

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. O processo está instruído com as informações dos órgãos dos quais proveniente a lei impugnada e com os pronunciamentos da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República. Proponho, por isso, seja examinada a matéria de forma definitiva, convertendo o julgamento da medida cautelar em julgamento de mérito, procedimento que vem sendo adotado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal por economia processual. Assim, por exemplo:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 8.939/2009 DO ESTADO DA PARAÍBA. FERIADO ESTADUAL AOS BANCÁRIOS E ECONOMIÁRIOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DESVIO DE FINALIDADE. INSTITUIÇÃO DE DESCANSO REMUNERADO A CATEGORIA ESPECÍFICA, SOB O PRETEXTO DE INSTITUIÇÃO DE FERIADO. OFENSA AO ART. 22, I, DA CF. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO DO TRABALHO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL E FORMAL RECONHECIDA. 1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a não complexidade da questão de direito em discussão e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999. 2. Instituição de feriado somente a bancários e economiários, sem discrimen razoável, configura ofensa ao princípio constitucional da isonomia. Inconstitucionalidade material reconhecida. 3. Lei estadual que, a pretexto de instituir feriado, concede benefício de descanso remunerado à categoria dos bancários e economiários incorre em desvio de finalidade e viola a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho. Inconstitucionalidade formal reconhecida. 4. Ação direta conhecida e julgada procedente” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.566/PB, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, DJe 9.11.2018).

Do mérito

2. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do “§ 9º do art.

29 da Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995, referente ao trecho há, pelo menos, 5 (cinco) anos, na parte em que proíbe, a contrario sensu, a fusão ou incorporação de partidos políticos recém criados, em face da previsão trazida pela emenda constitucional n.º 97, de 4 de outubro de 2017 que trouxe a previsão da cláusula de desempenho (ou 'barreira')" por alegada contrariedade ao inc. V do art. 1º, o caput e os incs. XVII e XVIII do art. 5º, o caput e o § 1º do art. 17 da Constituição da República (e-doc. 1, fl. 1-2).

Alega ser inconstitucional a regra posta na Emenda Constitucional n. 97 /2017, pela qual se estabelece, de forma gradativa, até o ano de 2030, a restrição aos recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão aos partidos que: "I - obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou II - tiverem eleito pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação", sendo inválida a norma que impede a fusão ou incorporação de partidos políticos criados menos de cinco anos antes da providência.

3. A questão posta nesta ação direta não é nova neste Supremo Tribunal Federal.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5311, de minha relatoria, DJ 6.7.2020, firmou-se o entendimento de que o § 9º do art. 29 da Lei n. 9.096/2015, norma impugnada na presente ação direta, é constitucional. O acórdão teve a seguinte ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI NACIONAL N. 13.107, DE 24.3.2015. ALTERAÇÃO DA LEI DOS PARTIDOS POLÍTICOS E DA LEI ELEITORAL (LEI N. 9.096/1995 E 9.504/1997). NOVAS CONDIÇÕES LEGAIS PARA CRIAÇÃO, FUSÃO E INCORPORAÇÃO DE PARTIDOS POLÍTICOS. APOIO DE ELEITORES NÃO FILIADOS E PRAZO MÍNIMO DE CINCO ANOS DE EXISTÊNCIA DOS PARTIDOS. FORTALECIMENTO DO MODELO REPRESENTATIVO E DENSIFICAÇÃO DO PLURIPARTIDARISMO. FUNDAMENTO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Pela Constituição da República se assegura a livre criação, fusão e

incorporação de partidos políticos, condicionadas aos princípios do sistema democrático representativo e do pluripartidarismo. 2. São constitucionais as normas pelas quais se fortaleça o controle quantitativo e qualitativo dos partidos, sem afronta ao princípio da igualdade ou ingerência no funcionamento interno. 3. A determinação constitucional de caráter nacional dos partidos políticos objetiva impedir a proliferação de agremiações sem expressão política, que podem atuar como 'legendas de aluguel', fraudando a representação, base do regime democrático. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente." (ADI 5311, minha relatoria, Tribunal Pleno, DJ 6.7.2020)

Naquele julgamento, anotei:

"26. Também a exigência temporal para se levarem a efeito fusões e incorporações entre partidos, assegura o atendimento do compromisso do cidadão com o que afirma como sua opção partidária, evitando-se o estelionato eleitoral ou a reviravolta política contra o apoio dos eleitores então filiados. (...)

27. No ofício de guardar a Constituição e fortalecer as instituições democráticas, este Supremo Tribunal Federal firmou a jurisprudência, consagrando o primado da fidelidade partidária previsto no § 1º do art. 17 da Constituição, com suficiente relevância para vincular os mandatos aos partidos políticos, e não aos eleitos.

No julgamento do Mandado de Segurança n. 26.604, afirmei que 'a Constituição da República exige, dentre outros requisitos, o da filiação partidária como condição de elegibilidade (art. 14, § 3º, inc. V). Mantendo-se a tradição constitucional brasileira, não se permite a denominada candidatura avulsa, quer dizer, aquela que se põe pelo próprio interessado sem registro prévio por uma organização partidária' (DJ 3.10.2008).

No modelo constitucional vigente, este Supremo Tribunal concluiu que se vota no partido, não primariamente no candidato, instrumentalizando a representação, a agremiação, ou coligação de partidos, que se vincula à base eleitoral dos apoiadores. (...)

29. Ao estabelecer novas condições para a criação, fusão e incorporação de partidos políticos, as normas eleitorais questionadas definiram discrimens a serem analisados sob o parâmetro da legitimidade representativa, fundamento do modelo partidário. A confiança do cidadão nas instituições democráticas conduz ao sentimento de democracia, garantindo a firmeza e a dinâmica das organizações políticas estatais.

Mas há de haver reciprocidade de confiança entre o cidadão e o Estado e as instituições que viabilizam o exercício do poder político. O

pacto político constitucional passa pela responsabilidade e pelo comprometimento do que se afirma e se assina como instituto de representação política, tanto do Estado com o cidadão quanto deste com os organismos e organizações sociopolíticas. (...)

33. O descompromisso com a atuação cívica cobra caro em termos de política legítima e de realização democrática e atinge todos na sociedade estatal. A disseminação de práticas antidemocráticas, como a compra e venda de votos, o aluguel de cidadãos e de partidos inteiros e os 'indesejáveis efeitos de 'band-wagon' (saltar para a carruagem dos mais fortes) e de 'under-dog' (optar pelos marginais)', pode e deve ser pronta e cuidadosamente combatida pelo legislador, sem prejuízo da autonomia partidária, a ser garantida em benefício da legitimação da representação democrática e não para a sua anulação.

Na espécie, as normas impugnadas tendem a enfraquecer essa lógica mercantilista e nada republicana de se adotar prática política.

34. A Constituição da República garante a liberdade para a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, a eles assegurando a autonomia. Mas não há liberdade absoluta, como tantas vezes repetido na doutrina e na jurisprudência deste Supremo Tribunal. Também não se tem autonomia sem limitação. (...)

35. As normas legais impugnadas não afetam, reduzem ou condicionam a autonomia partidária, porque o espaço de atuação livre dos partidos políticos conforma-se a normas jurídicas postas para a definição das condições pelas quais se pode dar a criação, ou recriação por fusão ou incorporação, de partido sem intervir no seu funcionamento interno. (...) Não se demonstra ter havido, na espécie, ingerência estatal inconstitucional na autonomia constitucional dos partidos políticos."

4. Nesse sentido, a norma impugnada reforça o sentido da Emenda Constitucional n. 97/2017, pela qual instituída a cláusula de barreira ou desempenho, pois contribui para o fortalecimento do controle quantitativo e qualitativo dos partidos políticos, não consistindo indevida intervenção no funcionamento interno das agremiações partidárias.

5. Tem-se na justificação da Proposta de Emenda à Constituição n. 36, pela qual se originou a Emenda Constitucional n. 97/2017:

"(...) A cláusula de desempenho, conforme defendida pelos próprios ministros da Suprema Corte, se perfaz num mecanismo fundamental para a consolidação do quadro partidário brasileiro, hoje bastante disperso. A pulverização de partidos políticos no Congresso

Nacional, sem que novas medidas de fortalecimento da identidade e fidelidade partidárias tenham sido eficazmente implementadas, cria dificuldades para o funcionamento do Poder Legislativo e contribui para um maior distanciamento entre a população e seus representantes. Ademais, o número excessivo de partidos representados no Parlamento cria problemas para a governabilidade, pois estimula o fracassado presidencialismo de coalizão. A experiência internacional demonstra o sucesso da medida ora pretendida. As cláusulas de barreira operam em países de sólida tradição democrática, e impedem até mesmo a posse dos representantes de partidos que não atinjam patamares mínimos de votação global. A título de exemplo, a Alemanha, a Dinamarca, a Argentina e o México adotam cláusulas de desempenho que variam de dois a cinco por cento a nível nacional. Na França e na Espanha, os patamares mínimos de votação, respectivamente cinco e três por cento, são verificados a nível distrital.

