

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DAVI MORAES DA SILVA

**RESTRIÇÃO DE ACESSO AO FUNDO PARTIDÁRIO: UMA ANÁLISE
CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 41-A, INCISOS I E II, DA LEI N. 9.096 (LEI DOS
PARTIDOS POLÍTICOS)**

**BRASÍLIA- DF,
JUNHO 2017**

DAVI MORAES DA SILVA

**RESTRIÇÃO DE ACESSO AO FUNDO PARTIDÁRIO: UMA ANÁLISE
CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 41-A, INCISOS I E II, DA LEI N. 9.096 (LEI DOS
PARTIDOS POLÍTICOS)**

Artigo científico apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília (EDB) como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Dra. Marilda de Paula Silveira.

**BRASÍLIA-DF,
JUNHO 2017**

DAVI MORAES DA SILVA

**RESTRIÇÃO DE ACESSO AO FUNDO PARTIDÁRIO: UMA ANÁLISE
CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 41-A, INCISOS I E II, DA LEI N. 9.096 (LEI DOS
PARTIDOS POLÍTICOS)**

Artigo científico apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília (EDB) como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Brasília-DF, 27 de Junho de 2017.

Prof. Dra. Marilda de Paula Silveira
Professora Orientadora

Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis
Membro da Banca Examinadora

Min. Henrique Neves da Silva
Membro da Banca Examinadora

RESTRIÇÃO DE ACESSO AO FUNDO PARTIDÁRIO: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 41-A, INCISOS I E II, DA LEI N. 9.096 (LEI DOS PARTIDOS POLÍTICOS)

Davi Moraes da Silva¹

SUMÁRIO

Introdução; 1 Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário); 2 Parâmetro Constitucional; 3 Análise jurisprudencial; 4 Uma análise constitucional do artigo 41-A, incisos I e II, da Lei nº 9.096 (Lei dos Partidos Políticos); Considerações Finais; Referências.

RESUMO

O presente artigo científico buscou problematizar o atual critério legal de distribuição dos recursos financeiros oriundos do fundo partidário (artigo 41-A, incisos I e II, da lei nº 9.096), a fim de contrapor-lo a ordem jurídica constitucional, com o objetivo de analisar se esse critério adotado pelo legislador é constitucional. Para tanto, o percurso adotado se inicia com uma exposição legal do fundo partidário, seguido pela busca doutrinária de um parâmetro constitucional que possa servir de guia para a compreensão e análise da jurisprudência existente sobre o tema. O ápice do artigo reside na análise constitucional do critério positivado na Lei dos Partidos Políticos; análise esta que acabou concluindo pela constitucionalidade do referido dispositivo normativo, vez que a constituição possibilita uma regulamentação restritiva, de modo que cabe ao legislador estabelecer a forma pela qual irá se materializar o direito constitucional dos partidos aos recursos oriundos do fundo partidário.

PALAVRAS-CHAVE: Fundo Partidário. Lei dos partidos políticos. Constituição.

INTRODUÇÃO

A restrição de acesso ao fundo partidário é o tema objeto desta pesquisa. A destinação de recursos para o financiamento de campanhas é um problema compartilhado pelas maiores democracias do século XXI.

¹ Artigo científico apresentado à Escola de Direito de Brasília - EDB do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da professora Doutora Marilda de Paula Silveira.

O economista Philip Kotler chega a afirmar que “o financiamento de campanha é a verdadeira corrupção de nosso ideal democrático”².

Entretanto, o objetivo do presente artigo científico será analisar a restrição legal na distribuição de recursos majoritariamente públicos, via fundo partidário, para que os partidos políticos possam, por exemplo, financiar as campanhas de seus candidatos e de suas candidatas.

A Constituição prevê o acesso dos partidos a este fundo, na forma da lei, daí se falar em restrição, de modo que o partido deverá cumprir as exigências legais para o recebimento e gerenciamento desse recurso.

Nessa linha, buscar-se-á verificar se o modelo de distribuição dos recursos financeiros oriundos do fundo partidário, adotado pelo legislador, é compatível com o regramento constitucional sobre a matéria, em especial com o que dispõe o caput do artigo 17, da CRFB/1988.

Para tanto, a pesquisa será guiada pelo seguinte problema: Em que medida a restrição de acesso ao fundo partidário, imposta pelo artigo 41-A, incisos I e II, da Lei nº 9.096, é compatível com o artigo 17, caput, da Lei Maior?

A hipótese levantada, que certamente poderá ou não ser confirmada, é a de que o constituinte originário optou por transferir ao legislador ordinário a reponsabilidade por regulamentar, *in totum*, a distribuição dos recursos do fundo partidário, de modo que o poder constituinte derivado não poderá extinguir esse direito dos partidos, previsto no §3º, do artigo 17, da CF/88, por via infraconstitucional, pois seria inconstitucional. Porém, o legislador pode regulamentar a distribuição dos recursos do fundo partidário da forma que lhe aprouver, contanto que assegure, ainda que minimamente, o direito dos partidos ao recebimento do fundo. Aliás, poderá até mesmo, o legislador, extinguir esse direito, via Emenda Constitucional, por não se vislumbrar, a princípio, nenhuma limitação para tanto. Porém, este não é o objeto deste trabalho.

Nesse diapasão, os fundamentos para a confirmação ou não da hipótese suscitada, permearão a disposição trazida no caput do artigo 17, da CF/88.

² KOTLER, Philip. **Capitalismo em confronto**, 2015, p. 227.

Por outro lado, a escolha do marco teórico a ser utilizado como suporte de pesquisa é fundamental para nortear o desenvolvimento do problema.

No entanto, o tema escolhido, bem como a sua problematização, não possui um suporte teórico referencial específico que possa ser utilizado nessa pesquisa, apesar de vários autores tratarem sobre o tema Fundo Partidário, lato sensu.

Nesse espírito, indicaremos a legislação aplicável ao tema, o parâmetro constitucional, a interpretação jurisprudencial existente, para, enfim, analisarmos a constitucionalidade do dispositivo normativo problematizado.

A Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, alterada pela Lei nº 11.459/2009, é a principal legislação aplicável ao tema objeto de pesquisa. Esta lei dispõe no Capítulo II, artigos 38 a 44, sobre como é constituído, previsto, distribuído, e destinado o Fundo Partidário.

Em seguida, a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, estabelece normas para as eleições e dispõe sobre a arrecadação e aplicação de recursos nas campanhas eleitorais (artigos 17 a 27).

As resoluções emitidas pelo Tribunal Superior Eleitoral possuem força de lei (art. 23, IX, Código Eleitoral; art. 105, da Lei 9.504, e 61 da Lei 9.906), de modo que também podemos citar as resoluções de números 21.975/2004 (distribuição do Fundo Partidário) e 23.464/2015 (finanças e contabilidade dos Partidos), bem como a Portaria-TSE nº 288/2005, que regulamenta aquela.

Por fim, a única jurisprudência específica existente sobre o tema refere-se ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351-3/DF, ajuizada por vários partidos políticos (PC do B, PDT, PSB, PV), e, na ADI nº 1.354-8/DF (conexa), pelo PSC, PPS e PSOL.

1 FUNDO ESPECIAL DE ASSISTÊNCIA FINANCEIRA AOS PARTIDOS POLÍTICOS (FUNDO PARTIDÁRIO)

O Capítulo inaugural deste artigo científico tem por objetivo apresentar a roupagem normativa que é conferida, hoje, ao Fundo Partidário.

