagância maior interpretar-se os preceitos constitucionais a ponto de esvaziar-se o pluripartidarismo, cerceando, por meio de atos que se mostram pobres em razoabilidade e exorbitantes em concepção de forças, a atuação deste ou daquele partido político.

Tenham presente que a necessidade do trato constitucional da matéria, conforme a tradição, conforme a assegurada liberdade de criação dos partidos, foi percebida quando dos trabalhos de revisão da Carta de 1988. O então relator da revisão, deputado Nelson Jobim, apresentou, em 1994, substitutivo ao Parecer nº 36. Neste ressaltou que a chamada “cláusula de barreira” não teria sido tratada na Constituição, aspecto que vinha dando margem a “perplexidades interpretativas por parte do legislador”. O substitutivo acrescentava, ao § 2º do art. 17 da Constituição Federal, relativizando-o, a necessidade de o partido político comprovar o apoio de eleitores exigido em lei. Acrescentava os §§ 5º e 6º ao citado artigo e revogava o inciso IV nele contido, a versar sobre a remessa, à lei, do funcionamento parlamentar. Eis o teor dos preceitos que, caso aprovada a emenda constitucional de revisão, estariam hoje em vigor, afastando a celeuma que deu margem a este julgamento pelo Supremo, guarda maior da Constituição:

§ 5º Somente terá direito a representação na Câmara dos Deputados o partido que obtiver o apoio mínimo de cinco por cento dos votos válidos, excluídos os brancos e os nulos, apurados em eleição geral e distribuídos em pelo menos um terço dos estados, atingindo dois por cento em cada um deles.

§ 6º Somente o partido que cumprir o disposto no parágrafo anterior poderá registrar candidato a presidente da República.

O substitutivo data de 1994. Não houve o consenso indispensável à aprovação da emenda em que pesem aos parâmetros flexibilizados, para alterar-se a Carta da República, previstos no art. 3º do ato das disposições constitucionais transitórias – voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional em sessão unicameral. Pois bem, após histórico e disciplina a revelarem a necessidade do trato da matéria com envergadura maior – constitucional –, o legislador comum veio a aprovar o texto do que seria o § 5º do art. 17 da Constituição Federal, olvidando a natureza rígida desse diploma. A Carta acabou alterada mediante lei ordinária! Transportou-se – sem o advérbio “somente”, é certo –, para o estatuto dos partidos políticos aprovado no ano seguinte, as regras submetidas ao Congresso Nacional e rejeitadas para inserção no Documento Maior da República. Não houve sequer alteração quanto às percentagens. Está-se a ver que o disposto no art. 13 da Lei nº 9.096/95 veio a mitigar o que garantido aos partidos políticos pela Constituição Federal, asfixiando-os sobremaneira, a ponto de alijá-los do campo político, com isso ferindo de morte, sob o ângulo político-ideológico, certos segmentos, certa parcela de brasileiros. E tudo ocorreu a partir da óptica da sempre ilustrada maioria.

Sob o ângulo da razoabilidade, distancia-se do instituto diploma legal que, apesar da liberdade de criação de partidos políticos prevista na Constituição Federal, admite a existência respectiva e, em passo seguinte, inviabiliza o crescimento em termos de representação. A exigência de cinco por cento dos votos válidos para a Câmara dos Deputados implica, considerados os dados da última eleição, a necessidade de o partido haver alcançado quatro milhões, seiscentos e oitenta e um mil, duzentos e noventa e três votos em um universo de noventa e três milhões, seiscentos e vinte e cinco mil, oitocentos e cinqüenta e oito votos. Aliás, assentada, em relação a todos os partidos hoje registrados no Tribunal Superior Eleitoral, a necessidade de alcançar cinco por cento dos votos, ter-se-ia que contar não com cem por cento correspondentes à totalidade dos sufrágios mas com cento e quarenta e cinco por cento!

Ainda no tocante à razoabilidade, mostra-se imprópria a existência de partidos políticos com deputados eleitos e sem o desempenho parlamentar cabível, cumprindo ter presente que, a persistirem partidos e parlamentares a eles integrados, haverá, em termos de funcionamento parlamentar, o esvaziamento da atuação das minorias.

A cláusula constitucional a remeter o funcionamento parlamentar, as balizas deste, a preceito legal – o que, no entendimento do Ministro Célio Borja, constante de parecer, leva à disciplina mediante regimento interno – não pode ser tomada a ponto de admitir-se que a lei inviabilize, por completo, o dito funcionamento, acabando com as bancadas dos partidos minoritários e impedindo os respectivos deputados de comporem a Mesa Diretiva e as comissões, em flagrante contrariedade à disposição do § 1º do art. 58 da Constituição Federal, no que sinaliza, em bom vernáculo, a necessidade de ambas – Mesa e comissões – serem integradas, se houver possibilidade física, de forma proporcional, pelos partidos e blocos parlamentares existentes na Casa, vale dizer, que tenham deputados eleitos.

Nos dias de hoje, tem-se exemplo marcante da extravagância da disciplina legal. O histórico e fidedigno Partido Comunista

do Brasil logrou obter 2,12% da totalidade dos votos para a Câmara dos Deputados, significando esta percentagem substancial votação – um milhão, novecentos e oitenta e dois mil, trezentos e vinte e três votos em noventa e três milhões, seiscentos e vinte e cinco mil, oitocentos e cinqüenta e oito votos –, perfazendo a percentagem de dois por cento dos votos em nove estados – Acre, Amazonas, Piauí, Rio Grande do Sul, Ceará, Maranhão, Bahia, Pernambuco e Amapá – e elegendo 13 deputados. Conta hoje com integrante a presidir a Câmara dos Deputados – o deputado Aldo Rebelo. Pois bem, ante a incidência do art. 13, na próxima legislatura, de duas, uma: ou o deputado Aldo Rebelo migra para outro partido, em condonável polivalência político-ideológica, ou terá que desistir de concorrer à reeleição, esta última admitida pelo Supremo desde que se trate de nova legislatura – muito embora o § 4º do art. 57 da Carta contenha cláusula vedando “a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente”. Mais ainda: o atual vice-presidente da República, José Alencar, é do Partido Republicano Brasileiro (PRB). Foi reeleito. O partido não veio a atender às exigências legais nas últimas eleições, elegendo 1 deputado. Contará com integrante vice-presidente da República, mas com deputado órfão, sem endosso partidário, na Câmara dos Deputados.

Quanto ao rateio do Fundo Partidário, a circunstância de ter-se a divisão inicial considerados os percentuais de noventa e nove por cento e de um por cento, concorrendo ao primeiro os partidos ditos, sob o ângulo da representação, majoritários – com aumento da fatia de cada qual – e, à percentagem ínfima de um por cento, todos os 29 partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, haverá situações concretas em que a redução de valor a ser recebido alcançará percentagem superior a noventa e nove por cento.

Levem em conta a situação do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), que elegeu 22 deputados e obteve quatro milhões, quatrocentos e dezesseis mil, quinhentos e sessenta e seis votos, o que, a toda evidência, não é pouco em termos de representatividade. Considerada a eleição de 2002, teve jus, em 2006, à cota de seis milhões, setecentos e quarenta e seis mil, cento e vinte e cinco reais, sessenta e quatro centavos. Com a nova disciplina, repetido em 2007 o valor arrecadado em 2006 para o Fundo Partidário, o PTB ficará com a quota de quarenta mil, seiscentos e quarenta e seis reais e setenta centavos, verificada assim diminuição de 99,40%. O mesmo se diga em relação ao Partido Liberal (PL), cujos votos chegaram a quatro milhões, setenta e quatro mil, trezentos e noventa e três, elegendo 23 deputados. Ante a eleição de 2002 e considerado o Fundo Partidário relativo a 2006, alcançou seis milhões, setecentos e oito mil, noventa e três reais e treze centavos. Incidentes as novas regras e mantida a arrecadação de 2006 relativamente a 2007, caberá a ele quarenta mil, seiscentos e quarenta e seis reais e setenta centavos, ocorrendo decréscimo de 99,39%. Enquanto isso, todos os sete partidos que lograram atender às exigências legais, com cinco por cento dos votos nacionais distribuídos em nove estados, obtendo em cada qual dois por cento dos votos, terão majoração, a saber: Partido Progressista (PP), de 0,54%; Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), de 17,08%; Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), de 34,29%; Partido da Frente Liberal (PFL), de 1,59%; Partido dos Trabalhadores (PT), de 12,68%; Partido Socialista Brasileiro (PSB), de 43,53%; e Partido Democrático Trabalhista (PDT) de 25,25%. Ocorrendo alteração positiva e sendo alcançados valores que vão de 8.408.598,08 a 24.158.085,91. Não

é aceitável, sob o ângulo da razoabilidade, tal equação, dividindo sete partidos o grande bolo de 99% do que vier a ser arrecadado para o Fundo Partidário e os vinte e nove partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, inclusive esses sete, um por cento. O mesmo enfoque é dado verificar em termos de horário reservado à propaganda partidária. Os sete partidos que conseguiram atender aos requisitos legais terão, por semestre, cada qual, vinte minutos em rede nacional e vinte minutos em rede estadual bem como inserções nas duas cadeias, a totalizarem, em relação a cada uma, por semestre, quarenta minutos. Já os vinte e dois partidos de representação menor, aquém das rigorosas exigências legais, terão, cada qual, dois minutos por semestre e unicamente em rede nacional, não contando com o tempo para inserções.

Esta Corte é chamada a pronunciar-se sobre a matéria a partir da Constituição Federal. Descabe empunhar a bandeira leiga da condenação dos chamados partidos de aluguel, o preconceito, mesmo porque não se pode ter como a revelá-los partidos, para exemplificar, como o Partido Popular Socialista (PPS), o Partido Comunista do Brasil (PCdoB), o Partido Verde (PV) e o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), sendo que este último, aliás, é condenado a não subsistir sem que tenha experimentado espaço de tempo indispensável a lograr grau de acatamento maior frente ao eleitorado. Se, impossibilitado de figurar junto à Casa para a qual elegeu deputados, tendo substancialmente mitigada a participação no Fundo Partidário e no horário de propaganda eleitoral, não deixará jamais a situação embrionária, própria ao surgimento de uma nova sigla. Permanecerá, se tanto, em plano secundário, inviabilizado o acesso eficaz a eleitores, o que somente ocorre em virtude da atuação parlamentar e da divulgação de metas partidárias. A dose é cavalar, implicando a potencialização do objeto visado em detrimento de princípios constitucionais. Possíveis circunstâncias reinantes, possíveis desvios de finalidade hão de ser combatidos de forma razoável, sem a colocação em segundo plano de valores inerentes à democracia, a um estado democrático de direito. Levem em conta ainda que o funcionamento parlamentar não o é apenas nas assembleias e câmaras, alcançando o Senado da República e neste os seguintes partidos, da ala excluída, elegeram nas últimas eleições senadores – sem contar aqueles que se encontram em meio ao mandato: Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), 3 senadores; Partido Comunista do Brasil (PCdoB), 1 senador; Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB), 1 senador; Partido Popular Socialista (PPS), 1 senador; e Partido Liberal (PL), 1 senador.

Indaga-se: ter-se-á dois pesos e duas medidas com funcionamento parlamentar no Senado e ausência nas demais casas legislativas? Se positiva a resposta, o sistema estará capenga, distinguindo-se onde o legislador não distinguiu.

Que fique ressaltado, em verdadeira profissão de fé, em verdadeiro alerta a desavisados, encontrar-se subjacente a toda esta discussão o ponto nevrálgico concernente à proteção dos direitos individuais e das minorias, que não se contrapõe aos princípios que regem o governo da maioria – cuja finalidade é o alcance do bem-estar público, a partir da vontade da maioria, desde que respeitados os direitos dos setores minoritários, não se constituindo, de forma alguma, em via de opressão destes últimos.

No Estado democrático de direito, a nenhuma maioria, organizada em torno de qualquer ideário ou finalidade – por mais louvável que se mostre –, é dado tirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais dos grupos minoritários dentre os quais estão a liberdade de se expressar, de se organizar,

de denunciar, de discordar e de se fazer representar nas decisões que influem nos destinos da sociedade como um todo, enfim, de participar plenamente da vida pública, inclusive fiscalizando os atos determinados pela maioria. Ao reverso, dos governos democráticos espera-se que resguardem as prerrogativas e a identidade própria daqueles que, até numericamente em desvantagem, porventura requeiram mais da força do Estado como anteparo para que lhe esteja preservada a identidade cultural ou, no limite, para que continue existindo.

Aliás, a diversidade deve ser entendida não como ameaça mas como fator de crescimento, como vantagem adicional para qualquer comunidade que tende a enriquecer-se com essas diferenças. O desafio do Estado moderno, de organização das mais complexas, não é elidir as minorias, mas reconhecê-las e, assim o fazendo, viabilizar meios para assegurar-lhes os direitos constitucionais. Para tanto, entre outros procedimentos, há de fomentar diuturnamente o aprendizado da tolerância como valor maior, de modo a possibilitar a convivência harmônica entre desiguais. Nesse aspecto, é importante sublinhar, o Brasil se afigura como exemplo para o mundo.

Democracia que não legitima esse convívio não merece tal *status*, pois, na verdade, revela a face despótica da inflexibilidade, da intransigência, atributos que, normalmente afetos a regimes autoritários, acabam conduzindo à escravidão da minoria pela maioria.

Alfim, no Estado democrático de direito, paradoxal é não admitir e não acolher a desigualdade, o direito de ser diferente, de não formar com a maioria. Mais: o Estado democrático de direito constitui-se, em si mesmo – e, sob certo ponto de vista, principalmente –, instrumento de defesa das minorias. Esse foi o entendimento adotado, levando o Supremo a garantir a criação de comissão parlamentar de inquérito pela vontade de um terço – e não da maioria – dos parlamentares, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.831-9/DF, relatado pelo Ministro Celso de Mello e cujo acórdão foi publicado no *Diário da Justiça* de 4 de agosto de 2006.

É de repetir até a exaustão, se preciso for: Democracia não é a ditadura da maioria! De tão óbvio, pode haver o risco de passar despercebido o fato de não subsistir o regime democrático sem a manutenção das minorias, sem a garantia da existência destas, preservados os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

Então, encerro este voto, no julgamento conjunto das ações nºs 1.351-3/DF e 1.354-8/DF, acolhendo os pedidos formulados – exceto quanto ao inciso II do art. 56 – e, com isso, declarando a inconstitucionalidade na Lei nº 9.096/95:

- a) do art. 13;
- b) da expressão “obedecendo aos seguintes critérios”, na cabeça do art. 41, e dos incisos I e II do mesmo preceito;
- c) do art. 48;
- d) da expressão “que atenda ao disposto no art. 13”, no art. 49;
- e) da expressão “no art. 13” do inciso II do art. 57.

É o voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Senhora Presidente, reputo este julgamento histórico, tendo em conta o próprio Estado democrático de direito, a transferência de poder pelo povo a mandatários, a transferência de poder pelo povo a representantes. Por isso – não sou de me estender muito em votos –, peço a paciência dos colegas e também da assistência para o que tenho a assinalar e deixar registrado nos anais do Supremo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhora Presidente, tenho uma preocupação, porque o art. 48 estabelece que:

“Art. 48. O partido registrado no Tribunal Superior Eleitoral que não atenda ao disposto no art. 13 tem assegurada a realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de dois minutos.”

Essa questão já foi amplamente discutida pelos requerentes e, agora, no voto do relator. Salvo engano, está-se declarando a expressão “que não atenda ao disposto no art. 13”, não é Ministro Marco Aurélio?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): De início, das expressões “que não atenda ao disposto no art. 13” e “com a duração de dois minutos”.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Se Vossa Excelência vai eliminar esses dois minutos, então fica o dispositivo todo; fica sem sentido; pois iria conceder mais dois minutos a todos os partidos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: É.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: E fica pior, prejudica, não ajuda.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Estou falando do art. 48 da Lei nº 9.096.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Sim: “(...) que não atenda ao disposto no artigo (...) em cada semestre, com a duração de dois minutos”.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): A única dúvida que poderíamos ter, sob o ângulo da extensão, diz respeito à vinculação ao pedido formulado, ao objeto da própria ação direta de constitucionalidade, porque a impugnação se fez nesse sentido. Concordo com o Ministro Sepúlveda Pertence no que Sua Excelência afirma que, retiradas as expressões “que não atenda ao disposto no art. 13” e também “com a duração de dois minutos”, o artigo perde conteúdo.

OSENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Realmente, aí, o dispositivo é inconstitucional por arrastamento. Ele perde o sentido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Se for o pensamento do Colegiado, adiro à declaração, na totalidade, da pecha de inconstitucionalidade do art. 48.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: O art. 57, III.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (presidente): Não, o art. 57 só tem dois incisos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Ministro Gilmar Mendes, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.354-8/DF, esse dispositivo foi atacado, o inciso II.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Isso é quanto ao fundo, mas a minha observação é quanto ao tempo de TV. A

minha pergunta é: assente a inconstitucionalidade do art. 48 – para ficar ainda na questão da distribuição do tempo de TV –, não se deveria manter, quer dizer, deixar explícita a aplicação do art. 57, III?

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (presidente): Art. 57, III?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Precisaríamos retocar – e, talvez, atuássemos como legisladores positivos – a cabeça do artigo, porque o que nele previsto o foi para viger por período determinado.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Isso não é um problema de declaração.

OSENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Mas, pelo menos uma cláusula provisória até que o Congresso delibere sobre isso.

OSENHOR MINISTRO MARCOAURÉLIO (relator): Há uma saída.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Vai ficar uma lacuna, e ela pode ser preenchida pelo 57.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Essa é a proposta.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: É uma declaração de inconstitucionalidade, ao mesmo tempo, com um tipo de interpretação conforme.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): E se ataca o artigo como um todo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: No final, Vossa Excelência, em tese, está tendendo a propor a preservação da disciplina transitória até que o legislador edite uma legislação que atenda aos princípios constitucionais.

O SENHOR MINISTRO MARCOAURÉLIO (relator): Há uma forma aceita pelo Tribunal, que é a procedência parcial da pecha de inconstitucionalidade quanto ao art. 57. Afastaríamos do cenário normativo apenas a limitação constante da cabeça do dispositivo, porque, nela, o que temos? Um balizamento de vigência:

Art. 57. No período entre o início da próxima legislatura e a proclamação dos resultados da segunda eleição geral subsequente para a Câmara dos Deputados, será observado o seguinte [...]

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Esse é um dispositivo que, a rigor, já teria perdido a eficácia. Nós estamos tentando revitalizá-lo, tendo em vista a lacuna que se vislumbra.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: É uma forma de declaração de inconstitucionalidade evitando cair num vazio normativo.

O SENHOR MINISTRO MARCOAURÉLIO (relator): Houve, ao término do diploma, a revogação explícita, e não tácita. Se

fosse a revogação tácita, ocorreria o restabelecimento da redação anterior.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Senhora Presidente, evolu para acolher a ponderação feita pelo Ministro Gilmar Mendes. Assento, então, que, no tocante ao art. 57, a interpretação é para preencher o que seria o vácuo normativo mediante o afastamento desses limites, dessas balizas temporais que estão na cabeça do artigo.

