



**A INCONVENCIONALIDADE DA PEC nº 36/2016 POR VIOLAÇÃO AOS
DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA: uma análise das cláusulas de
barreira a partir do caso Yatama Vs. Nicarágua**

*THE INCONVENTIONALITY OF PEC 36/2016 FOR VIOLATION OF POLICY
PARTICIPATION RIGHTS: an analysis of the barrier clauses from the Yatama v.
Nicaragua case*

Mônia Clarissa Hennig Leal

Pós-Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha. Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e doutorado sanduíche pela Universität Heidelberg (Ruprecht-Karls). Mestrado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora concursada na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.

Felipe Dalenogare Alves

Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes; em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Santa Maria e em Educação em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande. Professor no curso de Direito da Faculdade Dom Alberto – FDA e no Centro de Ensino Integrado Santa Cruz - CEISC. Bolsista CAPES/PROSUP (Tipo II).

Resumo

O presente trabalho expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, concebida a partir do método fenomenológico-hermenêutico, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, acerca do desenvolvimento da democracia e dos direitos de participação política, tendo por objetivo principal aferir a compatibilidade da PEC nº 36/2016 (que busca instituir as denominadas “cláusulas de barreira”) com Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (CADH) e a interpretação dada a ela pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). No decorrer do trabalho, buscou-se o esclarecimento de pontos importantes que permeiam a temática, como o seguinte problema: essas cláusulas atentam ao estabelecido nas normas internacionais e na interpretação dada a elas pela CIDH? Para tanto, foram estudados temas essenciais à compreensão da noção de democracia e seu desenvolvimento, com o reconhecimento e proteção aos direitos de participação política, para, ao final, analisar-se a necessidade de proteção desses direitos, principalmente dos grupos desvantajados (minorias), fazendo-se uma análise comparativa entre os dispositivos da proposta de

emenda e a decisão proferida pela CIDH no caso *Yatama Vs. Nicarágua*. Dentre os resultados encontrados, em sede de considerações conclusivas, verificou-se que as cláusulas de barreira contidas na PEC são inconventionais, por afrontarem os direitos de participação política elencados na CADH e a interpretação dada a ela pela CIDH, resultante da falta de observância por parte do Estado brasileiro (neste caso por ato do Poder Legislativo) do que tem sido estabelecido pela CIDH.

Palavras-chave: Caso *Yatama Vs Nicarágua*. Cláusulas de barreira. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos de Participação Política. PEC nº 36/2016.

Abstract

This work presents the results of a literature search, designed from the phenomenological-hermeneutical method for approach purposes, and monographic, the procedural basis, on the development of democracy and political participation rights, with the main objective to measure the compatibility PEC 36/2016 (which seeks to establish so-called "barrier clauses") to the American Convention on Human rights (ACHR) and the interpretation given to it by the Inter-American Court of Human rights (IACHR). During the work, we sought to clarify important points that permeate the theme, as the following problem: Do these clauses consider the provisions of international norms and the interpretation given to them by the IACHR? Therefore, key issues were studied to understanding of the concept of democracy and its development throughout the history of humanity itself, with the recognition and protection of the rights of political participation, for in the end, examine the need for protection of these rights, especially of disadvantaged groups (minorities), making a comparative analysis between the provisions of the proposed constitutional amendment and the decision of the IACHR in the case of *Yatama v. Nicaragua*. Among the results found, the conclusion was that the barrier clauses contained in the PEC are unconventional by violating the political participation rights established in the ACHR and the interpretation given to it by the IACHR, resulting from a lack of observance by part of the Brazilian State (in this case by act of the Legislative Power) than has been established by the IACHR.

Key-words: Case *Yatama Vs Nicaragua*. Barrier clauses. Inter-American Court of Human Rights. Rights of Political Participation. PEC 36/2016.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este artigo apresenta o resultado de uma pesquisa bibliográfica acerca do desenvolvimento da democracia e dos direitos de participação política, cunhados em uma sociedade plural e democrática, em um necessário contexto de respeito aos direitos humanos e diálogo (observância) entre os sistemas de proteção nacional, regional e internacional, com o objetivo principal de aferir a compatibilidade da Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº 36/2016 com a Convenção Americana

sobre os Direitos Humanos e a interpretação dada a ela pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O conceito de democracia vem, constantemente, sendo lapidado no decorrer da própria existência da humanidade, associado aos direitos de participação política, afinal, não se pode negar que o homem é um animal político. Com isso, seja em um contexto de democracia participativa, seja em um ambiente democrático-representativo, o direito de participar, politicamente, dos rumos da sociedade em que está inserido torna-se inerente à própria condição de ser humano.

Presenciando-se regimes autoritários, inclusive com graves violações lesa-humanidade, a comunidade internacional organizada, além de reconhecer os direitos de participação política como direitos humanos (DH), fazendo-os constar nas principais declarações de direitos (seja a Universal, seja, no âmbito regional, a Americana), atribuiu-lhes força cogente, inserindo-os tanto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) quanto na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (CADH), o que possibilita ao indivíduo, além de sua exigibilidade em âmbito interno, a tutela desses direitos nos órgãos regionais (Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH) e internacionais (Conselho dos Direitos Humanos da ONU – CDH).

A Constituição brasileira de 1988 pode ser vista, em relação às anteriores, como uma Constituição cidadã, principalmente por garantir os pilares básicos à construção do Estado Democrático de Direito, dentre eles os instrumentos de democracia representativa, participativa e deliberativa, além de um catálogo de direitos e garantias fundamentais, conferindo aos direitos políticos a fundamentalidade indissociável, os fazendo constar neste rol.

Na contramão de toda a proteção dispensada aos direitos de participação política, dentre eles o de votar e ser eleito, participando em condições de igualdade, sem discriminação, foi, contudo, apresentada, em 7 de julho de 2016, a PEC nº 36/2016, que cria as chamadas “cláusulas de barreira”, objetivando autorizar distinções entre partidos políticos, para fins de funcionamento parlamentar, com base no seu desempenho eleitoral.

As muralhas apresentadas ao denominado “funcionamento parlamentar” fundamentam-se em um suposto clamor popular por reforma política, invocado em um cenário de grave abalo político-institucional do país, visando a dificultar o que os senadores proponentes, parafraseando opiniões pessoais extra-judiciais de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, denominam de “proliferação de partidos”.

Nesse contexto, a pesquisa justifica-se pela necessidade de esclarecimento de importantes pontos que cercam a problemática, a qual encontra seu cerne na seguinte questão: as cláusulas de barreira previstas na PEC nº 36/2016 atentam contra o estabelecido nas normas internacionais e na interpretação dada a elas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos?

Visando encontrar respostas ao problema e firmar nosso posicionamento, contribuindo, assim, à comunidade acadêmico-científica e ao surgimento de futuros debates, a pesquisa utilizou-se da abordagem fenomenológico-hermenêutica, eis que o fenômeno é essencial para o desvelamento da realidade, servindo-se, ainda, do método monográfico para fins procedimentais, objetivando-se compreender o desenvolvimento da democracia e dos direitos de participação política na sociedade contemporânea.

