

**REVISTA DE DIREITO  
ADMINISTRATIVO**

Volume 248 – maio/agosto 2008

Título autorizado pela Fundação Getúlio Vargas

Publicação quadrimestral, de circulação nacional, da Editora Atlas S.A.

**EXPEDIENTE**

Fundador e Diretor (1945-1982)

Carlos Medeiros Silva

Diretor: Caio Tácito (1982-2006)

Diretores: Alexandre de Moraes e

Joaquim Falcão

Diretor Executivo: Sérgio Guerra

*Conselho consultivo:*

Ellen Gracie Northfleet

Gilmar Ferreira Mendes

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Carlos Ari Sundfeld

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Gustavo Direito

Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores.

EDITORA ATLAS S.A.

Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)

01203-904 São Paulo (SP)

Tel.: (0\_\_11) 3357-9144 (PABX)

www.EditoraAtlas.com.br

**248**

ISSN 0034.8007

R. Dir. Adm.

São Paulo

248:1-251

Maio/Ago. 2008

**Sumário**

**AO LEITOR, 5**

**I – EDITORIAL, 7**

**II – ARTIGOS, 11**

**APONTAMENTOS SOBRE AS FUNÇÕES ESTATAIS, 13**

André Luiz Freire

**O DELINEAMENTO DO ESTATUTO DOS PARTIDOS POLÍTICOS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 54**

Elival da Silva Ramos

**SINDICALIZAÇÃO E NEGOCIAÇÃO COLETIVA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ESTUDO COMPARADO DAS REALIDADES JURÍDICAS BRASILEIRA E ARGENTINA, 73**

Maria Cecília Mendes Borges

**RESISTÊNCIAS À GERENCIALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – COMENTÁRIOS SOBRE AS LEIS ESTADUAIS 15.340/06-PR E 15.608/07-PR, 92**

Walter Guandalini Junior

**O CABIMENTO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, 117**

Carlos Ari Sundfeld

Jacinto Arruda Câmara

# O Delineamento do Estatuto dos Partidos Políticos na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>1</sup>

Elival da Silva Ramos<sup>2</sup>

## I A democracia pelos partidos na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal brasileira de 5-10-1988 adotou, inequivocamente, um modelo de representação política no qual os partidos desempenham papel essencial, atribuindo ao sistema de exercício do poder as características de uma autêntica “democracia pelos partidos”, na feliz expressão de Ferreira Filho.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Comunicação apresentada no Encontro de Direito Constitucional realizado, conjuntamente, pelo Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Lisboa, Portugal, nos dias 28 e 29-1-2008.

<sup>2</sup> Professor Associado de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de São Paulo, da Universidade de São Paulo (USP).

Procurador do Estado de São Paulo (área consultiva). Ex-Chefe de Gabinete do Procurador Geral (87/91), Ex-Chefe da Assessoria Jurídica do Governo (95/01) e Ex-Procurador Geral do Estado (01/06).

Vice-Presidente do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

<sup>3</sup> Em conferência proferida em julho de 1976, intitulada *O partido político na democracia brasileira*, Manoel Gonçalves Ferreira Filho assinalava: “Na história e na doutrina política, a contribuição do partido para a Democracia tem sido apreciada de modo diverso e até contraditório. Para determinada corrente, que predominou num dado momento, é o partido prejudicial à Democracia. Por isso, esta deve construir-se contra os partidos. Tomando posição oposta, não faltam os que supõem indispensáveis os partidos para a Democracia. Tão essenciais seriam que a Democracia não se poderia erguer, salvo por meio dos partidos. Entre ambas as linhas extremadas, situam-se os que veem nos partidos um mal, um mal menor, porém, de sorte que a Democracia se há de fazer, apesar dos partidos. E, outrossim, os que, não vendo ligação necessária entre partidos e instituições democráticas, pregam a Democracia erguida além dos partidos. Democracia contra os partidos, Democracia pelos partidos, Democracia, apesar ou além dos partidos resumem, pois, as colocações do problema.” *Sete vezes democracia*, São Paulo: Convívio, 1977, p. 57.

A essencialidade das agremiações partidárias resultou na atribuição a elas do monopólio das candidaturas a qualquer cargo eletivo, em qualquer nível federativo. Com efeito, uma das condições gerais de elegibilidade estipuladas pelo art. 14, § 3º, da Constituição de 1988 é a filiação partidária (inciso V), pressuposto esse que está imbricado com o sistema eleitoral de representação proporcional, adotado para o preenchimento de mandatos legislativos junto à Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas estaduais e Câmaras de Vereadores municipais.<sup>4</sup> Assim é que na Constituição de 1946 tal relação foi explicitamente estabelecida em seu artigo 134,<sup>5</sup> que, certamente, serviu de arrimo à disposição do art. 47 do Código Eleitoral de 1950,<sup>6</sup> segundo a qual somente poderiam “concorrer às eleições candidatos registrados por partidos ou alianças de partidos”.

Entretanto, não é o monopólio das candidaturas o único ponto em que se apoia o modelo de democracia partidária. Na medida em que os partidos constituem peças de presença necessária no jogo político, selecionando os candidatos que, uma vez sufragados pelo eleitorado, deverão exercer o poder em consonância com as diretrizes programáticas dos respectivos partidos, viu-se o Constituinte na contingência de dispor sobre as bases do regime jurídico dessas entidades, de modo a conferir-lhes a estabilidade inerente às normas formalmente constitucionais. Reafirmou-se, destarte, a tendência inaugurada com a Carta de 1946 de constitucionalização dos partidos políticos,<sup>7</sup> tendência essa que apenas se acentuou na vigência das Constituições de 67/69 e de 1988.

Sob o pálio da Constituição atual, reconheceu-se aos partidos políticos uma relevância que transcende ao momento eleitoral, de modo a situá-los como importantes instrumentos de formação da cidadania, induzindo o eleitorado à participação política, em suas variadas modalidades, e contribuindo para o incremento da consciência jurídica, razão pela qual se lhes atribuiu legitimação ativa para a impetração de mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, *a*) e para a propositura de ação direta declaratória de inconstitucionalidade (art. 103, VIII), em defesa de interesses difusos ou coletivos ou da legalidade objetiva.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Cf. os art. 45, *caput*, 27, § 1º, e 29, *caput*, da CF.

<sup>5</sup> Eis o inteiro teor do dispositivo: “O sufrágio é universal e direto; o voto é secreto; e fica assegurada a representação proporcional dos partidos políticos nacionais, na forma que a lei estabelecer.”

<sup>6</sup> Lei Federal nº 1.164, de 24-7-1950.

<sup>7</sup> A esse propósito, observa Ferreira Filho que “a Constituição de 18 de setembro de 1946 foi a primeira, dentre as brasileiras, a se preocupar com o partido político”, pois “nela já reponta a ideia de que os partidos são imprescindíveis para a Democracia”. *Ob. cit.*, p. 60-1.