Conseqüência prática: com isso, restabeleceremos o que se mostrou de início norma transitória, até que o legislador venha e atue.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: E que regulou essa situação transitória durante todo este período: dez anos de vigência da lei.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (presidente): Então, no art. 57, Ministro Marco Aurélio, será observado o seguinte: tiramos a baliza temporal.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Não é uma declaração de constitucionalidade do art. 57. É declarar inconstitucional o art. 13 e suas repercussões, de acordo com o voto do relator e com outros fundamentos que venham a ser aventados, mas declarando que, enquanto o legislador não edite norma que atenda ao princípio do pluralismo, da liberdade de criação de partidos etc., continua em vigor a disposição transitória do art. 57, para evitar o vazio normativo.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (presidente): Sem as limitações temporais que são fixadas no art. 57.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Sem as limitações.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Porque, em relação ao Fundo Partidário, que é outra questão, tenho a impressão de que a declaração de inconstitucionalidade parcial resolveu integralmente o problema.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): É só no tocante à expressão contida no inciso II do art. 57: “que cumpram o disposto no art. 13”.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Tenham preenchido as condições do art. 13:

“II – (...) na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para (...”).

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: “(...) que cumpram o disposto no (...) inciso anterior (...”).

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (presidente): Esse é o art. 49?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Evolu para restringir o voto, quanto à inconstitucionalidade do art. 57, à expressão contida no inciso II do art. 57: “o disposto no art. 13”.

OSENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Efica: “que cumpram o disposto”; tira-se: “no art. 13 ou”, e continua: “no inciso anterior”.

O que se declara inconstitucional é a referência ao art. 13, permanecendo essa discriminação, que é razoável e não é impugnada.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): No regime anterior, o que tínhamos em relação ao Fundo Partidário? Vinte por cento eram rateados em partes iguais, e os outros oitenta por cento, consoante a representação do partido na Câmara. Não podemos ter como restabelecido o quadro normativo anterior, porque houve revogação expressa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Só uma pergunta: esta era uma cláusula transitória, o inciso II do art. 57. No contexto atual, o art. 41, com a declaração *pro forma* (...)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Mas, segundo o ponto de vista externado, ela deixaria de ser transitória.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Não, ela voltaria a ser transitória.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Vejamos o art. 41:

“Art. 41. O Tribunal Superior Eleitoral, dentro de cinco dias, a contar da data do depósito a que se refere o § 1º do artigo anterior, fará a respectiva distribuição aos órgãos nacionais dos partidos, obedecendo aos seguintes critérios.”

Esta é a regra permanente.

“I – um por cento do total do Fundo Partidário será destacado para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral.”

Portanto, estariam abrangidos todos esses partidos. E:

“II – noventa e nove por cento do total do Fundo...”

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Esse fica sem sentido; sem o art. 13, que é o fator diferenciador, a totalidade deste art. fica sem sentido.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (presidente): Porque, sem o art. 13, não tem base.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Sem o fator do *discriminum*, teria que sair.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (presidente): Deveria sair, acompanhando, por arrastamento do art. 13.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Esse regula uma distinção entre os que atenderam, os que alcançaram ou não o patamar do art. 13. Ora, declarado inconstitucional o art. 13, toda essa disciplina do tratamento diferencial entre os que tenham alcançado e não alcançaram os patamares dele cai por terra; aí revitaliza-se o art. 57, no que reserva aos partidos de melhor desempenho: vinte e nove por cento do Fundo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Porque o art. 13 apresentava o fator de discriminação que deixou de acontecer.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Até porque o art. 57 deixou de operar no pressuposto da operacionalidade do art. 13; como o art. 13 já não opera, volta o art. 57.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Muito embora não haja pleito quanto ao inciso I do art. 41, ele cai por arrastamento.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (presidente): Não tem sentido também.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Eu acho, porque ele regulamenta o tratamento diferenciado conforme um critério que estamos a declarar inconstitucional; logo, não sobra nada dele.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: É. Por arrastamento, nada sobra.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): E a regência fica a do art. 57.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Por interpretação e com apelo ao legislador, adotamos a fórmula positiva que existe, e vem funcionando, que é a do art. 57.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (presidente): Que era a fórmula transitória.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Esperemos que o legislador seja sensível ao apelo do Supremo.

OSENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Aí, ao invés da reserva de noventa e nove por cento para os partidos de melhor desempenho, ficam vinte e nove por cento. E isso, ninguém impugna.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Como vigorou por dez anos.

OSENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Mesmo porque se observou que, na 1.354-8/DF, não houve nenhum ataque sob esse ângulo. Ocorreu impugnação mais abrangente, mais linear, na 1.351-3/DF, o que demonstra que essa norma, para os partidos em geral, é palatável.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (presidente): Então, no art. 41, tanto o inciso I quanto o inciso II declararam-se inconstitucionais? O próprio *caput*? Mas ele define um prazo de cinco dias. Acho que isso permanece.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – É, Fundo Partidário. “(...) fará a respectiva distribuição aos órgãos nacionais dos partidos (...).” O que cai são os critérios.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (presidente): Permanece o *caput*.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Mas, do *caput*, cai a seguinte expressão: “obedecendo aos seguintes critérios”. O artigo termina aqui: “partidos”.

OSENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Sim. Até “órgãos nacionais dos partidos”.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): A expressão “obedecendo aos seguintes critérios” é que cai.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: A expressão sucumbe.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: E, por interpretação do Tribunal, ressurge provisoriamente o art. 57.

O SENHORA MINISTRO CARLOS BRITTO: É, revitaliza, ressurge. Na verdade, é uma reprise.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Até o advento de nova disciplina...

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (presidente): Aqueles critérios do art. 57.

Muito bem. Quanto ao art. 48 e 49, não há dúvida?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Aí não temos mais dúvidas.

OSENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: E o art. 57 não é objeto da argüição, salvo naquela referência ao art. 13.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: No art. 57, só a expressão: “no art. 13 ou”. Só isso que cai.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Senhora Presidente, apenas para facilitar depois a redação do acórdão, consigno que retifico o meu voto. Faço-o para, no tocante ao artigo 41, declarar a inconstitucionalidade, na cabeça do artigo, da expressão “obedecendo aos seguintes critérios”, e também para declarar a inconstitucionalidade dos dois incisos. Relativamente ao art. 57, inciso II, restrinjo a declaração de inconstitucionalidade, objetivando tão-somente evitar o vácuo normativo, à expressão “o disposto no art. 13”.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Não, “o disposto” fica.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Ministro, “o disposto” ficaria, não é?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): No art. 13?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: “o disposto no art. 13 ou”. Ou Vossa Excelênci quer manter?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: “No art. 13 ou”.

OSENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Edeixo o “ou” apenas para documentar que houve corte.

ASENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (presidente): Além disso, Ministro Marco Aurélio, no *caput* do art. 57, Vossa Excelênci também não elimina a delimitação temporal?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Na verdade, estamos fazendo uma interpretação conforme, autorizando que essa norma seja aplicada provisoriamente.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Isso não é um objeto do dispositivo da decisão, senão nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Não chego a isso justamente para evitar o vácuo, porque o Tribunal Superior Eleitoral tem pela frente o problema da distribuição do Fundo já agora em janeiro.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Aí o TSE tem que regular isso. Ele rearrumará esse problema, com base no art. 57.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Não precisaríamos sequer de um novo programa nos computadores, porque já vínhamos observando isso.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: O art. 13 nunca se aplicou porque não estava eficaz.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Como ficou o art. 49? Suprime-se a expressão “que atenda ao disposto no art. 13”?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Sim, só a expressão “que atenda ao disposto no art. 13”.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Creio que suprime tudo, porque o artigo também regula a situação de uma categoria de partidos, que estamos declarando inconstitucionais.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: É tudo também por conta da cláusula.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (presidente): O art. 49 na íntegra.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: A razão de ser do art. 49 era a vigência do art. 13. Então, o pressuposto lógico cai também.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Relativamente ao que se contém no art. 49, considerado o critério do arrastamento, porque não há pedido abrangente, também declaro a inconstitucionalidade total.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (presidente): Tanto quanto o art. 48?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Em relação ao art. 56, inciso II, vejamos se há algum ajuste a fazer. Não se atacou o art. 56.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Havia uma redução do tempo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: O art. 56 não está sendo atacado. Então, ele também tem que entrar nessa declaração interpretativa.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Por causa do prazo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Em que sentido, Ministro Sepúlveda Pertence?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: No sentido de que continua aplicável, em termos, não só o art. 56 como o art. 57.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Pelo vínculo funcional com o art. 13.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): O inciso I do art. 56, que não foi atacado, limita o funcionamento parlamentar, exigindo que o partido tenha eleito deputados.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Estabelece: “três representantes de diferentes estados”. Essa diferenciação gradativa não foi atacada. Ela permanece.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (presidente): Então permanece o art. 56 apenas sem a limitação temporal.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Permanece o programa, em cadeia nacional, com dez minutos de duração.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): E deixamos o inciso II. Julgamos improcedente quanto ao inciso II, para que a Câmara, então...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Porque era objeto da argüição de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Inciso II de qual artigo?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Inciso II do art. 56.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Mas o art. 56 não foi atacado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): O inciso II do art. 56 foi atacado. E o mais interessante é que, se o fulminássemos, não teríamos a disciplina quanto ao inciso I.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Mantém-se o inciso I e elimina-se o inciso II...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Esse é o problema. Creio que temos de deixar o inciso II.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Temos que deixar o art. 56.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (presidente): Só com essa interpretação conforme.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Retifico, no particular, o voto para julgar improcedente o pedido quanto ao inciso II do art. 56.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Não há referência ao art. 13. É essa a distinção. Mantém a legislação e isso deve corresponder às resoluções do TSE nesse período de vacância.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Nesse período, agora, ajustando a essa decisão as resoluções do TSE.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Realmente ele não altera, porque estamos tirando as referências ao art. 13. Essa nunca foi aplicada pelo TSE, até agora, porque, até aqui, se aplicaram as disposições transitórias.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Vejo uma impropriedade no ataque formalizado. Surge o problema: o inciso I do art. 56, a rigor, limita o funcionamento parlamentar porquanto a norma exige, para que ocorra esse funcionamento parlamentar, a eleição, pelo partido, no mínimo, de três representantes, considerados diferentes estados e, portanto, três estados.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Veja Vossa Excelência que, se atendermos a impugnação e subtraírmos o inciso II, só terão funcionamento parlamentar os partidos do inciso I.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): A minha preocupação não é essa. A premissa de meu voto se mostrou como sendo a impossibilidade de cercear o funcionamento parlamentar relativamente a partido que logrou eleger candidato. Aqui a exigência é maior, porque, em meu voto, contento-me com a eleição de um único deputado, e aqui se exigem três e que não podem ter sido eleitos no mesmo estado. Não posso ir além do pedido.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: O problema é a subtração do inciso II.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Quanto ao inciso II, julgo improcedente o pedido e paro aqui. Não o adentro mais.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Dispensada a exigência fixada no inciso I, a, do art. 57.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Mas isso não entra.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Não posso, porque não há o pedido. E aqui não seria por arrastamento. Devemos aguardar.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Estabelece o inciso I do art. 56:

I – fica assegurado o direito ao funcionamento parlamentar na Câmara dos Deputados ao partido que tenha eleito e mantenha filiados, no mínimo, três representantes de diferentes estados;”

Fica a questão da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Se a Mesa, ao regular isso, infringir os princípios constitucionais em que está fundamentado, o voto de Vossa Excelência será outro problema.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Julgo improcedente, portanto, o pedido formulado quanto ao inciso II do art. 56, *tout court*.

Não vou adiante.

DEBATES

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhora Presidente, já me havia manifestado inicialmente no sentido da concordância com o voto do eminentíssimo ministro relator.

Gostaria apenas de destacar dois aspectos que me parecem decisivos – e vou fazer juntada de voto. Na verdade, a discussão que se colocou aqui é a possibilidade, ou não, de se estabelecer o que se tem chamado entre nós, num certo eufemismo, de “cláusula de barreira” ou “cláusula de desempenho”.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: No caso, mais propriamente cláusula de desempenho. Não mata: deixa morrer.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Essa disposição encontrou base no texto constitucional, no próprio art. 17, que tratou do funcionamento parlamentar nos termos da lei. Isso fica evidente e, a partir daí, também o legislador tirou outras consequências no que concerne aos programas de televisão e ao acesso ao Fundo Partidário, reduzindo, significativamente, esse acesso para os tais partidos que não lograrem preencher ou satisfazer essa cláusula de barreira.

Como sabemos, essa fórmula tem paradigmas no direito comparado. No Direito alemão, consagra-se que o partido político que não obtiver 5% (cinco por cento) dos votos, na votação proporcional, não obterá mandato algum, ou, pelo menos, três mandatos diretos, também na eleição, portanto, para o chamado “primeiro voto”. E, nesse caso, despreza-se a votação dada ao partido.

Todavia, nunca se atribuiu consequência no que concerne àquilo que chamamos de “igualdade de oportunidades” ou “igualdade de chances”. A legislação até tentou estabelecer um limite de 2,5% (dois e meio por cento) dos votos, para fazer aquilo que, no modelo alemão, é o financiamento público das campanhas. Mas a Corte Constitucional entendeu que essa cláusula era, sim, violadora do princípio da igualdade de oportunidades, porque impedia que o partido político com uma pequena expressão conseguisse um melhor desempenho, exatamente porque ele não teria nem acesso à televisão, muito menos acesso aos recursos públicos. Daí, a legislação ter fixado esse percentual em 0,5% dos votos para o pagamento dessa indenização pelo desempenho dos partidos nas eleições.

Tenho para mim que, entre nós, tivesse o legislador encontrado uma fórmula para fixar de fato uma cláusula de barreira semelhante, ainda que em patamares inferiores, talvez não estivéssemos tendo essa discussão. Acredito que se trataria de uma fórmula constitucional. É possível, sim, ao legislador – não precisaria elevar a questão para o patamar da legislação constitucional – estabelecer uma cláusula de barreira.

De certa forma, o modelo proporcional já dá ensejo a alguma limitação quando estabelece o quociente eleitoral, a distribuição dos mandatos pela sobra – cláusula específica dizendo que só aquele que consegue o quociente eleitoral obtém a disputa dos mandatos pelos restos ou sobras –; portanto, já há cláusula semelhante na regulação, na concretização do modelo proporcional. Então, parece-me que isso é possível de se fazer entre nós.

Todavia, a via eleita pelo legislador parece extremamente delicada, como já demonstrado no voto do relator, por duas razões. A primeira razão é que se compromete o chamado funcionamento parlamentar *in totum*, uma violação claríssima do próprio princípio da proporcionalidade. Não se deixou qualquer espaço, não se fez qualquer mitigação, mas, simplesmente, negou-se o funcionamento parlamentar das instituições ou agremiações partidárias que, como vimos, obtiveram um expressivo cabedal de votos. Portanto, aqui, há

um sacrifício radical da minoria. Isto realmente parece comprometer o próprio art. 17.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Com eleição de duas dezenas de deputados.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Realmente, a fórmula, ainda que compartilhemos do pensamento político, da teleologia quanto à necessidade de governabilidade – esse é um dos pensamentos, um “leitmotiv”, desse tipo de fórmula –, é evidente que aqui há um comprometimento da própria cláusula democrática. Não tenho, portanto, nenhuma dúvida quanto à constitucionalidade dessa chamada cláusula de barreira à brasileira.

Outro dado que realmente preocupa é a questão da igualdade de oportunidade e o seu reflexo, tanto no que diz respeito ao Fundo Partidário como no que concerne ao modelo da distribuição do horário de TV e rádio – questão já antiga, o Ministro Sepúlveda Pertence e eu discutímos isso na Procuradoria-Geral da República nos anos 86/87, consagrando e deixando claro que, embora não explicitado no nosso ordenamento constitucional, na verdade, essa cláusula integra, sim, o nosso sistema jurídico-constitucional-partidário. Inclusive, a partir daquela decisão do TSE, a própria legislação passou a albergar um espaço maior para as minorias partidárias, porque reconhecer a autonomia e liberdade partidária e não permitir acesso ao fundo, e não permitir acesso ao rádio e a televisão, é fazer algo...

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: O que essa lei fez foi garantir um outro direito: o direito de acesso ao que o professor Marcelo Cerqueira chama de “corredor da morte”.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: É verdade, porque ao garantir 1% do Fundo Partidário para essas agremiações e dois minutos para divulgação dos seus programas, na verdade, o modelo acabou por comprometer aqui o princípio da igualdade de chances ou da igualdade de oportunidades, que entendo presente na legislação brasileira.

É claro, como também já disse o relator, que as preocupações do legislador são legítimas. O nosso sistema proporcional, consagrado a partir de 1932, vem dando sinais de alguma exaustão. A crise política que aí está bem o demonstra. E acredito que nós aqui estamos inclusive desafiados a repensar esse modelo a partir da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – e vou um pouco além da questão posta neste voto, neste caso: talvez estejamos desafiados a pensar inclusive sobre a consequência da mudança de legenda por aqueles que obtiveram o mandato no sistema proporcional. É um segredo de carochinha que todos dependem da legenda para obter o mandato. E depois começa esse festival de trocas já anunciadas. Uma clara violação à vontade do eleitor.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Vossa Excelência me permite?

No voto, pelo menos sinalizo, quando me refiro que o casamento não admite divórcio, a fidelidade, que, para mim, é fidelidade a propósitos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: É verdade. É preciso, portanto, pensar isso, tendo em vista esta institucionalidade complexa dos partidos políticos. Já vimos

aqui que os partidos políticos são esses entes ambivalentes, um pouco ente público, um pouco ente privado, um pouco ente da própria sociedade, fazendo essa mediação entre o eleitor e o poder. É preciso pensar isso com seriedade. Se olharmos, então, essa questão nessa perspectiva, tenho a impressão de que vai chegar o momento e talvez, ainda nessa legislatura, devêssemos rever aquela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que consagrou o entendimento segundo o qual a infidelidade partidária não teria repercussão sobre o mandato exercido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): De quando é essa jurisprudência, Ministro Gilmar Mendes?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: É de 1991, Mandado de Segurança nº 20.297.

OSENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: O Ministro Paulo Brossard, com a elegância que o caracteriza, defendeu com imensa bravura e eloquência a perda do mandato do parlamentar que abandonasse o partido. Agora, isso é difícil de se conciliar com uma legislação como a nossa, que admite, por outro lado, a coligação nas eleições proporcionais.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Aí o mandato seria imperativo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Não quanto a mandato imperativo.

OSENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Veja bem. A perda do mandato de um deputado eleito por determinada coligação traria ao exercício do mandato não necessariamente um filiado àquele partido do qual se afastou, mas um aliado, que pode ser de um partido absolutamente diverso, como é da nossa experiência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Vossa Excelência me permite?

Creio que não prejudica o instituto da fidelidade. Por que não prejudica? Porque a coligação é para a reunião de forças, mas, posteriormente, a distribuição das cadeiras se faz segundo a sigla dos candidatos.

OSENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Sim, mas a suplência, não. A ordem de suplência permanece a da coligação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Mas sendo a suplência um acessório, segue a sorte do principal. Se, em relação ao principal, há vinculação a predominar a sigla, evidentemente, quanto à suplência, também se deve observar o mesmo critério.

OSENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: O Ministro Eros Grau está inquieto com o “seminário”.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: Acho que nós estamos saindo do assunto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): Estamos, sim.

OSENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Estamos saindo conscientemente, neste caso, por conta da discussão que se coloca. Qual foi o móvel dessa legislação?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO(relator): Mesmo porque se avizinha – e vamos ver se agora ela vem – uma reforma política.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: E encerro, Senhora Presidente, dizendo o seguinte:

Se consideramos a exigência da filiação partidária como condição de elegibilidade e a participação do voto de legenda na eleição do candidato, tendo em vista o modelo eleitoral proporcional adotado para as eleições parlamentares, essa orientação que admite não haver reflexo no mandato quanto à opção por uma nova agremiação partidária afigura-se amplamente questionável. Assim, ressalvadas as situações específicas decorrentes de ruptura de compromissos programáticos por parte da agremiação ou outra situação de igual significado, a meu ver, o abandono de legenda deveria dar ensejo à perda de mandato.