Dessa forma, o trabalho estruturou-se em duas partes. Na primeira, busca-se expor noções essenciais à compreensão da noção de democracia e seu desenvolvimento, com o reconhecimento e proteção aos direitos de participação política, para, em um segundo momento, analisar-se a necessidade de proteção desses direitos, principalmente dos grupos desvantajados (minorias partidárias), fazendo-se uma análise comparativa entre os dispositivos da proposta de emenda e a decisão proferida pela CIDH no caso *Yatama Vs. Nicarágua*.

2. DEMOCRACIA E DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA: uma construção histórica na busca do reconhecimento e promoção compatível com sua fundamentalidade

Os direitos de participação política fazem parte da própria essência humana, no sentido de uma constante busca pela construção de um sistema democrático, enquanto membro de uma coletividade¹. Seja como uma consequência natural, como acredita Aristóteles (1985, p. 1252a-1252b), seja por uma consequência convencional, como defende Rousseau (2015, p. 11), o ser humano é um animal político.

A construção da democracia constitui-se em um lento processo de afirmação, marcado por ascensões e regressões, desde sua forma primitiva, que remonta a 2.500

¹ Aristóteles (1985, p. 1253a) já dizia que “é claro, portanto, que a cidade tem precedência por natureza sobre o indivíduo. De fato, se cada indivíduo isoladamente não é autossuficiente, consequentemente em relação à cidade ele é como as outras partes em relação a seu todo, e um homem incapaz de integrar-se numa comunidade”.

a.C, na Grécia Antiga (DAHL, 2001, p. 17)². Uma participação popular mais significativa por parte dos cidadãos só veio a ocorrer, entretanto, a partir da Grécia Clássica e em Roma, em meados de 500 a.C, estabelecendo-se em sólidas bases, as quais perduraram por séculos, apresentando poucas alterações, sendo estas ocasionais (DAHL, 2001, p. 21).

Do conceito clássico desenhado por Aristóteles, extrai-se que a democracia é (juntamente com a monarquia e a aristocracia)³ uma forma de governo do povo, de todos os cidadãos, compreendidos, estes, como aqueles em pleno gozo dos direitos de cidadania⁴ (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINI, 1998, p. 319).

Em um conceito mais amplo de democracia, Aristóteles pressupõe algumas características: a) condições paritárias de participação no governo entre ricos e pobres; b) um pequeno número de cargos públicos; c) admissão a estes cargos por todos os cidadãos, sem exceção, inclusive aqueles que foram privados de seus direitos civis após o devido processo judicial; e d) a soberania da massa à própria lei, independente de quais sejam os direitos políticos (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINI, 1998, p. 330).

Já Rousseau (2015, p. 61-62) defende uma noção de democracia⁵ em que ocorra a ampla participação política direta dos cidadãos (todo ou, pelo menos, a maior parte do povo) à formação da “vontade geral”, ainda que reconheça que seu modelo jamais existiu e possivelmente não existirá, uma vez que a minoria ser governada pela maioria contraria a própria ordem natural⁶.

² Dahl (2001, p. 20) enfatiza que “durante todo o longo período em que os seres humanos viveram juntos em pequenos grupos e sobreviveram da caça e da coleta de raízes, frutos e outras dádivas da natureza, sem a menor dúvida, as vezes - talvez habitualmente - , teriam criado um sistema em que boa parte dos membros, animados por essa lógica da igualdade (certamente os mais velhos ou os mais experientes), participaria de quaisquer decisões que tivessem de tomar como grupo. Isto realmente aconteceu, conforme está bastante comprovado pelos estudos de sociedades tribais ágrafas. Portanto, durante muitos milhares de anos, alguma forma primitiva da democracia pode muito bem ter sido o sistema político mais ‘natural’”.

³ Platão, por sua vez, de quem Aristóteles foi discípulo, classifica em cinco as formas de governo: aristocracia, timocracia, oligarquia, democracia e tirania, sendo que só uma delas (a aristocracia) era boa (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINI, 1998, p. 320).

⁴ Para Aristóteles, “o nome de Democracia é atribuído à forma corrupta, sendo a mesma definida como o ‘Governo de vantagem para o pobre’ e contraposta ao ‘Governo de vantagem para o monarca’ (tirano) e ao ‘Governo de vantagem para os ricos’ (oligarquia). A forma de Governo que, na tradição pós-aristotélica, se torna o Governo do povo ou de todos os cidadãos ou da maioria deles é no tratado aristotélico governo de maioria, somente enquanto Governo de pobres e é, portanto, Governo de uma parte contra a outra parte, embora da parte geralmente mais numerosa” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINI, 1998, p. 320).

⁵ Rousseau (2015, p. 61), a exemplo de Aristóteles, vislumbra três formas de governo, a depender da quantidade de membros que a compõe: a democracia; a aristocracia e a monarquia.

⁶ Neste ponto, importante demonstrar a crítica de Ortega y Gasset (2007, p. 127): “Numa boa organização das coisas públicas a massa não atua por si mesma. Essa é sua missão. Veio ao mundo para ser dirigida, influída, representada, organizada – até para deixar de ser massa, ou, pelo menos,

Para tanto, o autor vislumbra quatro pressupostos ao sucesso de seu modelo de democracia, a saber: a) um estado territorialmente pequeno, a fim de que facilite a reunião do povo e que todos os cidadãos possam se conhecer; b) a predominância de costumes simples, de modo que se evite uma grande demanda de assuntos (controversos) a serem deliberados; c) a relativa igualdade entre as classes e as riquezas, pois quanto maior for a desigualdade aumenta-se a dificuldade de conciliação dos interesses e, por conseguinte, da manutenção da autoridade; e d) o desprendimento do luxo, que acaba corrompendo o rico (devido à posse) e o pobre (pela cobiça) (ROUSSEAU, 2015, p. 63).

Enfim, seja participando diretamente dos rumos da sociedade, seja permanecendo em suas casas e deixando o poder de decisão nas mãos de representantes eleitos para isso⁷ (ROUSSEAU, 2015, p. 85), o direito de participar da vida política do Estado é inato a qualquer ser humano e deve ser pluralizado, não mantido nas mãos de poucos.

Nesse sentido, Bobbio (2014, p. 25) destaca que o regime democrático representativo é marcado pela “mobilidade da classe política”. Dito em outras palavras, não deve existir apenas uma classe, mas outras em concorrência, de modo que haja uma constante renovação, pois quando não existirem classes políticas em concorrência, se estará diante de um regime aristocrático, e não democrático.

Desse modo, verifica-se que a pluralidade e a alternância da representação são pressupostos à própria noção de democracia representativa, sem os quais estaríamos diante de um regime que, aplicado contemporaneamente, tornar-se-ia incompatível com a atual noção de Estado Democrático de Direito.