O artigo 41-A, incisos I e II, da Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos) estabelece uma divisão do Fundo Partidário, de modo que a constitucionalidade ou não dessa divisão (problema norteador desse trabalho) só poderá ser analisada após apresentamos a forma de constituição e distribuição, assim como os limites legais para o recebimento e gerenciamento do Fundo Partidário (Capítulo 1); o parâmetro constitucional (Capítulo 2) e a jurisprudência existente sobre o tema (Capítulo 3).

O Fundo Partidário é um fundo majoritariamente público destinado aos partidos políticos que tenham seu estatuto registrado no Tribunal Superior Eleitoral e prestação de contas regular perante a Justiça Eleitoral³.

O Fundo Partidário é constituído por i) multas e penalidades pecuniárias aplicadas em consonância com a legislação eleitoral; ii) recursos financeiros destinados por lei; iii) doações de pessoas físicas⁴; iv) dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995.

O artigo 17, §3º, da CRFB/1988, inaugurou⁵ o atual regramento do Fundo Partidário ao prever o direito de os partidos receberem os recursos provenientes deste fundo, na forma da lei⁶.

Os artigos 38 a 44 da Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos) regulamentaram a previsão constitucional ao disporem sobre como é constituído, previsto, distribuído e aplicado os recursos oriundos do Fundo Partidário.

Os recursos que compõem o Fundo Partidário estarão previstos no orçamento anual, consignados no Anexo do Poder Judiciário, ao TSE, que gerenciará a conta especial (Banco do

³ Definição retirada do sítio eletrônico do TSE, em virtude da carência de estudos doutrinários sobre o tema.

⁴ O STF, ao julgar a ADI nº 4.650/2015, declarou inconstitucional a doação realizada por pessoa jurídica, até então prevista no referido dispositivo normativo.

⁵ A Lei Maior de 1988 constitucionalizou o Fundo Partidário. Porém, a sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro data de 1965 (artigo 62 da Lei nº 4.740).

⁶ 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:

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

Brasil⁷) criada para receber, mensalmente, os depósitos (duodécimos) do Tesouro Nacional e as quantias arrecadadas pela aplicação de multas e outras penalidades pecuniárias.

A distribuição dos recursos do Fundo Partidário, a ser realizada pelo TSE, dentro de cinco dias, a contar da data do depósito do Tesouro Nacional, com abertura de conta bancária específica pelos Partidos Políticos⁸ ocorre da seguinte forma (art. 41-A, da lei nº 9.096):

I – 5%⁹ (cinco por cento) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que atendam aos requisitos constitucionais de acesso aos recursos do Fundo Partidário (Redação dada pelo art. 3º Lei nº 13.165/2015);

II – 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária em quaisquer hipóteses (Redação dada pela Lei nº 13.107, de 2015).

O artigo 44 estabelece como deve ser aplicado os recursos oriundos do Fundo Partidário, sendo passíveis de investigação e punição, pela Justiça Eleitoral, os partidos que não cumprirem esta disposição normativa¹⁰.

Dentre as destinações previamente estabelecidas pela lei, vale destacar a aplicação de, no mínimo, 20% (vinte por cento) do total recebido, na criação e manutenção de institutos ou

⁷ Art. 43. Os depósitos e movimentações dos recursos oriundos do Fundo Partidário serão feitos em estabelecimentos bancários controlados pelo Poder Público Federal, pelo Poder Público Estadual ou, inexistindo estes, no banco escolhido pelo órgão diretivo do partido.

⁸ Art. 6º. Os Partido Políticos, em cada esfera de direção, devem abrir contas bancárias para a movimentação financeira das receitas de acordo com a sua origem, destinando contas bancárias específicas para movimentação dos recursos provenientes:

I – do “Fundo Partidário”, previsto no inciso I do art. 5º desta resolução;
(Resolução nº 23.464/TSE)

⁹ O artigo 62 da Lei nº 4.740/1965 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos) estabelecia que 20% do total do fundo partidário seria distribuído em partes iguais a todos os partidos, e os 80% restantes de forma proporcional. Posteriormente, o artigo 97, da Lei nº 5.682/1971 (segunda LOP), reduziu a distribuição igualitária para 10% e aumentou a distribuição proporcional para 90%. No entanto, vale lembrar o contexto histórico da época, qual seja, regime militar e bipartidarismo (Arena e MDB).

¹⁰ O artigo 25 da Lei nº 9.504 (estabelece normas para as eleições) também prevê uma sanção normativa para o partido que descumprir as normas referentes à arrecadação e aplicação de recursos fixados em lei, conforme segue: Art. 25. O partido que descumprir as normas referentes à arrecadação e aplicação de recursos financeiros nesta Lei perderá o direito ao recebimento da quota do Fundo Partidário do ano seguinte, sem prejuízo de responderem os candidatos beneficiados por abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A sanção de suspensão do repasse de novas quotas do Fundo Partidário, por desaprovção total ou parcial da prestação de contas do candidato, deverá ser aplicada de forma proporcional e razoável, pelo período de 1 (um) mês a 12 (doze) meses, ou por desconto, do valor a ser repassado, na importância apontada como irregular, não podendo ser aplicada a sanção de suspensão, caso a prestação de contas não seja julgada pelo juízo ou tribunal competente, após 5 (cinco) anos de sua representação.

fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política (inciso IV); e de 5% (cinco por cento) para a criação e manutenção de programas de participação política feminina (inciso V)¹¹.

A Resolução nº 23.464/2015 do TSE regulamenta o disposto no Título III da Lei nº 9.096 (Lei dos Partidos Políticos) – Das Finanças e Contabilidade dos Partidos, o qual inclui o Capítulo II, que dispõe sobre o Fundo Partidário.

A regulamentação traz garantias e obrigações para os partidos políticos, no que tange as receitas, gastos, assunção de obrigações e prestação de contas.

As prestações de contas contem a referência dos valores e a destinação dos recursos provenientes do Fundo Partidário; a origem e a quantia das contribuições e doações e o detalhamento das receitas e despesas, o que consubstancia um limite de gerenciamento do Fundo partidário, além de ser uma condição para que o partido continue a receber os recursos financeiros do fundo.

A importância da prestação de contas dos recursos oriundos do Fundo Partidário, prevista no artigo 17, inciso III, da Constituição, chega a ser vista por alguns autores como uma imposição constitucional, decorrente do parágrafo único¹², artigo 70, da Lei maior, por refletir o princípio da economicidade na administração do dinheiro público.¹³

A proibição de os partidos utilizarem os recursos provenientes do Fundo Partidário para a quitação de multas e encargos, assim como a sua impenhorabilidade, são disposições trazidas, respectivamente, pelos parágrafos 2º e 3º, do artigo 17, da Resolução supracitada, que merecem destaque.

¹¹ Lei nº 13.165/2015. Art. 9º. Nas três eleições que se seguirem à publicação desta Lei, os partidos reservarão, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art. 44 da Lei nº 9.096/1995.

¹² Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

¹³ Araújo, Alexandre Veloso de. A economicidade na utilização do Fundo Partidário. Revista Eletrônica, Ano III – Número 2 – fev/mar.2013. EJE/TSE.