<sup>8</sup> Em ambos os casos, foram legitimados unicamente os partidos com representação no Congresso Nacional. No tocante à legitimação dos partidos para o mandado de segurança coletivo, há, ainda, controvérsia quanto à abrangência da substituição processual exercida pelos partidos, que, para alguns, limitar-se-ia à defesa dos interesses de seus membros ou filiados, em termos similares aos da alínea *b* do inciso LXX do art. 5º. Cf. Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 21. ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 152-154. De se anotar, outrossim, que, de maneira algo incoerente, não se deferiu aos partidos legitimação ativa para manuseio da ação popular, voltada à proteção do patrimônio público, conforme previsão do art. 5º, LXXIII, da CF.

## 2 O estatuto constitucional e infraconstitucional dos partidos

No art. 1º da Constituição de 1988, foram arrolados os fundamentos da República Federativa do Brasil, enquanto desdobramento da profissão de fé democrática feita no *caput* do dispositivo. Dentre esses fundamentos consta o pluralismo político (inciso V), princípio do qual emanam diversas outras normas constitucionais, de modo a impedir que as formações majoritárias, ao terem acesso pela via eleitoral ao poder institucionalizado, eliminem ou simplesmente neutralizem as correntes minoritárias que se lhes antagonizam.

Bem por isso e em conexão com a plenitude da liberdade de associação, assegurada no inciso XVII, do art. 5º, da Constituição, principia o estatuto constitucional dos partidos por declarar livre a criação, fusão, incorporação e extinção das agremiações partidárias (art. 17, *caput*, da CF), uma das facetas da denominada liberdade partidária.<sup>9</sup> A liberdade de criar partidos, todavia, não pode ser exercida, como de resto se passa com as demais liberdades públicas, incluindo a de associação, de maneira ilimitada e inconsequente, não se admitindo que os fundamentos do Estado Democrático de Direito possam ser confrontados. Daí a exigência de que os estatutos e programas partidários resguardem a soberania nacional (pressuposto da existência do próprio Estado), o regime democrático, o pluripartidarismo (a ele inerente) e os direitos fundamentais da pessoa humana (objetivo último da ação estatal e, portanto, da atividade partidária). Ou seja, o exercício da liberdade partidária não pode ensejar a sua própria destruição, com o vicejar de partidos que busquem a eliminação ou o confinamento das demais agremiações competidoras, afetando, com isso, o oxigenador mecanismo de alternância no poder.<sup>10</sup>

O pluralismo político é, desse modo, assegurado, em primeiro lugar, pela estruturação de um sistema pluripartidário, fundado na liberdade de criação de partidos, desde que observados os limites anteriormente assinalados e os requisi-

<sup>9</sup> A liberdade partidária, conforme ensina Gomes Canotilho, compreende uma dimensão externa e outra interna. Nos domínios da primeira, fala-se em liberdade de criação de partidos (e, conseqüentemente, de sua extinção) e em liberdade de atuação partidária, tanto em período eleitoral, quanto fora dele, exercendo proselitismo, incentivando filiações, promovendo reuniões, manifestações etc. Em decorrência da segunda, assegura-se aos partidos a liberdade de organização e funcionamento interno, que não pode, entretanto, prescindir do respeito às correntes minoritárias internas, porquanto, como lembra o constitucionalista luso, a “*democracia de partidos* postula a *democracia nos partidos*”. Cf. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 317-318.

<sup>10</sup> Todas as Constituições brasileiras que cuidaram, de algum modo, da institucionalização dos partidos políticos, esposaram “a concepção da democracia combatente, ou seja, da democracia que não é neutra, que não é passiva perante seus inimigos”, postando-se, pois, à margem do chamado “relativismo democrático”. Cf. Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, 31. ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 123. Exige-se, por conseguinte, que o pluralismo partidário se assente em uma base consensual mínima, correspondente aos fundamentos democráticos do Estado brasileiro, os quais constituem, por isso mesmo, cláusulas pétreas, subtraídas ao Poder Constituinte de revisão (art. 60, § 4º, incisos II, III e IV, da CF).

tos formais estabelecidos pela legislação infraconstitucional, requisitos esses que não podem criar embaraços desarrazoados à liberdade partidária.

Mas se a atuação dos partidos não pode colocar em risco a soberania nacional, justifica-se a exigência complementar de que tenham eles abrangência nacional (art. 17, I, da CF), o que apresenta dois consectários: vedam-se os partidos regionais, que dominaram o cenário político da Primeira República (1889/1830), e, igualmente, não se permite o funcionamento de partidos que não contem com um mínimo de respaldo no eleitorado.<sup>11</sup>

Um sistema pluripartidário e de livre competição entre os partidos não se compadece com a estatização das agremiações partidárias. Devem elas ser a expressão do pluralismo político-ideológico da sociedade, nela fundando a sua existência, embora a sua atuação se projete para dentro do Estado, na medida em que as candidaturas vitoriosas importarão na ocupação de cargos no Executivo e no Legislativo e, *ipso facto*, no exercício do poder estatal. Em outras palavras, constituem os partidos instrumentos de intermediação entre os cidadãos e os seus representantes, necessariamente originários dos quadros partidários. Andou bem, nesse passo, o Constituinte de 88 ao atribuir personalidade jurídica de direito privado aos partidos,<sup>12</sup> a despeito de lhes dispensar um tratamento especial, em relação às associações comuns de direito privado, compreensivo da necessidade de promoverem o registro dos respectivos estatutos, em seguida, no Tribunal Superior Eleitoral.

A atuação dos partidos políticos reveste-se de inquestionável interesse público, razão pela qual faz parte de seu estatuto constitucional a previsão do apoio material do Estado às suas atividades. Com efeito, nos termos do § 3º, do art. 17, da Constituição, os partidos “têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei”. A contrapartida desse suporte material está na “proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de sua subordinação a estes” (o que resguarda a soberania nacional) e na “prestação de contas à Justiça Eleitoral” (art. 17, II e III).

Por outro lado, o acatamento aos postulados democráticos está na raiz da vedação da organização de milícias ou organizações paramilitares pelos partidos (art. 17, § 4º, da CF).

<sup>11</sup> Nesse sentido, a Lei Federal nº 9.096, de 19-9-1995, dispôs em seu art. 7º, § 1º: “Só é admitido o registro do estatuto de partido político que tenha caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove o apoio de eleitores correspondente a, pelo menos, meio por cento dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de um décimo por cento do eleitorado que haja votado em cada um deles.” Trata-se, no caso, do registro perante o TSE, subsequente à aquisição da personalidade civil e necessário para a atuação específica das associações partidárias.

<sup>12</sup> De acordo com o § 2º do art. 17 da CF de 88, os partidos políticos adquirem personalidade jurídica na forma da lei civil, vale dizer, com a inscrição de seus atos constitutivos (estatutos) no registro civil das pessoas jurídicas (art. 45, *caput*, do Código Civil). Rompeu-se, desse modo, com o regime jurídico anterior, compatível com a concepção autoritária então reinante, em que se atribuía aos entes partidários personalidade jurídica de direito público interno (art. 2º da Lei Federal nº 5.682/71).