Corroborando com estas bases fundamentais, Dahl (2001, p. 99) expõe seis elementos mínimos que caracterizam um Estado considerado democrático, sendo eles a presença de representantes eleitos⁸, resultantes de eleições livres, justas e periódicas⁹, com ampla liberdade à expressão¹⁰ e pluralidade de fontes informativas¹¹,

aspirar a isso. Mas não veio ao mundo para fazer tudo isso por si mesma”.

⁷ Rousseau (2015, p. 61) enfatiza que, quando o cidadão deixa de se ocupar da coisa pública, preferindo ficar em casa e servindo com seu bolso (para a manutenção dos representantes) o Estado já se encontra próximo à ruína.

⁸ Quanto a este primeiro elemento, entende-se que os representantes devem ser eleitos pelo sufrágio universal, ou seja, não se admitindo exclusões por razões de sexo, raça, religião, educação, dentre outras, sendo livre (sem qualquer tipo de coação) e secreto. (CARPIZO, 2010, p. 4). As limitações para concorrer devem ser mínimas também, restringindo-se às realmente necessárias, assegurando-se a proporcionalidade entre a necessidade e a restrição.

⁹ Aqui, expõe-se a necessidade de determinadas limitações às campanhas eleitorais, imposição de gastos máximos, restrições às contribuições privadas, equidade nos tempos disponíveis à

com autonomia às associações (sindicais, partidárias, reivindicativas, dentre outras)¹².

Em maior ou menor medida, estas características, assim como o próprio regime democrático, foram derrubadas em dezenas de ocasiões no decorrer do século XX, o qual, após ver as quedas, presenciou, também, o triunfo da democracia. Isso porque as principais alternativas ao regime democrático não persistiram por muito tempo, a exemplo do nazismo, do fascismo, do leninismo e dos governos militares na América Latina (DAHL, 2001, 161-162).

Enfim, é na democracia que se encontra o ambiente mais favorável ao exercício dos direitos de participação política. Estes, por sua vez, integram o rol de direitos inatos à simples condição de ser humano. Internacionalmente, são reconhecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos – CUDH (ONU, 1948), especificamente no Art. 21, contemplando três apanágios.

O primeiro refere-se ao direito de participar (diretamente ou por intermédio de representantes eleitos) da vida pública do país, podendo-se extrair deste direito o conceito de cidadania¹³ (que não pode ser reduzido cartesianamente à capacidade ativa e passiva – de votar e ser eleito), englobando-se, aqui, os instrumentos de democracia participativa e, contemporaneamente, deliberativa; o segundo refere-se à universalidade da participação, ou seja, à amplitude do exercício da cidadania sem distinções. O terceiro representa a soberania da vontade popular, sendo esta o vetor a

propaganda eleitoral, proibição de práticas desleais e abusivas por parte de agentes estatais, partidos e candidatos, garantindo-se o equilíbrio de uma eleição que deve ser periódica, em prazos previamente definidos na Constituição, garantindo-se que não haja a perpetuação no poder (CARPIZO, 2010, p. 4-5).

¹⁰ A liberdade de expressão, no dizer de Bobbio (2015, p. 38), é indispensável ao próprio conceito de democracia. Somente a liberdade de expressão proporcionará o dissenso, sendo, este, uma característica essencial às democracias contemporâneas, afinal “num regime que se apoia no consenso não imposto de cima para baixo, alguma forma de dissenso é inevitável”. Assim, “apenas onde o dissenso é livre para se manifestar o consenso é real” (BOBBIO, 2015, p. 100-103). Isso corrobora com a afirmação de Dahl (2001, p. 99-100), no sentido de que “os cidadãos têm o direito de se expressar sem o risco de sérias punições em questões políticas, amplamente definidas, incluindo a crítica aos funcionários, o governo, o regime, a ordem socioeconômica e a ideologia prevalecente”.

¹¹ A democracia exige a pluralidade de meios e órgãos de informação, que a transmitam com transparência, liberdade, responsabilidade e comprometidos com a verdade (CARPIZO, 2010, p. 7).

¹² As liberdades de reunião e de associação são inerentes à pluralidade contida nas democracias atuais (BOBBIO, 2015, p. 38). Em especial aos partidos políticos, os quais servem para agrupar indivíduos e representar interesses dos mais diversos (CARPIZO, 2010, p. 5).

¹³ A noção de cidadão não pode ser concebida “como um conceito abstrato e meramente formal, como quer o normativismo jurídico vigente, com sua lógica interna, inscrito em um ordenamento de condutas e comportamentos que deve ser observado, em nome da ordem e da estabilidade social/global, mas, dialetizando seus possíveis significados – e com isso afirmamos que se trata de um signo polifônico e polissêmico, deve-se compreendê-lo como componente orgânico de formação social, jurídica, política e econômica, enquanto ser de cultura e de conhecimento” (LEAL, 2012, p. 336).

guiar os representantes, eleitos periodicamente por sufrágio universal e secreto.

No âmbito regional, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – DADDH (OEA, 1948), em seu art. 20, ratifica o já reconhecido na Declaração Universal, admitindo-se, porém, restrições concernentes à capacidade à participação política, a serem reguladas pelo ordenamento interno.

Não bastasse o reconhecimento pelas declarações de direitos da ONU e da OEA, no plano convencional global, com força cogente aos Estados-partes, os direitos de participação política são garantidos, também, no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos – PIDCP (BRASIL, 1992a), em seu art. 25, com amplitude aparentemente ainda maior. Diz-se isso porque o Pacto admite restrições por parte dos Estados-partes, desde que fundadas (o que ficaria, em um primeiro momento, a livre critério destes).

O PIDCP, além de permitir que todo cidadão tenha direito à participação política, estabelece aos Estados-partes que possibilitem, sem qualquer forma de discriminação em virtude de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política (ou de qualquer natureza), origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição, a sua participação na condução (diretamente ou representado) dos assuntos políticos, a garantia de poder votar e ser eleito (em condições gerais de igualdade) em eleições periódicas às funções públicas do país¹⁴.

De aplicabilidade regional, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – CADH (BRASIL, 1992b), em seu art. 23, expressa a mesma amplitude de direitos e garantias expressos no PIDCP, explicitando, porém, taxativamente, as hipóteses em que o Estado-parte poderá restringir a participação política, sendo elas em virtude de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental e condenação penal.

Percebe-se, da análise comparativa entre o PIDCP e a CADH, que esta, ao trazer, taxativamente, sete hipóteses restritivas, torna-se a norma convencional mais favorável ao homem (*princípio pro homine*), eis que o primeiro deixa uma ampla gama de hipóteses ao legislador interno, a depender do seu juízo de conveniência e oportunidade, bastando, para tanto, fundamentá-las.

¹⁴ Pode-se perceber, com isso, que a dimensão objetiva emerge, atualmente, não apenas dos direitos fundamentais, mas também dos direitos humanos, ante a integração dos dispositivos internacionais, o que faz com que ao Estado-parte seja imposto um “dever de proteção” aplicável a esses direitos convencionais.