Na verdade, embora haja participação especial do candidato na obtenção de votos com o objetivo de posicionar-se na lista dos eleitos, tem-se que a eleição proporcional se realiza em razão da votação atribuída à legenda. Como se sabe, com raras exceções, a maioria dos reeleitos sequer logra obter o quociente eleitoral, dependendo a sua eleição dos votos obtidos pela agremiação. Nas atuais eleições, tivemos a notícia nos jornais de que apenas trinta e quatro parlamentares lograram autonomamente preencher o quociente eleitoral com a votação obtida.

Nessa perspectiva, não parece fazer qualquer sentido do prisma jurídico e político que o eventual eleito possa simplesmente desvincilar-se dos vínculos partidários originalmente estabelecidos, carregando um mandato obtido em um sistema no qual se destaca o voto atribuído à agremiação partidária a que está afiliado para outra legenda. Essa é uma *obiter dictum*, apenas tendo em vista o móvel que determinou essa cláusula do art. 13.

Mas, tal como já observado – e vou fazer a juntada do voto –, acompanho o voto do eminentíssimo relator, saudando o magnífico voto por ele proferido.

VOTO (ADITAMENTO)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Senhora Presidente, trago também um voto escrito relativamente alentado, mas como terei de me retirar, peço vênia para fazer um breve resumo.

Em linhas gerais, concordo com o que foi dito pelo relator. O meu voto segue na linha dos argumentos do eminentíssimo Ministro Marco Aurélio e também do eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes.

No meu voto faço uma resenha histórica da cláusula de barreira, de exclusão ou de desempenho, dizendo que ela surgiu na Alemanha no pós-guerra. Foi adotada pela primeira vez, ou melhor, tentou-se adotar essa cláusula no Brasil nos anos 50 por meio de legislação infraconstitucional. Mas, antes que entrasse efetivamente em vigor, ela foi revogada. Somente a partir do regime autoritário, como aqui foi bem lembrado, na Constituição de 67, depois na emenda constitucional de 69 e, mais tarde, em outras emendas constitucionais, inclusive na Emenda Constitucional nº 25, editada antes ainda da Constituição de 1988, mas dentro de um quadro eminentemente bipartidário, é que essa cláusula passou a ter *status* constitucional.

Quando veio a Constituição de 1988, restabeleceu-se a cláusula de barreira, mas, em contrapartida, previu-se, com todas

as letras, no art. 17 da Carta Magna, a mais ampla e irrestrita liberdade de organização dos partidos políticos, de um lado. E, de outro, nesse mesmo art. 17, consagrou-se, como um dos valores fundamentais da organização partidária, o pluripartidarismo. Agora, nota-se, a matéria é tratada no plano infraconstitucional, quer dizer, no art. 13 da Lei nº 9.096.

Em meu voto, teço algumas considerações – antes de ingressar no aspecto efetivamente constitucional – de natureza político-institucional. Digo que a criação pura e simples de uma cláusula de barreira sem que se desenvolva reflexões dentro de um quadro mais amplo, ou seja, sem que se tenha como pano de fundo a chamada reforma política, notadamente no que diz respeito à fidelidade partidária, à votação em listas, ao voto distrital puro ou misto, à questão da verticalização, à quebra da simultaneidade das eleições para os parlamentos estadual e federal, e ao fim da representação desproporcional dos estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados, não levará aos resultados desejados. Se não se discutir essa questão dentro de um contexto mais amplo, insisto, acabaremos sempre privilegiando os partidos maiores, melhor estruturados materialmente, em detrimento dos partidos menores e ideológicos.

Acompanho, nesses termos, o voto do eminentíssimo Ministro Marco Aurélio. Além das considerações que expendi, o faço basicamente por dois motivos. Primeiro, porque entendo que a matéria, tratada num plano infraconstitucional, fere de morte o princípio agasalhado no inciso V do art. 1º da Constituição, qual seja, o pluralismo político, fundamento do estado democrático de direito.

Depois, porque, como foi dito, a cláusula de barreira, tal como posta, atinge profundamente a garantia essencial, inherente a uma democracia representativa, que é a garantia de que as minorias encontrem efetiva expressão no plano político, sob pena de instaurar-se uma ditadura da maioria, sobretudo quando se estabelece, como no caso, restrições draconianas, irrazoáveis, desproporcionais para o acesso ao Fundo Partidário e ao tempo no rádio e na televisão.

Finalmente, faço a seguinte consideração para rebater as objeções que foram apresentadas às ações de constitucionalidade ora ajuizadas: o requisito “caráter nacional”, estabelecido no art. 17, § 1º, da Constituição, a previsão de funcionamento parlamentar de acordo com a lei, a que se refere o seu inciso IV, e até mesmo o preceito contido no § 3º desse artigo, segundo o qual o direito aos recursos do Fundo Partidário e o acesso gratuito ao rádio e à televisão far-se-ão na forma da lei, devem ser interpretados *cum grano salis*, porque não se pode dar a esses dispositivos constitucionais um elastério muito amplo, de maneira a afastar os valores maiores que se encontram ínsitos no princípio republicano e no princípio democrático, em especial o pluralismo político e a garantia de expressão das minorias.

Por essas e outras razões que já foram explicitadas com muito mais brilho, também julgo procedente ambas as ações, adotando as ressalvas feitas pelo eminentíssimo relator.

É como voto.

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA: Senhora Presidente, também tenho voto escrito e vou anexá-lo.

Quero apenas deixar registrado, também com muita rapidez, meus cumprimentos aos trabalhos sempre brilhantes do Ministro Marco Aurélio, cujo voto, hoje, tão alentado, tão profundo, vou, evidentemente, seguir, com as achegas para o final.

Também não posso deixar de cumprimentar os senhores advogados, que assomam à Tribuna e ajudam muito com suas ponderações, com a forma como trazem os argumentos. Isso faz com que a jurisdição seja prestada de forma sempre muito melhor e realiza o verdadeiro pluralismo da comunidade jurídica.

Não vou repetir tudo o que foi dito, até porque está escrito e farei anexar voto. Quero apenas fazer minhas ponderações no sentido de que, em primeiro lugar, quando se fala em ditadura da maioria, não tenho tanta preocupação com o fato de que estamos enaltecedo minorias. A minoria de hoje tem de ter espaço para ser a maioria de amanhã. Se não for assim, a cidadania se perde.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): A proteção decorre do fato de o Supremo ter as portas abertas.

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA: Claro, e de termos uma Constituição – como foi tantas vezes repetido – que faz isso. Em um país plural como o nosso, temos de ter pluralismo.

Não sou capaz ainda de entender, Senhora Presidente, por mais que se tenha dito – como bem ponderou o Ministro Gilmar Mendes que é preciso tomar cuidado com questões ético-partidárias –, os partidos que se prestam a aluguel, que não são sempre nem necessariamente apenas pequenos, e a história da humanidade bem demonstra isso. É preciso que se saiba que estamos tentando construir uma sociedade inclusiva.

Esta cláusula, que, às vezes, é também chamada de “exclusão”, para mim, já peca, democraticamente, pelo nome, porque o nome acaba virando verdade, o pensamento e, depois, a experiência de cada pessoa. Não gosto da expressão. Não gosto até da expressão “exclusão”, porque parece que queremos incluir para vir para o nosso lado o outro, mas, realmente, esse apelido, por exemplo, não é bom.

Um outro dado que creio não ter sido tão enfatizado aqui – todos os outros já o foram – é que chamamos muita atenção para o fato de que, tal como posto na Lei nº 9.096, sempre se chama atenção para o inciso V do art. 1º: o pluralismo. O pluralismo podia não ensejar o multipartidarismo, como até chegou a ser ponderado.

Chamo mais atenção para o art. 14 da Constituição da República, quando diz:

“Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (...)"

Quer dizer, isto chegou a ser comentado também: talvez nós, brasileiros, tenhamos de interpretar a Constituição no sentido de que voto não é depósito em urna. O voto começa na urna e continua quando eleito candidato. Aí, sim, dá-se cumprimento ao art. 17, quando chama atenção para o funcionamento parlamentar – algo sobre o qual os constitucionalistas, aliás, não se debruçaram tanto –, para saber se esse funcionamento parlamentar, na forma da lei, é o exercício de funções parlamentares ou se é o preenchimento dos cargos de função – função no sentido de cargo.

O que se quer é que tudo isso possa acontecer; que o partido que consiga chegar a ter eleitores chegue aos cargos postulados; e que o Parlamento funcione com todos os representantes do povo, já que o povo não tem candidatura avulsa, e, portanto, o partido, necessariamente, haverá de ser o caminho pelo qual se chega lá.

Concordo, quanto ao demais, que o princípio da proporcionalidade e o princípio da oportunidade foram agredidos.

Por tudo quanto posto aqui – não vou, realmente, me alongar –, acho que essa cláusula fere enormemente a Constituição, não apenas no art. 1º; fere no *caput* do art. 1º: o estado não é democrático quando eu voto, e o meu eleito já entra sabendo não poder ter a participação que eu queria que ele tivesse.

Acompanho o relator, com as modificações finais, e vou entregar o voto por escrito.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Senhora Presidente, este é um tema grandioso, que, sem dúvida interfere no curso da vida e plasma o perfil da sociedade brasileira. Sobre ele tenho lido ultimamente muita coisa de excelente qualidade: um artigo do professor Dalmo Dallari; esse do Marcelo Cerqueira, tão citado aqui, com todos os elogios merecidos; hoje, um primoroso artigo de Agnello Queiroz no *Correio Braziliense*; ontem, na *Folha de S.Paulo*, um comentário também muito lúcido, muito bem posto, de Fernando Rodrigues; o parecer da Advocacia-Geral da União, sem dúvida, uma peça de fino lavor jurídico. Em suma, isso é próprio de uma Constituição densamente axiológica. Como a nossa Constituição consagra muitos valores, alguns deles se antagonizam, na prática, levando-nos a um tipo difícil de opção – já tenho falado sobre isso –: se optamos de um jeito, prestigiamos a Constituição; se optamos de outro, prestigiamos igualmente a Constituição. E fica uma estranha opção interpretativa entre o certo e o certo, já que todas as opções têm lastro constitucional. É aquele tipo de questão que lembra Sócrates, em um dilema famoso, quando perguntado por um discípulo: Mestre, o homem deve casar ou permanecer solteiro? E Sócrates respondeu: Seja qual for a decisão, virá o arrependimento.

Mas aí nos socorre, graças a Deus, o chamado princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja: entre o certo e o certo, qual a opção que menos ofende os outros valores da Constituição? Dizendo de modo reverso: qual a opção mais afirmativa dos demais valores da Constituição?

Aí entendo que o eminentíssimo relator se houve muito bem. Fez um tipo de opção, em seu magnífico voto, que prestigia os partidos políticos e o princípio da liberdade associativa.

É sabido que partido político é uma modalidade de associação que a Constituição tratou em apartado, a partir do art. 17, não para desprestigar, mas para prestigiar. Isolou a matéria para demonstrar por ela o seu especial apreço.

O ministro relator, também no seu voto, prestou tributo ao princípio da igualdade: a igualdade do eleitor, que, no art. 14 da Constituição, emite um voto de expressão da soberania popular, com valor igual para todos, ou seja, um voto que deve ter o mesmo peso político; igualdade entre os eleitos – afinal de contas, diz o art. 1º, parágrafo único, da Constituição:

“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Então, igualdade quanto aos eleitos, que poderão, em condições equânimes, escolher suas lideranças, participar de suas bancadas, atuar em blocos, participar de comissões, inclusive de formação das diversas mesas dirigentes do Poder Legislativo.

Sua Excelência também colocou em pé de igualdade os partidos políticos. E foi além: prestigiou também o pluralismo – já foi referido –, que é mencionado desde o preâmbulo da Constituição, num plano social genérico, o pluralismo cultural, e, no inciso V do art. 1º, de modo específico, o pluralismo enquanto opção político-partidária, sabido que partido outra coisa não é senão que parte, fração, parcela de opinião pública, no sentido ideológico mesmo, uma mundividência, um modo diferenciado de conceber a estruturação e o funcionamento tanto do Estado quanto do governo.

De maneira, presidente, que Sua Excelência ainda, com o seu voto, prestigiou esse mecanismo de freios e contrapesos que opera não apenas entre os poderes de um para o outro, mas no interior do próprio Parlamento, conferindo especial espaço de atuação às minorias parlamentares, visto que há um vínculo lógico entre minorias parlamentares e minorias partidárias.

Toda a Constituição é um estatuto das minorias para que se faça uma oposição aos eventuais governantes, minorias tuteladas pela Constituição, para que elas possam fazer um tipo de oposição alta, independente, corajosa – e por que não dizer? –, patriótica.

O Ministro Marco Aurélio faz-me passar em revista os diversos valores da Constituição e chegar à serena conclusão de que o julgamento por Sua Excelência exarado foi uma clara opção por valores constitucionais que, no seu conjunto, contra-indicam os dispositivos impugnados a partir do art. 13, um artigo que – ouvi isso ainda há pouco do Ministro Celso de Mello – tende a, mais do que exprimir um percalço, uma dificuldade, um embaraço, uma verdadeira exclusão dos partidos no âmbito do que a Constituição chamou de funcionamento parlamentar.

Chego a pensar – não faço uma afirmação muito categórica, muito peremptória (tenho um encontro marcado comigo mesmo), no plano de uma melhor interpretação desse inciso IV do art. 17 “funcionamento parlamentar de acordo com a lei”, como no plano do § 3º do art. 17 “Os partidos políticos têm direito a recursos do Fundo Partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão” –, pelo menos neste momento, que o funcionamento parlamentar é um direito. Não estamos diante de uma regra constitucional rigorosamente do tipo de eficácia limitada.

Quero crer que o chamamento à lei, a convocação ao legislador ordinário se faz aqui no plano instrumental, no plano do *modus operandi*, no plano funcional.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Não quero que o nosso entusiasmo pelo pluralismo nos leve a uma condenação antecipada de qualquer modulação dos direitos, das prerrogativas dos partidos conforme o único sistema conhecido no direito comparado, o do desempenho eleitoral.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Sem dúvida que cláusula de barreira – já disse ontem muito bem Fernando Rodrigues – melhor se chamaria cláusula de desempenho, cláusula de “performance”. Por isso, não quero fazer uma afirmação categórica.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Essa afirmação incondicionada de igualdade e de paridade poderia levar a tanto.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Impressiona-me, Excelência, esse tipo de mensagem constitucional.

OSENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Apenas o que se fez não foi uma diferenciação. A meu ver, foi – voltou a Marcelo Cerqueira – um direito de acesso ao corredor da morte.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Foi, um garroteamento.

OSENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Mais cruel a fórmula do que a da Alemanha, porque a da Alemanha mata de logo o partido, negando-lhe a investidura dos representantes. A nossa condena à morte por inanição.

OSENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Sem dúvida. Mais do que uma cláusula de barreira é uma cláusula de caveira, ou seja, cava o abismo, o fosso de qualquer possibilidade, impedindo o acesso dos partidos a essas fontes de sobrevivência, financeira ou de comunicação.

OSENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (relator): É como retirar do enfermo os tubos que o mantêm vivo.

OSENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Sem dúvida.

Para encerrar, presidente, impressiona-me muito essa expressão que aqui, sim, me parece categórica:

“Art. 17. (...)

§ 2º Os partidos políticos têm direito a recursos do Fundo Partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão”.

A fórmula complementar, na forma da lei, acho que deve ser interpretada com muito temperamento e cuidado para que a lei não cumpra uma função substancial tão densa a ponto de nulificar o comando constitucional, o que seria uma contradição, nos termos de a lei levar a Constituição a cumprir uma finalidade diametralmente oposta àquela certamente concebida pelo legislador constituinte.

Em suma, louvo o voto de Sua Excelência o Ministro Marco Aurélio, dizendo que se tratou de um dos grandes votos proferidos pelo grande magistrado, levando esta Casa de Justiça – esta nossa Casa de fazer destino – a contribuir para o aperfeiçoamento da democracia representativa.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Senhora Presidente, não trouxe voto escrito até porque, depois de tantos votos escritos que serão juntados, seria inútil juntar mais um. Duvidei pudesse trazer alguma novidade a respeito, depois do brilho que, com certeza, esses votos escritos contêm.

Também acho que dar opinião sobre certos assuntos ficaria mais próprio para seminários. De qualquer maneira, só para marcar posição, quero dizer que a mim não me repugna e – na minha visão – não repugna tampouco ao sistema jurídico-constitucional vigente, um tratamento normativo que, embora prestigiando o pluralismo, evite o que os autores costumam chamar de “multipartidarismo”, essa pulverização, fragmentação, que, – a meu ver –, com o devido respeito, não serve propriamente à proteção de minorias, como tais, suscetíveis de múltiplas configurações, mas serve, antes, a expressar, em termos de representação, idéias e concepções políticas – no sentido mais amplo da palavra, de convivência na pôlis, como projeto de convivência ética – que componham corpo organizado dentro da sociedade. Duvidei muito que dentro dessa sociedade,

qualquer que ela seja, possa encontrar-se, nesses termos, *corpus* organizado de idéias ou de visão do mundo que ultrapasse a duas ou três dezenas, quando qualquer sistema poderia admitir pluralidade tal de partidos que comportaria, por exemplo, o “Partido de Produtores de Banana do Vale do Ribeira”. Acho que não é essa a função do sistema partidário, até porque a tutela e a proteção de minorias podem ser objeto de programas partidários. As minorias podem ser tuteladas, podem ser protegidas por qualquer partido, cujo programa as contemple. Mas isso é mais próprio para um seminário.

Tampouco vou deter-me em relação às outras normas que restringem os direitos constitucionais assegurados no § 3º do art. 17, porque, evidentemente, não resistem ao postulado da proibição de excessos, pois reconhecem um direito e, em seguida, aniquilam o núcleo substantivo desse direito. A expressão “corredor da morte” mostra bem a incongruência ou contraditoriedade da legislação infraconstitucional na regulamentação do acesso ao rádio e à televisão e aos recursos do Fundo Partidário.

Quero ater-me, apenas, só para expressar ponto de vista pessoal, ao art. 13 – é o que me parece ter mais densidade em termos de discussão. Além de ofender textualmente o art. 17, *caput*, o art. 1º e vários outros, também dificilmente escapa ao teste do postulado da igualdade. Toda desigualdade se funda em algum critério. A idade, por exemplo, é critério de desigualdade. É um critério legal e constitucional, quando, por exemplo, seja caso de medir a capacidade civil das pessoas. Nesse caso, o critério da idade tem toda a adequação para estabelecer diferenças de tratamento. O uso do critério tem de ser examinado à luz da sua finalidade.

O que temos no caso? Temos um critério de desigualdade baseado no número de votos atribuídos ou imputáveis aos partidos políticos como tais, isto é, qualidade atribuída aos partidos políticos nas razões da sua existência e, em particular, na razão da sua capacidade jurídica específica de apresentar e eleger candidatos.

Portanto, se esse critério fosse usado com a finalidade de restringir a existência ou essa capacidade dos partidos, eu não teria nenhuma dúvida em aceitá-lo, porque vejo aí uma conexão lógico-jurídica entre o critério e a consequência.