Assim, posto o desenho infraconstitucional do Fundo Partidário, pode-se avançar para a análise do parâmetro constitucional deste instituto jurídico, afim de que seja possível confrontar a restrição de acesso ao Fundo Partidário, prevista no artigo 41-A, da Lei n 9.096/1995, com outros institutos jurídicos constitucionais envolvidos nessa temática, a fim de que seja possível confirmar ou refutar a hipótese adotada neste trabalho, que aponta para a constitucionalidade do dispositivo citado.

Por fim, os recursos do Fundo Partidário repassados, mensalmente, aos partidos políticos são publicados no Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral. A tabela abaixo indica os valores disponibilizados aos partidos políticos referentes à distribuição do Duodécimo até Maio/2017:

Dotação Orçamentária 2017

596.652.964,03

Partido	Jan		Fev		Mar		Abr		Mai		Jun
	Disponibilizado	Bloqueio PMB	Disponibilizado	Bloqueio PMB	Disponibilizado	Bloqueio PMB	Disponibilizado	Bloqueio PMB	Disponibilizado	Bloqueio PMB	
PT	7.866.826,90	197.883,79	7.866.826,90	197.883,79	7.866.826,90	197.883,79	5.049.442,40	127.014,72	6.083.104,96	153.015,68	
PMDB	6.453.403,47	26.503,50	6.453.403,47	26.503,50	6.453.403,47	26.503,50	4.142.215,09	17.011,67	4.990.160,75	20.494,10	
PSDB	6.646.776,12	-	6.646.776,12	-	6.646.776,12	-	4.266.334,26	-	5.139.688,14	-	
DEM	2.506.981,44	-	2.506.981,44	-	2.506.981,44	-	1.609.144,14	-	1.938.549,24	-	
PP	3.895.753,23	-	3.895.753,23	-	3.895.753,23	-	2.500.548,41	-	3.012.431,34	-	
PSB	3.799.835,54	-	3.799.835,54	-	3.799.835,54	-	2.438.982,19	-	2.938.262,00	-	
PDT	2.065.540,20	111.389,46	2.065.540,20	111.389,46	2.065.540,20	111.389,46	1.325.798,37	71.497,02	1.597.200,25	86.133,05	
PTB	2.291.662,05	113.844,38	2.291.662,05	113.844,38	2.291.662,05	113.844,38	1.470.938,11	73.072,74	1.772.051,30	88.031,34	
PR	3.425.224,43	-	3.425.224,43	-	3.425.224,43	-	2.198.532,35	-	2.648.590,09	-	
PPS	1.166.153,39	-	1.166.153,39	-	1.166.153,39	-	748.513,28	-	901.740,13	-	
PV	1.139.132,13	135.045,87	1.139.132,13	135.045,87	1.139.132,13	135.045,87	731.169,27	86.681,25	880.845,66	104.425,63	
PC do B	1.107.519,75	-	1.107.519,75	-	1.107.519,75	-	710.878,38	-	856.401,06	-	
PSC	1.544.925,54	34.906,73	1.544.925,54	34.906,73	1.544.925,54	34.906,73	991.633,94	22.405,42	1.194.629,60	26.991,99	
PSOL	-	-	1.120.749,29	-	1.120.749,29	-	719.369,96	-	866.630,94	-	
PMN	327.685,71	36.567,24	327.685,71	36.567,24	327.685,71	36.567,24	210.330,05	23.471,24	253.386,35	28.275,99	
PTC	260.145,89	26.883,82	260.145,89	26.883,82	260.145,89	26.883,82	166.978,59	17.255,79	201.160,49	20.788,19	
PHS	645.404,25	-	645.404,25	-	645.404,25	-	414.262,53	-	499.065,49	-	
PSDC	339.125,59	49.690,14	339.125,59	49.690,14	339.125,59	49.690,14	217.672,92	31.894,37	262.232,36	38.423,41	
PT do B	543.346,91	34.409,71	543.346,91	34.409,71	543.346,91	34.409,71	348.755,47	22.086,39	420.148,60	26.607,66	
PRB	2.708.005,56	-	2.708.005,56	-	2.708.005,56	-	1.738.174,52	-	2.093.993,21	-	
PRP	414.895,66	101.220,87	414.895,66	101.220,87	414.895,66	101.220,87	266.307,09	64.970,15	320.822,35	78.270,08	
PSL	501.988,32	63.821,90	501.988,32	63.821,90	501.988,32	63.821,90	322.208,83	40.965,06	388.167,65	49.350,94	
PRTB	355.791,66	-	355.791,66	-	355.791,66	-	228.370,28	-	275.119,56	-	
PTN	515.143,22	-	515.143,22	-	515.143,22	-	330.652,50	-	398.339,80	-	
PSTU	198.380,21	-	198.380,21	-	198.380,21	-	127.333,36	-	153.399,55	-	
PCB	126.406,85	-	126.406,85	-	126.406,85	-	81.136,16	-	97.745,40	-	
PCO	94.411,19	-	94.411,19	-	94.411,19	-	60.599,26	-	73.004,42	-	
PSD	3.622.159,19	-	3.622.159,19	-	3.622.159,19	-	2.324.937,92	-	2.800.871,93	-	
PPL	170.407,56	-	170.407,56	-	170.407,56	-	109.378,68	-	131.769,40	-	
PEN	482.443,18	-	482.443,18	-	482.443,18	-	309.663,49	-	373.054,17	-	
PROS	1.076.371,81	147.004,11	1.076.371,81	147.004,11	1.076.371,81	147.004,11	690.885,61	94.356,82	832.315,60	113.672,45	
SD	1.658.964,82	21.149,37	1.658.964,82	21.149,37	1.658.964,82	21.149,37	1.064.831,78	13.575,04	1.282.811,65	16.353,96	
NOVO	86.728,32	-	86.728,32	-	86.728,32	-	55.667,89	-	67.063,57	-	
REDE	364.484,57	-	364.484,57	-	364.484,57	-	233.949,96	-	281.841,45	-	
PMB	86.728,32	-	86.728,32	-	86.728,32	-	55.667,89	-	67.063,57	-	
Total	58.488.752,98	1.100.320,89	59.609.502,27	1.100.320,89	59.609.502,27	1.100.320,89	38.261.264,93	706.257,68	46.093.662,03	850.834,47	

Obs. 1: Houve bloqueios correspondentes aos votos dos parlamentares que migraram para o partido Rede Sustentabilidade e para o Partido da Mulher Brasileira - PMB, nos termos das Ações Cautelares nº 0600009-79.2015.6.00.0000 e 0600002-53.2016.6.00.0000, respectivamente;

Obs. 2: Houve a suspensão do repasse de cota do Fundo Partidário referente ao duodécimo de UM mês para o Diretório Nacional do Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, conforme decisão emanada na PC nº 961-83.2010.6.00.0000/DF, cujo trânsito em julgado se deu em 15/8/2016 (SEI 0281979). O valor de R\$ 1.120.749,29, destinado ao Partido, foi recolhido aos cofres do Tesouro Nacional em janeiro/2017; e

Obs. 3: De acordo com processo eletrônico nº 2017.00.000003183-4, houve limitação de empenho e movimentação financeira na dotação consignada no Fundo Partidário, no valor de R\$ 230.453.776,00, nos termos da Portaria TSE nº 276, de 4 de abril de 2017 (documento SEI nº 0414292). Posteriormente, houve redução do contingenciamento para R\$ 166.637.985,00, sendo desbloqueado parcialmente o crédito de R\$ 63.815.791,00 (Conrazo SIAFI 0447816).