A atuação dos partidos políticos, aspecto de sua liberdade externa, desdobra-se em dois planos, ou seja, fora do aparato estatal e dentro dele. No primeiro caso, a responsabilidade dos entes partidários é direta, compreendendo atividades permanentes de: divulgação do programa partidário; arregimentação de adeptos; obtenção de recursos materiais e sua administração; preparação ideológica e incremento da coesão interna; escolha de candidatos; propaganda eleitoral e fiscalização de eleições; apoio externo aos representantes eleitos pela sigla etc. Já no âmbito dos Poderes Públicos a presença dos partidos políticos se faz sentir de forma indireta, por meio dos governantes e parlamentares eleitos por seu intermédio, não se admitindo que os partidos, entidades privadas sediadas na base social, exerçam ingerência direta sobre a Administração Pública ou o Parlamento.

Em relação à atuação da representação parlamentar dos partidos, ocupou-se o Constituinte de assegurá-la, enquanto desdobramento da própria atividade partidária direta, mas deferiu ao legislador infraconstitucional a competência para o seu balizamento (art. 17, IV, da CF), de modo a conciliar as exigências do pluralismo político, com as da eficiência do aparato estatal. O estatuto constitucional dos partidos restringe-se a essa prescrição genérica, que lhes confere o direito de se projetar para o âmbito parlamentar, atendidos os parâmetros fixados em lei, pois o regramento detalhado do funcionamento das bancadas partidárias é matéria de economia interna das Casas Legislativas e objeto de normas regimentais.<sup>13</sup>

Deve-se mencionar, contudo, a existência de diversas disposições constitucionais que procuram garantir à oposição parlamentar meios efetivos de exercer o seu relevante papel de fiscalização do exercício do governo pelo partido ou coalizão de partidos majoritária, bem como de formulação de propostas alternativas às políticas preconizadas pela maioria. Sem a preocupação de arrolar todos esses preceitos, mencione-se o princípio da proporcionalidade na composição da Mesa e das Comissões<sup>14</sup> do Congresso Nacional e de suas Casas (art. 58, § 1º, da CF), incluindo a Comissão representativa do Congresso para o período de recesso (art. 58, § 4º); a possibilidade de constituição de Comissão Parlamentar de Inquérito a requerimento de um terço dos membros da Casa;<sup>15</sup> e, finalmente, a própria legitimação dos partidos com representação no Congresso Nacional para a propositura

<sup>13</sup> No Brasil, as normas regimentais são veiculadas por meio de lei em sentido formal, isto é, por meio de ato normativo compreendido no processo legislativo constitucionalmente regulado. A modalidade, no caso, é a da resolução, ato normativo que se equipara hierarquicamente à lei ordinária, mas cuja edição compete exclusivamente ao Parlamento (arts. 51, III, 52, XII, e 57, § 3º, II, da CF).

<sup>14</sup> Os trabalhos no âmbito das Comissões congressuais são de extrema importância para o exercício da oposição parlamentar, em face dos poderes que lhes foram atribuídos pela Constituição, dentre os quais se incluem os de realizar audiências públicas, convocar Ministros de Estado para prestar informações, receber petições, reclamações, representações ou queixas dos administrados, colher depoimentos de autoridades ou cidadãos e apreciar programas e planos governamentais (art. 58, § 2º, de II a VI, da CF).

<sup>15</sup> Esse requerimento não está sujeito a deliberação em plenário, o que o submeteria aos critérios de conveniência e oportunidade da maioria, consoante decidiu o STF no Mandado de Segurança nº 24.831 (Rel. Min. Celso de Mello, j. 22-5-2005, DJ 4-8-2006).

de ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103, VIII), o que abre à oposição congressual a possibilidade de questionar perante o Supremo Tribunal Federal, com a celeridade e eficácia próprios do controle abstrato de normas, a constitucionalidade de medidas aprovadas pelo governo.<sup>16</sup>

A Constituição de 1988 agasalhou, outrossim, a outra dimensão da liberdade partidária, que se refere à organização e funcionamento interno dos partidos, assegurando-lhes a “autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias” (art. 17, § 1º).

O estatuto constitucional dos partidos políticos é complementado por normas legais de nível infraconstitucional, editadas pela União com fulcro na competência privativa para legislar sobre direito eleitoral e cidadania (art. 22, I e XIII, da CF).

O estatuto infraconstitucional dos partidos (anteriormente denominado de Lei Orgânica dos Partidos Políticos – Lei Federal nº 5.682/71) está, atualmente, consubstanciado na Lei Federal nº 9.096, de 19-9-1995, que, nos termos de sua ementa, buscou regulamentar o disposto nos arts. 14, § 3º, inciso V, e 17 da Constituição da República. Nesse diploma legal, de fato, foram desdobrados os preceitos constitucionais concernentes: à criação e ao registro no Tribunal Superior Eleitoral; ao programa e ao estatuto; à fidelidade e à disciplina interna; à fusão, incorporação e extinção; ao recebimento de recursos do fundo partidário e ao acesso gratuito ao rádio e à televisão; à prestação de contas; ao funcionamento parlamentar.

A legislação mencionada deixa claro que o registro do estatuto (e programa) perante o TSE não interfere na personificação jurídica do partido, que constitui um de seus pressupostos, cuidando-se apenas de condição de eficácia para que a agremiação partidária possa atuar como tal.<sup>17</sup> O outro pressuposto do registro eleitoral é o apoio de uma parcela mínima do eleitorado, nos termos do § 1º do art. 7º da Lei Federal nº 9.096/95. Por seu turno, a extinção de partido político somente ocorre com a execução de decisão, transitada em julgado, do Tribunal Superior Eleitoral, que determina o cancelamento do registro civil e do estatuto da entidade, sendo que as situações autorizadas de extinção correspondem, ri-

<sup>16</sup> Acerca da inserção do controle de constitucionalidade no estatuto da oposição parlamentar, invoque-se o magistério Louis Favoreu, manifestando-se sobre o tema tendo em vista a evolução do parlamentarismo europeu: “Essa necessidade (*de controlar os Parlamentos*) tornou-se imperiosa quando os regimes parlamentaristas ou semiparlamentaristas evoluíram para o sistema no qual se exerce, sem limites, um poder majoritário composto pela maioria parlamentar ligada a um governo estável e monolítico, às vezes reforçado por um chefe de Estado eleito, da mesma tendência. Em face do bloco majoritário, a oposição tem necessidade de proteção, e a própria maioria tem necessidade de um contrapeso, uma vez que, caso contrário, não estaremos mais em um regime parlamentarista. A onipotência de um poder majoritário estável e homogêneo fez surgir a necessidade de uma justiça constitucional nos regimes parlamentaristas ou semiparlamentaristas europeus de tipo continental.” *As Cortes Constitucionais*, trad. Dunia Marinho Silva, São Paulo, Landy, 2004, p. 25-26.