O que sucede aqui? Usa-se esse critério para finalidade diferente: restringir a atuação parlamentar, decotando prerrogativas próprias do partido que a ordem jurídica reconhece como existentes e inerentes à existência desse mesmo partido. Vejo nisso uma contradição insuperável com a ordem constitucional.

Essa a razão, presidente, por que também estou de inteiro acordo com todas as brilhantes razões e fundamentações de todos os votos, em particular o do eminentíssimo relator. E, mais do que isso, não vejo, sequer do ponto de vista prático, qual a conveniência em manter as restrições que levariam – como têm levado, segundo dizem – a fusões de heterogeneidades. O que fará um deputado filiado ao Partido Verde em partido que não guarde espaço nenhum para preocupações ambientais, ecológicas etc.? Ou, então, que lugar poderia ocupar o candidato de um partido socialista ou o candidato de um partido comunista em partido que não tem a mesma ligação ideológica – pode ter até aversão e, provavelmente, reconheça que são partidos de idéias obsoletas etc.? É exatamente a fusão desses heterogêneos que não constrói nada para a democracia. Só alimenta um jogo falso da vida parlamentar que, depois, conduz a desvios graves.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Vossa Excelência me permite? Na linha do seu lúcido pensamento, estas duas ADIs são um atestado eloquente de que determinados partidos brasileiros, com muita dificuldade para alcançarem a cláusula de barreira, não querem partir para fusões ou incorporações desnaturadoras deles; querem persistir com fidedignidade.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Recentes experiências de fusões me fazem indagar se não são piores do que a atomização partidária.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Perfeitamente, se não é pior do que a atomização. Então, para preservar sua identidade é que esses partidos propõem as presentes ADIs, sinalizando que eles são eminentemente orgânicos; são partidos que fazem, do ponto de vista ideológico, viagem de verticalidade; não são partidos simplesmente lineares ou figurativos. Quer dizer, há que se elogiar, também, esse tipo de disposição para vir a esta Casa persistir naquilo que estamos a exaltar: fidelidade partidária, fidedignidade aos seus propósitos institucionais.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Louvo, em particular, a iniciativa desses partidos, aos quais acho que o regime democrático e a Constituição brasileira teriam até de reconhecer o direito de se extinguirem fiéis às suas idéias.

São as razões breves por que acompanho integralmente o voto do eminentíssimo relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:

I – Introdução

O Ministro Marco Aurélio, relator, submete à apreciação deste Plenário as ações diretas de inconstitucionalidade nºs 1.351-3 e 1.354-8, propostas, respectivamente, pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e outro (PDT) e pelo Partido Social Cristão (PSC), nas quais são impugnados o art. 13; expressão contida no art. 41, inciso II; o art. 48; expressão contida no *caput* do art. 49; e os arts. 56 e 57, todos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos).

Este é o teor dos dispositivos normativos impugnados:

“Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as casas legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, 5% (cinco por cento) dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos estados, com um mínimo de 2% (dois por cento) do total de cada um deles.

Art. 41. O Tribunal Superior Eleitoral, dentro de 5 (cinco dias), a contar da data do depósito a que se refere o § 1º do artigo anterior, fará a respectiva distribuição aos órgãos nacionais dos partidos, obedecendo aos seguintes critérios:

II – 99% (noventa e nove por cento) do total do Fundo Partidário serão distribuídos aos partidos que tenham preenchido as condições do art. 13, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

Art. 48. O partido registrado no Tribunal Superior Eleitoral que não atenda ao disposto no art. 13 tem

assegurada a realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de dois minutos.

Art. 49. O partido que atenda ao disposto no art. 13 tem assegurado:

I – a realização de um programa, em cadeia nacional e de um programa, em cadeia estadual em cada semestre, com a duração de vinte minutos cada;

II – a utilização do tempo total de quarenta minutos, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais.

Art. 56. No período entre a data da publicação desta lei e o início da próxima legislatura, será observado o seguinte:

I – fica assegurado o direito ao funcionamento parlamentar na Câmara dos Deputados ao partido que tenha elegido e mantenha filiados, no mínimo, três representantes de diferentes estados;

II – a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados disporá sobre o funcionamento da representação partidária conferida, nesse período, ao partido que possua representação eleita ou filiada em número inferior ao disposto no inciso anterior;

III – ao partido que preencher as condições do inciso I é assegurada a realização anual de um programa, em cadeia nacional, com a duração de dez minutos;

IV – ao partido com representante na Câmara dos Deputados desde o início da sessão legislativa de 1995, fica assegurada a realização de um programa em cadeia nacional em cada semestre, com a duração de cinco minutos, não cumulativos com o tempo previsto no inciso III;

V – vinte e nove por cento do Fundo Partidário será destacado para distribuição a todos os partidos com estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, na proporção da representação parlamentar filiada no início da sessão legislativa de 1995.

Art. 57. No período entre o início da próxima legislatura e a proclamação dos resultados da segunda eleição geral subsequente para a Câmara dos Deputados, será observado o seguinte:

I – direito a funcionamento parlamentar ao partido com registro definitivo de seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral até a data da publicação desta lei que, a partir de sua fundação tenha concorrido ou venha a concorrer às eleições gerais para a Câmara dos Deputados, elegendo representante em duas eleições consecutivas:

a) na Câmara dos Deputados, toda vez que eleger representante em, no mínimo, cinco estados e obtiver um por cento dos votos apurados no país, não computados os brancos e os nulos;

b) nas assembléias legislativas e nas câmaras de vereadores, toda vez que, atendida a exigência do inciso anterior, eleger representante para a respectiva Casa e obtiver um total de um por cento dos votos apurados na circunscrição, não computados os brancos e os nulos;

II – vinte e nove por cento do Fundo Partidário será destacado para distribuição, aos partidos que cumpram o disposto no art. 13 ou no inciso anterior, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados;

III – é assegurada, aos partidos a que se refere o inciso I, observadas, no que couber, as disposições do Título IV:

a) a realização de um programa, em cadeia nacional, com duração de dez minutos por semestre;

b) a utilização do tempo total de vinte minutos por semestre em inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais e de igual tempo nas emissoras dos estados onde hajam atendido ao disposto no inciso I, b.”

Como se pode constatar, o art. 13 da Lei nº 9.096/95 cria o que se tem denominado de “cláusula de barreira” ou de “de desempenho” – um certo eufemismo – como requisito para o pleno funcionamento parlamentar dos partidos políticos.

A regra possui fundamento no art. 17, inciso IV, da Constituição, que assegura aos partidos políticos o funcionamento parlamentar, *de acordo com a lei*.

A Lei nº 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) estabelece que “o partido político funciona, nas casas legislativas, por intermédio de uma bancada, que deve constituir suas lideranças de acordo com o estatuto do partido, as disposições regimentais das respectivas casas e as normas desta lei” (art. 12).

O art. 13 da Lei dos Partidos Políticos (dispositivo normativo atacado) dispõe que somente “tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as casas legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles”.

Assim, o partido político que não obtiver tais percentuais de votação não terá direito ao funcionamento parlamentar, o que significa a não-formação de bancadas e de suas lideranças, com todas as repercussões que isso pode causar, como a não-participação em comissões parlamentares e o não-exercício de cargos e funções nas casas legislativas. Além disso, o partido somente terá direito a (a) receber 1% (um por cento) do Fundo Partidário (art. 41, II); e (b) à realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de apenas 2 (dois) minutos (art. 48).

Esses são os contornos normativos da denominada cláusula de barreira instituída pelo art. 13 da Lei nº 9.096/95.

Observe-se, nesse ponto, que, diversamente dos modelos adotados no direito comparado – cito, como referência, o sistema alemão – a fórmula adotada pela legislação brasileira restringe o funcionamento parlamentar do partido, mas não afeta a própria eleição do representante. Não há aqui, pois, repercussão direta sobre mandatos dos representantes obtidos para a agremiação que não satisfaça à referida cláusula de funcionamento parlamentar.

Nos termos de disposição transitória (art. 57), essa norma do art. 13 somente entrará em vigor para a legislatura a iniciar-se no ano de 2007. Daí a premente necessidade do posicionamento desta Corte sobre a matéria, diante da proximidade do início do dia 1º de fevereiro de 2007.

Tenho como relevante questionar se o legislador, além de definir as regras e, portanto, os contornos legais do sistema proporcional, fixando o quociente eleitoral e o quociente partidário, pode restringir de tal forma o funcionamento parlamentar dos partidos políticos, com repercussão direta sobre o regime de igualdade de chances que deve existir entre as agremiações partidárias.

A abordagem dessa problemática tangencia temas de inegável importância para o desenvolvimento de nosso sistema

político-eleitoral, como a natureza e função dos partidos políticos no regime democrático, a conformação legislativa do sistema proporcional, o princípio da igualdade de chances e o tormentoso problema da fidelidade partidária, que estão a cobrar novas reflexões tendo em vista a necessária reforma política para o aperfeiçoamento de nossa democracia.

Esses temas serão objeto de uma análise mais detida nos tópicos seguintes.

II – Natureza e função dos partidos políticos na democracia

A Constituição de 1988 atribuiu relevo ímpar à participação dos partidos no processo eleitoral, estabelecendo como condição de elegibilidade a filiação partidária (CF, art. 17).

Assegura-se a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados determinados princípios.

Os partidos políticos são importantes instituições na formação da vontade política. A ação política realiza-se de maneira formal e organizada pela atuação dos partidos políticos. Eles exercem uma função de mediação entre o povo e Estado no processo de formação da vontade política, especialmente no que concerne ao processo eleitoral¹. Mas não somente durante essa fase ou período. O processo de formação de vontade política transcende o momento eleitoral e se projeta para além desse período. Enquanto instituições permanentes de participação política, os partidos desempenham função singular na complexa relação entre o Estado e sociedade. Como nota Grimm, se os partidos políticos estabelecem a mediação entre o povo e o Estado, na medida em que apresentam lideranças pessoais e programas para a eleição e procuram organizar as decisões do Estado consoante as exigências e as opiniões da sociedade, não há dúvida de que eles atuam nos dois âmbitos.

Assim, a questão não mais é de saber se eles integram a sociedade ou o Estado, mas em que medida eles estão integrados em um e outro âmbito².

É certo, ademais, como se tem referido, que, na democracia partidária, tem-se um Estado partidariamente ocupado, o que coloca em confronto os partidos que ocupam funções e cargos no governo e aqueles que atuam apenas junto ao povo³. Afigura-se inevitável, igualmente, que para a agremiação partidária no poder se coloque o dilema de atuar exclusivamente no âmbito do Estado, enquanto partido do governo, ou se deverá atuar também como organização partidária no âmbito da sociedade.

III – A conformação legislativa do sistema eleitoral proporcional e as restrições impostas aos partidos políticos

O art. 45 da Constituição brasileira estabelece o sistema proporcional para as eleições dos representantes parlamentares do povo. A legislação brasileira preservou o sistema proporcional de listas abertas e votação nominal, que corresponde à nossa prática desde 1932⁴.

¹GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, Berlim/Nova York, 1995, p. 599 (p. 606).

²Cf. GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, cit. p. 599 (613).

³Cf. GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, cit. p. 636.

⁴A rigor, tal como anota Walter Costa Porto em palestra recente perante o IX Congresso Brasiliense de Direito Constitucional (10.11.2006), o sistema adotado em 1932 era ainda um sistema misto, pois ele acabava por contemplar a eleição, em segundo turno, dos mais votados que não alcançaram o quociente eleitoral. Somente em 1935 foi adotado um modelo puramente proporcional.

Trata-se de um modelo proporcional peculiar e diferenciado do modelo proporcional tradicional, que se assenta em listas apresentadas pelos partidos políticos. A lista aberta de candidatos existente no Brasil faz com que o mandato parlamentar, que resulta desse sistema, afigure-se também fruto do desempenho e do esforço do candidato. Trata-se, como destacado por Scott Mainwaring, de sistema que, com essa característica, somente se desenvolveu no Brasil e na Finlândia⁵. Em verdade, tal como anota Giusti Tavares, semelhante modelo é adotado também no Chile⁶.

No sentido da originalidade do sistema, anota Walter Costa Porto que o tema acabou não merecendo estudo adequado por parte dos estudiosos brasileiros, tendo despertado o interesse de pesquisadores estrangeiros, como Jean Blondel. Registrem-se as observações de Walter Costa Porto⁷:

“Tal peculiaridade foi pouco examinada pelos nossos analistas. E foi um estrangeiro que lhe deu atenção: Jean Blondel, nascido em Toulon, França, professor das universidades inglesas de Manchester e Essex, e autor, entre outros livros, de *Introduction to Comparative Government, Thinking Politically and Voters, Parties and Leaders*. Em introdução a uma pesquisa que realizou, em 1957, no Estado da Paraíba, escreveu Blondel:

‘A Lei Eleitoral brasileira é original e merece seja descrita minuciosamente. É, com efeito, uma mistura de escrutínio uninominal e de representação proporcional, da qual há poucos exemplos através do mundo (...) Quanto aos postos do Executivo (...) é sempre utilizado o sistema majoritário simples (...) Mas, para a Câmara Federal, para as câmaras dos estados e para as câmaras municipais, o sistema é muito mais complexo. O princípio de base é que cada eleitor vote somente num candidato, mesmo que a circunscrição comporte vários postos a prover; não se vota nunca por lista. Nisto o sistema é uninominal. No entanto, ao mesmo tempo cada partido apresenta vários candidatos, tantos quantos são os lugares de deputados, em geral, menos se estes são pequenos partidos. De algum modo, os candidatos de um mesmo partido estão relacionados, pois a divisão de cadeiras se faz por representação proporcional, pelo número de votos obtidos por todos os candidatos de um mesmo partido (...) Votando num candidato, de fato o eleitor indica, de uma vez, uma preferência e um partido. Seu voto parece dizer: “Desejo ser representado por um tal partido e mais especificamente pelo Sr. Fulano. Se este não for eleito, ou for de sobra, que disso aproveite todo o partido. O sistema é, pois, uma forma de voto preferencial, mas condições técnicas são tais que este modo de escrutínio é uma grande melhora sobre o sistema preferencial tal qual existe na França”’.

⁵MAINWARING, Scott. Políticos, partidos e sistemas eleitorais. In: *Estudos Eleitorais*, TSE nº 2, maio/ago. 1997, p. 335 (343).

⁶Cf. TAVARES, Giusti José Antonio. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 126-127.

⁷Cf. Costa Porto, Walter, Sistema Eleitoral Brasileiro, Palestra proferida no IX Congresso Brasiliense de Direito Constitucional, Brasília 10.11.2006, p. 8-9; Cf. também Costa Porto, Walter, *Essa mentirosa urna*, 2004, p. 163 s.

No sistema eleitoral adotado no Brasil, impõe-se precisar (1) o número de votos válidos, (2) o quociente eleitoral, (3) o quociente partidário, (4) a técnica de distribuição de restos ou sobras e (5) o critério a ser adotado na falta de obtenção do quociente eleitoral.”

Os *votos válidos* são os votos conferidos à legenda partidária e ao candidato. Não são computados os votos nulos e os votos em branco.

O *quociente eleitoral*, que traduz o índice de votos a ser obtido para a distribuição das vagas, obtém-se mediante a divisão do número de votos válidos pelos lugares a preencher na Câmara dos Deputados, nas assembleias legislativas ou nas câmaras de vereadores.

O *quociente partidário* indica o número de vagas alcançado pelos partidos e é calculado pela divisão do número de votos conferidos ao partido, diretamente, ou a seus candidatos pelo quociente eleitoral, desprezando-se a fração.

A *distribuição de restos ou sobras* decorre do fato de, após a distribuição inicial, haver vagas a serem preenchidas sem que os partidos tenham votos suficientes para atingir o *quociente eleitoral*. Podem-se adotar diferentes critérios, como a *distribuição pela maior sobra ou pela maior média*⁸. O Código Eleitoral adotou o critério da maior média, estabelecendo que para obtê-la “adiciona-se mais um lugar aos que já foram obtidos por cada um dos partidos; depois, toma-se o número de votos válidos atribuídos a cada partido e divide-se por aquela soma; o primeiro lugar a preencher caberá ao partido que obtiver a maior média; repita-se a mesma operação tantas vezes quantos forem os lugares restantes que devam ser preenchidos, até sua total distribuição entre os diversos partidos” (Código Eleitoral, art. 109).

Se nenhum partido atingir o quociente eleitoral, o Código Eleitoral determina que hão de ser considerados eleitos os candidatos mais votados, independentemente de qualquer critério de proporcionalidade (Código Eleitoral, art. 111). A solução parece questionável, como anota José Afonso da Silva, pois a Constituição prescreve, no caso, a adoção do sistema eleitoral proporcional⁹.

Vê-se, assim, que, também no sistema proporcional, tendo em vista razões de ordem prática, os votos dos partidos que não atingiram o quociente eleitoral e os votos constantes das sobras podem não ter qualquer aproveitamento, não havendo como conferir-lhes significado quanto ao resultado.

Interessante notar que esse sistema permite que um candidato sem nenhum voto nominal seja eleito. Tal como registra Walter Costa Porto, nas eleições de 2 de dezembro de 1945 o Partido Social Democrático apresentou dois candidatos a deputado federal, no Território do Acre: Hugo Ribeiro Carneiro e Hermelindo de Gusmão Castelo Branco Filho. O primeiro candidato obteve 3.775 votos; o segundo nenhum voto nominal, pois ficara no Rio de Janeiro. Não obstante, o partido alcançou uma vez o quociente eleitoral e mais uma sobra de 1.077 votos. O critério do “maior número de votos” do partido, em caso de sobra, acabou por conferir mandato a candidato que não obtivera sequer um voto¹⁰.

Mencione-se que pode ocorrer até mesmo que o candidato mais votado no pleito eleitoral não logre obter o assento em razão

de a agremiação partidária não ter obtido o quociente eleitoral. Foi o que se verificou em vários casos expressivos, dentre os quais se destaca o de Dante de Oliveira, que, candidato pelo PDT a uma vaga para Câmara dos Deputados, pelo Estado de Mato Grosso, nas eleições de 1990, obteve a maior votação (49.886 votos) e não foi eleito em razão de seu partido não ter obtido quociente. À época, postulou a revisão do resultado com a alegação de que a inclusão dos votos brancos para obtenção do quociente eleitoral revelava-se inconstitucional (Código Eleitoral, art. 106, parágrafo único). O Tribunal Superior Eleitoral rejeitou essa alegação com o argumento de que os votos brancos eram manifestações válidas e somente não seriam computáveis para as eleições majoritárias por força de normas constitucionais expressas (CF, arts. 28, 29, II, e 77, § 2º)¹¹. Também o recurso extraordinário interposto contra essa decisão não foi acolhido tendo em vista as mesmas razões¹². O art. 106, parágrafo único, do Código Eleitoral foi revogado pela Lei nº 9.504/97¹³. Desde então, não se tem mais dúvida de que o voto em branco não deve ser contemplado para os fins de cálculo do quociente eleitoral.