A proposição que ora ofertamos abrange a necessidade de consolidar o sistema partidário e a garantia dos direitos dos grupos minoritários. Ela é fundamental para assegurar a governabilidade e conferir racionalidade à cena política (...). (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC97/senado/EC097_sen_14072016_ini_PEC36.pdf>. Acesso em: 2.10.2020)

Em sua manifestação a Advocacia-Geral da União asseverou:

“Por fim, cumpre notar que o entendimento acolhido por essa Suprema Corte nos autos da mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5311 não deve sofrer qualquer alteração em decorrência da edição da Emenda Constitucional nº 97/2017. (...)

De fato, a instituição da denominada cláusula de barreira ou de desempenho, que será integralmente aplicável apenas a partir das eleições de 2030, pretende contribuir para o fortalecimento da identidade e fidelidade partidárias, de modo a evitar que o número excessivo de agremiações representadas no Parlamento crie problemas para a governabilidade do País ou agrave o distanciamento entre a população e seus representantes” (e-doc. 22, fl. 11).

6. Anoto, ainda, que o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5311 ocorreu quando vigente a Emenda Constitucional n. 97/2017, pelo que também naquele julgamento se observou a normatividade constitucional inaugurada pela emenda.

Este Supremo Tribunal Federal admite apenas de forma excepcional a alteração de entendimento firmado em controle abstrato, quando sobrevierem mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas substanciais, o que não ocorre na hipótese em tela. Nesse sentido:

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO DE OPÇÃO AO CARGO DE DEFENSOR PÚBLICO. PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA JÁ APRECIADA EM CONTROLE CONCENTRADO. EFICÁCIA PRECLUSIVA. 1. Este Tribunal admite, excepcionalmente, a revisão de julgamento de Ação Direta quando há processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas substanciais, ausentes no caso concreto. Eficácia preclusiva. 2. As formas derivadas de investidura em cargos públicos são inadmissíveis à luz da Constituição do Brasil de 1988, de forma que as Constituições estaduais não podem ampliar a excepcionalidade admitida pelo artigo 22 do ADCT. Precedentes: ADI 3.603, Rel. Min. Eros Grau, DJ 02.02.2007; ADI 112, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 09.02.1996; ADI 175, Rel. Min. Otávio Galotti, DJ 08.10.1993; ADI 1.267, Rel. Min. Eros Grau, DJ 10.08.2006. 3. Quando do julgamento da ADI 3.720, foi declarada a constitucionalidade da disposição da Constituição do Estado de São Paulo que faculta aos procuradores a opção por carreira na Defensoria Pública, conquanto cumpram os requisitos de convergência entre o concurso prestado e as atividades de defensor. Essa opção não se estende a agentes de outras carreiras, sob pena de ofensa à exigência constitucional de concurso público. 4. Tendo em conta a prévia manifestação desta Corte e a ausência de fundamentos suficientes para o reconhecimento da inconstitucionalidade superveniente, não se desvincilhou a parte requerente do ônus argumentativo que se lhe impõe a presunção de constitucionalidade da lei impugnada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.”
(ADI 4363 AgR, Relator o Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJ 19.12.2018)

A Procuradoria-Geral da República opinou:

“Por mais relevante que seja a controvérsia posta pelo autor, não está configurada situação excepcional que indique substancial alteração nas circunstâncias fáticas ou jurídicas e que habilite o Supremo Tribunal Federal a, meses após declarar constitucional o dispositivo legal impugnado, concluir por sua inconstitucionalidade.

A propósito, quando o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 5.311, já estava em vigor a Emenda Constitucional 97, de 4.10.2017” (e-doc. 24, fl. 10).

A limitação temporal impeditiva da fusão ou incorporação de partidos políticos, criados há menos de cinco anos, assegura o atendimento do compromisso do cidadão com o que afirma como sua opção partidária, evitando-se agremiações descompromissadas e sem substrato social e reforça o objetivo do constituinte reformador, expresso na emenda constitucional n. 97/2017, em coibir o enfraquecimento da representação partidária.

7. Pelo exposto, voto no sentido de converter o julgamento da medida cautelar em definitivo de mérito para julgar improcedente a presente ação direta e declarar constitucional o § 9º do artigo 29 da Lei dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/95) introduzido pelo artigo 2º da Lei nacional n. 13.107/15 .

Plenário Virtual - minuta de voto - 26/09/2017 10:00:00