2 PARÂMETRO CONSTITUCIONAL

A análise constitucional da atual divisão do Fundo Partidário, sucede o desenho geral desse instituto jurídico, desenho este apresentado no capítulo primeiro, para que, nesse momento, se possa investigar qual seria o tratamento conferido pela Constituição ao tema, a fim de que se possa verificar se a regulamentação legal está em consonância com as diretrizes estabelecidas pela Lei Maior.

O artigo 17, §3º, da Lei Maior, prevê o direito partidário ao recebimento de recursos oriundos de um fundo, que deverá ser instituído por lei.

A Lei nº 9.096/1995 assim o fez, apesar de o STF ter declarado inconstitucional a redação original, como será visto no próximo capítulo.

Nesse capítulo, o objetivo será apontar algumas possíveis limitações impostas pelo poder constituinte originário ao legislador infraconstitucional, no que se refere ao acesso dos partidos ao fundo partidário.

Inicialmente, vale lembrar que na subcomissão do sistema eleitoral e dos partidos políticos, instituída pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987, ocorreram debates acalorados sobre o tema.

Na audiência pública do dia 6 de maio de 1987, o expositor Sr. João Gilberto Lucas Coelho, já alertava aos Srs. Deputados Constituintes sobre a necessidade de se estabelecer um critério mais rigoroso para a distribuição do Fundo Partidário, sob pena de proliferar o número de partidos, com o objetivo de “ter acesso ao fundo partidário, assim como surgiram partidos políticos só para ter acesso à televisão e até usar como barganha em coligações etc”.¹⁴

O expositor Bolívar Lamounier, por outro lado, citava o exemplo de membros do Conselho da Consolidação Democrática da Argentina, órgão criado pelo então Presidente Raúl Ricardo Alfonsín (1983-1989), que temiam propor o fundo partidário, “porque tinham certeza de que a opinião pública não aceitaria e não aprovaria isto – o financiamento aos Partidos”.

¹⁴ www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente.

Nessa linha, “conforme destacou o Jornal da Constituinte de 26 de outubro a 1 de novembro de 1987: o capítulo que sofreu maior transformação em todo o processo constituinte foi aquele que tratou dos partidos políticos”¹⁵

No entanto, apesar da contribuição histórica deixada por estes debates para a compreensão do atual cenário político e constitucional do país, fato é que o constituinte optou por delegar ao legislador ordinário a responsabilidade por delimitar o desenho infraconstitucional do fundo partidário.

Ocorre que o artigo 17, caput, resguardou princípios sensíveis que devem ser observados nessa delimitação, como o princípio do pluripartidarismo.

É o que nos ensina o professor Orides Mezzaroba:

Em resumo, em nenhuma passagem a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 impôs qualquer tipo de barreira para a organização e funcionamento dos Partidos Políticos. Muito pelo contrário, de acordo com o *caput* do art. 17 e o seu §2º, procurou garantir a mais ampla liberdade de criação e incorporação de Partidos Políticos.¹⁶

O mesmo autor¹⁷ lembra que ao analisar a relação do princípio democrático com o sistema partidário na Constituição Portuguesa, Canotilho concluiu que:

(...) o pluralismo partidário é um elemento constitutivo do princípio democrático e da própria ordem constitucional”. Assim, na medida em que a Constituição consagra em seu texto o “sistema proporcional como elemento caracterizador da ordem constitucional”, pode-se deduzir que, de uma forma ou de outra, ela está “apontando para a inadmissibilidade da marginalização de quaisquer forças partidárias.¹⁸

Todavia, resta saber se restringir o acesso dos partidos políticos aos recursos oriundos do fundo partidário, a partir de um tipo de distribuição estabelecido pelo legislador ordinário, significaria violar o princípio do pluripartidarismo estabelecido no caput do artigo 17, da Lei Maior.

¹⁵MEZZAROBBA, Orides. **Introdução ao Direito Partidário Brasileiro**. p.230 e BRASIL. Jornal da Constituinte: Assembleia Nacional Constituinte (1987), n. 22. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/112006>, p. 5-6.

¹⁶MEZZAROBBA, Orides. **Introdução ao Direito Partidário Brasileiro**. p.230, p.303.

¹⁷MEZZAROBBA, Orides. **Introdução ao Direito Partidário Brasileiro**. p.230, p. 246.

¹⁸CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, p. 305.

Se afirmativa a resposta, ou seja, se essa forma de distribuição escolhida pelo legislador ordinário restringir o acesso dos partidos ao fundo partidário, esta poderia ser considerada inconstitucional, caso ocasionasse uma marginalização dos partidos políticos, conforme asseverado por Canotilho no trecho supracitado, por violar o princípio do pluripartidarismo.

Por outro lado, se a resposta for negativa – hipótese desse trabalho, significaria dizer que o constituinte não impôs um modelo ideal para a distribuição dos recursos do fundo partidário, apesar de garantir esse direito aos partidos políticos, na forma da lei (art. 17, §3º), o que implicaria numa liberdade maior para o legislador ordinário.

O professor Celso Bastos leciona que:

A utilização de certas expressões linguísticas, como “a lei regulará” ou “a lei disporá”, ou, ainda, “na forma da lei”, deixa de logo claro que a vontade constitucional não está integralmente composta. A matéria normada não ganhou definitividade em seu perfil. Ela reclama a superveniência de uma normação posterior que venha a delimitá-la na sua exata extensão, quer para alargá-la, quer para restringi-la.¹⁹

Nesse diapasão, tem-se como claro que o constituinte autorizou uma regulamentação para o acesso dos partidos políticos ao fundo partidário, que deveria ser feita a posteriori, pelo legislador ordinário, mas não ficou claro quais seriam os limites dessa regulamentação, de modo que o único parâmetro constitucional imediato seria a observância do princípio do pluripartidarismo.

A manutenção de um modelo constitucional pluripartidário requer a observância de uma certa igualdade entre os partidos, no que tange a distribuição dos recursos públicos. Porém, Orides Mezzaroba relembra os ensinamentos de Manuel García Pelayo, que apontam no seguinte sentido:

Desta forma, o princípio da igualdade deve estar configurado com a proporcionalidade entre o auxílio recebido pelo Estado (fundo partidário, tempo disponível nos meios de comunicação) e o número de sufrágios conquistados ou o percentual de representantes eleitos nas últimas eleições. A partir desses critérios pode ser verificada a real representatividade de cada Partido, “sua quota de participação na direção política do Estado, seja no exercício do Governo, seja no de oposição.”²⁰

¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, 2002, p.112;

²⁰ García-Pelayo, Manuel. *El Estado de Partidos*. Ob. Cit. p. 66-67. Lenz, Kurt, Neumann, Franz (Org.). *Teoría y Sociología Críticas de los Partidos Políticos*. Ob. Cit., pp. 42-43.

Pode-se perceber, a partir da reflexão proposta pelo autor, que a igualdade na distribuição dos recursos oriundos do fundo partidário deve guardar relação com a representatividade do partido político, sob pena de se adotar um critério de distribuição desproporcional.

Aliás, o Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho ao palestrar no seminário Reforma Política e Eleitoral no Brasil, promovido pela Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral juntamente com a Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político, nos dias 23 e 24 de março deste ano, alertava que “a aplicação direta de princípios constitucionais, sem parâmetro normativo, pode levar a defesa de valores pessoais arbitrários”.

Nesse sentido, importante lembrar que nas constituições da Alemanha, França, Itália, Portugal e Espanha, a ajuda financeira aos Partidos não está prevista em seus dispositivos constitucionais, estando, porém, disposta na legislação ordinária, o que pode acabar conferindo uma flexibilidade maior de alteração dessa ajuda financeira, de acordo com a situação econômica do país.²¹

O parlamento da Itália, por exemplo, diante de um contexto de crise econômica e partidária, aprovou a lei nº 13, de 21 de fevereiro de 2014, que estabelece a extinção gradual do financiamento público de partidos, de modo que, a partir de 2017, os partidos só poderão ser financiados por militantes e doações privadas. O país manteve o sistema de deduções fiscais, para doações entre 30 euros e 30.000 euros, assim como passou a incentivar o modelo de financiamento coletivo (*crowdfunding*).²²

Noutro giro, uma vez que se compreenda a necessidade de se destinar um percentual dos recursos oriundos do fundo partidário, de acordo com a representatividade do partido na direção política do Estado, resta saber qual seria esse percentual e, conseqüentemente, qual deveria ser o percentual a ser reservado de forma igualitária entre todos os partidos políticos.

É que, conforme demonstrado nesse capítulo, a Constituição de 1988 conferiu ampla liberdade de criação e incorporação de Partidos Políticos, o que somado ao modelo de pluripartidarismo por ela adotado e ao princípio guia constitucional da igualdade, tem se como

²¹ García-Pelayo, Manuel. **El Estado de Partidos**. Ob. Cit. p. 66-67. Lenz, Kurt, Neumann, Franz (Org.). **Teoría y Sociología Críticas de los Partidos Políticos**. Ob. Cit., pp. 42-43, p.66.

²²SANTANO, Ana Cláudia. **O Financiamento da Política**. Teoria geral e experiências no direito comparado. 2ª edição revista e atualizada. Editora Ithala. p.182.

decorrência disso a necessidade de se reservar uma parte dos recursos do fundo partidário aos partidos que ainda não participam de forma direta na direção política do Estado, a partir de representantes eleitos diretamente pelo sufrágio universal.

O ponto nevrálgico da questão, no entanto, é saber qual deve ser o tamanho da ajuda financeira do Estado, para esses partidos que ainda não lograram alcançar o percentual de votos necessários a alocação de seus mandatários na senda política estatal.

O próximo capítulo será destinado a essa reflexão, a partir da exposição e da análise jurisprudencial sobre o tema, com o objetivo de buscar compreender como o Supremo Tribunal Federal vê o tema da distribuição legal dos recursos oriundos do fundo partidário.

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Em 26 de setembro de 1995, o Partido Comunista do Brasil - PC do B, o Partido Democrático Trabalhista - PDT, o Partido dos Trabalhadores - PT, o Partido Socialista Brasileiro - PSB, o Partido Verde - PV, o Partido Liberal - PL, o Partido Social Democrático - PSD e o Partido Popular Socialista - PPS, propuseram ao STF, em conjunto, Ação Direta de Inconstitucionalidade (distribuída para o Ministro Marco Aurélio sob o nº 1.351-3/DF), ante suposta inconstitucionalidade de dispositivos da redação originária da Lei nº 9096 (Lei dos Partidos Políticos), de 19 de setembro de 1996.

Posteriormente, em outubro de 1995, o Partido Social Cristão – PSC, também apresentou a ADI nº 1.351-8, com o mesmo teor, que foi apensada aos autos da ADI nº 1.351-3, já distribuída ao Ministro Marco Aurélio.

Dentre as impugnações apontadas pelos partidos, destaca-se, para os fins deste artigo científico, a impugnação a expressão “ que tenham preenchido as condições do art. 13”, contida no inciso II do artigo 41, da redação originária da Lei nº 9.096, que previa o seguinte:

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 - 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;

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.”

Eis o teor do artigo 13, que também fora impugnado:

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 dele.”

Em seu Relatório, o Ministro Marco Aurélio, ressaltou o seguinte fundamento arguido pelos autores:

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.

O trecho supracitado nos remete ao problema guia desse artigo, qual seja, a constitucionalidade ou não da restrição de acesso ao fundo partidário.

É que, cabe indagar quais seriam os limites desse suposto direito adquirido alegado pelos partidos políticos, que defendiam a inconstitucionalidade da condicionante prevista pelo legislador no artigo 13 supracitado.

Os partidos que não ultrapassassem a chamada “cláusula de barreira” imposta pelo artigo 13, não seriam alcançados pela distribuição proporcional dos 99% dos recursos oriundos do fundo partidário, mas continuariam recebendo, em conjunto com os demais, de forma igualitária, 1% destes recursos, conforme previsto no artigo 41, I, da lei nº 9.096.

No entanto, resta saber se essa forma de distribuição, que impõe condições/restrições, está em consonância com o princípio do pluripartidarismo, previsto no caput do artigo 17, da CF/88, que também prevê, no seu §3º, o direito de os partidos receberem os recursos do fundo partidário, na forma da lei.

O argumento base dos partidos políticos, ressaltado pelo Ministro Relator, conforme citado na página anterior, parece deixar claro que estes (os partidos) acreditavam ter direito adquirido a existência *ad aeternum*, ao funcionamento parlamentar, e ao recebimento dos

benefícios constitucionais do fundo partidário e do direito de antena, sem qualquer tipo de restrição ou condicionante, ou ao menos sem qualquer tipo de restrição ou condicionante que dificultasse a sua permanência no campo político eleitoral, o que afrontaria o princípio do pluripartidarismo, previsto no caput do artigo 17, da Lei Maior.

Nesse ponto, cabe abrir um parêntese para expor um trecho do voto da Ministra Ellen Gracie (relatora e voto vencedor) proferido no julgamento da ADI nº 2.306-3/DF, proposta pela OAB, que objetivava a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.996/2000 (dispõe “sobre anistia de multas aplicadas pela Justiça Eleitoral em 1996 e 1998”), conforme segue:

Por isso, entendo que não é correto dizer que o produto das multas integre, desde já, o patrimônio dos partidos políticos. O partido tem mera expectativa de direito de receber parcelas do Fundo. Parcelas essas somente individualizadas naquele quinto estágio a que antes referi, vale dizer, quando o gestor do fundo efetua a partilha dos recursos disponíveis. Não tem direito, os partidos políticos, desde logo, ao recebimento de quaisquer multas. Tanto estas que foram anistiadas, quanto quaisquer outras. Talvez, por isso mesmo, nenhum dos partidos que compõem o amplíssimo espectro das agremiações políticas se ocupou em impugnar a norma ora sob análise. (fls. 100)

O pensamento do jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973), parece ir ao encontro do que fora dito pela Ministra Ellen Gracie, quando este ensina na sua última obra publicada que “do ser-devido do fim não resulta logicamente o ser - devido do meio: tampouco do ser-querido do fim logicamente resulta o ser-querido do meio”.²³

A conclusão a que chega a Ministra Ellen Gracie, somado ao suporte teórico da filosofia do direito, parece indicar que a expectativa de recebimento do fundo partidário só se concretiza mediante lei que o institua, de modo que a lei deve traçar os caminhos/estágios para esse recebimento.

Nesse diapasão, resta saber se o STF indicou um caminho ideal, no que tange a distribuição do fundo partidário, no julgamento paradigma sobre o tema, qual seja, o julgamento da ADI nº 1.351-3 (famoso julgamento realizado em dezembro de 2006, que declarou inconstitucional a instituição da chamada cláusula de barreira).