Outra questão relevante coloca-se tendo em vista a cláusula contida no art. 109, § 2º do Código Eleitoral, segundo a qual “só poderão concorrer à distribuição dos lugares os partidos ou coligações que tiverem obtido quociente eleitoral”. Explicita-se aqui outra relativização da efetividade do voto, uma vez que somente serão contemplados os votos dos partidos que lograram obter o quociente eleitoral. Nas eleições de 2002, José Carlos Fonseca obteve 92.727 votos para deputado federal no Estado do Espírito Santo. O quociente eleitoral foi de 165.284. A sua coligação obteve 145.271 votos ou 8,78 % dos votos conferidos. Preenchidas sete vagas, cuidou-se da distribuição dos restos ou sobras. O Tribunal Regional Eleitoral recusou-se a contemplar a coligação a qual estava vinculado José Carlos Fonseca no cálculo das sobras em razão do disposto no art. 109, § 2º, do Código Eleitoral. Contra essa decisão foi impetrado mandado de segurança, forte no argumento da desproporcionalidade do critério ou da adoção de um critério legal que transmudava o sistema proporcional em sistema majoritário. Enquanto a coligação que obtivera 8,78 % dos votos não seria contemplada com um mandato parlamentar, as demais estariam assim representadas:

Coligações	Votos	Cadeiras
Coligação Espírito Santo Forte	39,36 %	50 %
Frente Competência para Mudar	12,74 %	10 %
Frente Mudança para Valer	17,37 %	20 %
Frente Trabalhista	21,07	25 %

O TSE rejeitou a ação, assentando-se que a expressão sistema proporcional contida no art. 45 da Constituição encontraria no Código Eleitoral critérios precisos e definidos. A discussão sobre a adequação dos critérios utilizados pelo legislador resvalava para controvérsia de *lege ferenda* sem reflexo no plano da legitimidade da fórmula¹⁴.

⁸Cf. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, cit. p. 525.

⁹Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 376.

¹⁰COSTA PORTO, *Essa mentirosa urna*, cit., p. 157.

¹¹Cf. Recurso Especial-TSE nº 9.277, relator Vilas Boas, *DJ* 23.4.91; cf. sobre o assunto também Costa Porto, Walter, *Essa mentirosa urna*, São Paulo, 2004, p. 171-173.

¹²RE nº 140.386, relator Carlos Velloso, *DJ* 20.4.2001.

¹³Cf. Estudos de Xavier de Albuquerque, Leitão de Abreu, Paulo Bonavides e Tito Costa. In: *Estudos Eleitorais*, TSE nº 2, maio/ago. 1997, p. 79-137.

¹⁴Mandado de Segurança-TSE nº 3.109/ES, relator: Sálvio de Figueiredo; Cf. também Costa Porto, *Essa mentirosa urna*, cit., p. 178-181.

Convém assinalar que o modelo proporcional de listas abertas adotado entre nós contribui acentuadamente para a personalização da eleição, o que faz com que as legendas dependam, em grande medida, do desempenho de candidatos específicos. Daí o destaque que se confere às candidaturas de personalidades dos diversos setores da sociedade ou de representantes de corporação. Essa personalização do voto acaba por acentuar a dependência do partido e a determinar a sua fragilidade programática.

Assim, esse modelo de listas abertas tem consequência sobre a disciplina interna das legendas, que se tornam, quase inevitavelmente, reféns dos personalismos dos candidatos que as integram. Mainwaring chega a afirmar que vários aspectos da legislação eleitoral brasileira não têm – ou têm pouco – paralelo no mundo, e nenhuma outra democracia dá aos políticos tanta autonomia *vis-à-vis* seus partidos¹⁵.

IV – A cláusula de barreira e o princípio da proporcionalidade

A legislação brasileira estabeleceu uma forma peculiar de “cláusula de barreira” ou “de desempenho” (art. 13 da Lei nº 9.096/95), ao determinar que “tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as casas legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara de Deputados, obtenha o apoio de, no mínimo, 5 % (cinco por cento) dos votos apurados, não computados brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos estados, com um mínimo de 2 % (dois por cento) do total de cada um deles”. De acordo com a regra de transição contida no art. 57, essa norma do art. 13 somente entrará em vigor para a legislatura a iniciar-se no ano de 2007.

Assim, além de definir as regras e, portanto, os contornos legais do sistema proporcional, fixando o quociente eleitoral e o quociente partidário, o sistema de distribuição de mandatos por restos ou sobras etc., o legislador criou mais essa limitação ao funcionamento da agremiação partidária.

A questão que aqui se discute é a possibilidade ou não de a lei estabelecer uma cláusula de barreira que repercuta sobre o funcionamento parlamentar dos partidos políticos, tal como o fez o legislador brasileiro.

Como se vê, trata-se de uma restrição absoluta ao próprio funcionamento parlamentar do partido, sem qualquer repercussão sobre os mandatos de seus representantes. Não se estabelece qualquer tipo de mitigação, mas simplesmente veda-se o funcionamento parlamentar ao partido, com as consequências que isso pode gerar, como o não-recebimento dos recursos provenientes do Fundo Partidário, ou o seu recebimento em percentuais ínfimos, e a vedação do acesso ao rádio e à televisão.

Por isso, o modelo aqui adotado diferencia-se substancialmente de outros sistemas políticos-eleitorais do direito comparado.

Na realidade do Direito alemão, consagra-se que o partido político que não obtiver 5% (cinco por cento) dos votos na votação proporcional, ou pelo menos três mandatos diretos, não obterá mandato algum, também na eleição para o chamado primeiro voto. Nesse caso, despreza-se a votação dada ao partido. Todavia, nunca se atribuiu consequência no que concerne àquilo que nós chamamos de “igualdade de oportunidades” ou “igualdade de chances”. A legislação alemã tentou estabelecer um limite mais elevado para efetivar o

financiamento público das campanhas¹⁶. Mas a Corte Constitucional entendeu que essa cláusula era sim violadora do princípio da igualdade de oportunidades (*Chancengleichheit*), porque impedia que os partidos políticos com pequena expressão conseguissem um melhor desempenho, tendo em vista que eles não teriam acesso à televisão, muito menos aos recursos públicos. Daí a legislação ter fixado percentual de 0,5% dos votos para o pagamento de indenização pelo desempenho dos partidos nas eleições.

O modelo confeccionado pelo legislador brasileiro, no entanto, não deixou qualquer espaço para a atuação partidária, mas simplesmente negou, *in totum*, o funcionamento parlamentar, o que evidencia, a meu ver, uma clara violação ao princípio da proporcionalidade, na qualidade de *princípio da reserva legal proporcional* (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*).

O fato é que – e isso foi bem demonstrado no voto do relator –, como observado no último pleito eleitoral, agremiações partidárias que obtiveram um expressivo cabedal de votos não teriam, na próxima legislatura, direito a qualquer funcionamento parlamentar, por força dessa “cláusula de barreira à brasileira”. Há, aqui, a meu ver, um sacrifício radical das minorias!

Como analisado, a Constituição brasileira definiu que as eleições dos deputados federais, dos deputados estaduais e dos vereadores efetivar-se-ão pelo critério proporcional (CF, arts. 27, § 1º, e 45). E nada mais disse! É certo, por isso, que o legislador dispõe de alguma discricionariedade na concretização do sistema proporcional, inclusive o sistema de lista partidária fechada ou o sistema de lista com mobilidade.

Essa margem de ação conferida ao legislador também abrange a limitação do funcionamento parlamentar, tendo em vista que, como anunciado, a Constituição, em seu art. 17, inciso IV, assegura aos partidos políticos o funcionamento parlamentar, *de acordo com a lei*.

Não se deve esquecer, todavia, que se tem, também neste caso, uma *reserva legal proporcional*, que limita a própria atividade do legislador na conformação e limitação do funcionamento parlamentar dos partidos políticos.

Estou certo de que se o legislador brasileiro tivesse conformado um modelo semelhante ao adotado no Direito alemão, por exemplo, tal como explicado anteriormente, talvez não estaríamos aqui a discutir esse tema. É possível, sim, ao legislador pátrio, o estabelecimento de uma cláusula de barreira ou de desempenho que impeça a atribuição de mandatos à agremiação que não obtiver um dado percentual de votos.

¹⁶Talvez o modelo mais conhecido e difundido de financiamento público dos partidos seja aquele instituído pela legislação alemã. Inicialmente, consagrou-se apenas a possibilidade de uma compensação aos partidos pelos gastos de campanha eleitoral consistente no pagamento de uma quantia por voto obtido, desde que o partido lograsse um percentual não inferior a 0,5% dos votos válidos para as eleições parlamentares federais. Esse piso é considerado compatível com a Constituição e figura-se importante para evitar abusos. A fixação de um percentual mais elevado, porém, poderia impedir o natural desenvolvimento do processo político e sua renovação. Daí ter a Corte Constitucional alemã declarado, inicialmente, a constitucionalidade de lei que fixava em 5% o percentual de votos para que o partido pudesse gozar do benefício referido. A jurisprudência constitucional avançou, posteriormente, para admitir o financiamento estatal diretamente ao partido (BVerfGE 85, 264). Quanto ao benefício fiscal para doações privadas, admite-se até o limite 6.600 euros. Tal benefício aplica-se, porém, apenas às pessoas físicas (DEGENHART, Christoph. Staatsrecht I. 21. ed. Heidelberg: Muller, 2005, p. 36).

¹⁵MAINWARING, Scott. Políticos, partidos e sistemas eleitorais. In: *Estudos Eleitorais*, TSE 2, maio/ago 1997, p. 335 (337).

A via eleita pelo legislador brasileiro, no entanto, parece-me extremamente delicada. A regra do art. 13 da Lei dos Partidos Políticos não deixa qualquer espaço, não realiza qualquer mitigação, mas simplesmente nega o funcionamento parlamentar à agremiação partidária. Como ressaltado pelo Ministro Pertence, “a cláusula de barreira não mata, mas deixa morrer”. Há aqui, portanto, uma clara violação ao princípio da proporcionalidade.

V – A cláusula de barreira em face do princípio da igualdade de chances (*Chancengleichheit*)

A questão constitucional debatida nestas ações também gira em torno do significado do princípio da igualdade de chances (*Chancengleichheit*) para o processo eleitoral democrático.

Como analisado, o partido que não obtiver os percentuais de votação previstos pelo art. 13 da Lei nº 9.096/95, ou seja, que não ultrapassar a denominada cláusula de barreira, somente terá direito a (a) receber 1% (um por cento) do Fundo Partidário (art. 41, II); e (b) à realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de apenas 2 (dois) minutos (art. 48).

Por outro lado, os partidos que cumprirem os requisitos do art. 13 compartilharão os restantes 99% (noventa e nove por cento) do total do Fundo Partidário na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados (art. 41, II). Ademais, o partido que atenda ao disposto no art. 13 também tem assegurada: a) a realização de um programa, em cadeia nacional e de um programa, em cadeia estadual em cada semestre, com a duração de vinte minutos cada; b) a utilização do tempo total de quarenta minutos, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais (art. 49).

O fator e a proporção desse discrímen legalmente estabelecido entre os partidos políticos detentores de mandatos eletivos devem ser analisados desde a perspectiva do princípio da igualdade de chances ou de oportunidades.

O princípio da igualdade entre os partidos políticos é fundamental para a adequada atuação dessas instituições no complexo processo democrático. Impõe-se, por isso, uma neutralidade do estado em face das instituições partidárias, exigência essa que se revela tão importante quanto difícil de ser implementada¹⁷. A importância do princípio da igualdade está em que sem a sua observância não haverá possibilidade de estabelecer uma concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, o que acabará por comprometer a essência do próprio processo democrático. A dificuldade está nos aspectos jurídicos e fáticos. Quanto aos aspectos jurídicos, ela reside na diferenciação acentuada do objeto envolvido como consequência das próprias diferenças de uma sociedade livre e aberta. Daí afirmar Dieter Grimm que a neutralidade estatal deve ser entendida como não-influência da desigualdade, o que lhe confere caráter de igualdade formal¹⁸. Quanto aos aspectos fáticos, afigura-se inegável que o Estado, que há de conduzir-se com neutralidade em relação aos partidos, é também um Estado partidariamente ocupado¹⁹.

¹⁷Cf. GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, cit. p. 599 (626).

¹⁸GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, cit. p. 599 (626).

¹⁹GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, cit. p. 599 (627).

O princípio da *Chancengleichheit* parece ter encontrado sua formulação inicial na República de Weimar, com as obras de Herman Heller (*Probleme der Demokratie*, I und II, 1931, e *Europa und der Faschismus*, 1929) e de Carl Schmitt (*Der Hüter der Verfassung*, 1931, e *Legalität und Legitimität*, 1932).

Na concepção de Heller, “o estado de direito democrático atual encontra seu fundamento, principalmente, na liberdade e igualdade da propaganda política, devendo assegurar-se a todas as agremiações e partidos igual possibilidade jurídica de lutar pela prevalência de suas idéias e interesses”.²⁰ O notável publicista acrescentava que a fórmula técnica para preservar a unidade da formação democrática assenta-se na livre submissão da minoria à vontade majoritária, isto é, na renúncia das frações minoritárias a uma superação da maioria, mediante o uso da violência. Isto pressupõe a renúncia à opressão da minoria e exige a preservação das perspectivas dela vir a se tornar maioria.²¹

Por seu turno, advertia Carl Schmitt que um procedimento neutro e indiferente da democracia parlamentar poderia dar ensejo à fixação de uma maioria por via da matemática ou da estatística, causando, dessa forma, o próprio esfacelamento do sistema de legalidade. Tal situação somente haveria de ser evitada com a adoção de um princípio consagrador de igualdade de chances para alcançar a maioria, aberto a todas as tendências e movimentos.²² E, enfaticamente, asseverava Carl Schmitt:

“Sin este principio, las matemáticas de las mayorías, con su indiferencia frente al contenido del resultado, no sólo serían un juego grotesco y un insolente escarnio de toda justicia, sino que, a causa del concepto de legalidad derivado de dichas matemáticas, estas acabarían también con el sistema mismo, desde el instante en que se ganara la primera mayoría, pues esta primera mayoría se instituiría enseguida legalmente como poder permanente. La igualdad de chance abierta a todos no puede separarse mentalmente del estado legislativo parlamentario. Dicha igualdad permanece como el principio de justicia y como una condición vital para la autoconservación”.²³

Com impecável lógica, consignava o eminent publicista que a legalidade do poder estatal conduz à negação e à derrogação do direito de resistência enquanto direito,²⁴ uma vez que ao poder legal, conceitualmente, não é dado cometer injustiças, podendo, para isso, converter em “ilegalidade” toda resistência e revolta contra a injustiça e antijuridicidade.²⁵ E o eminent mestre acrescentava que:

“Si la mayoría puede fijar a su arbitrio la legalidad y la ilegalidad, también puede declarar ilegales a sus adversarios políticos internos, es decir, puede declararlos hors-la-loi, excluyéndolos así de la homogeneidad democrática del pueblo. Quien domine el 51 por 100 podría ilegalizar, de modo legal, al 49 por 100 restante.

²⁰HELLER, Herman. *Europa und der Faschismus*. Berlin/Leipzig, 1929, p. 95 e s.

²¹HELLER, Herman. *Europa und der Faschismus*, cit. p. 9.

²²SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Trad. esp. Madri: Aguilar, 1971, p. 43-44.

²³SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*, cit. p. 44.

²⁴SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*, cit. p. 44.

²⁵SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*, cit. p. 46.

Podría cerrar tras sí, de modo legal, la puerta de la legalidad por la que ha entrado y tratar como a un delincuente común al partido político contrario, que tal vez golpeaba con sus botas la puerta que se le *tenía cerrada*".²⁶

Destarte, a adoção do princípio de “igualdade de chances” constitui condição indispensável ao exercício legal do poder, uma vez que a minoria somente há de renunciar ao direito de resistência se ficar assegurada a possibilidade de vir a se *tornar maioria*.²⁷ Vale registrar, ainda nesse particular, o seu magistério:

“El estado legislativo parlamentario de hoy, basado en la dominación de las mayorías del momento, solo puede entregar el monopolio del ejercicio legal del poder al partido momentáneamente mayoritario, y solo puede exigir a la minoría que renuncie al derecho de resistencia mientras permanezca efectivamente abierta a todos la igualdad de chance para la obtención de la mayoría y mientras presente visos de verdad este presupuesto de su principio de justicia”.²⁸

Na vigência da Lei Fundamental de Bonn (1949), a discussão sobre a “igualdade de chances” entre os partidos foi introduzida por Forsthoff, que assentou os seus fundamentos nas disposições que consagram a liberdade de criação das agremiações políticas (art. 21, I, 2) e asseguram a igualdade de condições na disputa eleitoral (art. 38 e 28).²⁹

Também Gerhard Leibholz considerou inerente ao modelo constitucional o princípio de “igualdade de chances”, derivando-o, porém, diretamente, do preceito que consagra a ordem liberal-democrática (*freiheitlich demokratischen Grundordnung*).³⁰

Mais tarde, após os primeiros pronunciamentos do Tribunal Federal Constitucional, passou Leibholz a considerar que o postulado da igualdade de chances encontrava assento no princípio da liberdade e pluralidade partidárias (arts. 21, I, e 38, I) e no princípio geral de igualdade (art. 3º, I).

Tais elementos serviram de base para o desenvolvimento da construção jurisprudencial iniciada pelo *Bundesverfassungsgericht* em 1952. Observe-se que, nos primeiros tempos, a jurisprudência da Corte Constitucional parecia identificar o princípio de igualdade de chances com o direito de igualdade eleitoral — *Wahlrechtsgleicheit* — (Lei Fundamental, art. 38, I). As controvérsias sobre o financiamento dos partidos e a distribuição de horários para transmissões radiofônicas e televisivas ensejaram o estabelecimento da distinção entre o princípio da igualdade de chances, propriamente dito, e o direito de igualdade eleitoral. Os preceitos constitucionais atinentes à liberdade partidária (art. 21, I) e ao postulado geral da isonomia (art. 3º, I) passaram a ser invocados como fundamento do *direito de igualdade de chances* dos partidos políticos³¹.

Converteu-se, assim, a “igualdade de chances” em princípio constitucional autônomo, um autêntico *direito fundamental* dos

²⁶SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*, cit. p. 46.

²⁷SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*, cit. p. 47.

²⁸SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*, cit. p. 47.

²⁹FORSTHOFF, Ernst. *Die politischen Parteien im Verfassungsrecht*. Tübingen, 1950, p. 6 e 12.

³⁰LEIBHOLZ, Gerhard. *Verfassungsrechtliche Stellung und innere Ordnung der Parteien*. DJT, p. C. 2.

³¹BATTIS, Ulrich. *Einführung in das Öffentliche Recht*. Fernuniversität Hagen, 1981, un. 2, p. 22-23.

partidos, assegurando-se às agremiações tratamento igualitário por parte do poder público e dos *seus delegados*³².

Inicialmente, perfilhou o Tribunal Constitucional orientação que preconizava aplicação estritamente formal do princípio de “igualdade de chances”. Todavia, ao apreciar controvérsia sobre a distribuição de horário para transmissão radiofônica, introduziu o 2º Senado da Corte Constitucional o conceito de “igualdade de chances gradual” — *abgestufte Chancengleichheit*, de acordo com a “significação do partido”³³.

Considerou-se, dentre outros aspectos, que o tratamento absolutamente igualitário levaria a uma completa distorção da concorrência, configurando a equiparação legal das diferentes possibilidades (*faktische Chancen*) manifesta afronta ao princípio da *neutralidade* que deveria ser observado pelo poder público em relação a todos os *partidos políticos*³⁴.

A Lei dos Partidos de 1967 veio consagrar, no § 5º, o princípio da igualdade de chances tal como concebido pela jurisprudência da Corte Constitucional, estabelecendo a seguinte disposição: “(1) Se um delegado do poder público coloca suas instalações ou serviços à disposição dos partidos, há de se dar igual tratamento às demais agremiações partidárias. A amplitude da garantia pode ser atribuída, gradualmente, de acordo com a “significação do partido”, assegurando-se, porém, um mínimo razoável à consecução dos objetivos partidários. A significação do partido é aferida, em especial, pelos resultados obtidos nas últimas eleições para a Câmara de Representantes. Ao partido com representação no Parlamento há de se assegurar uma participação não inferior à metade daquela reconhecida a qualquer outro partido”.

Como se constata, o § 5º da Lei dos Partidos consagrou a *gradação* da “igualdade de chances” (*abgestufte Chancengleichheit*), estabelecendo inequívoca “cláusula de diferenciação” (*Differenzierungsklausel*).³⁵ É evidente que uma interpretação literal do dispositivo poderia converter o postulado da “igualdade de chances” numa garantia do *status quo*, consolidando-se a posição dos *partidos estabelecidos* (*etablierte Parteien*)³⁶.

Tal possibilidade já havia sido enunciada por Carl Schmitt, ao reconhecer que os partidos no governo desfrutam de inevitável vantagem, configurando-se uma autêntica e supralegal “mais-valia política” decorrente do exercício do poder³⁷. Após asseverar que a detenção do poder outorga ao partido dominante a forma de poder político que supera de muito o simples valor das normas, observa Carl Schmitt:

“El partido dominante dispone de toda la preponderancia que lleva consigo, en un estado donde impera esta clase de legalidad, la mera posesión de los medios legales del poder. La mayoría deja repentinamente de ser un partido; es el estado mismo. Por más estrictas y delimitadas que sean las normas a las que se sujeta el ‘estado legislativo en la ejecución

³²TSATSOS, Dimitris Th.; MORLOK, Martin. *Die Parteien in der politischen Ordnung*. Fernuniversität Hagen, un. 3, p. 23; TSATSOS, MOHR, MORLOK e WENZEL. *Deutsches Staatsrecht*, Fernuniversität Hagen, 1981, un. 2, p. 42; BATTIS, Ulrich. *Einführung in das Öffentliche Recht*, cit. p. 22-23.

³³BVerfGE 14, 121; LIPPHARDT, op. cit. p. 691-692 e s.

³⁴LIPPHARDT op. cit., p. 442.

³⁵LIPPHARDT. op. cit., p. 699.

³⁶LIPPHARDT. op. cit., p. 700; TSATSOS, Dimitris Th.; MORLOK, Martin. *Die Parteien in der politischen Ordnung*, cit. p. 30-31.

³⁷SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*, cit. p. 49.

de la ley, resalta ‘siempre lo ilimitado que está detrás’, como dijo una vez Otto Mayer. En consecuencia, por encima de toda normatividad, la mera posesión del poder estatal produce una plusvalía política adicional, que viene a añadirse al poder puramente legal y normativista, una prima superlegal a la posesión legal del poder legal y al logro de la **mayoría**.³⁸

Não se pode negar, pois, que os *partidos estabelecidos* gozam de evidente primazia em relação aos *newcomers*, decorrente sobretudo de sua posição consolidada na **ordem política**.³⁹ Por outro lado, a realização de eleições com o propósito de formar um Parlamento capaz de tomar decisões respaldado por uma nítida maioria enseja, não raras vezes, modificações legítimas nas *condições de igualdade*. Disso pode resultar, à evidência, um *congelamento (Erstarrung)* do **sistema partidário**.⁴⁰

Todavia, há de se observar que o direito de “igualdade de chances” não se compadece com a ampliação ou a consolidação dos *partidos estabelecidos*. Eventual supremacia há de ser obtida e renovada em processo eleitoral justo (*fairer Wettbewerb*) e abrangente da totalidade da *composição partidária*.⁴¹

Como já ressaltado, a gradação da igualdade de chances, tal como desenvolvida pelo Tribunal Constitucional e assente na Lei dos Partidos (§ 5), há de levar em conta a “significação do partido”. Esta deve corresponder à sua participação na formação da vontade política (...Anteil den sie an der politischen Willensbildung des Volkes hat).⁴² E o critério fundamental para aferição do grau de influência na vontade política é fornecido, basicamente, pelo **desempenho eleitoral**.⁴³

Não há dúvida de que a gradação da “igualdade de chances” deve realizar-se *cum grano salis*, de modo a assegurar razoável e adequada eficácia a todo e qualquer **esforço partidário**.⁴⁴ Até porque o abandono da orientação que consagra a *igualdade formal* entre os partidos não pode ensejar, em hipótese alguma, a nulificação do tratamento igualitário que lhes deve ser assegurado pelo poder público. Eventual gradação do direito de igualdade de chances há de se efetivar com a observância de critério capaz de preservar a própria seriedade do sistema democrático e **pluripartidário**.⁴⁵

Tal constatação mostra-se particularmente problemática no que concerne à distribuição dos horários para as transmissões radiofônicas e televisivas. Uma radical gradação do direito de igualdade de chances acabaria por converter-se em autêntica garantia do *status quo*. Daí ter-se consolidado na jurisprudência constitucional alemã orientação que assegura a todos os partícipes do prélio eleitoral, pelo menos, uma “adequada e eficaz propaganda” (*angemessene und wirksame Wahlpropaganda*).⁴⁶ Considera-se, assim, que um *Sendezeitminimum* (“tempo mínimo

³⁸SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*, cit. p. 49.

³⁹TSATSOS, Dimitris Th.; MORLOK, Martin. *Die Parteien in der politischen Ordnung*, cit. p. 30.

⁴⁰HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg, 1982, p. 69.

⁴¹LIPPHARDT. op. cit., p. 700.

⁴²BVerfGE 24, 344; LIPPHARDT. op. cit., p. 446.

⁴³LIPPHARDT. op. cit., p. 446; TSATSOS, Dimitris Th.; MORLOK, Martin. *Die Parteien in der politischen Ordnung*, cit. p. 25.

⁴⁴LIPPHARDT. op. cit., p. 700-701 e 438-439; TSATSOS, Deutsches Staatsrecht, op. cit., p. 43; BATTIS. op. cit., p. 22-25.

⁴⁵BATTIS, Ulrich. *Einführung in das Öffentliche Recht*, cit. p. 21-22; cf. tb. BVerfGE, 24, 300.

⁴⁶LIPPHARDT, op. cit., p. 438-439.

de transmissão”) deve ser assegurado a todos os concorrentes, independentemente de sua “significação”.⁴⁷

Ainda assim, verificam-se na doutrina sérias reservas à *gradação do direito de igualdade de chances*, no tocante às “transmissões eleitorais”. É que tal oportunidade assume relevância extraordinária para os pequenos partidos e as novas agremiações, que, diversamente dos *etablierten Parteien*, não dispõem de meios adequados para difundir a sua **plataforma eleitoral**.⁴⁸ Também Tsatsos e Morlok sustentam, nesse particular, que a igualdade formal de todos os que participam do processo eleitoral deve ser decididamente afirmada. Entendem que, “em uma democracia, não constitui tarefa de um poder onisciente e interventivo tomar providências que indiquem aos eleitores a imagem ‘correta’ dos partidos. Ao revés, com a escolha prévia dos partidos, arroga-se o estado um direito que apenas é de se reconhecer à cidadania na sua **manifestação eleitoral**”.⁴⁹

Digna de relevo é a problemática relativa ao financiamento dos partidos. Em 1958, declarou o *Bundesverfassungsgericht* a inconstitucionalidade de lei que facultava a subvenção aos partidos mediante desconto de imposto, ao fundamento de que tal prática não era compatível com o princípio de “igualdade de chances”.⁵⁰ Posteriormente, declarou-se a inconstitucionalidade de disposição contida na lei de orçamento, que assegurava aos partidos representados no Parlamento significativa soma de recursos, entendendo que o funcionamento permanente das organizações partidárias através de recursos públicos não era compatível com a liberdade e abertura do processo de formação da vontade popular.⁵¹

Calcado na orientação consagrada pelo Tribunal, que considerava legítima apenas a alocação de recursos públicos para fazer face aos elevados custos da campanha,⁵² estabeleceu o legislador disposição que concedia aos partidos políticos que obtivessem o mínimo de 2,5% dos votos válidos apurados em cada região eleitoral uma subvenção a título de “reembolso de despesas eleitorais” (*Erstattung vom Wahlkampfkosten*), (Lei dos Partidos, § 18).

A Corte Constitucional declarou, todavia, a nulidade do preceito, pelos fundamentos seguintes: “No que concerne ao ‘reembolso das despesas eleitorais’, hão de ser contempladas todas as agremiações que participaram do prélio eleitoral, não sendo possível estabelecer uma votação mínima (*Mindesstimmenanteil*) com a justificativa de que as eleições devam criar um parlamento com poder de decisão. Ao revés, tal exigência somente pode ser estabelecida como pressuposto indispensável de aferição da seriedade das propostas e programas apresentados pelos partidos, isto é, a sua avaliação pelos eleitores traduzida pelo resultado das eleições. No tocante ao ‘reembolso das despesas eleitorais’, há de se reconhecer o perigo de alguns grupos fragmentários tomarem parte do pleito tão-somente em virtude da subvenção pública. A votação mínima que legitima a concessão do ‘reembolso das despesas eleitorais’ somente há de ser fixada tendo em vista as

⁴⁷LIPPHARDT, op. cit., p. 438-439.

⁴⁸Cf GRIMM, Dieter. *Politische Parteien*. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, cit. p. 346-347.

⁴⁹TSATSOS, Dimitris Th.; MORLOK, Martin. *Die Parteien in der politischen Ordnung*, cit. p. 32.

⁵⁰BVerfGE 8/51; Vide, TSATSOS. *Deutsches Staatsrecht*. op. cit., p. 49; LIPPHARDT. op. cit., p. 258-264.

⁵¹BVerfGE, 20, 56 ff – 19.7.66 – TSATSOS, *Deutsches Staatsrecht*. op. cit., p. 49-50; BATTIS, Ulrich. *Einführung in das Öffentliche Recht*, cit. p. 27-28.

⁵²BVerfGE, 20, 56.

relações concretas fornecidas pelas eleições parlamentares. O número de eleitores correspondia, naquelas eleições, a cerca de 38 milhões; o número de votantes, 33,4 milhões. Nessas condições, se se considerar a média de participação nas eleições, um partido deveria obter cerca de 835.000 votos para atingir o percentual de 2,5% legalmente exigido. Tal exigência, como prova de seriedade dos esforços eleitorais, não parece razoável. Uma votação mínima de 0,5% dos votos apurados significaria que um partido deveria somar cerca de 167.000 votos. Um partido que logrou tantos sufrágios não pode ter contestada a seriedade de seu esforço eleitoral” (*BVerfGE* 24, 300).⁵³ Em face da referida decisão, não restou ao legislador outra alternativa senão a de fixar em 0,5% o aludido *percentual mínimo* (Lei dos Partidos, § 18, 2).

Tais considerações estão a demonstrar que, não obstante eventuais percalços de ordem jurídica ou fática, a “igualdade de chances”, concebida como princípio constitucional autônomo, constitui expressão jurídica da *neutralidade do Estado* em relação aos diversos concorrentes.⁵⁴ O seu fundamento não se assenta única e exclusivamente no postulado geral da “igualdade de chances” (Lei Fundamental, art. 3º, I). Ao revés, a igualdade de chances é considerada como derivação direta dos preceitos constitucionais que consagram o regime democrático (art. 20, I) e pluripartidário (art. 21, I).⁵⁵

Não tenho dúvida de que a “igualdade de chances” é princípio integrante da ordem constitucional brasileira.

Consider-se, de imediato, que o postulado geral de igualdade tem ampla aplicação entre nós, não se afigurando possível limitar o seu alcance, em princípio, às pessoas naturais, ou restringir a sua utilização a determinadas situações ou atividades. Nesse sentido, já observara Seabra Fagundes que “tão vital se afigura o princípio ao perfeito estruturamento do estado democrático, e tal é a sua importância como uma das liberdades públicas, para usar a clássica terminologia de inspiração francesa, que, não obstante expresso como garantia conferida a ‘brasileiros e estrangeiros residentes no país’, o que denota, à primeira vista, ter tido em mira apenas as pessoas físicas, se tornou pacífico alcançar, também, as pessoas jurídicas”.⁵⁶

Em virtude, a chamada “força irradiante do princípio da igualdade” parece espalhar-se por todo o ordenamento jurídico, contemplando, de forma ampla, todos os direitos e situações. Daí ter asseverado Francisco Campos:

“A cláusula relativa à igualdade diante da lei vem em primeiro lugar, na lista dos direitos e garantias que a Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. Não foi por acaso ou arbitrariamente que o legislador constituinte iniciou com o direito à igualdade a enumeração dos direitos individuais. Dando-lhe o primeiro lugar na enumeração, quis

⁵³Cf. BATTIS, Ulrich. *Einführung in das Öffentliche Recht*, cit. p. 29-30.

⁵⁴GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, cit. p. 344-345.

⁵⁵LIPPARDT, op. cit., p. 92-93; GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, cit. p. 344; TSATSOS, Dimitris Th.; MORLOK, Martin. *Die Parteien in der politischen Ordnung*, cit. p. 22.

⁵⁶FAGUNDES, Miguel Seabra. *O princípio constitucional de igualdade perante a lei e o Poder Legislativo*. RF 161/78; cf. também, CAMPOS, Francisco. Parecer. RDA 72/403.

significar expressivamente, embora de maneira tácita, que o princípio de igualdade rege todos os direitos em seguida a ele enumerados. É como se o art. 141 da Constituição estivesse assim redigido: ‘A Constituição assegura com ‘igualdade os direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)’’.⁵⁷

Explicitando esse pensamento, acrescenta o insigne jurista que o princípio de igualdade tem por escopo a proteção da livre concorrência entre os homens em todos os âmbitos de atividade. Registre-se o seu magistério:

“O alcance do princípio de igualdade perante a lei há de ser, portanto, interpretado na maior latitude dos seus termos, ou como envolvendo não só a hipótese de que, embora não havendo existido, venha, entretanto, a se criar no país o regime de classes, como toda e qualquer situação, a que, embora casualmente ou episodicamente, sem caráter sistemático, ou de modo puramente singular, se deixe de aplicar o critério ou a medida geral prevista para casos ou situações da mesma espécie, e se lhes aplique critério ou medida de exceção. O princípio não tem, portanto, como foco de incidência, um ponto preciso e definido. Ele se difunde por todo o tecido das relações humanas que possam constituir objeto de regulamentação jurídica ou sejam suscetíveis de configurar-se em conteúdo de um ato ou de um comando da autoridade pública. Não é princípio adstrito a um aspecto ou a uma forma de organização social; é um postulado de ordem geral, destinado a reger o comércio jurídico em todas as modalidades, de modo a assegurar, particularmente sob as constituições liberais e democráticas, o regime da concorrência, que é a categoria sob a qual elas concebem não somente a ordem social, como a ordem política, a ordem econômica e a ordem jurídica. O princípio de igualdade tem por principal função proteger e garantir a livre concorrência entre os homens, seja quando a sua atividade tem por objeto o poder, seja quando o pólo de seu interesse são os bens materiais ou imateriais, cujo gozo exclusivo lhes é assegurado pelo direito de propriedade”⁵⁸.

De resto, a concorrência é imanente ao regime liberal e democrático, tendo como pressuposto essencial e inafastável a neutralidade do Estado.

É o que se constata na seguinte passagem do preclaro magistério de Francisco Campos:

“O regime liberal e democrático postula a concorrência não apenas como categoria histórica, mas como a categoria ideal da convivência humana. Ora, a concorrência pressupõe, como condição essencial, necessária ou imprescindível, que o Estado não favoreça a qualquer dos concorrentes, devendo, ao contrário, assegurar a todos um tratamento absolutamente igual, a nenhum deles podendo atribuir prioridade ou privilégio, que possa colocá-lo em situação especialmente vantajosa em relação aos demais. Esta, no mundo moderno, a significação do princípio da igualdade

⁵⁷CAMPOS, Francisco. Parecer, de 19 de maio de 1947. RF 116/396.

⁵⁸CAMPOS, Francisco. Parecer, de 19 de maio de 1947. RF 116/397.

perante a lei. Por ele, todos ficarão certos de que na concorrência, tomada esta expressão no seu sentido mais amplo, o Estado mantém-se neutro ou não procurará intervir senão para manter entre os concorrentes as liberdades ou as vantagens a que cada um deles já tinha direito ou que venha a adquirir, mediante os processos normais da concorrência. O princípio de igualdade tem hoje, como se vê, um campo mais vasto de aplicação do que nos tempos que se seguiram imediatamente às suas primeiras declarações”.⁵⁹

Afigura-se, pois, dispensável ressaltar a importância do princípio da isonomia no âmbito das relações estatais. Como a ninguém é dado recusar a integração a uma determinada ordem estatal, faz-se mister reconhecer o direito de participação igualitária como correlato necessário da inevitável submissão a esse poder de império. E o direito de participação igualitária na vida da comunidade estatal e na formação da vontade do Estado não se restringe à igualdade eleitoral, ao acesso aos cargos públicos, ao direito de informação e de manifestação de opinião, abrangendo a própria participação nos partidos políticos e associações como forma de exercer influência na formação da vontade política.⁶⁰

Vê-se, pois, que o princípio de igualdade entre os partidos políticos constitui elementar exigência do modelo democrático e pluripartidário.

No entanto, não se pode ignorar que, tal como apontado, a aplicação do princípio de “igualdade de chances” encontra dificuldades de ordem jurídica e fática. Do prisma jurídico, não há dúvida de que o postulado da igualdade de chances incide sobre uma variedade significativa de *objetos*. E, do ponto de vista fático, impende constatar que o estado, que deve conduzir-se de forma neutra, é, ao mesmo tempo, *partidariamente ocupado*.⁶¹

Aludidas dificuldades não devem ensejar, à evidência, o estabelecimento de quaisquer discriminações entre os *partidos* estabelecidos e os *newcomers*, por quanto eventual distinção haveria de resultar, inevitavelmente, no próprio falseamento do processo de livre concorrência.

Não se afirma, outrossim, que ao legislador seria dado estabelecer distinções entre os concorrentes com base em critérios objetivos. Desde que tais distinções impliquem alteração das condições mínimas de concorrência, evidente se afigura sua incompatibilidade com a ordem constitucional calcada no postulado de isonomia. Mais uma vez é de se invocar a lição de Francisco Campos:

“Se o princípio deve reger apenas a aplicação da lei, é claro que ao legislador ficaria devassada a imensidão de um arbítrio sem fronteiras, podendo alterar, à sua discreção, por via de medidas concretas ou individuais, as condições da concorrência, de maneira a favorecer, na corrida, a um dos concorrentes, em detrimento dos demais. O que garante, efetivamente, a concorrência não é tão-só o princípio da legalidade, entendido como a exigência que

os atos da justiça e da administração possam ser referidos ou imputados à lei. Desde que ficasse assegurada ao legislador a faculdade de alterar a posição de neutralidade do estado em face dos concorrentes, tomando o partido de uns contra outros, a ordem da concorrência não poderia ter a posição central e dominante que lhe cabe, incontestavelmente, no ciclo histórico que se abriu com a revolução industrial do século passado e que ainda não se pode dar como encerrado no mundo ocidental. O caráter de norma obrigatória para o legislador, para ele especialmente, resulta da natureza e da extensão do princípio de igualdade perante a lei. Seria, de outra maneira, um princípio supérfluo ou destituído de qualquer significação”.⁶²

Não parece subsistir dúvida, portanto, de que o princípio da isonomia tem aplicação à atividade político-partidária, fixando os limites e contornos do poder de regular a concorrência entre os partidos.