Como visto, atualmente¹⁵, é inconcebível qualquer posição que possa negar a natureza humana dos direitos de participação política. Ainda que se pudesse menosprezar a importância da classificação dessa espécie em direitos humanos, sua inserção, neste âmbito, lhes confere singularidades próprias, como critérios de interpretação, instrumentos específicos de proteção e possibilidade de acesso aos sistemas regionais e internacionais de proteção (PICADO, 2007, p. 50).

No âmbito interno, o Constituinte de 1988 petrificou um capítulo próprio destinado aos direitos políticos (capítulo IV) e outro aos partidos políticos (capítulo V), dentro do título dos direitos e das garantias fundamentais (título II). No primeiro capítulo, estabeleceu, dentre outros direitos, a universalidade do sufrágio secreto (art 14, caput), instrumentos de democracia participativa, como o plebiscito, referendo e iniciativa popular (art 14, I a III), condições e restrições ao alistamento eleitoral e à elegibilidade (art 14, § 1º e § 2º), além da vedação da cassação e as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos (art 15).

No segundo capítulo, por sua vez, elencou direitos como a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, assegurando-se a soberania nacional, o regime democrático, os direitos fundamentais e o pluripartidarismo (art 17, caput), dentre outros preceitos, como o caráter nacional e o funcionamento parlamentar de acordo com a lei (art 17, I e IV). Além disso, assegurou-se a sua autonomia e o acesso a recursos do fundo partidário, bem como propaganda eleitoral gratuita em rádio e televisão (art 17, § 1 e § 3).

A inserção dos direitos de participação política no rol das garantias e dos direitos fundamentais¹⁶ traz, como consequência elementar, por força do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição de 1988, a impossibilidade de deliberação de PEC que vise a aboli-los. Soma-se a isso, ainda, a garantia de vedação de retrocesso social, como aponta Freitas (2011, p. 283), aplicáveis, indubitavelmente, aos direitos políticos, dentre eles, o pluralismo partidário.

Essa é, também, a visão de Sarlet (2014, p. 15), para quem a ideia de vedação de retrocesso, em um sentido mais amplo, significa “toda e qualquer forma de proteção

¹⁵ Diz-se atualmente porque nem sempre foi assim. A título exemplificativo, no Brasil, a mulher teve o direito ao voto reconhecido apenas em 1932, por intermédio do Decreto nº 21.076, que instituiu o Código Eleitoral Provisório (BRASIL, 1932).

¹⁶ Não se pode desconsiderar, ainda, os elementos participativo-deliberativos previstos ao longo do texto constitucional, como a previsão de a realização de audiências públicas prevista no art 58, § 2º, II, bem como os conselhos gestores de políticas públicas, com destaque ao planejamento local (Art 29, XII), às ações e serviços destinados à saúde (Art 198, III), à assistência social (Art 114, VI), à educação (Art 206, VI) e à criança e adolescente (Art 227, § 1º).

de direitos fundamentais em face de medidas do poder público (com destaque para o legislador e para o administrador!), que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais”, noção já acolhida no constitucionalismo luso-brasileiro e, de forma ainda maior, no latino-americano, sem prejuízo de sua aplicação no âmbito do direito internacional.

Percebe-se, da análise da norma convencional e constitucional, *como regra*, uma proteção à ampla participação cidadã nas questões políticas de seu país, que vão além de uma cartesiana capacidade ativa (exercendo o direito de voto) e passiva (candidatando-se para o recebimento de voto), estendendo-se às práticas participativo-deliberativas, tendo, *como exceção*, casos específicos à sua restrição.

Visto isso, o que objetiva a próxima seção é realizar uma análise de se as cláusulas de barreira, já declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIns) nº 1351/DF e nº 1354/DF, no ano de 2006, que aferia a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.096/95, e vistas, atualmente, por Ministros do STF, como Ricardo Lewandowski¹⁷, Dias Toffoli¹⁸ e Luís Roberto Barroso¹⁹ como solução “à proliferação de partidos políticos” e previstas na PEC nº 36/2016, apresentada em 7 de julho de 2016, se coadunam à norma convencional e à interpretação dada a ela pela CIDH, principalmente por ocasião do julgamento do caso *Yatama Vs. Nicarágua* (2005).

3. AS CLÁUSULAS DE BARREIRA CONTIDAS NA PEC Nº 36/2016 E SUA INCONVENCIONALIDADE: uma análise a partir do caso *Yatama Vs. Nicarágua*

A PEC nº 36/2016 foi proposta em 7 de julho de 2016, no Senado Federal²⁰,

¹⁷ A respeito, consultar “Presidente do STF defende reforma política na conferência nacional da OAB”, matéria publicada em 20 de outubro de 2014 no Portal de Notícias do STF (STF, 2014).

¹⁸ A propósito, ver matéria veiculada no Site do Superior Tribunal Eleitoral, intitulada “Presidente do TSE defende nova cláusula de barreira para conter a criação de partidos políticos”, publicada em 10 de março de 2015 (TSE, 2015).

¹⁹ Nesse sentido, ver a matéria “Barroso defende cláusula de barreira para evitar a proliferação de partidos”, publicada na Revista Consultor Jurídico, edição de 17 de maio de 2016 (CONJUR, 2016).

²⁰ Assinam a autoria da PEC 36/2016: Senador Ricardo Ferraço, Senador Aécio Neves, Senador Acir Gurgacz, Senador Aloysio Nunes Ferreira, Senador Alvaro Dias, Senadora Ana Amélia, Senador Antonio Anastasia, Senador Armando Monteiro, Senador Ataídes Oliveira, Senador Cidinho Santos, Senador Cássio Cunha Lima, Senador Davi Alcolumbre, Senador Dário Berger, Senador Edison Lobão, Senador Garibaldi Alves Filho, Senador Humberto Costa, Senador Ivo Cassol, Senador Jorge Viana, Senador José Agripino, Senador José Aníbal, Senador José Maranhão, Senador José Medeiros, Senador Lasier Martins, Senador Magno Malta, Senador Omar Aziz, Senador Paulo Bauer,

em um cenário marcado por um suposto apelo popular por uma reforma política, invocada após uma sequência de escândalos envolvendo práticas corruptivas em parte dos escalões do governo brasileiro, em meio a um processo de *impeachment* presidencial (que afastou a presidenta Dilma Rousseff) e cassação do mandato do Presidente da Câmara dos Deputados (ainda que tenha havido a renúncia do Deputado Eduardo Cunha).

O principal objetivo da PEC, conforme consta em seu preâmbulo, é “autorizar distinções entre partidos políticos, para fins de funcionamento parlamentar, com base no seu desempenho eleitoral” (BRASIL, 2016), o que, no Brasil, se convencionou chamar de “cláusulas de barreira”.