O voto apresentado pelo Ministro Relator parece deixar claro que a preocupação do STF era com a permanência dos partidos minoritários no jogo político, sendo a base de sustentação

²³ Kelsen, Hans. Teoria Geral das Normas. Trad. De José Florentino Duarte. Porto Alegre, Fabris, 1986; pg. 14.

desse argumento o princípio do pluripartidarismo insculpido no caput do artigo 17, CF/88, conforme segue:

[...] O que se contém no artigo 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 do 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 via 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 (fls. 47).

O Ministro Sepúlveda Pertence completa a ideia quando diz que “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” (fls. 88).

Por outro lado, apesar de acompanhar o relator, julgando inconstitucional os dispositivos atacados, entendimento este que alcançou a unanimidade do Tribunal, o Ministro Cezar Peluso marcou posição no seguinte sentido:

[...] 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, ideias e concepções políticas – no sentido mais amplo da palavra, de convivência na pólis, como projeto de convivência ética – que componham corpo organizado dentro da sociedade. Duvido muito que dentro dessa sociedade, qualquer que ela seja, possa encontrar-se, nesses termos, corpus organizado de ideias ou de visão de 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. (fls.109-110).

A época do julgamento, existiam vinte e nove partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, hoje o site do TSE informa o número de trinta e seis partidos registrados, o que de fato supera a estimativa do Ministro Cesar Peluso, que duvidava ser possível a existência de

“corpus” organizados de ideias (partidos) que ultrapassasse duas ou três dezenas, conforme supracitado.

O Ministro Gilmar Mendes, por outro lado, incluiu o princípio da proporcionalidade e da igualdade de chances na problemática da garantia do pluripartidarismo, mas deixou claro que:

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 (fls. 162).

Pode-se depreender a partir da leitura do voto do Ministro Gilmar Mendes, em especial da sua conclusão, que existiria um percentual ideal, no que se refere ao que o eminente Ministro chamou de “recursos necessários”, capaz de possibilitar a participação dos partidos, de forma igualitária, no prélio eleitoral.

Porém, não se pode extrair do seu voto, assim como não se encontra em nenhum dos votos proferidos pelos demais Ministros e Ministras, qual seria esse percentual ideal, o que de fato parece estabelecer uma restrição à atuação do legislador ordinário, sem indicar qual o parâmetro normativo e interpretativo deve ser seguido por este.

O STF reconheceu que a barreira imposta pelo legislador ordinário impedia o surgimento de novos partidos, assim como impedia a permanência dos partidos já existentes, que poderiam “morrer por inanição”, o que afrontava de forma dupla o princípio do pluripartidarismo, previsto no caput do artigo 17 da lei maior. Este parece ter sido um ponto de convergência entre os votos proferidos por todos (as) os (as) Ministros (as).

No entanto, o temor da proliferação dos partidos também era uma preocupação da maioria do Tribunal, que entendia ser possível garantir o pluripartidarismo, com igualdade de chances, de forma proporcional.

Portanto, pode-se constatar que o Tribunal julgou inconstitucional o caminho vislumbrado pelo legislador, mas não indicou qual seria o caminho ideal, apenas deixou claro

que o parlamento teria de observar os princípios do pluripartidarismo, da igualdade de chances e da proporcionalidade, o que parece não ter ajudado muito o legislador.

O Ministro Sepúlveda Pertence parece ter deixado isso bem claro em seu voto, ao comparar a solução do legislador brasileiro com a solução dada pelo legislador alemão, que já havia sido bem descrita pelo Ministro Gilmar Mendes, conforme segue:

Não desconheço, com todas as vênias 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 (fls. 167-168).

Assim, a análise jurisprudencial despretensiosa, proposta nesse capítulo, buscou destrinchar o entendimento do STF sobre o tema, o que nos fez chegar as seguintes conclusões: i) a corte julgou inconstitucional a restrição legal que não assegure, de forma minimamente igualitária e proporcional, o acesso dos partidos aos recursos do fundo partidário; ii) a existência financeira dos partidos, via ajuda estatal, deve ser preservada, ainda que o partido não eleja nenhum representante, iii) a proliferação dos partidos pode ser combatida através do voto, da imposição legal de um percentual de votos como condição de elegibilidade e/ou de usufruto de determinadas prerrogativas, no que se refere ao funcionamento parlamentar.

A permanência dos partidos minoritários no jogo político eleitoral, parece ser a palavra de ordem dada pelo Supremo Tribunal Federal, com o intuito de possibilitar que as minorias possivelmente representadas pelos partidos já existentes, ou que ainda se façam representar através da criação de novos partidos, possam eleger os seus representantes e participarem da organização e do funcionamento do parlamento.

Por fim, o STF parece ter deixado a seguinte mensagem: o princípio do pluripartidarismo, insculpido no caput do artigo 17, da Lei Maior, impede que a distribuição de recursos estatais impeça o surgimento de novos partidos, assim como a existência dos atuais, pois a igualdade de chances e a proporcionalidade devem ser levadas em conta pelo legislador ordinário, na regulamentação da distribuição desses recursos previstos no §3º, artigo 17, da Constituição.

4 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 41-A, INCISOS I E II, DA LEI Nº 9.096 (LEI DOS PARTIDOS POLÍTICOS)

O professor J.J. Gomes Canotilho²⁴ ao expor a questão constitucional atual no contexto do constitucionalismo global, cita o seguinte trecho da obra do autor alemão Teubner²⁵:

[...] enquanto o problema da constituição nacional era a limitação jurídica do poder absoluto, o problema do constitucionalismo global reconduz-se à regulação de outras dinâmicas sociais relacionadas com a digitalização, a privatização e a rede global.

O autor passa então a identificar quais seriam os contornos jurídicos de uma constituição globalizada e democratizada.

Nesse sentido, para os fins desta pesquisa científica, ambos os autores parecem indicar um novo caminho que se traça, para uma interpretação dos textos constitucionais, que seja mais condizente com a realidade.

É que a preocupação por limitar os poderes constituídos parece ter sido superada, ou ao menos ofuscada, pela nova dinâmica global e tecnológica, que ganha força com o protagonismo das privatizações, em detrimento de um Estado provedor que parece não conseguir acompanhar todo esse dinamismo privado.

Desta feita, a análise constitucional do critério de distribuição dos recursos financeiros majoritariamente públicos oriundos do fundo partidário, positivado no artigo 41-A, incisos I e II, da Lei nº 9.096, se inicia com essa breve exposição, a fim de que se possa adequar a análise constitucional do referido dispositivo ao atual contexto do constitucionalismo global desenhado pelos autores citados.

Isto posto, pode-se iniciar a análise proposta a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1.351-3, analisada no capítulo anterior.

Entretanto, é preciso deixar claro que o STF julgou inconstitucional o critério originalmente previsto pela Lei dos Partidos Políticos, que previa uma distribuição igualitária de 1% dos recursos do fundo partidário a todos os partidos políticos que tivessem os seus estatutos registrados no TSE (os outros 99% seriam distribuídos proporcionalmente aos partidos que ultrapassassem a cláusula de barreira – 5% dos votos válidos distribuídos em, pelo menos,

²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra, editora Almedina, 2008, 2ª ed, pg. 286.