<sup>17</sup> De conformidade com o art. 7º, § 2º, da Lei Federal nº 9.096/95, “só o partido que tenha registrado seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral pode participar do processo eleitoral, receber recursos do Fundo Partidário e ter acesso gratuito ao rádio e à televisão, nos termos fixados nesta Lei”.

gorosamente, ao descumprimento de limitações constitucionais ao seu funcionamento.<sup>18</sup> Lamenta-se, apenas, que o estatuto infraconstitucional dos partidos não tenha se dedicado, como deveria, ao tema da democracia partidária, assegurando às correntes minoritárias internas condições efetivas de se rivalizarem com as correntes majoritárias.<sup>19</sup>

### 3 A contribuição do Poder Judiciário na configuração do estatuto partidário

O estatuto constitucional e infraconstitucional dos partidos não pode ser compreendido com o mero exame das normas que o compõem. Essas disposições normativas, vigentes há mais de dez anos no caso da Lei nº 9.096/95 e há quase 20 anos no tocante à Constituição Federal, têm recebido a leitura do Poder Judiciário durante todo esse tempo, trabalho exegético esse que vem consolidando o que se poderia denominar, com o empréstimo de expressão cara à doutrina italiana, de "estatuto vivente".

A jurisprudência mais relevante para efeito do delineamento completo do estatuto partidário é aquela proveniente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e do Supremo Tribunal Federal, quer pela posição ocupada pelas duas Cortes na estrutura do Judiciário brasileiro, quer pelas competências que lhes foram constitucionalmente deferidas.

O TSE é o órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, segmento especializado da Justiça Federal com a competência para decidir questões eleitorais e conexas, inclusive de natureza penal. As demandas concernentes à atuação dos partidos no plano político (e não aquelas decorrentes de atividades-meio, como a gestão patrimonial e de recursos humanos), em período eleitoral ou fora dele, inserem-se na competência da Justiça Eleitoral.<sup>20</sup> De conformidade com o § 3º do art. 121 da Constituição da República, "são irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou

<sup>18</sup> Art. 28, *caput*, da Lei Federal nº 9.096/95: "O Tribunal Superior Eleitoral, após trânsito em julgado de decisão, determina o cancelamento do registro civil e do estatuto do partido contra o qual fique provado: I - ter recebido ou estar recebendo recursos financeiros de procedência estrangeira; II - estar subordinado a entidade ou governo estrangeiros; III - não ter prestado, nos termos desta Lei, as devidas contas à Justiça Eleitoral; IV - que mantém organização paramilitar."

<sup>19</sup> A Lei Federal nº 9.096/95, nessa matéria, limitou-se a consagrar a igualdade formal entre os filiados (art. 4º).

<sup>20</sup> Tanto é assim que, de modo similar ao que ocorre com a legislação eleitoral geral (art. 23, IX, do Código Eleitoral), cabe ao TSE expedir instruções para a fiel execução da legislação partidária (art. 61 da Lei Federal nº 9.096/95). Anote-se que mesmo os atos de gestão patrimonial ou de pessoal dos partidos podem ser objeto da atuação da Justiça Eleitoral relativamente ao cumprimento de obrigações impostas pela legislação eleitoral e partidária, considerada a repercussão político-institucional que apresentam. Nesse sentido, o Código Eleitoral atribuiu aos Tribunais Regionais Eleitorais a competência para processar e julgar, originariamente, "as reclamações relativas a obrigações impostas por lei aos partidos políticos, quanto à sua contabilidade e à apuração da origem dos seus recursos" (art. 29, I, f).

de mandado de segurança". As decisões do TSE recorríveis são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de recurso ordinário ou extraordinário (art. 102, II, a, e III, a e b, da CF).

A importância que o controle abstrato de constitucionalidade adquiriu no Brasil, após o advento da Carta de 88, e derivada, em boa medida, da ampliação da legitimação ativa para a sua deflagração, fica patenteada também no que tange ao estatuto partidário. Por certo as decisões judiciais mais significativas para a concretização<sup>21</sup> das normas constitucionais e legais concernentes aos partidos nos últimos anos foram aquelas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade (art. 102, I, a e p, da CF).<sup>22</sup> De modo geral, trata-se de julgados do STF sobre a constitucionalidade de normas integrantes do estatuto infraconstitucional dos partidos políticos, vale dizer, da Lei Federal nº 9.096/95, fixando-se, para tanto, a exegese das normas constitucionais especificamente voltadas a essas agremiações, com apoio em princípios que lhes podem iluminar o sentido, como os do pluralismo político e da isonomia.

Um exame perfunctório das decisões produzidas sobre o tema pelo STF nos últimos anos mostra, claramente, o impacto que a profunda renovação da composição da Corte, ocorrida a partir de 2003,<sup>23</sup> teve sobre os rumos de sua jurisprudência, cada vez mais adepta de soluções construídas sob o influxo de elevada carga de subjetivismo.

### 4 A fase de *self-restraint* na jurisprudência político-partidária do STF pós-88

A configuração jurisprudencial do estatuto partidário, na vigência da Constituição de 1988, começou a se esboçar com o julgamento conjunto de duas ações diretas de inconstitucionalidade em 1994. Ao julgar procedente em parte as ADIs nºs 958-3/RJ e 966-4/DE, o STF declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Federal nº 8.713, de 1º de outubro de 1993, que estabeleceu normas para as eleições gerais de 3 de outubro de 1994, por entender não ser lícito ao legislador ordinário estabelecer impedimento ao registro de candidaturas a cargos preenchidos pelo sistema eleitoral majoritário, de acordo com o desempenho dos partidos no pleito de 1990.<sup>24</sup> Naquela oportunidade, constituiu elemento decisivo para a

<sup>21</sup> A expressão é indicativa da disseminação do método hermenêutico-concretizador em matéria constitucional. Para uma exposição sintética desse método de interpretação de normas constitucionais e legais que a elas se reportam, veja-se Gomes Canotilho, *ob. cit.*, p. 1.212.

<sup>22</sup> A Lei Federal nº 9.868, de 10-11-1999, regulou o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, também contribuindo para o adensamento do controle abstrato de normas brasileiro.

<sup>23</sup> Dos atuais 11 Ministros, nada menos do que sete foram nomeados pelo Presidente Lula, após o início de seu primeiro mandato, em 1º-1-2003.