A primeira mudança prevista na PEC objetiva a alteração do § 1º do art. 17 da Constituição, no sentido de permitir coligações partidárias para o sistema proporcional somente até as eleições de 2020 (inclusive). Por oportuno, há de se dizer que “a possibilidade de formação de coligações eleitorais entre os partidos políticos para a disputa de eleições proporcionais é uma das características mais peculiares do nosso sistema eleitoral” (SCHMITT, 2005, p. 11).

No Brasil, as coligações parlamentares foram aplicadas, pela primeira vez, nos pleitos eleitorais entre os anos de 1950 e 1962, sendo, posteriormente, proibidas no curso do regime militar (por intermédio do Código Eleitoral de 1965). Duas décadas depois, em 1985, promulgou-se a lei nº 7.454, a qual voltou a permitir as coligações para deputados (federalis e estaduais) e vereadores (MACHADO, 2005, p. 50).

Regulamentando a atual norma constitucional, a Lei nº 9.504/97 estabelece regras às coligações, tanto ao pleito majoritário quanto proporcional, sendo que a proibição das coligações nos pleitos proporcionais sempre esteve em pauta quando se objetivou alguma discussão em torno de eventual reforma política (DALMORO; FLEISCHER, 2005, p. 86).

Enfim, na esteira do que afirma Carreirão (2006, p. 140), o principal objetivo das coligações nas eleições proporcionais é a amplitude das chances eleitorais dos partidos, principalmente os pequenos, que visam superar o quociente eleitoral, coligando-se com os maiores, os quais se unem àqueles principalmente para aumentar o tempo de propaganda em rádio e televisão, além de aumentar o número de

Senador Pedro Chaves, Senador Randolfe Rodrigues, Senador Roberto Rocha, Senadora Simone Tebet, Senador Tasso Jereissati, Senador Telmário Mota, Senador Valdir Raupp, Senador Vicentinho Alves, Senador Waldemir Moka, Senador Zeze Perrella.

candidatos eleitos à sua base de apoio político.

Percebe-se, desse modo, que a vedação das coligações nas eleições proporcionais trará impactos importantes, principalmente nos partidos pequenos, em virtude do quociente eleitoral, diminuindo-se, assim, a sua possibilidade de representatividade legislativa, corroborando, por conseguinte, com os objetivos da PEC de evitar a “proliferação partidária”.

A alteração no § 2º do art. 17 é a proposta mais drástica, uma vez que impõe barreiras estabelecendo que só terão funcionamento parlamentar os partidos políticos que, “a partir das eleições de 2018, obtiverem um mínimo de dois por cento dos votos válidos apurados nacionalmente, distribuídos em, pelo menos, quatorze unidades da Federação, com um mínimo de dois por cento dos votos válidos em cada uma delas” e “a partir das eleições de 2022, um mínimo de três por cento dos votos válidos apurados nacionalmente, distribuídos em, pelo menos, quatorze unidades da Federação, com um mínimo de dois por cento dos votos válidos em cada uma delas” (BRASIL, 2016).

Somente os partidos políticos que transpuserem essas barreiras terão um “tratamento diferenciado”, garantindo-se a eles, com exclusividade, direito à proposição de ações de controle de constitucionalidade; estrutura própria e funcional nas casas legislativas; participação na distribuição dos recursos do fundo partidário; e o acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei (BRASIL, 2016).

Os parágrafos 5º e 6º, a serem inseridos no respectivo dispositivo, estabelecem normas de fidelidade partidária, punindo, com a perda do mandato, os titulares que se desfiliarem dos partidos que os elegeram (exceção feita aos eleitos por partidos que não atingirem o direito ao funcionamento parlamentar²¹ e em caso de alteração ou desvio reiterado do programa partidário ou discriminação política pessoal grave) e, com a impossibilidade de sucessão, os vices e suplentes parlamentares que incorrerem em desfiliação (BRASIL, 2016).

Ainda que os proponentes, na exposição de motivos da PEC, afirmem que são

²¹ Neste aspecto, pertinente a crítica realizada por Nicolau (2006, p. 7), que expressa as consequências advindas das cláusulas de barreira, reconhecidas, inclusive pelos proponentes, ao preverem a excepcionalidade à desfiliação partidária: “Nesse cenário, não restaria outra opção aos deputados eleitos pelos partidos que não cumpriram as exigências a não ser migrarem para os partidos maiores. Do contrário, ficariam como deputados-zumbis, almas sem plenos direitos legislativos, condenadas a vagar pelos corredores do Legislativo”. Conforme a PEC, caso o eleito por partido que não atinja o funcionamento parlamentar a ele permaneça filiado, ser-lhe-á, por força do § 7º, assegurado o direito de participar de todos os atos inerentes ao exercício do mandato (se questiona a efetividade prática desta garantia). Migrando para outra legenda, não adquirem representatividade para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão, conforme previsão do § 8º.

“cláusulas de barreira” diferentes daquelas declaradas inconstitucionais pelo STF, por ocasião do julgamento conjunto das ADIns nº 1351/DF e 1354/DF, a natureza e os objetivos são os mesmos: restringir e dificultar o acesso à representatividade dos filiados aos partidos pequenos²². Naquela ocasião, o Supremo, por unanimidade, reconheceu que as cláusulas de barreira contidas na Lei nº 9.096/95 afrontavam o pluripartidarismo e o direito à representação política das minorias²³.

Percebe-se que as cláusulas de barreira representam verdadeira afronta ao Estado Democrático de Direito, indo de encontro a toda construção histórica da noção de democracia e dos direitos de participação política, uma vez que criam hipóteses de restrição e de tratamento diferenciado, com influência direta nas campanhas eleitorais, por exemplo, em benefício dos grandes partidos, inviabilizando o pluralismo político e a representação das minorias partidárias.

Müller (2010, p. 113-114), ao tratar de democracia e exclusão social, expressa que “a exclusão crescente da vida social, cultural e política; enfim, o enfraquecimento do sentimento de valor próprio, a falta de reconhecimento, tem como um de seus efeitos mais perversos a paralisação, enquanto seres políticos, das pessoas afetadas”.

Na esteira do que aponta o autor germânico, “o desfavorecimento, mesmo em apenas uma área parcial, produz uma ‘reação em cadeia de exclusão’ que resulta, não

²² As cláusulas declaradas inconstitucionais são as grifadas em negrito e estavam previstas nos seguintes termos: “**Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.** 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.** Art. 48. O partido registrado no Tribunal Superior Eleitoral que não atenda ao disposto no art. 13 tem assegurada a realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de dois minutos. Art. 49. O partido que atenda ao disposto no art. 13 tem assegurado: I - a realização de um programa, em cadeia nacional e de um programa, em cadeia estadual em cada semestre, com a duração de vinte minutos cada; II - a utilização do tempo total de quarenta minutos, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais. Art. 56. No período entre a data da publicação desta Lei e o início da próxima legislatura, será observado o seguinte: **(interpretação que elimina qualquer limite temporal)** Art. 57. No período entre o início da próxima Legislatura e a proclamação dos resultados da segunda eleição geral subsequente para a Câmara dos Deputados, será observado o seguinte: **(interpretação que elimina qualquer limite temporal)** II - vinte e nove por cento do Fundo Partidário será destacado para distribuição, aos Partidos que cumpram o disposto no art. 13 ou no inciso anterior, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados” (BRASIL, 1995).