²⁵ G. Teubner, “GlobaleZivilverfassungen: AlternativenzurstaatszentriertenVerfassungstheorie”, in ZaoRV, 1/2001, p.2.

um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles), enquanto o atual critério de distribuição igualitária é de 5% (os outros 95% serão distribuídos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados).

Todavia, os fundamentos da decisão adotada pelo STF serviram de guia para que o legislador ordinário estabelecesse um novo critério, de modo que resta saber quais seriam os aspectos uniformes da decisão, capazes de conferir uma segurança constitucional para o atual critério.

Em texto publicado originalmente em inglês, sob o título “*A comparative study of the Austrian and the American Constitution*”, no *Journal of Politics*, maio de 1942, pp. 183-200, o jurista austríaco Hans Kelsen expõe o seguinte: “A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição”.²⁶

Nessa toada, posto que “questões constitucionais estão sempre abertas a exame”²⁷, faz-se mister identificar os pontos de convergência dos votos dos Ministros e das Ministras do STF, para que seja possível inferir se o atual critério pode ser considerado constitucional ou não.

O Ministro Gilmar Mendes²⁸ lembra que:

Como se sabe, devemos a Kelsen a associação sistemática da jurisdição a um aspecto importante do conceito de democracia, que é, exatamente, a possibilidade de sobrevivência e de proteção das minorias. A opção de Kelsen pelo modelo democrático está vinculada à concepção teórica do relativismo. O sistema democrático não se legitima pela verdade, mas sim pelo consenso.

Em primeiro lugar, na linha da observação do Ministro Gilmar, e a partir da leitura dos votos proferidos no julgamento da ADI nº 1.351-3, pode-se afirmar que houve um certo consenso de que a garantia de 1% dos recursos do fundo partidário, para distribuição igualitária entre os partidos políticos, iria proporcionar o que se chamou de “morte por inanição” dos partidos minoritários, de modo que a fixação deste percentual seria inconstitucional.

²⁶ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2013, pp.303.

²⁷O.V. and S.K.R.R. versus Morgan Country, 53, Mo. 156 (1873).

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei N. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012, pp.256-257.

Nesse ponto, poder-se-ia indagar se o atual percentual de 5% dos recursos do fundo partidário, para distribuição igualitária entre os partidos políticos (artigo 41-A, inciso I, lei nº 9.096), num contexto de vedação de doação de recursos financeiros por pessoas jurídicas, seria constitucional.

A pesquisa parece apontar, no que tange ao inciso I, para a constitucionalidade do referido dispositivo, pois caso contrário sempre haveria um motivo político, econômico e/ou social para a declaração da inconstitucionalidade da parcela igualitária fixada pelo legislador ordinário.

Ademais, a real representatividade do partido não pode ser desconsiderada na fixação do critério de distribuição dos recursos oriundos do fundo partidário, pois a capacidade de influenciar na direção política do Estado, já lembrada por Manuel Garcia, citado no capítulo II, pp.12, é um fator diferencial da concretização do princípio do pluralismo partidário, disposto no caput do artigo 17, da Lei Maior.

O pluralismo consiste justamente no fato de que a vontade estatal é dominada por complexos caracterizados como *somente sociais* expressamente não-estatais. Para que se possa realmente falar de pluralismo, por tanto, deve existir uma esfera de vida social livre do Estado de onde surjam, partindo de diferentes pontos, influências sobre a vontade estatal.²⁹

O trecho supracitado, retirado do clássico texto do jurista austríaco, parece deixar claro que a influência sobre a vontade estatal é um dos desdobramentos do princípio do pluralismo, de modo que o pluralismo partidário também deve ser assegurado, mas isso não quer dizer que a ajuda financeira do Estado aos partidos que ainda não tenham representantes eleitos, via distribuição igualitária, deva ser a mesma destinada aqueles partidos que já lograram eleger os seus representantes.

Em termos numéricos, a distribuição dos recursos do fundo partidário, entre os partidos que não possuem representação no congresso nacional (PMN, PCB, PCO, PPL, PSDC, PSTU), atingiu a cifra de R\$ 5.806.011,38 (cinco milhões, oitocentos e seis mil, onze reais e trinta e oito centavos), no período de janeiro a maio de 2017³⁰.

²⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Quem deve ser o guardião da Constituição? 3ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2013, pp.267.

³⁰ Fonte TSE: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-distribuicao-fundo-partidario-duodecimos-2017>.

Este é o preço que o Estado paga para manter, no prélio eleitoral, os partidos que não lograram eleger nenhum representante para o congresso nacional, cabendo ressaltar que dos seis partidos citados³¹, apenas o PPL foi registrado após a decisão do STF, que foi proferida em dezembro de 2006.

Desta feita, pode-se constatar que o atual critério de distribuição igualitária previsto no inciso I, do artigo 41-A, da lei dos partidos políticos, parece atender ao princípio do pluripartidarismo (caput, artigo 17, da CRFB/88), pois, hoje, os partidos que não conseguiram eleger os seus representantes conseguem se manter no jogo político, o que ocorre a pelo menos duas décadas (vide data de fundação do PMN), ainda que possa haver uma oscilação em termos de representatividade destes partidos.

Em segundo lugar, os partidos minoritários alcançados pela distribuição igualitária do inciso I, que não conseguem eleger representantes, também são alcançados pela distribuição proporcional do inciso II, artigo 41-A, da Lei nº 9.096, pois recebem recursos do fundo partidário “na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados”.

Isso porque, como exposto no capítulo anterior, o STF julgou inconstitucional a “barreira” imposta pela redação originária do referido dispositivo, para que os partidos tivessem direito ao funcionamento parlamentar.

Nesse ponto, é mister que se faça uma observação sobre o instituto jurídico da cláusula de barreira, ainda que este não seja o objeto principal da pesquisa ora proposta.

O cientista político Giovanni Sartori, ao discorrer sobre as alternativas para obstacularizar a proliferação dos partidos, refere-se a fixação de limites mínimos para a representação eletiva, a partir da adoção da “cláusula de barreira”, e conclui no seguinte sentido:

Não é possível estabelecer *a priori* e de modo genérico qual o limite apropriado, porque a distribuição varia de país para país. Não há dúvida de que abaixo de 3 ou 4% esse limite não faz muito sentido; por outro lado, 10% parece um obstáculo importante. Mas uma exclusão de 5% seria inútil na

³¹ PMN (1990), PCB (1996), PCO (1997), PPL (2011), PSDC (1997) e PSTU (1995). Fonte TSE: <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>

Polônia, em 1991, e muito eficaz na Itália, em 1993. Seja como for, as barreiras de exclusão, de modo geral, cumprem o seu objetivo.³²

De outra banda, não podemos deixar de resgatar os principais argumentos utilizados pelos Ministros do STF, para julgarem inconstitucional a instituição de uma cláusula de barreira na distribuição proporcional, constante na redação originária do inciso II, artigo 41-A, da Lei nº 9.096.

O tribunal se dividiu em três principais correntes, a começar pelo relator, Ministro Marco Aurélio, que reputava inconstitucional qualquer tipo de barreira para a eleição ou funcionamento parlamentar, assim como qualquer tipo de restrição de recursos necessário para a sobrevivência dos partidos minoritários. O Ministro também parecia não vislumbrar nenhum problema na proliferação dos partidos políticos, que foi reputada como danosa por muito dos seus pares.

Por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes, amparado no exemplo alemão, deixou claro que seria possível a imposição de uma barreira para a eleição e para o funcionamento parlamentar dos partidos que não lograssem atingir o percentual definido pelo legislador, mas lembrou que deveria ser assegurado os “recursos necessários” para a sobrevivência e manutenção desses partidos.

Por fim, o Ministro Sepúlveda Pertence se restringia em apenas vislumbrar a possibilidade da imposição de uma barreira para o funcionamento parlamentar, mas deixou claro, assim como os demais, que deveria ser garantido a distribuição de recursos necessários para os partidos minoritários.

Nessa linha, pode-se concluir que a atual redação do inciso II, do artigo 41-A, da Lei dos Partidos Políticos, parece estar em consonância com o que fora decidido pelo STF, o que parece explicar, inclusive, o fato de o legislador não ter insistido em fixar uma nova cláusula de barreira, seja para impedir a eleição de candidatos de partidos minoritários, seja para impedir ou dificultar o funcionamento parlamentar destes.

Por fim, os argumentos trabalhados na pesquisa ora proposta, apontam para a confirmação da hipótese suscitada, de modo que os incisos I e II do artigo 41-A, refletem uma

³² SARTORI, Giovanni. **Engenharia constitucional**; trad. De Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996, pp.23-24.

previsão normativa tímida, porém constitucional. É que, a partir da análise dos conceitos e argumentos apresentados por diversos autores da ciência política e do direito, poder-se perceber que houve um recuo legislativo, frente a decisão tomada, a unanimidade, pelo STF, o que parece ir de encontro a citação feita por Canotilho, que fora exposta no início desse capítulo, pois o Tribunal acabou por limitar a atividade legiferante do Poder Legislativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, o desenho infraconstitucional e constitucional do instituto jurídico denominado Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário), somado a análise jurisprudencial e constitucional sobre esse direito assegurado aos partidos políticos, pelo constituinte originário, demonstraram que houve um claro recuo legislativo, após o STF declarar inconstitucional a redação originária dos incisos I e II, do artigo 41-A, da Lei nº 9.096 (Lei dos Partidos Políticos).

Esta constatação teórica, decorrente da pesquisa ora proposta, demonstra que houve uma limitação jurídica ao poder de legislar, na esteira do que fora dito por Teubner, citado no começo do capítulo anterior por Canotilho, de modo que enquanto o mundo passa a adotar a ideia de constitucionalismo global, amparado pela força motriz da iniciativa privada, com todo o dinamismo social que esta pode proporcionar, o Brasil, via poder judiciário, adotou e adota uma postura paternalista frente a alocação das forças partidárias.

A tentativa de equilibrar o jogo político, a partir do financiamento público dos partidos políticos, sem a imposição de uma cláusula de barreira, demonstra que se há uma restrição de acesso aos recursos do fundo partidário, imposta pelo artigo 41-A da Lei dos Partidos Políticos, esta é ínfima e tímida, pois ainda possibilita a proliferação de partidos. Esta proliferação ultrapassa os limites do princípio do pluripartidarismo, insculpido no caput do artigo 17, da Lei maior, pois decorre de um tratamento igualitário, em termos de distribuição de recursos públicos, quando não há uma igualdade de representatividade entre os partidos.

A garantia constitucional, nos termos do artigo 17, de ampla criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, não parece indicar que o Estado deva manter os partidos que podem ser criados livremente, respeitados os requisitos legais, de modo que esta ajuda financeira estatal deve guardar relação com a real representatividade do partido na direção

política do Estado, sob pena de se empregar um paternalismo não desejável nem mesmo para os cidadãos, quem dirá para os partidos (pessoa jurídica de direito privado).

Por fim, o artigo 103, inciso VIII, da CF/88, estabelece que apenas o partido político com representação no Congresso Nacional (um deputado ou Senador) poderá propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, o que reforça a necessidade de se observar a representatividade partidária, também na distribuição dos recursos do fundo partidário, pois pode parecer contraditório impedir que um partido exerça o controle do processo democrático (ADI e ADC) mas, por outro lado, se assegure a existência financeira *ad aeternum* do mesmo partido político.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Miriam Campelo de Melo. **Fundo partidário**. Estudo – Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2005.

ANDREIS, Thiago Felker. **Cartelização e Financiamento Público dos Partidos Políticos: Uma Análise da Democracia Brasileira**. Dissertação de Mestrado – PUCRS, Porto Alegre, 2008.

ARAÚJO, Alexandre Velloso de. **A economicidade na utilização do fundo partidário**. Revista Eletrônica – EJE/ TSE – Ano III, Número 2 – fev/mar. 2013.

BACKES, Ana Luíza. **Financiamento partidário e eleitoral: Alemanha, França, Portugal e Espanha**. Estudo – Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, 2002.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm.

BRASIL. **Jornal da Constituinte**: Assembleia Nacional Constituinte (1987), n. 22. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/112006>.

BRASIL, Lei n 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm

BRASIL, Lei nº. 9.096, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm

BRASIL, Portaria TSE nº 288/2005. Disponível em: <file:///C:/Users/Davi/Downloads/TSE-normas-arrecadacao-recolhimento-cobranca-multas-eleitorais-portaria-288-2005.pdf>

BRASIL, Resolução TSE nº 21.975, de 16 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-21.975-de-16-de-dezembro-de-2004-brasilia-2013-df>

BRASIL, Resolução TSE nº 23.464, de 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234642015.htm>

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1351-3/DF, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe07-12-2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.306-3, Relator (a): Min. ELLEN GRAVIE, Tribunal Pleno, DJe21-03-2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375371>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra, editora Almedina, 2008, 2ª ed.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3. Ed. Coimbra: Almedina.

CIRNE, Maria Barbosa. **Fundo Partidário:** A constitucionalidade da divisão proporcional e limitada de recursos públicos. Revista jur. Brasília, v.9, n. 89,

GOMES, Suzana de Camargo e JUNIOR, Marco Aurélio Serau. **Do financiamento das campanhas eleitorais.** Revista Ibero-Americana de Direito Público, Rio de Janeiro, v. XV, ano 4.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** 3ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2013.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Quem deve ser o guardião da Constituição?, 3ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. De José Florentino Duarte. Porto Alegre, Fabris, 1986.

KOTLER, Philip. **Capitalismo em confronto**. 1ª edição, Rio de Janeiro, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei N. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEZZARROBA, Orides. **Introdução ao Direito Partidário Brasileiro**. p.230 e Jornal da Constituinte. Assembleia Nacional Constituinte, Brasília, n. 22, 26/10 a 1/11 de 1987.

PEREIRA, Daniel Queiroz e COSTA, Larissa Camargo. **Financiamento de campanha e fundo partidário: Análise à Luz da “Democracia Interna” Dos Partidos Políticos**. Revista Quaestio Iuris, vol 04, n. 01.

RABAT, Márcio Nuno. **O Financiamento de campanhas eleitorais no Brasil e a proposta de financiamento público exclusivo**. Estudo – Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2011.

RODRIGUES, Ricardo José Pereira. **Financiamento de partidos políticos e fundos partidários**. Brasília a.49, n. 193, jan/mar. 2012.

SANTANO, Ana Cláudia. **O financiamento da política: Teoria geral e experiências no direito comparado**. 2ª edição revista e atualizada. Editora Ithala.

SARTORI, Giovanni. **Engenharia constitucional**; trad. De Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

TRINDADE, Fernando. **Financiamento eleitoral e pluralismo político**. Revista de Informação legislativa, v.41, n. 161, 2004.