<sup>24</sup> No julgamento, ocorrido em 11-5-1994, foram considerados inconstitucionais os §§ 1º e 2º (e respectivos incisos de I a III), do art. 5º da Lei Federal nº 8.713/93.

orientação da Corte a vinculação da restrição legal a dados fáticos conhecidos,<sup>25</sup> com o que assumiu os contornos de um casuismo inaceitável.<sup>26</sup>

, Pouco mais de dois meses após a entrada em vigor da Lei nº 9.096/95, foi proferida a primeira decisão do STF sobre a constitucionalidade de um de seus preceitos, ainda que em sede cautelar. Consistiu na apreciação do pedido de liminar na ADI nº 1.363-7/BA, em que se pretendia a suspensão de execução do art. 12 do reportado ato legislativo, segundo o qual "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" da própria Lei nº 9.096/95. Consoante acórdão proferido em 11 de dezembro de 1995, por votação unânime, entendeu-se não estarem presentes os pressupostos autorizadores da concessão da medida cautelar reclamada.<sup>27</sup>

No ano seguinte, o STF recusou, também em juízo liminar, a suspensão dos efeitos do parágrafo único do art. 22 da Lei Federal nº 9.096/95, que obriga a comunicação de nova filiação partidária ao partido de origem e ao juiz eleitoral, no dia imediato, sob pena de nulidade de ambas as filiações por duplicidade. Trata-se do pedido de medida cautelar na ADI nº 1.465-0/DF, unanimemente rejeitado por não se vislumbrar relevância jurídica em seus fundamentos, centrados na ofensa à autonomia partidária e na criação de nova hipótese de inelegibilidade. O Ministro-relator, Moreira Alves, observou, na ocasião, que a dupla filiação partidária faz *tabula rasa* de pressuposto de elegibilidade (não se cuidando, propriamente, de inelegibilidade) constitucionalmente estipulado (art. 14, § 3º, V), extravasando os limites da autonomia deferida aos partidos para promover a filiação de seus simpatizantes, dada a existência de interesse de outra agremiação partidária e da própria Justiça Eleitoral.<sup>28</sup> Esse juízo de delibação foi confirmado ao ensejo do julgamento definitivo da referida ação direta, ocorrido em 24-2-2005, com a decretação de sua improcedência, por votação unânime, sob os mesmos fundamentos lançados quando da apreciação do pedido de liminar.<sup>29</sup>

No ano de 1997, foi editada a Lei Federal nº 9.504 (de 30-9), rompendo-se com a tradição de se disciplinar as eleições gerais e municipais por meio de legis-

<sup>25</sup> Os dispositivos então declarados inconstitucionais pelo STF veiculavam normas de natureza concreta e de eficácia retroativa no tocante à hipótese fática.

<sup>26</sup> Veja-se a ementa de ambos os julgados: "PARTIDOS POLÍTICOS - INDICAÇÃO DE CANDIDATOS - PRESSUPOSTOS - INCONSTITUCIONALIDADE. Exsurtem conflitantes com a Constituição Federal os preceitos dos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Lei nº 8.713/93, no que vincularam a indicação de candidatos à Presidência e Vice-Presidência da República, Governador e Vice-Governador e Senador a certo desempenho do Partido Político no pleito que a antecedeu e, portanto, dados fáticos conhecidos. A Carta de 1988 não repetiu a restrição contida no artigo 152 da pretérita, reconhecendo, assim, a representação dos diversos segmentos sociais, inclusive os que formam dentre as minorias."

<sup>27</sup> Entre tais requisitos figura o *fumus boni iuris*, o que importa em um juízo preliminar sobre a consistência da increpação.

<sup>28</sup> Julgamento em 11-9-1996, com publicação de acórdão no DJ de 13-12-1996.

<sup>29</sup> Cf. DJ de 6-5-2005.

lação transitória, posta em vigor com a antecedência constitucionalmente exigida (art. 16 da CF). O aludido diploma normativo estabeleceu normas de caráter permanente para as eleições, dentre as quais a de seu art. 4º, que impediu a participação no processo eleitoral de partidos que não houvessem registrado seus estatutos no TSE até um ano antes do pleito e não tivessem, "até a data da convenção para a escolha de candidatos, órgão de direção constituído na circunscrição, de acordo com o respectivo estatuto". Tal dispositivo foi impugnado por meio da ADI nº 1.817-1/DF, indeferindo o STF, por unanimidade, o pedido de sua suspensão cautelar, consoante acórdão prolatado em 23 de abril de 1998. O Ministro-relator, Sepúlveda Pertence, ao conduzir a Corte ao resultado proclamado, aventou a possibilidade de se aplicar à espécie o entendimento assentado no julgamento das ADIs nºs 958 e 966, via essa, entretanto, por ele abandonada, tendo em vista a ociosidade da norma contestada, haja vista o disposto no art. 18 da Lei nº 9.096/95, que exige que os candidatos a cargos eletivos obtenham filiação partidária pelo menos um ano antes da data fixada para o pleito.<sup>30</sup>

Observa-se, no período de 1988 a 2003, o comedimento da Corte Constitucional brasileira ao controlar a constitucionalidade de normas legais referentes ao estatuto partidário, reconhecendo, invariavelmente, a liberdade de conformação do legislador, somente afastada se manifesto o abuso praticado.

## 5 O atual período de intervencionismo da Suprema Corte

Os efeitos da expressiva mudança na composição do STF, a partir do primeiro mandato do Presidente Lula (2003/2006), sobre o padrão da jurisprudência da Corte podem ser comprovados em diferentes matérias. No que pertence ao assunto em exame, essa novação jurisprudencial está espelhada em dois importantes grupos de decisões: o primeiro representado por acórdão proferido no âmbito do controle abstrato de normas e o segundo abrangente de três julgados produzidos nos domínios da jurisdição ordinária, mediante a aplicação de normas constitucionais para a solução de casos concretos.

O veredicto inicialmente aludido diz respeito à "cláusula de desempenho", sucedâneo brasileiro para a denominada "cláusula de barreira" do direito alemão.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> A determinação legal complementou a norma no art. 14, § 3º, V, da CF, tendo o Relator deixado de considerar que, diferentemente das disposições verberadas pelo STF ao ensejo do julgamento das ADIs nºs 958 e 966, o art. 4º da Lei Federal nº 9.504/97 não é de eficácia transitória.

<sup>31</sup> Dieter Nohlen, em sua conhecida obra *Sistemas electorales del mundo*, assim conceitua a cláusula de barreira: "Se se limita o direito dos partidos à obtenção de cadeiras, não por meio de fatores inerentes ao sistema eleitoral, mas por meio da determinação de condições especiais, se fala em uma barreira legal." Posteriormente, referindo-se à configuração da cláusula de barreira na legislação eleitoral germânica, aduz o citado autor que, desde 1953, as cadeiras no *Bundestag* são distribuídas apenas entre os partidos que hajam obtido, no mínimo, 5% dos votos válidos em listas partidárias (segundo voto do eleitor) ou três mandatos diretos (primeiro voto do eleitor). Ob. cit., trad. Ramon Garcia Cotarelo, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 137 e 520-521.

No caso do Brasil, não se estabeleceu que os partidos que obtivessem votação aquém do limite legal ficassem privados de representação na Câmara dos Deputados, cujos membros são escolhidos pelo sistema proporcional (art. 45, *caput*, da CF), porém se valeu o legislador ordinário do desempenho eleitoral para limitar a atuação partidária nas duas Casas Legislativas de todos os níveis federativos, bem como o acesso aos recursos do fundo partidário e às transmissões gratuitas pelo rádio e televisão.