²³ Na exposição de motivos, os proponentes utilizam-se das manifestações extra judiciais dos Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso como forma de referendá-la.

em último lugar, na ‘pobreza política’”, mas em uma dimensão muito mais perigosa, qual seja, a falta de equidade jurídica resultante de uma injustiça política (MÜLLER, 2010, p. 114).

Assim, a batalha no campo da política cede espaço ao terreno da violência, eis que, a partir disso, os grupos desvantajados (indefesos, pobres e marginais) deixam de contar com a proteção jurídica que lhes permita a participação nos rumos de seu país. O resultado, ainda que não seja crível, não visualizado pelos senadores proponentes, poderá chegar, nas palavras de Müller, 2010, p. 114) “à violência nas cidades (contra meninos de rua, favelados e outros), no campo (contra posseiros, sem-terra, índios e outros) e, em toda a parte, contra grupos e minorias (crianças, adolescentes, mulheres, homossexuais, população negra, comunidades indígenas, migrantes nordestinos)”.

A preocupação com esses resultados extremos se dá em virtude da proeminência, no contexto brasileiro, do sistema representativo, em detrimento ao modelo participativo-deliberativo que propiciaria a participação política desses grupos por intermédio, por exemplo, das audiências públicas e dos conselhos gestores de políticas públicas, ambos, no atual contexto, de baixíssimo engajamento por parte do cidadão, principalmente pela falta de políticas de incentivo por parte dos detentores do mandato de representação.

Gargarella (1999, p. 13-14), ao tratar dos déficits do sistema político representativo, tomando por base o estadunidense (assentado na plena representação de grupos internamente homogêneos e compostos por indivíduos com interesses próprios), afirma que este até poderia servir para resolver os problemas sociais presentes em uma sociedade pouco complexa.

Nas sociedades contemporâneas, porém, a exemplo das latino-americanas, marcadas pelo pluralismo e pela diversidade dos grupos que as compõem, como as minorias étnicas, raciais, sexuais e religiosas, além da heterogeneidade dos interesses destes grupos (como exemplo, pode-se vislumbrar a diversidade de interesses dentro de uma comunidade racial, a depender da condição social, econômica e religiosa de seus integrantes), o próprio sistema político representativo já se torna incapaz, na plenitude, de garantir sua representatividade em condições de igualdade, o que se torna ainda mais difícil com o estabelecimento de cláusulas de barreira (GARGARELLA, 1999, p. 15-16).

Como visto, a PEC apresenta restrições incompatíveis com as exceções

previstas na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, que, taxativamente, são as sete já apresentadas na seção anterior (em razão de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental e condenação penal), criando, como já assentado, tratamento desigual em favorecimento dos grandes partidos e inviabilizando, assim, a representatividade dos grupos desvantajados, o que a torna, por conseguinte, inconvenção²⁴.

Observa-se, nesse sentido, a falta de observância, por parte do Estado brasileiro (neste caso por ação do Poder Legislativo), da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e da interpretação dada a ela pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como diretrizes a pautar sua atuação, por uma concepção de dimensão objetiva desses direitos. Diz-se isso porque as decisões proferidas pela CIDH têm sido no sentido de garantia da ampla participação política dos cidadãos, a exemplo do caso *Yatama Vs. Nicarágua* (2005).

O caso, relatado por Cançado Trindade e sentenciado em 23 de junho de 2005, reportava-se ao controle concentrado de convencionalidade da lei eleitoral nicaraguense de 2000. Dentre outros dispositivos restritivos, a lei impunha, em seu art. 65.9, barreira ao reconhecimento de personalidade jurídica aos partidos políticos, estabelecendo que estes deveriam apresentar documento reconhecido, que contivesse o respaldo de “pelo menos três por cento (3%) de assinaturas de cidadãos, correspondente ao total de registrados na listagem de eleitores das últimas eleições nacionais” (CIDH, 2005).

Ademais, em seu art. 77.7, tal lei exigia que, para a apresentação de candidatos, o partido político deveria apresentar 3% de assinaturas de cidadãos identificados com o número de carteira de identidade, exceção feita aos partidos políticos que, nas últimas eleições nacionais, houvessem obtido um mínimo de 3% dos votos válidos nas eleições presidenciais (CIDH, 2005).

Indo além, a lei eleitoral, em seu art. 82, estabelecia barreira no sentido de que, para as eleições municipais, os partidos políticos deveriam inscrever candidatos em pelo menos 80% dos municípios e, pelo menos, em 80% do total das candidaturas (CIDH, 2005).

Assim, o Partido Político Regional Indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (YATAMA) teve indeferidas as candidaturas de seus representantes aos

²⁴ Acredita-se, também, em sua inconstitucionalidade, ao afrontar o pluralismo político-partidário previsto na Constituição.

cargos de prefeito, vice-prefeito e vereadores às eleições municipais de 2000, nas Regiões Autônomas do Atlântico Norte e do Atlântico Sul, por decisão do Conselho Supremo Eleitoral, com base na lei supra citada (CIDH, 2005).

Desse modo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por ocasião da apresentação da demanda à Corte, afirmou que “o Estado não previu um recurso que permitisse amparar o direito destes candidatos a participar e ser eleitos nas eleições municipais de 5 de novembro de 2000”, além de não adotar “medidas legislativas ou de outro caráter que fossem necessárias para fazer efetivos estes direitos”, não viabilizando “normas na lei eleitoral a fim de facilitar a participação política das organizações indígenas nos processos eleitorais da Região Autônoma da Costa Atlântica da Nicarágua, de acordo com o direito consuetudinário, os valores, usos e costumes dos povos indígenas que a habitam” (CIDH, 2005).

Ao impor cláusulas de barreira, o Estado da Nicarágua adotou tratamento desigual, desprestigiando minorias desvantajadas, no caso, os grupos indígenas, dificultando seu acesso aos cargos eletivos. Assim, a Corte invocou o princípio da proteção igualitária, efetiva e não-discriminatória da lei, ressaltando tratar-se de um princípio de direito imperativo, consagrado nos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos e desenvolvido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência internacionais (CIDH, 2005).

Em consequência dele, os Estados-partes da CADH têm a obrigação de, além de não aprovarem normas discriminatórias, eliminar as que assim o forem, combatendo todas as práticas nesse sentido, estabelecendo, para isso, normas e todas as outras medidas necessárias para a efetiva igualdade de todas as pessoas (CIDH, 2005).