Ademais, como já observado, faz-se mister notar que o princípio da igualdade de chances entre os partidos políticos parece encontrar fundamento, igualmente, nos preceitos constitucionais que instituem o regime democrático, representativo e pluripartidário (CF, art. 1º, V e parágrafo único). Tal modelo realiza-se, efetivamente, através da atuação dos partidos, que são, por isso, elevados à condição de autênticos e peculiares *órgãos públicos ainda que não estatais*, com relevantes e indispensáveis funções atinentes à formação da vontade política, à criação de legitimidade e ao processo contínuo de mediação (*Vermittlung*) entre povo e Estado (Lei 5.682/71, art. 2º).⁶³

Esta *mediação* tem seu ponto de culminância na realização de eleições, com a livre concorrência das diversas agremiações partidárias.

E a disputa eleitoral é condição indispensável do próprio modelo representativo, como assinala Rezek:

“O regime representativo pressupõe disputa eleitoral cuja racionalidade deriva da livre concorrência entre os partidos, cada um deles empenhado na reunião da vontade popular em torno de seu programa político. Não merece o nome de partido político, visto que não lhe tem a essência, o chamado ‘partido único’: aqui se trata, antes, de um grande departamento político do estado, fundado na presunção de que seu ideário representa a vontade geral a ponto de alcançar o foro da incontestabilidade. As eleições, no estado unipartidário, não traduzem o confronto de teses programas, mas a mera expedição popular, em favor dos eleitos, de um atestado de habilitação ao cumprimento do programa que de antemão se ergira em dogma. A pluralidade de partidos não é, dessa forma, uma opção. Sem ela não há que falar, senão por abusiva metáfora, em partido político de *espécie alguma*”.⁶⁴

⁵⁹CAMPOS, Francisco. Parecer, de 19 de maio de 1947. RF 116/398.

⁶⁰LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*. München: C. H. Beck, 1979, p. 126-127.

⁶¹GRIMM, Dieter. *Politische Parteien*. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, cit. p. 344; cf. também, SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*, cit. p. 49.

⁶²CAMPOS, Francisco. Parecer, de 19 de maio de 1947. RF 116/398.

⁶³Ver, a propósito, LEIBHOLZ, Gerhard. *Verfassungstaat-Verfassungsrecht*. Stuttgart, 1973, p. 81; DENNINGER, Erhard. *Staatsrecht*. Hamburg, 1973, p. 71-74.

⁶⁴REZEK, Francisco. *Organização política do Brasil – estudos de problemas brasileiros* (texto de aula). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 34.

Portanto, não se afigura necessário despender maior esforço de argumentação para que se possa afirmar que a concorrência entre os partidos, inerente ao próprio modelo democrático e representativo, tem como pressuposto inarredável o princípio de “igualdade de chances”.

O Tribunal Superior Eleitoral teve oportunidade de discutir a aplicação do princípio de “igualdade chances” a propósito da distribuição de tempo entre os partidos no rádio e na televisão.

Cuidava-se de discussão sobre a constitucionalidade da Lei nº 7.508, de 1986, que regulamentava propaganda eleitoral para as eleições nacionais e estaduais (inclusive para a Assembléia Nacional Constituinte). Referida lei não assegurava qualquer fração de tempo para propaganda eleitoral no rádio e na televisão aos partidos que não contassem com representante no Congresso Nacional ou nas assembléias legislativas (art. 1º, II).

O procurador-geral da República, hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, manifestou-se, com base em estudo por nós elaborado,⁶⁵ pela constitucionalidade parcial da referida lei. Todavia, por maioria de votos (quatro a três), o Tribunal Superior Eleitoral rejeitou a arguição de constitucionalidade formulada. Acentuou, porém, o Ministro Néri da Silveira, então presidente do Tribunal, que a argumentação desenvolvida nos votos vencidos e na manifestação do procurador-geral eram considerações valiosas que haveriam de ser consideradas nas novas leis sobre a matéria.⁶⁶

A legislação que tratou do tema a partir da referida decisão não mais deixou de contemplar os partidos políticos sem representação parlamentar na distribuição do tempo para divulgação da campanha eleitoral.

Assinale-se, porém, que, tal como observado, o princípio da “igualdade de chances” entre os partidos políticos abrange todo o processo de concorrência entre os partidos, não estando, por isso, adstrito a um segmento específico. É fundamental, portanto, que a legislação que disciplina o sistema eleitoral, a atividade dos partidos políticos e dos candidatos, o seu financiamento, o acesso aos meios de comunicação, o uso de propaganda governamental, dentre outras, não negligencie a idéia de igualdade de chances sob pena de a concorrência entre agremiações e candidatos se tornar algo ficcional, com grave comprometimento do próprio processo democrático.

Atualmente, o Tribunal Superior Eleitoral está a apreciar, no REspe nº 21.334, rel. Min. Peçanha Martins, controvérsia constitucional sobre o direito de determinado partido político, no âmbito estadual, veicular programa político partidário sem ter elegido representantes para a Assembléia Legislativa. Em voto que proferi nesse recurso, quando integrante daquela Corte Eleitoral, ressaltei que o critério adotado pelo legislador, na distribuição dos horários de propaganda eleitoral, impossibilitou o acesso ao rádio e à televisão dos partidos políticos habilitados que não contam com representantes na Assembléia Legislativa Estadual. Ainda que se possa considerar razoável a sistemática estabelecida pelo legislador no tocante à distribuição dos horários, de acordo com a representação parlamentar, afigura-se inevitável reconhecer que a negação, ainda que limitada, do direito de acesso ao rádio e à televisão, não se compadece com o postulado da

“igualdade de chances”. O Ministro Cezar Peluso pediu vista do recurso para melhor analisar a matéria (em 4.4.2006).

No presente caso, não tenho dúvida de que as restrições impostas pela Lei nº 9.096/95 ao acesso gratuito pelos partidos políticos ao rádio e à televisão, assim como aos recursos do Fundo Partidário, afrontam o princípio da “igualdade de chances”.

Destarte, a Lei dos Partidos Políticos estabeleceu as seguintes regras:

a) *Quanto ao acesso dos partidos políticos aos recursos do Fundo Partidário:*

a.1) o partido que não obtiver os percentuais de votação previstos pelo art. 13, ou seja, que não ultrapassar a denominada “cláusula de barreira”, somente terá direito a receber 1% (*um por cento*) do Fundo Partidário (art. 41, I);

a.2) os partidos que cumprirem os requisitos do art. 13 compartilharão os restantes 99% (*noventa e nove por cento*) do total do Fundo Partidário na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados (art. 41, II).

b) *Quanto ao acesso dos partidos políticos ao rádio e à televisão:*

b.1) o partido que não obtiver os percentuais de votação previstos pelo art. 13 terá direito à realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de apenas 2 (*dois*) minutos (art. 48);

b.2) o partido que atenda ao disposto no art. 13 tem assegurada: 1. a realização de um programa em cadeia nacional e de um programa em cadeia estadual, em cada semestre, com a duração de vinte minutos cada; 2. a utilização do tempo total de quarenta minutos, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais (art. 49).

Como se vê, essa regra torna inviável a própria sobrevivência dos partidos que não ultrapassem a “cláusula de barreira”, na medida em que destina a todos eles apenas 1% (*um por cento*) dos recursos do Fundo Partidário, permanecendo os outros 99% (*noventa e nove por cento*) restantes com os demais partidos.

O significado do Fundo Partidário para os partidos políticos pode ser devidamente apreendido na Tabela abaixo a propósito dos recursos financeiros auferidos pelas agremiações partidárias no exercício financeiro de 2005.

Receitas auferidas pelas direções nacionais dos partidos exercício financeiro – 2005

Partido	*Recursos F.P.	%	*Recursos próprios	%	Total	%
PT	24.690.181,55	69,36%	10.907.790,47	30,64%	35.597.972,02	100%
PSDB	19.239.678,09	99,45%	106.786,40	0,55%	19.346.464,47	100%
PMDB	17.949.068,71	95,72%	801.965,17	4,28%	18.751.033,88	100%
PFL	17.800.148,30	99,07%	166.904,47	0,93%	17.967.052,77	100%
PP	10.518.884,51	97,54%	265.531,18	2,46%	10.784.415,69	100%
PSB	7.114.067,31	88,05%	965.557,98	11,95%	8.079.625,29	100%
PTB	6.941.278,19	99,89%	7.384,51	0,11%	6.948.662,70	100%
PDT	6.908.638,95	98,95%	73.587,57	1,05%	6.982.226,52	100%
PL	6.900.799,97	91,50%	640.858,22	8,50%	7.541.658,19	100%
PPS	1.181.644,31	65,98%	609.384,99	34,02%	1.791.029,30	100%
PV	1.151.497,31	93,57%	79.118,39	6,43%	1.230.615,70	100%
PCdoB	878.655,93	33,20%	1.767.710,52	66,80%	2.646.366,45	100%
Prona	44.190,71	15,74%	236.617,44	84,26%	280.808,15	100%
PSC	44.190,71	47,45%	48.937,18	52,55%	93.127,89	100%
PSDC	44.190,71	41,64%	61.943,32	58,36%	106.134,03	100%
PHS	44.190,71	58,17%	31.782,86	41,83%	75.973,57	100%
PSTU	39.937,04	4,19%	912.262,44	95,81%	952.199,48	100%
PCO	29.198,22	100,00%	Não informado	0,00%	29.198,22	100%
PMN	24.435,09	4,86%	478.547,72	95,14%	502.982,81	100%
PRTB	23.944,55	19,48%	98.945,98	80,52%	122.890,53	100%
PMR/PRB	12.102,83	52,78%	10.827,78	47,22%	22.930,61	100%
PTC/PRN	8.442,60	15,57%	45.784,61	84,43%	54.227,21	100%
P-SOL	8.442,60	54,03%	7.183,37	45,97%	15.625,97	100%
PAN	5.256,79	40,55%	7.706,31	59,45%	12.963,10	100%
PCB	2.523,11	11,20%	20.000,00	88,80%	22.523,11	100%
PRP	2.523,11	2,21%	111.554,19	97,79%	114.077,30	100%
PSL	-	-	111.425,41	100	111.425,41	100%
PTdoB	-	-	55.820,00	100,00%	55.820,00	100%
PTN	-	-	Não informado	-	-	-

*Os valores provenientes do Fundo Partidário tiveram como base os relatórios emitidos pelo Siafi.

*Os valores correspondentes aos recursos próprios podem sofrer alterações.

⁶⁵Ac.-TSE nº 8.444, de 4.11.86, relator Aldir Passarinho. MENDES, Gilmar Ferreira. *Propaganda eleitoral. Horário gratuito. Distribuição equitativa*. Revista de Direito Público, v. 20, nº 82, p. 100-110, abr./jun. 1987.

⁶⁶MS-TSE nº 754, relator Roberto Rosas, DJ 11.4.90; MS-TSE nº 746, relator Roberto Rosas, DJ 11.4.90; RMS nº 785, relator Aldir Passarinho, DJ 2.10.87.

Tem-se, portanto, um modelo legal do Fundo Partidário assaz restritivo para com os partidos menores e, especialmente, com as agremiações em formação.

Em outros termos, o art. 41 da Lei nº 9.096/99 condena as agremiações minoritárias a uma morte lenta e segura, ao lhes retirar as condições mínimas para concorrer no prélio eleitoral subsequente em regime de igualdade com as demais agremiações.

Não bastasse isso, a lei restringe em demasia o acesso ao rádio e à televisão dos partidos que não alcancem os percentuais estabelecidos pelo art. 13, na medida em que lhes assegura a realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de apenas 2 (dois) minutos.

Levando-se em conta que, atualmente, a disputa eleitoral é travada prioritariamente no âmbito do rádio e, principalmente, da televisão, parece não haver dúvida de que tal regra, em verdade, torna praticamente impossível às agremiações minoritárias o desenvolvimento da campanha em regime de “igualdade de chances” com os demais partidos, os quais têm assegurada a realização de um programa em cadeia nacional e de um programa em cadeia estadual, em cada semestre, com a duração de vinte minutos cada, assim como a utilização do tempo total de quarenta minutos, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais.

Todos sabem que há muito as eleições deixaram de ser resolvidas nos palanques eleitorais. Na era da comunicação, o rádio e a televisão tornam-se poderosos meios postos à disposição dos partidos para a divulgação de seus conteúdos programáticos e de suas propostas de governo. Na medida em que permitem o contato direto e simultâneo entre candidatos/partidos e eleitores, constituem ferramentas indispensáveis à própria sobrevivência das agremiações partidárias. Dessa forma, uma limitação legal assaz restritiva do acesso a esses recursos de comunicação tem o condão de inviabilizar a participação dos partidos políticos nas eleições e, com isso, a sua própria subsistência no regime democrático.

É preciso ressaltar, por outro lado, que a adoção de critério fundado no desempenho eleitoral dos partidos não é, por si só, abusiva. Em verdade, tal como expressamente reconhecido pela Corte Constitucional alemã, não viola o princípio de igualdade a adoção pela lei do fator de desempenho eleitoral para os fins de definir o grau ou a dimensão de determinadas prerrogativas das agremiações partidárias.

Não pode, porém, o legislador adotar critério que *congele* o quadro partidário ou que bloqueie a constituição e desenvolvimento de novas forças políticas.

A regra da “cláusula de barreira”, tal como foi instituída pela Lei nº 9.096/95, limitando drasticamente o acesso dos partidos políticos ao rádio e à televisão e aos recursos do Fundo Partidário, constitui uma clara violação ao princípio da “igualdade chances”.

VI – A crise do sistema eleitoral proporcional no Brasil: novas reflexões sobre a fidelidade partidária na jurisprudência do STF

É preciso deixar enfatizado, não obstante, que as preocupações do legislador são, de fato, legítimas. A criação de uma “cláusula de barreira” para o pleno funcionamento parlamentar dos partidos políticos tem o claro intuito de antecipar alguns pontos de uma reforma política mais ampla.

Hoje, parece inegável que o sistema eleitoral de feição proporcional, que corresponde à nossa prática política brasileira desde 1932, vem apresentando significativos déficits e emitindo sinais de exaustão.

Recentemente, o país mergulhou numa das maiores crises éticas e políticas de sua história republicana, crise esta que revelou algumas das graves mazelas do sistema político-partidário brasileiro, e que torna imperiosa a sua imediata revisão.

De tudo que foi revelado, tem-se como extremamente grave o aparelhamento das estruturas estatais para fins político-partidários e a apropriação de recursos públicos para o financiamento de partidos políticos.

A crise tornou, porém, evidente, para todos, a necessidade de que sejam revistas as atuais regras quanto à fidelidade partidária.

Em outros termos, estamos desafiados a repensar o atual modelo a partir da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Devemos refletir, inclusive, sobre a consequência da mudança de legenda por aqueles que obtiveram o mandato no sistema proporcional, o que constitui, sem sombra de dúvidas, uma clara violação à vontade do eleitor e um falseamento grotesco do modelo de representação popular pela via da democracia de partidos!

Com efeito, é assegurada aos partidos políticos autonomia para fixar, em seus programas, seus objetivos políticos e para definir sua estrutura interna e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias⁶⁷ (CF, art. 17 e § 1º).

Nesse aspecto, tem sido até aqui pacífica a orientação no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Superior Eleitoral de que a infidelidade partidária não terá repercussão sobre o mandato exercido.⁶⁸ A maior sanção que a agremiação partidária poderia impor ao filiado infiel é a exclusão de seus quadros.

Se consideramos a exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade e a participação do voto de legenda na eleição do candidato, tendo em vista o modelo eleitoral proporcional adotado para as eleições parlamentares, essa orientação afigura-se amplamente questionável.

Assim, ressalvadas situações específicas decorrentes de ruptura de compromissos programáticos por parte da agremiação ou outra situação de igual significado, o *abandono da legenda, a meu ver, deve dar ensejo à perda do mandato*. Na verdade, embora haja participação especial do candidato na obtenção de votos com o objetivo de posicionar-se na lista dos eleitos, tem-se que a eleição proporcional se realiza em razão de votação atribuída à legenda. Como se sabe, com raras exceções, a maioria dos eleitos sequer logram obter o quociente eleitoral, dependendo a sua eleição dos votos obtidos pela agremiação.

Nessa perspectiva, não parece fazer qualquer sentido, do prisma jurídico e político, que o eventual eleito possa, simplesmente, desvincilar-se dos vínculos partidários originalmente estabelecidos, carregando o mandato obtido em um sistema no qual se destaca o voto atribuído à agremiação partidária a que estava filiado para outra legenda.

Daí a necessidade imperiosa de revisão da jurisprudência do STF acima referida.

⁶⁷O art. 3º da Lei nº 9.096/95 diz que “é assegurada, ao partido político, autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento”. O art. 14 da mesma lei diz que “o partido é livre para fixar, em seu programa, seus objetivos políticos e para estabelecer, em seu estatuto, a sua estrutura interna, organização e funcionamento.”

⁶⁸MS nº 20.297, relator Moreira Alves, julgado em 18.12.81. Ac.-TSE nº 11.075, relator Célio de Oliveira Borja, DJ 15.5.90.

VII – A necessidade de uma solução diferenciada: a interpretação das disposições transitórias (art. 57) com efeitos aditivos

O Ministro Marco Aurélio, relator, votou no sentido da declaração de inconstitucionalidade/nulidade total dos dispositivos impugnados: o art. 13; expressão contida no art. 41, inciso II; o art. 48; expressão contida no *caput* do art. 49; e os arts. 56 e 57, todos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1997 (Lei dos Partidos Políticos).

Essa conclusão me preocupa, pois temos, no caso, os arts. 56 e 57, que trazem normas de transição e que regeram o tema desde a publicação da lei, em 20.9.95. A declaração de nulidade total dessas normas, com eficácia *ex tunc*, resultará, invariavelmente, num vácuo legislativo.

Por isso, o Tribunal deve encontrar uma solução que, ao declarar a inconstitucionalidade da regra do art. 13 e do sistema normativo dele decorrente, preserve as normas de transição do art. 57 que regem a questão atualmente, pelo menos até que o legislador elabore novas regras para disciplinar a matéria.

Nesse sentido, a técnica da interpretação conforme à Constituição pode oferecer uma alternativa viável.

Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição.⁶⁹ Consoante a prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição.⁷⁰ O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão.⁷¹

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada *vontade do legislador*. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto⁷² e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador.⁷³

Assim, a prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada *intenção do legislador*, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto.⁷⁴

Muitas vezes, porém, esses limites não se apresentam claros e são difíceis de definir. Como todo tipo de linguagem, os textos normativos normalmente padecem de certa indeterminação semântica, sendo passíveis de múltiplas interpretações. Assim, é possível entender, como o faz Rui Medeiros, que “a problemática dos limites da interpretação conforme à

⁶⁹Rp nº 948, rel. Min. Moreira Alves, *RTJ*, 82:55-6; Rp nº 1.100, *RTJ*, 115:993 e s.

⁷⁰Cf., a propósito, Rp nº 1.454, rel. Min. Octavio Gallotti, *RTJ*, 125:997.

⁷¹Cf., a propósito, Rp nº 1.389, rel. Min. Oscar Corrêa, *RTJ*, 126:514; Rp nº 1.454, rel. Min. Octavio Gallotti, *RTJ*, 125:997; Rp nº 1.399, rel. Min. Aldir Passarinho, *DJ*, 9 set. 1988.

⁷²Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 95.

⁷³ADIn nº 2405/RS, rel. Min. Carlos Britto, *DJ* 17.2.2006; ADIn nº 1344/ES, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 19.4.2006; Rp nº 1417/DF, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 15.4.88; ADIn nº 3.046/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 28.5.2004.