Importa não se olvidar que a Constituição de 1988, em sua redação original, já houvera estatuído que o funcionamento parlamentar dos partidos se daria “de acordo com a lei” (art. 17, IV), tendo os partidos políticos “direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei” (art. 17, § 3º).

A Lei nº 9.096/95, ao regulamentar a primeira disposição, prescreveu:

“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 nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.”

O “funcionamento parlamentar”, a que alude o dispositivo transcrito, compreende, dentre outros aspectos, a formação de bancada e a indicação da respectiva liderança, a participação no Colégio de Líderes (que auxilia na organização da pauta de votações), a participação nas Comissões parlamentares (proporcionalmente à representação partidária) etc.

Todavia, o desempenho eleitoral abaixo do limite do art. 13 da Lei nº 9.096/95 também acarreta restrições relativamente ao acesso ao fundo partidário e aos meios de comunicação. Destarte, ao partido registrado no TSE e que não obtenha a votação mínima estipulada assegurou-se, unicamente, a participação na partilha, em bases igualitárias, de 1% (um por cento) do total do fundo partidário (art. 41, I, da Lei Federal nº 9.096/95). No tocante ao acesso gratuito ao rádio e à televisão, a votação insuficiente reduz drasticamente as possibilidades de exposição do partido ao eleitorado por esses meios de comunicação, a qual foi limitada pelo legislador à “realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de dois minutos” (art. 48 da Lei Federal nº 9.096/95).<sup>32</sup>

O Partido Social Cristão (PSC), logo após a entrada em vigor da Lei Federal nº 9.096/95, questionou a constitucionalidade da configuração legal da cláusula de

<sup>32</sup> Para se avaliar as consequências do desempenho eleitoral aquém do limite legal nesse plano, basta atentar para o tempo de acesso gratuito ao rádio e à televisão dos partidos majoritários: “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.”

desempenho, mediante a propositura da ADI nº 1.354-8/DF. Em sessão plenária de 7-2-1996, o STF, por unanimidade de votos, negou o pedido de liminar suspensiva da eficácia dos dispositivos legais impugnados, merecendo transcrição parcial a ementa do acórdão então prolatado:

“2. O artigo 13 da Lei nº 9.096, de 19-11-1995, que exclui do funcionamento parlamentar o partido político que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados, não obtenha o apoio de no mínimo cinco por cento dos votos válidos distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles, não ofende o princípio consagrado no artigo 17, seus incisos e parágrafos, da Constituição Federal.

3. Os parâmetros traçados pelos dispositivos impugnados constituem-se em mecanismos de proteção para a própria convivência partidária, não podendo a *abstração da igualdade* chegar ao ponto do estabelecimento de verdadeira balbúrdia na realização democrática do processo eleitoral.

4. Os limites legais impostos e definidos nas normas atacadas não estão no conceito do artigo 13 da Lei nº 9.096/95, mas sim no do próprio artigo 17, seus incisos e parágrafos, da Constituição Federal, sobretudo ao assentar o inciso IV desse artigo, que o *funcionamento parlamentar* ficará condicionado ao que disciplinar a lei.

6 (5). A norma contida no artigo 13 da Lei nº 9.096/95 não é atentatória ao princípio da igualdade; qualquer partido, grande ou pequeno, desde que habilitado perante a Justiça Eleitoral, pode participar da disputa eleitoral, em igualdade de condições, ressalvados o rateio dos recursos do fundo partidário e a utilização do horário gratuito de rádio e televisão – o chamado *direito de antena* –, ressalvas essas que o comando constitucional inscrito no artigo 17, § 3º, também reserva à legislação ordinária a sua regulamentação.”

Ressalte-se que a aplicação da cláusula de desempenho, em sua plenitude, foi postergada para a legislatura que se iniciou em 2007 pela própria Lei nº 9.096/95, estabelecendo um regime de transição em que o funcionamento parlamentar, o acesso ao fundo partidário e o direito de antena foram submetidos a requisitos bem menos fáceis de serem preenchidos.

Em 6-12-2006, o STF julgou o mérito da ADI nº 1.354 e, novamente com a adesão integral de seus membros (três deles haviam participado da outra votação), inverteu o resultado preliminar, declarando a inconstitucionalidade da cláusula de desempenho, na disciplina que lhe emprestou a Lei Federal nº 9.096/95.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Foram declarados inconstitucionais pelo STF as seguintes disposições da Lei Federal nº 9.096/95: o art. 13; a expressão “obedecendo aos seguintes critérios”, contida na cabeça do art. 41; incisos I e II desse art. 41; o art. 48; a expressão “que atenda ao disposto no art. 13”, contida na cabeça do art. 49; a 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.

A exata compreensão dos fundamentos adotados pela Corte Suprema para alcançar a conclusão assinalada não é tarefa das mais simples, tendo em vista a extensão do acórdão então produzido (publicado no DJ de 30-3-2007, com republicação em 29-6-2007). O voto do relator, Ministro Marco Aurélio, tem como cerne o princípio do pluralismo político (art. 1º, V, da CF) e a sua projeção para o âmbito do sistema partidário (princípio do pluripartidarismo – art. 17, *caput*, da CF), o que o levou a restringir, drasticamente, a liberdade do legislador infraconstitucional ao estabelecer as condições para o funcionamento parlamentar dos partidos:

“Nem se diga que o inciso IV do artigo 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.”

Todavia, parece ter sido mais decisivo para a orientação da Corte o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, cuja argumentação faz jus à cultura jurídica e predicados intelectuais do eminente magistrado. Nota-se de sua elaborada manifestação que o STF não negou a possibilidade de se dar consequência ao disposto no art. 17, inciso IV, e § 3º, da Constituição Federal, desde que o legislador ordinário permaneça atento ao princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade):

“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.

[...]

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.”

A censura a uma conformação legislativa tida como desproporcional é incorporada ao dissertar o Ministro Gilmar Mendes sobre o princípio que lhe pareceu agredido pela “cláusula de barreira à brasileira”, o princípio da “igualdade de chances” (*chancengleichheit*):

“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 da 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 de chances*.”

O segundo momento de inflexão da jurisprudência do STF sobre as normas integrantes do estatuto, constitucional e infraconstitucional, partidário, está substanciado nas decisões dos mandados de segurança impetrados por três partidos políticos (Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, Partido Popular Socialista – PPS e Partido Democratas – DEM), em face de ato do Presidente da Câmara dos Deputados, que não acolheu a pretensão de se declarar a vacância dos mandatos exercidos por Deputados Federais, que se desfilaram das sobreditas agremiações, posteriormente ao pleito de outubro de 2006 (MS 26.602, MS 26.603 e MS 26.604).