A CIDH, no presente caso, enfrentou matérias fundamentais ao assentamento dos direitos de participação política no Sistema Interamericano, principalmente no que tange à natureza dos direitos políticos em uma sociedade democrática, o conteúdo desses direitos e às obrigações dos Estados-partes na sua garantia.

Quanto à *natureza dos direitos políticos* no contexto de uma sociedade democrática, a CIDH assentou que estão intimamente ligados à democracia representativa, princípio reafirmado pelos Estados americanos²⁵, e que estes direitos,

²⁵ Para tanto, basta observar o Art 3, da Carta Democrática Interamericana, aprovada em 11 set. 2001, pelos ministros de relações Exteriores das Américas, com validade para o Estado brasileiro, no qual se elenca o seguinte: “**são elementos essenciais da democracia representativa**, entre outros, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, **o acesso ao poder** e seu exercício com

protegidos pelos instrumentos internacionais, propiciam o fortalecimento do Estado democrático e o pluralismo político, vetores a serem seguidos pelos Estados-membros do sistema interamericano, externando a dimensão objetiva desses direitos e o correspondente dever de proteção estatal.

No tocante ao *conteúdo dos direitos políticos*, a CIDH assentou que a CADH expressa a ampla possibilidade de participação política, compreendido o direito a votar e ser eleito, com acesso às funções públicas em condições de igualdade e não-discriminação, a serem garantidas pelos Estados-partes. Esses direitos também devem englobar um arcabouço para que as pessoas possam, individualmente ou de forma organizada, influir na formação política estatal, por intermédio de mecanismos de participação direta (CIDH, 2005).

Contraopondo-se aos ideais da PEC nº 36/2016, a CIDH estabeleceu que os direitos de participação política possuem uma dimensão individual e social, representada pelo exercício da possibilidade de votar e de ser eleito, em condições de igualdade, tanto para quem vota, quanto para quem é votado, garantindo-se o pluralismo político, o que engloba, por sua vez, o pluralismo político-partidário.

No que tange à *obrigação de garantia do gozo dos direitos políticos*, a CIDH entendeu que esta obrigação não se resume a uma simples emissão normativa de reconhecimento desses direitos, mas à necessidade de se tomarem as medidas necessárias à garantia de seu pleno exercício, inclusive daqueles em situação de debilidade ou desamparo, membros de determinados setores ou grupos sociais desvantajados (CIDH, 2005).

Nesse sentido, os Estados-partes não podem limitar o pleno alcance dos direitos políticos por intermédio de atos (barreiras) que se convertam em um impedimento à participação política dos cidadãos, tampouco que a tornem mera ilusão, privando, por conseguinte, os direitos de seu conteúdo essencial (CIDH, 2005).

Ainda que a CIDH reconheça a possibilidade de restrição a estes direitos, por intermédio da aplicação de requisitos, sua regulamentação legal deve atender aos princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade, dentro das sete hipóteses taxativas previstas no art. 23 da CADH (CIDH, 2005)²⁶.

sujeição ao Estado de direito, a celebração de eleições periódicas, livres, justas e baseadas no sufrágio universal e secreto como expressão da soberania do povo, **o regime pluralista de partidos e organizações políticas**, e a separação e independência dos poderes públicos” (Grifou-se) (OEA, 2001).

²⁶ Corroboração com a posição da CIDH o Conselho de Direitos Humanos da ONU, o qual, em sua

Desse modo, a Corte considerou que as cláusulas de barreira impostas na Lei Eleitoral Nicaraguense de 2000 restringiram o gozo dos direitos políticos por parte dos membros das comunidades indígenas e étnicas, tanto que, no curso do processo na CIDH, a Corte Suprema de Justiça da Nicarágua declarou inconstitucionais os dispositivos do referido diploma legal, no que tange aos requisitos para ser eleito, em especial a apresentação dos 3% de assinaturas dos cidadãos para apresentar candidatos (CIDH, 2005).

Indo além, a Corte Interamericana destacou que a lei nicaraguense somente permitia a participação nos processos eleitorais por intermédio de partidos políticos, o que ignora os costumes, a organização e a cultura dos candidatos oriundos de comunidades étnicas e indígenas. Ademais, a CIDH ressaltou que não há, na CADH, nenhum elemento que sustente a imposição estatal de que os cidadãos somente possam exercer o direito de se candidatar por intermédio de um partido político²⁷, ainda que se reconheça a importância destes no desenvolvimento e no fortalecimento da democracia.

Em síntese, reconheceu a violação aos direitos de participação política dos membros do partido YATAMA, responsabilizando o Estado da Nicarágua e impondo uma série de medidas estruturantes²⁸, dentre as quais a compatibilização do ordenamento jurídico interno à CADH, de forma a permitir a amplitude desses direitos.

Percebe-se, diante disso, o quanto a PEC nº 36/2016 caminha na contramão do entendimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, afrontando não apenas a Convenção Americana, mas também a interpretação dada a ela pela CIDH, ao autorizar distinções entre partidos políticos para fins de funcionamento parlamentar, com base em desempenho eleitoral.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observação Geral nº 25, elencou que “o direito das pessoas a se apresentar a eleições não deverá se limitar de forma excessiva por meio do requisito de que os candidatos sejam membros de partidos ou pertençam a determinados partidos. Toda exigência de que os candidatos contem com um mínimo de partidários para apresentar sua candidatura] deverá ser razoável e não constituir um obstáculo a essa candidatura” (ONU, 1996).

²⁷ A Corte voltou a enfrentar a questão no caso *Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos* (2008). Neste, a CIDH considerou legítima a realização de candidaturas tanto de modo independente (direta), quanto por intermédio de partidos políticos, o que não violaria a CADH a exigência mexicana de prévia filiação partidária para concorrer aos cargos eletivos.

²⁸ A propósito da Corte Interamericana de Direitos Humanos como indutora de políticas públicas estruturantes, ver Leal e Alves (2015).

Diante do que foi exposto, verifica-se que a construção da noção de democracia é constante no decorrer da história, enfrentando momentos de ascensão e de declínio, porém sempre se sobressaindo aos regimes antidemocráticos.

Seja diretamente ou por intermédio de representantes, o homem sempre lutou e buscou, eis que inerente à sua própria condição, participar dos rumos sociais do local onde vive, não apenas votando ou sendo votado, em condições de igualdade, constituindo, assim, o cerne dos direitos de participação política, mas em um sentido mais amplo como o empoderamento por intermédio dos instrumentos participativo-deliberativos.

Estes direitos passaram a ser reconhecidos e protegidos tanto pelo sistema internacional de proteção/promoção dos direitos humanos (nas declarações de direitos e nas convenções internacionais), quanto no âmbito interno, integrando o rol de direitos fundamentais nas Constituições de grande parte dos Estados democráticos, a exemplo do Brasil.

Na sociedade contemporânea, marcada pelo pluralismo (inclusive partidário) e pela diversidade, marca fundamental à democracia, os grupos desvantajados, as minorias, devem ter seus direitos protegidos, incluindo-se, aqui, os partidos políticos pequenos, eis que, muitas vezes, representam os interesses dessas minorias.

Na contramão dessa necessidade e dever estatal, apresentou-se, no Senado Federal, a PEC nº 36/2016, impondo barreiras aos partidos políticos baseadas no seu “desempenho eleitoral”, em decorrência das quais importará tratamento diferenciado discriminatório em desfavor das minorias partidárias.

Em ocasião anterior, as cláusulas de barreiras já apresentadas por intermédio de lei ordinária foram declaradas inconstitucionais, por unanimidade, pelo Supremo Tribunal Federal, por contrariarem os preceitos do Estado Democrático de Direito e o pluralismo partidário.

Ainda assim, a PEC foi apresentada, trazendo, em sua exposição de motivos (o principal deles evitar o que os proponentes chamam de “proliferação partidária”), opiniões pessoais, extra-judiciais, de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal favoráveis às tais cláusulas, como forma de buscar referendar a proposta, nascida de um suposto “apelo popular” por reforma política, num contexto de grave crise político-institucional.

Frente a isso, buscou-se resposta ao problema que ensejou a presente pesquisa, analisando-se a compatibilidade da PEC nº 36/2016 com os instrumentos

internacionais de proteção aos direitos humanos, em especial a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, e a interpretação dada a ela pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Verificou-se, em sede de resultados e considerações conclusivas, que a CIDH já enfrentou a questão das cláusulas de barreira por ocasião do julgamento do caso *Yatama Vs. Nicarágua*, em 2005, declarando que condições restritivas desproporcionais e fora das sete hipóteses previstas na CADH violam os direitos de participação política previstos nesse dispositivo, principalmente quando se trata de minorias e grupos em situação de vulnerabilidade, o que nos faz assentar o entendimento pela sua inconveniência, contribuindo, assim, à comunidade acadêmico-científica e ao surgimento de futuros debates.

Por derradeiro, percebe-se a ausência de uma cultura voltada à observância das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão legítimo para interpretar a CADH, buscando-se a compatibilização dos atos do Poder Público aos preceitos contidos nos instrumentos internacionais de que o Brasil seja parte, aplicando-se, assim, um controle interno e preventivo de convencionalidade destes atos.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: EdUNB, 1985.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Qual democracia?* Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2014.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. v. I. Trad. Carmen C Varriale et al. Brasília: EdUNB, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. *Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932*. Decreta o Código Eleitoral (Revogado). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992a*. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992b*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. *Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. *Proposta de Emenda à Constituição nº 36/2016*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126473>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

CARPIZO, Jorge. *El contenido Material de la democracia: tendencias actuales del Constitucionalismo Latinoamericano*. In: BOGDANDY, Armin von. PIOVESAN, Flavia. ANTONIAZZI, Mariela Morales (Orgs.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARREIRÃO, Yan de Souza. *Ideologia e partidos políticos: um estudo sobre coligações em Santa Catarina*. In: *Revista Opinião Pública*. v. 12. n. 1. Campinas, 2006.

CIDH. *Caso Yatama Vs. Nicarágua*. Julgamento em: 23 junho de 2005. Relator: Antonio Augusto Cançado Trindade. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2016.

CONJUR. *Barroso defende cláusula de barreira para evitar a proliferação de partidos*. Matéria de Fernando Martines. Edição de 17 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-17/barroso-defende-clausula-barreira-excesso-partidos>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: EdUNB, 2001.

DALMORO, Jefferson; FLEISCHER, David. *Eleição proporcional: os efeitos das coligações e o problema da proporcionalidade*. In: KRAUSE, Silvana; SCHMITT, Rogério (Orgs.). *Partidos e coligações eleitorais no Brasil*. São Paulo: EdUNESP, 2005.

FREITAS, Daniel Dottes de. *A participação política no contexto da proibição de retrocesso social*. In: GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos Humanos e Participação Política*. v. II. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011.

GARGARELLA, Roberto. *Introducción*. In: _____ (Comp.). *Derecho y grupos desfavorecidos*. Barcelona: Gedisa, 1999.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare Alves. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como indutora de políticas públicas estruturantes: o exemplo da educação em direitos humanos - uma análise dos casos Ximenes Lopes*

e Gomes Lund versus Brasil - perspectivas e desafios ao cumprimento das decisões. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. n. 15., 2015. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/318>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

LEAL, Rogério Gesta. *As múltiplas cidadanias no Brasil: aspectos integrativos e fundamentalizantes sob a perspectiva constitucional*. In: MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes; AGUIAR, Renan; GARCIA, Ivan Simões (Orgs). *Estado, Direito e Democracia: Perspectivas contemporâneas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MACHADO, Aline. *A lógica das coligações no Brasil*. In: KRAUSE, Silvana; SCHMITT, Rogério (Orgs.). *Partidos e coligações eleitorais no Brasil*. São Paulo: EdUNESP, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *A democracia em face da exclusão social*. In: BOGDANDY, Armin von. PIOVESAN, Flavia. ANTONIAZZI, Mariela Morales (Orgs.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NICOLAU, Jairo. *Cláusula de Barreira em 2006*. In: *Jornal O Globo*, edição de 24 de agosto de 2006.

OEA. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 29 jul 2016.

_____. *Carta Democrática Interamericana*. Aprovada em 11 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm>. Acesso em: 29 jul 2016.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 29 jul 2016.

_____. *Comentário Geral nº 25 do Comitê dos Direitos Humanos, 1996*. Disponível em: <<http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom25.html>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

ORTEGA Y GASSET, José. *A Rebelião das Massas*. Trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PICADO, Sônia. *Derechos políticos como derechos humanos*. In: NOHLEN, Dieter et al (Comp). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. 2. ed. Ciudad de México: IDEA, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão*. In: ZIEMANN, Aneline dos Santos; ALVES, Felipe Dalenogare. *A jurisdição constitucional e dos direitos fundamentais nas relações privadas: questões contemporâneas*. São Paulo: PerSe, 2014.

SCHMITT, Rogério. *Os estudos sobre alianças e coligações eleitorais na Ciência Política brasileira*. In: KRAUSE, Silvana; SCHMITT, Rogério (Orgs.). *Partidos e coligações eleitorais no Brasil*. São Paulo: EdUNESP, 2005.

STF. *Presidente do STF defende reforma política na conferência nacional da OAB*. Publicado em: 20 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=277891>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1351/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em: 7 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1351%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1351%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/apt5am6>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1354/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em: 7 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1354&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

TSE. *Presidente do TSE defende nova cláusula de barreira para conter a criação de partidos políticos*. Publicado em: 10 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2015/Marco/presidente-do-tse-defende-nova-clausula-de-barreira-para-conter-a-criacao-de-partidos-politicos>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

Recebido em 05/01/2017
Aprovado em 29/08/2017
Received in 05/01/2017
Approved in 29/08/2017