⁷⁴Rp nº 1.454, rel. Min. Octavio Gallotti, *RTJ*, 125:997; Rp nº 1.389, rel. Min. Oscar Corrêa, *RTJ*, 126:514; Rp nº 1.399, rel. Min. Aldir Passarinho, *DJ*, 9 set. 1988.

⁷⁵MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 301.

Constituição está indissociavelmente ligada ao tema dos limites da interpretação em geral”.⁷⁵

A eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto.

A experiência das cortes constitucionais europeias – destacando-se, nesse sentido, a *Corte Costituzionale italiana*⁷⁶ – bem demonstra que, em certos casos, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e soluções simplistas como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não-conhecimento da ação.

Sobre o tema, é digno de nota o estudo de Joaquín Brage Camazano,⁷⁷ do qual cito a seguir alguns trechos:

“La raíz esencialmente pragmática de estas modalidades atípicas de sentencias de la constitucionalidad hace suponer que su uso es prácticamente inevitable, con una u otra denominación y con unas u otras particularidades, por cualquier órgano de la constitucionalidad consolidado que goce de una amplia jurisdicción, en especial si no seguimos condicionados inercialmente por la majestuosa, pero hoy ampliamente superada, concepción de Kelsen del TC como una suerte de ‘legislador negativo’. Si alguna vez los tribunales constitucionales fueron legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son; y justamente el rico ‘arsenal’ sentenciador de que disponen para fiscalizar la constitucionalidad de la ley, más allá del planteamiento demasiado simple ‘constitucionalidad/inconstitucionalidad’, es un elemento más, y de importancia, que viene a poner de relieve hasta qué punto es así. Y es que, como Fernández Segado destaca, ‘la praxis de los tribunales constitucionales no ha hecho sino avanzar en esta dirección’ de la superación de la idea de los mismos como legisladores negativos, ‘certificando [así] la quiebra del modelo kelseniano del legislador negativo.’”

Certas modalidades atípicas de decisão no controle de constitucionalidade decorrem, portanto, de uma necessidade prática comum a qualquer jurisdição constitucional.

Assim, o recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afetos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a consequente declaração de constitucionalidade.

Além das muito conhecidas técnicas de interpretação conforme à Constituição, declaração de nulidade parcial sem

⁷⁶Cf. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003.

⁷⁷CAMAZANO, Joaquín Brage. *Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”)*. En Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), *La interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, en prensa.

redução de texto, ou da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, aferição da “lei ainda constitucional” e do apelo ao legislador, são também muito utilizadas as técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que possibilita a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo Tribunal.

Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei nº 9.868/99, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A prática tem demonstrado que essas novas técnicas de decisão têm guarda também no âmbito do controle difuso de *constitucionalidade*.⁷⁸

Uma breve análise retrospectiva da prática dos tribunais constitucionais e de nosso Supremo Tribunal Federal bem demonstra que a ampla utilização dessas decisões, comumente denominadas “atípicas”, as converteram em modalidades “típicas” de decisão no controle de constitucionalidade, de forma que o debate atual não deve mais estar centrado na admissibilidade de tais decisões, mas nos limites que elas devem respeitar.

O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de *self-restraint* ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambiar para uma decisão interpretativa corretiva da lei.⁷⁹

Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador.⁸⁰

No recente julgamento conjunto das ADIn nºs 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Min. Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme a Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolvendo a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei.⁸¹

Em outros vários casos mais antigos,⁸² também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de *decisões manipulativas de efeitos aditivos*.⁸³

⁷⁸RE nº 197.917/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 7.5.2004.

⁷⁹ADIn nº 2.405/RS, rel. Min. Carlos Britto, *DJ* 17.2.2006; ADIn nº 1.344/ES, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 19.4.96; Rp nº 1.417/DF, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 15.4.88.

⁸⁰ADI nº 3.324, ADI nº 3.046, ADI nº 2.652, ADI nº 1.946, ADI nº 2.209, ADI nº 2.596, ADI nº 2.332, ADI nº 2.084, ADI nº 1.797, ADI nº 2.087, ADI nº 1.668, ADI nº 1.344, ADI nº 2.405, ADI nº 1.105, ADI nº 1.127.

⁸¹ADI nº 1.105/DF e ADIn nº 1.127/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. para o acórdão Min. Ricardo Lewandowski.

⁸²ADI nº 3.324, ADI nº 3.046, ADI nº 2.652, ADI nº 1.946, ADI nº 2.209, ADI nº 2.596, ADI nº 2.332, ADI nº 2.084, ADI nº 1.797, ADI nº 2.087, ADI nº 1.668, ADI nº 1.344, ADI nº 2.405, ADI nº 1.105, ADI nº 1.127.

⁸³Sobre a difusa terminologia utilizada, vide: MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Coimbra: Coimbra Editora; 2005, p. 238 e ss. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova; 2001. LÓPEZ BOFILL, Héctor. *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*. Valencia: Tirant lo Blanch; 2004.

Sobre a evolução da jurisdição constitucional brasileira em tema de decisões manipulativas, o constitucionalista português Blanco de Moraes fez a seguinte análise:

“(...) o fato é que a justiça constitucional brasileira deu, onze anos volvidos sobre a aprovação da Constituição de 1988, um importante passo no plano da suavização do regime típico da nulidade com efeitos absolutos, através do alargamento dos efeitos manipulativos das decisões de inconstitucionalidade.

Sensivelmente, desde 2004 parecem também ter começado a emergir com maior pragmática decisões jurisdicionais com efeitos aditivos.

Tal parece ter sido o caso de uma *acção directa* de inconstitucionalidade, a ADIn nº 3.105, a qual se afigura como uma sentença demolitória com efeitos aditivos. Esta eliminou, com fundamento na violação do princípio da igualdade, uma norma restritiva que, de acordo com o entendimento do relator, reduziria arbitrariamente para algumas pessoas pertencentes à classe dos servidores públicos, o alcance de um regime de imunidade tributária que a todos aproveitaria. Dessa eliminação resultou automaticamente a aplicação, aos referidos trabalhadores inactivos, de um regime de imunidade contributiva que abrangia as demais categorias de servidores públicos.”

Em futuro próximo, o Tribunal voltará a se deparar com o problema no julgamento da ADPF nº 54, rel. Min. Marco Aurélio, que discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencefálicos. Caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva.

Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo procurador-geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF nº 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso do feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto.

Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais cortes constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

O presente caso oferece uma oportunidade para que o Tribunal avance nesse sentido. O vazio jurídico a ser produzido por uma decisão simples de declaração de inconstitucionalidade/nulidade dos dispositivos normativos impugnados – principalmente as normas de transição contidas no art. 57 – torna necessária uma solução diferenciada, uma decisão que exerça uma “função reparadora” ou, como esclarece Blanco de Moraes, “de restauração corretiva da ordem jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade”.⁸⁴

⁸⁴Segundo Blanco de Moraes, “às clássicas funções de valoração (declaração do valor negativo do acto inconstitucional), pacificação (força de caso julgado da decisão de inconstitucionalidade) e ordenação (força *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade) juntar-se-ia, também, a função de reparação, ou de restauração corretiva da ordem jurídica afectada pela decisão de inconstitucionalidade”. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Coimbra: Coimbra Editora; 2005, p. 262-263.

Entendo que as normas de transição contidas no art. 57, que disciplinaram a matéria desde o advento da Lei dos Partidos Políticos, de 1995, devam continuar em vigor até que o legislador edite nova lei que dê nova regulamentação ao tema.

Dessa forma, proponho ao Tribunal que o art. 57 da Lei nº 9.096/95 seja interpretado no sentido de que as normas de transição nele contidas continuem em vigor até que o legislador discipline novamente a matéria, dentro dos limites esclarecidos pelo Tribunal neste julgamento.

VIII – Conclusão

Por todos esses motivos, não tenho nenhuma dúvida sobre a constitucionalidade dessa “cláusula de barreira à brasileira”.

A constitucionalidade não reside na natureza desse tipo de restrição à atividade dos partidos políticos, mas na forma e, portanto, na proporção estabelecida pelo legislador brasileiro. Não se deixou qualquer espaço para a atuação parlamentar das agremiações partidárias que não atingiram os percentuais exigidos pelo art. 13 da Lei nº 9.096/95 e que, contrariamente, podem eleger um cabedal expressivo de representantes. O modelo é patológico na medida em que impede o funcionamento parlamentar do partido, mas não afeta a própria eleição do representante.

Na prática, a subsistência de um modelo como esse tem o condão de produzir, a curto prazo, dois principais efeitos indesejados. O primeiro é o de anular a efetividade da atuação do partido como bancada específica, o que se afigura decisivo para que se encontre uma solução que supere esta inevitável “situação de isolamento”, mediante a fusão com outras agremiações partidárias que consigam atingir os percentuais de votação exigidos pela lei. O segundo, como consequência, é a acentuação do desvirtuamento da fidelidade partidária, com a integração dos parlamentares eleitos a partidos detentores do direito de funcionamento parlamentar, sem qualquer respeito ou preocupação com as intenções programáticas de cada agremiação.

Portanto, a cláusula de barreira estabelecida pela Lei nº 9.096/95 não representa nenhum avanço, mas sim um patente retrocesso em termos de reforma política, na medida em que intensifica as deformidades de nosso singular sistema eleitoral proporcional, que atualmente apresenta visíveis sinais de exaustão.

Deixo enfatizado, não obstante, que o legislador pode estabelecer uma cláusula de desempenho que fixe, de forma proporcional, certo percentual de votação como requisito para que o partido político tenha direito não só ao funcionamento parlamentar, mas à própria eleição de representantes, ficando, porém, assegurado a todos os partidos, com observância do princípio da igualdade de chances, o acesso aos meios e recursos necessários para competir no prélio eleitoral seguinte, incluídos, nesse sentido, o acesso ao rádio e à televisão e aos recursos do Fundo Partidário.

Até que o legislador brasileiro edite novas regras com essa conformação, as normas de transição do art. 57 devem permanecer em vigor, regulando a matéria.

Em conclusão, voto pela declaração de constitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei nº 9.096/95: do art. 13; da expressão “obedecendo aos seguintes critérios” contida no art. 41, assim como dos incisos I e II deste artigo; do art. 48; da expressão “que atenda ao disposto no art. 13” contida no art. 49; e da expressão “no art. 13 ou” contida no inciso II do art. 57. Ademais, o art. 57 da Lei nº 9.096/95 deve ser interpretado no sentido de que as normas de transição nele contidas continuem em vigor até que o legislador discipline novamente a matéria, dentro dos limites esclarecidos pelo Tribunal neste julgamento.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Senhora Presidente, manifesto o propósito de ser breve. Se não o for, não será por brilho ou substância do voto, mas por desorganização dele.

Começo por lembrar que participei da decisão unânime que deferiu a medida cautelar em uma das ações diretas em pauta, a ADI nº 1.354, em decisão de que relator o eminentíssimo Ministro Maurício Corrêa. Hoje, só nos mantemos teimosamente na bancada, partícipes daquela decisão, os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e eu mesmo.

Na breve fundamentação do voto que então proferi para acompanhar o relator, dois aspectos me impressionaram naquela decisão liminar: a primeira, o cotejo com uma decisão anterior do Tribunal, a da ADIn nº 958, quando declararamos inconstitucional um dispositivo da Lei nº 8.713/93, vedava aos partidos que não tivessem obtido nas eleições anteriores determinado desempenho a apresentação de candidatos às eleições majoritárias, a começar pela de presidente da República. Então, o argumento predominante nesta ADIn nº 958 foi o que se chamou de ofensa ao *substantive due process of law*, porque se fundava a diferenciação entre os partidos em dados concretos já conhecidos. A constitucionalidade era, então, chapada.

Menos evidente nos pareceu a da Lei nº 9.096, particularmente o seu art. 13, que estamos hoje a examinar, porque essa, a exemplo de vários exemplos do direito comparado, regula a diferenciação dos partidos a partir de um desempenho futuro.

Por outro lado, não havia, ao tempo de julgamento liminar, sequer rastro de *periculum in mora*, dada a longa *vacatio legis* a que se submeteu a eficácia desta cláusula de barreira ou cláusula de desempenho do art. 13 da atual Lei dos Partidos Políticos.

O certo é que a reflexão a que fui levado nos últimos dias, particularmente pela leitura dos magníficos trabalhos – tanto o dos partidos requerentes como o do memorial, em sentido contrário, do eminentíssimo advogado-geral da União –, levou-me à convicção que hoje traduzo numa adesão integral ao magnífico voto do relator, o eminentíssimo Ministro Marco Aurélio.

Também acompanho todos os votos que aqui foram proferidos – até os “clandestinos”, como os dos Ministros Gilmar Mendes, Cármem Lúcia e Ricardo Lewandowski, cuja íntegra só conhiceremos com a publicação do acórdão. Com um deles, o do Ministro Gilmar Mendes, estou preso até por uma solidariedade biográfica: foi calçado em um primoroso parecer do então procurador da República Gilmar Mendes, cuja parte nuclear está transcrita no memorial dos partidos requerentes, que, em 1986 – lá se vão vinte anos –, às vésperas das eleições para a Assembleia Nacional Constituinte, como procurador-geral, formulei representação ao Tribunal Superior Eleitoral, lá acolhida, suscitando a constitucionalidade de dispositivo da lei regente daquele pleito que eliminava, simplesmente, da distribuição do tempo da chamada propaganda eleitoral gratuita, os partidos sem representação no Congresso Nacional, embora admitidos à apresentação de candidatos. Reporto-me, então, menos as observações que fiz, secundárias, mas ao excelente trabalho de Gilmar Mendes sobre a relativa – e friso relativa – igualdade de chances, que há de entender-se contida no próprio princípio fundamental do pluralismo político e no da liberdade de *criação de partidos políticos*.⁸⁵

⁸⁵ Pareceres do Procurador-Geral da República (1985/1987), 1988, p. 360 – Pertence – e p. 372 – Gilmar.

No mais, não ousaria enfear o acórdão que se prenuncia, com os votos proferidos e com os anunciados – aliás, entre os “clandestinos”, o do Ministro Celso de Mello também –, não ousaria tentar um tratamento sistemático – a esta altura, absolutamente ocioso – de todos os argumentos aqui expendidos.

Impressionou-me, particularmente, o princípio fundamental do pluralismo partidário ínsito, menos no princípio fundamental do pluralismo político do que na regra de liberdade de criação partidária – aí, é pluralismo partidário e não pluralismo ideológico ou cultural –, no qual, repito, insiro esta relativa igualdade de chances: repetidamente já se disse aqui que democracia não se faz apenas como governo da maioria, mas como um governo da maioria em que a minoria pode aspirar a transformar-se em maioria.

Uma interpretação pedestre e míope do art. 17, IV, da Constituição Federal diria tratar-se de norma de eficácia limitada. Cabe à lei regular o funcionamento parlamentar que ali se assegura aos partidos políticos. Entendo, aqui, *data venia*, não se tratar de uma reserva absoluta de regimento interno, pois, mal ou bem, a Constituição a confiou à lei, e se estabeleceu, não tenho dúvida, uma competência legislativa explícita para modular o funcionamento partidário. O critério universal básico será, realmente, a diferenciação pelo desempenho e representatividade de cada partido no conjunto do eleitorado.

Mas, nessa competência para modular, que há de ser exercida – já se disse, aqui, salvo engano, o Ministro Carlos Britto – com extrema circunspeção, não está, evidentemente, o poder de destruir o funcionamento parlamentar que acaba envolvendo uma diferenciação substancial entre os mandatos na mesma Casa Legislativa, conforme os partidos a que se filiam os mandatários.

Também já se observou aqui que, diversamente da fórmula da República Federal da Alemanha, a nossa cláusula de exclusão não extingue o partido político, não lhes decreta a morte, mas é mais cruel porque condena os partidos que não tenham atingido o patamar legal à morte fatal por inanição.

A desproporção entre a distribuição do acesso aos veículos de comunicação de massa – reduzida a esses risíveis dois minutos anuais – e a participação, com os grandes partidos, no rateio de 1% do Fundo Partidário são fórmulas que, mais do que arbitrárias, são risíveis, se não valem por confessar que, efetivamente, se visou à eliminação desses partidos.

Não desconheço, com todas as vêniás da eloquência dos eminentes colegas, existir, sim, um problema concreto na exagerada proliferação de partidos sem nenhuma significação social ou ideológica – esse é um problema concreto do regime político e, particularmente, do regime brasileiro –, mas ele não autoriza essa solução – mais cruel do que a alemã – de condenação à morte de partidos que, embora pequenos, obtiveram representação no Congresso.

Também me impressionou muito a acirrada argumentação dos requerentes de que não é admissível – já aí não em nome dos partidos, mas em nome do próprio conceito de representação popular e de representação dos estados nas duas casas do

Congresso Nacional – haver mandatos com prerrogativas diversas, se a investidura, dos eleitos, malgrado baixo desempenho do partido, é admitida pela lei.

Aliás, no que diz respeito ao Senado Federal, esta fórmula da Lei nº 9.096 traz implicações sérias até com o federalismo. Basta recordar que, em tempos de constituições menos “mineralógicas”, conhecíamos duas cláusulas pétreas na primeira Constituição da República: a própria República e, a exemplo do modelo americano, a igualdade de representação dos estados no Senado. Será essa igualdade compatível com duas classes de senadores, conforme o desempenho dos partidos que os hajam lançado candidatos a uma eleição majoritária?

Reafirmo não proscrever toda forma de tratamento diferenciado de partidos políticos conforme o seu desempenho, que tem exemplos no direito comparado e, no Brasil – recordou o Ministro Gilmar Mendes –, começa pela própria disciplina, cuja constitucionalidade jamais se questionou, do nosso sistema de representação proporcional, que elimina, quer na primeira distribuição das cadeiras, quer na distribuição das sobras, os partidos que, na circunscrição, não hajam alcançado o quociente eleitoral.

Essas breves observações, Senhora Presidente, eu as faço apenas em homenagem à discussão, ao empenho dos advogados dos partidos requerentes, particularmente dos dois ilustres advogados que hoje ascenderam à tribuna, e aos magníficos votos aqui proferidos a partir do voto do eminentíssimo relator.

A preocupação que me causara do vácuo normativo ficou, a meu ver, bem resolvida com a aceitação, pelo eminentíssimo relator, da sugestão do Ministro Gilmar Mendes de, com o apelo ao legislador para editar norma compatível com os princípios – até que o faça –, aplicar-se o direito transitório estabelecido na própria Lei nº 9.096, que se vem praticando – já são quatro eleições, se não me engano – sem maior questionamento.

Há uma diferenciação razoável no que diz respeito ao Fundo Partidário: o percentual de 99% reservado aos partidos de melhor desempenho no dispositivo permanente cai para 29%, conforme o art. 57 da lei.

Senhora Presidente, acompanho o eminentíssimo relator para julgar procedentes as ações diretas.

VOTO

ASENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (presidente): Com toda brevidade, porque tudo que devia ser dito já o foi, e acompanhando as cautelas com que se manifestaram os colegas relativamente à possibilidade efetiva de se estabelecerem eventuais e proporcionais restrições, entendo, também, que a igualdade de oportunidade de difusão de propostas partidárias foi o que este Tribunal hoje consagrou. A proposta da lei, nos termos em que foi posta, por excessivamente draconianos, evidentemente não pode prevalecer.

DJ de 30.3.2007.

O *Informativo TSE*, elaborado pela Assessoria Especial da Presidência, contém resumos não oficiais de decisões do TSE ainda não publicadas e acórdãos já publicados no *Diário da Justiça*.