Observe-se que em apenas um dos três mandados (o de nº 26.604) a ordem foi parcialmente concedida, por maioria de votos, para o efeito de determinar à Presidência da Câmara a remessa ao TSE do pedido de declaração de vacância de mandato de Deputada Federal, a fim de que aquela Corte, após editar “resolução disciplinadora do procedimento de justificação”, decida sobre a matéria.<sup>34</sup> O que importa sublinhar, contudo, é que na apreciação conjunta das três ações mandamentais (nas outras duas a ordem foi denegada) estendeu-se a Corte na motivação do que estava decidindo, por se tratar de radical alteração nos rumos de sua jurisprudência acerca do instituto da fidelidade partidária sob o regime da Carta de 88. Com efeito, passou-se a extrair das normas constitucionais consagradoras do monopólio partidário das candidaturas (art. 14, § 3º, V) e do sistema eleitoral proporcional (art. 45, *caput*) o consectário da perda de mandato por infidelidade, toda vez que o parlamentar, eleito por um partido, dele se desfilou, transferindo-se ou não para outro partido, excetuada a presença de circunstâncias excepcionais, a legitimar o voluntário desligamento partidário.<sup>35</sup> De tal monta se revelou a noção pretoriana, que o STF, invocando o princípio da segurança jurídica, reputou

<sup>34</sup> O julgamento ocorreu na sessão plenária de 4-10-2007, não tendo o acórdão sido publicado ainda.

<sup>35</sup> Seria o caso da “mudança significativa de orientação programática do partido” ou o da “comprovada perseguição política”.



“necessário estabelecer um marco temporal a delimitar o início da eficácia do pronunciamento”, fixando-se tal marco no dia 27 de março de 2007, data em que o TSE ofereceu resposta à Consulta nº 1.398/DF.

## 6 Considerações críticas

Não se pode ignorar que qualquer órgão judiciário ao exercer a função jurisdicional participa da relativa discricionariedade inerente ao processo de interpretação e aplicação de normas jurídicas.<sup>36</sup> Também é certo que a aludida discricionariedade assume intensidade ímpar quando se trata do labor das Cortes Constitucionais, porquanto estas exercem, em última instância, a nobre tarefa da concretização das normas pertencentes à Constituição formal, preceitos esses dotados de baixa carga denotativa, para melhor se ajustarem à complexa realidade por eles regulada.

Ao delinear o estatuto constitucional e infraconstitucional dos partidos políticos com tintas acentuadamente judiciais, o STF, no entanto, parece haver transposto os limites de uma salutar *self-restraint*, sem a qual a judicatura constitucional perde-se no torvelinho do processo político-normativo, ocupando o espaço que deve ser destinado à representação popular, a tanto legitimada pelo detentor do poder soberano.

Na apreciação do desdobramento das normas do art. 17, inciso IV e § 3º, pelo legislador ordinário, constata-se, antes de mais nada, que o STF não distinguiu, adequadamente, a cláusula de desempenho brasileira, de autêntica cláusula de barreira, à moda germânica. Em ambos os casos, pretende-se, em última análise, atribuir maior dose de racionalidade ao sistema partidário, evitando-se os graves inconvenientes da pulverização das bancadas no seio do Parlamento. Todavia, a solução da cláusula de barreira é mais agressiva, no tocante ao princípio do pluripartidarismo, impedindo que os partidos que não atinjam a votação mínima estipulada assumam mandatos parlamentares. A cláusula de desempenho procura apenas induzir os partidos a rever suas estratégias de atuação, no sentido de promover uma certa aglutinação de forças (mediante fusões ou incorporações), não impedindo, porém, que os eleitos pelos partidos com votação aquém do patamar mínimo continuem a exercer os mandatos, ainda que de modo menos eficiente sob o prisma do funcionamento parlamentar e do acesso a recursos públicos. Diante

<sup>36</sup> Vai nesse sentido a clássica lição de Kelsen, sobre o processo interpretativo: “Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.” Cf. *Teoria pura do Direito*, 2. ed. bras., trad. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1987, p. 369.

dos efeitos drásticos da cláusula de barreira em relação aos mandatos parlamentares, não se pode, no sistema constitucional brasileiro, inferir-lhe a presença, que exige manifestação inequívoca no Texto Magno.

Tanto a cláusula de barreira, quanto a de desempenho, não interferem na existência e no funcionamento extraparlamentar dos partidos, como era o caso da disposição do art. 149, inciso VII, da Constituição de 1967, reconfigurada no art. 152, inciso VII, da Emenda nº 1/69.<sup>37</sup> Bem por isso, em uma escala decrescente de fricção com o princípio do pluripartidarismo, a cláusula limitativa da Constituição de 67/69 mantém com a norma principiológica maior atrito, que diminui no caso da cláusula de barreira, para se atenuar ainda mais com a cláusula de desempenho.

Ao invés de distinguir a cláusula de desempenho brasileira da cláusula de barreira alemã para assinalar que a introdução desta última em nível ordinário não se coadunaria com uma disposição singela e algo lacônica, similar à do inciso IV do art. 17 da Constituição, que, no entanto, seria suficiente para dar embasamento à regulamentação infraconstitucional daquela, caminhou o STF no sentido de equipará-las quanto à possibilidade de sua previsão em nível subalterno, até mesmo sem previsão alguma, porém exigindo de ambas o respeito à máxima da proporcionalidade, sem indicação segura de como se poderia fazê-lo. Confirma-se o seguinte excerto, extraído da conclusão do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI nº 1.354:

“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.”

De outra parte, impunha-se a diferenciação entre o controle de constitucionalidade de normas limitativas da criação (ou da continuidade de existência) dos partidos e a fiscalização de normas limitativas do mero funcionamento parlamentar das agremiações partidárias. A Lei dos Partidos Políticos contemplou as duas espécies de normas, sendo que a limitação do primeiro tipo, calcada em exigências bem mais suaves, vem sendo considerada constitucional (art. 7º, § 1º, da Lei Federal nº 9.096/95). A cláusula de desempenho, tal qual prevista no art. 13 do Estatuto Partidário, foi reputada pelo relator da ADI nº 1.354 como sendo atentatória ao princípio do pluralismo político, que também se projeta, por certo,

<sup>37</sup> A EC nº 25/85 estabeleceu autêntica cláusula de barreira no § 1º, que acresceu ao art. 152 da Constituição anterior, com a peculiaridade (indicativa do contrapeso que a individualização do mandato exerce em nosso sistema constitucional) de que os candidatos eleitos por partidos que não obtivessem a votação mínima exigida poderiam preservar os seus mandatos, desde que optassem, em 60 dias, por algum dos partidos remanescentes.

para o sistema partidário. Se as exigências assentadas pelo legislador ordinário determinassem a extinção dos partidos com votação insuficiente ou estancassem o seu funcionamento extraparlamentar, poder-se-ia aceitar a conclusão acolhida pelo Pretório Excelso. Não era esse o caso porém, afetando o não-cumprimento dos requisitos do art. 13 unicamente o funcionamento parlamentar do partido, em termos das prerrogativas de que desfrutam, regimentalmente, as bancadas partidárias nas Casas Legislativas. Se, de um lado, esgrime-se com o pluralismo partidário, correlato à concepção democrática da Carta de 88 e ao respeito às formações minoritárias que lhe é inerente, de outro lado, poder-se-ia argumentar com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o da igualdade material (arts. 1º, III, e 5º, *caput*, da CF), que a ele se associa, para compor o quadro institucional do Estado democrático-social desenhado pela Constituição. A esse Estado incumbe “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, I a III, da CF), o que não é viável se o sistema político não for apto a gerar governos eficientes, que tenham apoio parlamentar suficiente para a implementação das políticas públicas transformadoras que deles se espera. Se a democracia-social pode muito bem conviver com um pluralismo partidário acentuado, no tocante à criação e ao funcionamento extraparlamentar das agremiações políticas, não se pode dizer o mesmo no que concerne à atuação dos partidos no âmbito das Casas Parlamentares, razão pela qual era grande a expectativa no tocante ao efeito aglutinador que seria produzido pela cláusula de desempenho, precocemente sepultada pela Corte Suprema.

Mais consistente, a meu juízo, foi a condenação das limitações impostas pelo legislador infraconstitucional quanto ao acesso aos recursos do fundo partidário e aos meios de comunicação de massa pelos partidos com votação reduzida. O princípio da igualdade de chances, invocado pelo Ministro Gilmar Mendes e que expressa a neutralidade do Estado em face das concepções ideológicas que vicejam na sociedade,<sup>38</sup> diz respeito ao nível de competitividade do sistema partidário no processo eleitoral (que deve ser, por suposto, elevado em sociedades plurais), e não, propriamente, à disputa interpartidária nos domínios das Casas Legislativas, onde se deve assegurar o respeito às bancadas oposicionistas, sem que a composição do Parlamento, entretanto, reproduza toda a diversidade das formações partidárias. A discrepância entre os recursos financeiros públicos e o tempo de utilização gratuita do rádio e da televisão assegurados aos partidos com votação superior aos índices do art. 13 da Lei nº 9.096/95 e aqueles destinados aos demais não se afigura proporcional, ou seja, não prestigia o princípio da igualdade de oportunidades entre os partidos, sob uma perspectiva que leve em conta, adequadamente, a sua diferente expressão eleitoral.

O que mais seriamente se pode criticar na decisão proferida pelo STF no julgamento da ADI nº 1.354 é que nela transparece o intuito de substituir o Congresso Nacional, promovendo a reforma política tão aguardada pela sociedade brasileira.

<sup>38</sup> Respeitados, obviamente, os princípios integrantes do cerne intangível da Constituição.

Por considerar que a cláusula de desempenho, na forma adotada pelo legislador ordinário, acentuaria o desvirtuamento da fidelidade partidária, “com a integração dos parlamentares eleitos a partidos detentores do direito de funcionamento parlamentar” (sem prejuízo de algumas fusões de partidos), sentenciou a Corte Suprema que não representaria ela “nenhum avanço, mas sim um patente retrocesso em termos de reforma política”.<sup>39</sup> Bem por isso, deixou consignado em seu alentado voto o Ministro Gilmar Mendes:

“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.”

Esse o ponto de conexão entre a decisão sobre a cláusula de desempenho e as três decisões subsequentes sobre o novo delineamento da fidelidade partidária, em que, de princípios há muito consagrados pelo direito constitucional positivo brasileiro, extraiu a Corte o efeito da perda de mandato dos parlamentares infiéis, na contramão daquilo que a doutrina e o próprio STF haviam afirmado durante décadas. É sabido que o sistema eleitoral proporcional brasileiro, em que os parlamentares são eleitos na ordem fixada em lista partidária aberta, combinando-se a votação partidária e o desempenho individual, empresta um relevo maior do que em outros sistemas à individualização dos mandatos. Assim sendo, sempre se exigiu disposição constitucional expressa para que a desfiliação, a troca de legendas ou a violação do programa partidário pudessem acarretar a perda de mandato.<sup>40</sup>

No afã de compensar a frustração provocada pela eliminação integral da regulamentação legal da cláusula de desempenho, promoveu o STF verdadeira revisão constitucional do instituto da fidelidade partidária, cuja disciplina até então se entendia remetida às normas partidárias internas (estatutos – art. 17, § 1º, da CF). Para tanto, depois de reconhecer a natureza declaratória das decisões da Justiça Eleitoral sobre perda de mandato por infidelidade partidária,<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Acórdão na ADI nº 1.354/DF, p. 287.

<sup>40</sup> Nesse sentido, a EC nº 1/69, à Constituição de 67, arrolava entre as hipóteses de perda de mandato de Deputados e Senadores a prática de atos de infidelidade partidária (art. 35, V), tipificados no parágrafo único de seu art. 152: “Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda de mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa.”

<sup>41</sup> Com isso pretendeu o STF contornar a dificuldade decorrente da ausência de previsão no dispositivo constitucional que elenca, de modo taxativo, as hipóteses de perda de mandato por Deputados e Senadores (art. 55 e seus incisos).

viu-se o STF na contingência de incitar o TSE a editar resolução disciplinadora de procedimento de justificação do desligamento partidário, para, desse modo, contemplar exceções desde logo aventadas pelo Tribunal. E mais ainda: antevendo as críticas que o assomo legiferante de que se viu possuída aquela colenda Corte provocaria nos meios jurídicos nacionais, com danos inequívocos à segurança jurídica, passou o STF, no julgamento dos mandados de segurança anteriormente mencionados, a tratar de temas próprios da atividade legislativa, como é o caso da cláusula da vigência.

A agressão à segurança jurídica foi contornada, ou ao menos atenuada, mas o que dizer dos efeitos dessas criticáveis decisões sobre o delicado arranjo institucional brasileiro?

## Sindicalização e Negociação Coletiva na Administração Pública: Estudo Comparado das Realidades Jurídicas Brasileira e Argentina

Maria Cecília Mendes Borges<sup>1</sup>

*“El funcionariado público muchas veces presionado por múltiples y variadas responsabilidades valora y necesita de la labor reflexiva.”* Jorge Luis Maiorano

### I Introdução

A sindicalização e a negociação coletiva na Administração Pública são institutos regulamentados tanto pelo direito brasileiro quanto pelo direito argentino, sendo fonte de infindáveis controvérsias e debates, que passam pela natureza jurídica do vínculo que une o servidor ao Estado, pelos princípios regentes da Administração Pública, pela interdisciplinaridade entre o direito administrativo e o direito do trabalho, devendo-se levar em conta as finalidades de ditos institutos, chegando-se às tendências internacionais e aos direitos fundamentais.

Todavia, a despeito de toda a discussão jurídica – doutrinária e jurisprudencial –, certo é que, no mundo dos fatos, a realidade é outra. A todo instante, como é notório, a imprensa noticia inúmeros conflitos eclodidos nos diversos setores da Administração Pública, incluídas as atividades essenciais, com prejuízos aos usuários, ao Estado e aos próprios funcionários, devendo-se assinalar também a corrente prática de violência contra os sindicalistas.

Acompanham-se comumente nos noticiários brasileiros movimentos sindicais de servidores públicos, reivindicando desde condições melhores de trabalho, passando por aspectos sociais até políticas trabalhistas mais humanizadas.

<sup>1</sup> Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho e mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais.