

**RESTRIÇÕES ÀS PRERROGATIVAS PARTIDÁRIAS COM BASE EM DESEMPENHO ELEITORAL: Características comuns às Cláusulas de Barreira, de Desempenho e Quocientes Eleitorais.**

**PERFORMANCE-RELATED LEGAL CONSTRAINTS TO POLITICAL PARTIES: Common characteristics to *Performance Clauses, Barrier Clauses and Electoral Quotients.***

ANTONIO GELIS FILHO

Advogado, pós-graduando do 4º Curso de Direito Eleitoral e Processual Eleitoral da EJEP/EPM, Doutor em Administração pela FGV-EAESP. Professor dos cursos de Graduação em Administração Pública, Graduação em Administração de Empresas e do Mestrado Profissional em Gestão de Políticas Públicas da FGV-EAESP.

**RESUMO**

A Emenda Constitucional nº 97/2017 introduziu em nosso ordenamento constitucional o mecanismo das cláusulas de desempenho, consistente na determinação de patamar de performance partidária eleitoral e de consequências por seu não atingimento. O mecanismo é de grande importância para o Direito Eleitoral, mas seu conceito e natureza jurídica não estão claros na doutrina. Neste trabalho é apresentada proposta de conceituação de cláusulas de barreira, de desempenho e quocientes eleitorais como espécies do gênero *restrições às prerrogativas partidárias com base no desempenho eleitoral*. A estrutura geral de tais restrições é também discutida, em um esforço para se estabelecer bases científicas sobre as quais discutir instituto jurídico tão importante nos regimes democráticos.

**Palavras-chave:** Cláusula de desempenho. Cláusula de barreira. Quociente eleitoral. Restrições partidárias. Emenda Constitucional nº 97.

**ABSTRACT**

The Constitutional Amendment n. 97/2017 has introduced in the Brazilian Constitution the mechanism known as electoral threshold, which can be literally translated from their denomination in Portuguese as “performance clauses”. They consist in the triggering of legal consequences to parties that fail to reach an established threshold of electoral performance. The mechanism is quite important to Election Law, but it has not been adequately explored by the legal literature. In this work, it is presented the idea of performance clauses, barrier clauses and electoral quotients as species belonging to the genus *performance-related legal constraints to political parties*. The general framework for such constraints is then explained, in an effort to identify the scientific basis for the understanding of such legal categories, which are essential for democratic regimes.

**Keywords:** Electoral threshold. Electoral quotient. Legal constraints to political parties. Constitutional Amendment n. 97.

# **RESTRIÇÕES ÀS PRERROGATIVAS PARTIDÁRIAS COM BASE EM DESEMPENHO ELEITORAL: Características comuns às Cláusulas de Barreira, de Desempenho e Quocientes Eleitorais.**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Das cláusulas de barreira, cláusulas de desempenho e quocientes eleitorais como espécies do gênero *restrições às prerrogativas partidárias com base em desempenho eleitoral*. 3 Estrutura geral das Restrições Partidárias por Desempenho Eleitoral. 3.1 Circunscrição e eleição de verificação do desempenho eleitoral. 3.2 Critérios de desempenho exigidos. 3.3 Consequências do não atingimento dos critérios de desempenho. 3.4 Restrições Partidárias com base no Desempenho Eleitoral: um gênero em evolução? 4. Da PEC 36/2016 à EC 97/2017 5. Conclusão. REFERÊNCIAS.

## **1. INTRODUÇÃO**

No dia 04 de outubro de 2017 foi aprovada a Emenda Constitucional nº 97<sup>1</sup>. Introduzia em nosso ordenamento constitucional vigente, explicitamente, o mecanismo da cláusula de desempenho. Esse mecanismo consiste na redução de prerrogativas partidárias caso a votação do partido não atinja patamares estabelecidos. Mas tal introdução na ordem constitucional não significou introdução em nosso ordenamento como um todo, pois, como veremos, a cláusula de desempenho já existe na legislação eleitoral infraconstitucional. Ademais, o texto original da Lei 9.096/95, a Lei dos Partidos Políticos, estabelecia cláusula de desempenho. O dispositivo, porém, foi declarado inconstitucional pelo STF em dezembro de 2006<sup>2</sup>, no julgamento da ADI 1.351-3.

Textos constitucionais de nosso passado traziam cláusulas de barreira, instituto próximo e que merece ser estudado em conjunto com as cláusulas de desempenho e quocientes eleitorais. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº1 de 1969 previam-nas<sup>3</sup>.

A Constituição de 1967, em seu texto original, estabelecia, em seu art. 149, que “[a] organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios: (...)VII - exigência de dez por cento do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em dois terços dos Estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles, bem assim dez por cento de deputados, em, pelo menos, um terço dos Estados, e dez por cento de senadores.

---

<sup>1</sup> Doravante identificada por “EC 97”.

<sup>2</sup> Lei 9.096/95. “CAPÍTULO II - Do Funcionamento Parlamentar. Art. 12. O partido político funciona, nas Casas Legislativas, por intermédio de uma bancada, que deve constituir suas lideranças de acordo com o estatuto do partido, as disposições regimentais das respectivas Casas e as normas desta Lei. Art. 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”.

<sup>3</sup> Como veremos, mais do que cláusulas de barreira, tais dispositivos eram condições para a existência de partidos políticos, verdadeiras *cláusulas de barreira* para a entrada de um partido na vida política nacional.

Já a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, previa em seu art. 152 que “A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios: (...)VII - exigência de cinco por cento do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos, pelo menos, em sete Estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles”.

Em relação à Constituição de 1988, o texto do artigo 17 modificado pela EC 97 passou a exibir a seguinte redação, nos dispositivos que se referem ao mecanismo da cláusula de desempenho:

“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 Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente:

I - obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

II - tiverem eleito pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação. (...)

§ 5º Ao eleito por partido que não preencher os requisitos previstos no § 3º deste artigo é assegurado o mandato e facultada a filiação, sem perda do mandato, a outro partido que os tenha atingido, não sendo essa filiação considerada para fins de distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão.”

Os patamares de votação contidos nos dispositivos indicados acima referem-se somente às eleições a serem realizadas a partir de 2030. Isso porque o texto da EC 97 contém regras de transição<sup>4</sup>, curiosamente não integradas sequer aos Atos das

---

<sup>4</sup> EC 97 - Art. 3º O disposto no § 3º do art. 17 da Constituição Federal quanto ao acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão aplicar-se-á a partir das eleições de 2030. Parágrafo único. Terão acesso aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão os partidos políticos que: I - na legislatura seguinte às eleições de 2018: a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou b) tiverem eleito pelo menos nove Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação; II - na legislatura seguinte às eleições de 2022: a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 2% (dois por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou b) tiverem eleito pelo menos onze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação; III - na legislatura seguinte às eleições de 2026: a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 2,5% (dois e meio por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou b) tiverem eleito pelo menos treze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

Disposições Constitucionais Transitórias, a despeito de sua importância fundamental para a vida política nacional. Essas regras determinam elevação gradativa dos patamares de desempenho eleitoral, com aumento a cada eleição para a Câmara dos Deputados a partir de 2018.

É importante notar que no art. 17 da CR/88 há dois mecanismos alternativos e independentes para avaliação do desempenho partidário. O primeiro refere-se à porcentagem de votos válidos obtidos pelo partido em questão nas eleições para Câmara dos Deputados e sua distribuição geográfica (CF, art.17, §3º, I). O segundo, ao número de Deputados Federais eleitos pelo partido e sua distribuição geográfica (CF, art.17, §3º, D). Assim, podemos afirmar que a EC 97 introduziu em nosso ordenamento não uma, mas duas cláusulas de desempenho. Poder-se-ia argumentar tratar-se de uma única cláusula com patamares alternativos de ultrapassagem. Mas, como veremos adiante, uma cláusula de desempenho possui uma estrutura tal que a existência de dois patamares distintos caracteriza a existência de duas cláusulas.

A discussão sobre as cláusulas de desempenho tem sido, infelizmente, eivada de confusões terminológicas, e mais ominosamente, de confusões conceituais. Um exemplo de tal confusão é a utilização, de forma indiferente, das expressões “cláusula de barreira” e cláusula de desempenho”, mesmo nas fontes mais insuspeitas. Dois exemplos ilustram bem a situação.

O primeiro exemplo vem do Glossário Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral, o qual afirma que a “cláusula de barreira é também conhecida como cláusula de exclusão, ou ainda cláusula de desempenho. Trata-se de uma norma que nega funcionamento parlamentar ao partido que não tenha alcançado determinado percentual de votos<sup>5</sup>”.

O segundo exemplo de uso alternativo das duas expressões pode ser encontrado no texto inicial da Proposta de Emenda Constitucional, de autoria do Senador Ricardo Ferraço, que tramitaria pelas casas até ser aprovada como EC 97<sup>6</sup>. Na justificativa da PEC, o autor utiliza os termos de forma sinônima:

“Refiro-me à conveniência de se introduzir a cláusula de barreira, surgida como primeira experiência na Alemanha pós-guerra e que hoje vigora em cerca de 44 países. Também denominada cláusula de exclusão ou de desempenho, trata-se de uma regra que condiciona o funcionamento parlamentar do partido político ao seu desempenho nas urnas”.

Comparemos essa compreensão com a explicação de Jairo Nicolau (2017, p.9):

“Cláusula de Barreira: Patamar mínimo de votos que um partido precisa ultrapassar para participar da distribuição de cadeiras do Legislativo. Pode ser adotado em âmbito nacional ou regional. A mais conhecida, de 5%, é adotada na Alemanha. ”

---

<sup>5</sup> Tribunal Superior Eleitoral. Glossário Eleitoral. **Cláusula de barreira**. Disponível no <http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos-iniciados-com-a-letra-c>. Acesso em 21.09.2018.

<sup>6</sup> BRASIL. Senado Federal. Gabinete do Senador Ricardo Ferraço. **Proposta de Emenda à Constituição nº 36, de 13.07.2016**. “Altera os §§ 1º, 2º, e 3º do art. 17 da Constituição Federal e a ele acrescenta os §§ 5º, 6º, 7º e 8º, para autorizar distinções entre partidos políticos, para fins de funcionamento parlamentar, com base no seu desempenho parlamentar”.

“Cláusula de Desempenho: Patamar mínimo de votos que um partido precisa ultrapassar para ter acesso a recursos do Fundo Partidário, ao horário político e a benefícios no Legislativo. Diferentemente da cláusula de barreira, permite que os partidos que não atingiram o patamar participem da distribuição de cadeiras.”

Temos, portanto, duas abordagens. A primeira, exemplificada pelos textos do Glossário Eleitoral do TSE e do Avulso Inicial da PEC 36/2016, considera as expressões cláusula de barreira e cláusula de desempenho como sinônimos; a segunda, explicada por Jairo Nicolau, percebe dois conceitos inteiramente distintos. A primeira origina-se do universo dos operadores do Direito e responde às necessidades pontuais da prática; a segunda vem do universo dos estudos acadêmicos sobre sistemas eleitorais e busca a precisão necessária para compreender diferentes manifestações de um mesmo fenômeno em contextos distintos.

O Direito, como ciência da lógica e da linguagem que é, preza pela precisão conceitual. A atual situação de confusão terminológica acima exposta, portanto, não parece ser prática aceitável ou sequer admissível. Não apenas por questões de precisão científica abstrata, mas também e talvez principalmente pelas implicações práticas. Como debater de forma minimamente proveitosa, se os debatedores se referirem indistintamente a mecanismos legais de consequências completamente distintas?

A busca por tal precisão conceitual e terminológica não constitui mero bizantinismo acadêmico. Ninguém ousaria dizer que não poder assumir um determinado mandato e que poder assumi-lo com algumas limitações ao exercício parlamentar sejam situações idênticas, jurídica ou politicamente. A primeira situação caracterizaria cláusula de barreira; a segunda, de desempenho. Nomear de forma distinta aquilo que o é em sua natureza é um primeiro passo para a compreensão de qualquer fenômeno, e devemos fazê-lo também no estudo das restrições partidárias.

No restante deste texto, apresentamos tentativa de esclarecimento dessa situação, por meio da apresentação de uma classificação que possa tanto atender às necessidades da academia quanto ser útil para legisladores e operadores do direito. Pretendemos apenas colaborar para que essa discussão seja colocada na pauta da doutrina jurídica na dimensão que sua importância exige, e não esgotar o assunto.

## **2. DAS CLÁUSULAS DE BARREIRA, CLÁUSULAS DE DESEMPENHO E QUOCIENTES ELEITORAIS COMO ESPÉCIES DO GÊNERO *RESTRIÇÕES ÀS PRERROGATIVAS PARTIDÁRIAS COM BASE EM DESEMPENHO ELEITORAL*.**

A confusão terminológica e conceitual envolvendo cláusulas de barreira e de desempenho é superável se buscarmos seu conteúdo comum. Para tanto, devemos compreendê-las como espécies de um gênero bem definido de institutos jurídicos, embora ainda não reconhecido como tal: as Restrições de Prerrogativas Partidárias com Base no Desempenho Eleitoral.

Cláusulas de barreira, cláusulas de desempenho e mesmo os quocientes eleitorais possuem uma lógica jurídica comum: reduzir prerrogativas partidárias com base no desempenho eleitoral do partido em questão. Estabelecem verdadeira condição para o exercício das prerrogativas, que somente pode ser superada com o atingimento de

determinados patamares de votação ou com o preenchimento de outros critérios também vinculados ao desempenho eleitoral. Sob essa perspectiva, podemos começar a enfrentar a questão de como diferenciá-las de forma científica.

Nem toda Restrição às Prerrogativas Partidárias, porém, tem por base o desempenho eleitoral. Um exemplo é a necessidade de representação no Congresso Nacional para que um partido político possa propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (CR/88, art. 103). À primeira vista, caracteriza cláusula de desempenho no sentido de vincular o exercício de determinada prerrogativa partidária ao desempenho eleitoral. Isso fica evidente se pensarmos que o constituinte poderia ter concedido a legitimidade ativa a qualquer partido político devidamente registrado no TSE, independentemente do desempenho eleitoral. É óbvio, porém, que a condição também poderia ser preenchida pela simples filiação de parlamentar protegido pelas causas de justificação de desfiliação sem perda de mandato. Sendo assim, trata-se de Restrição Partidária, mas não com base exclusivamente no desempenho eleitoral.

A natureza comum de tais mecanismos pode ser detalhada a partir da análise de sua estrutura geral, passo importante na construção da classificação aqui pretendida, e que enfrentaremos a seguir.

### **3. ESTRUTURA GERAL DAS RESTRIÇÕES PARTIDÁRIAS POR DESEMPENHO ELEITORAL**

Partindo da percepção de que cláusulas de barreira, cláusulas de desempenho e quocientes eleitorais são espécies do gênero *restrições às prerrogativas partidárias com base no desempenho eleitoral*, podemos analisar os componentes comuns a cada uma das espécies, de forma a caminharmos em direção a uma classificação lógica de tais mecanismos.

Quatro são esses componentes: (1) circunscrição de verificação do desempenho eleitoral; (2) eleição de verificação do desempenho eleitoral; (3) critério de avaliação de desempenho e (4) consequências do não atingimento dos critérios de desempenho.

#### **3.1 Circunscrição e eleição de verificação do desempenho e eleitoral**

Os dois primeiros elementos a serem analisados na estrutura de uma Restrição Partidária por Desempenho Eleitoral relaciona-se à circunscrição de verificação do desempenho eleitoral e a qual eleição se refere. Desafiam enfrentamento simultâneo em virtude de sua natureza.

Patamares eleitorais, em geral, são estabelecidos em relação a eleições proporcionais para parlamentos. Isso deriva de sua função: evitar a fragmentação partidária dos parlamentos, algo que preocupava particularmente a Alemanha do pós-guerra, desejava de evitar a chegada de partidos radicais ao poder.

Trata-se de necessidade óbvia a determinação da circunscrição e da eleição nas quais é aplicada uma Restrição Partidária por Desempenho.

No caso do quociente eleitoral em eleições brasileiras, temos que a circunscrição de verificação do desempenho eleitoral pode ser municipal ou estadual, no caso de eleições municipais ou gerais, respectivamente.

Já no caso das cláusulas de desempenho do art.17 da CR/88, a circunscrição de verificação é nacional, vinculada às eleições para a Câmara de Deputados.

Interessante problema advém da eleição em sistemas eleitorais mistos. Neles, parte das cadeiras é preenchida pelo sistema proporcional, parte pelo sistema majoritário. Essa regra geral comporta muitas variações. As principais variações dizem respeito à relação entre as duas eleições, a proporcional e a majoritária.

Nos sistemas eleitorais mistos paralelos, há um número fixo de cadeiras previamente alocado a cada uma das eleições. Um exemplo hipotético: em determinado país, há 100 cadeiras no parlamento. Cinquenta são alocadas por meio de eleição majoritária em cinquenta “distritos” eleitorais, cada um elegendo um representante; as cinquenta cadeiras restantes são eleitas pelo método proporcional, com votação em listas partidárias fechadas. Simples e intuitivo, gera, porém, um efeito colateral: a eleição distrital pode distorcer completamente a proporcionalidade dos votos partidários na eleição proporcional.

Alguns países consideram isso um problema. O mais conhecido exemplo talvez seja o da Alemanha, onde a proporcionalidade é mantida pela alocação de cadeiras “extra”; o resultado é um número variável de parlamentares (ZITTEL: 2018, 782-784). O número constitucional mínimo é de 598 parlamentares no Bundestag; o número atual, em virtude das compensações, é de 709.

Muito se fala a respeito da futura introdução do sistema eleitoral misto no Brasil. Em tal caso, como sugere o exemplo do complexo sistema alemão, profundas modificações nas Restrições Partidárias por Desempenho Eleitoral serão necessárias.

### **3.2 Critérios de desempenho exigidos**

Uma vez determinada a circunscrição de verificação do desempenho, o próximo elemento a caracterizar uma Restrição Partidária por Desempenho Eleitoral são os critérios de desempenho exigidos. Em nossas atuais cláusulas constitucionais de desempenho, por exemplo, são quatro os critérios de desempenho:

- a. Porcentagem dos votos válidos (CR/88, art. 17, §3º, I)
- b. Distribuição geográfica dos votos obtidos (CR/88, art. 17, §3º, I)
- c. Número de Deputados Federais eleitos. (CR/88, art. 17, §3º, II)
- d. Distribuição geográfica das Unidades da Federação pelas quais foram eleitos os Deputados Federais (CR/88, art. 17, §3º, II)

As cláusulas de desempenho recém-introduzidas incluem, portanto, critérios quantitativos e critérios geográficos.

Já em relação ao quociente eleitoral, o critério é unicamente quantitativo: divide-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior<sup>7</sup>.

Outros critérios podem ser utilizados pelo legislador na construção de Restrições Partidárias por Desempenho Eleitoral. O caso da Alemanha é bastante didático também neste aspecto (Zittel: 2018, 783). A cláusula de barreira do sistema eleitoral alemão é de 5% dos votos. Mas há uma “rota alternativa” ao redor da barreira, pois os partidos que elegem pelo menos duas cadeiras nas eleições majoritárias podem enviar seus representantes, mesmo que não tenham atingido o mínimo da cláusula de barreira, mas não participam da divisão de cadeiras distribuídas a mais para garantir a proporcionalidade; e os partidos que elegerem ao menos três parlamentares na eleição majoritária, ainda que não atinjam o patamar mínimo de votação nacional, enviarão seus representantes e participarão de eventual divisão de cadeiras extras. Trata-se, portanto, de cláusula de barreira imprópria, pois que atingindo a plenitude de seus efeitos apenas no caso de um partido não eleger qualquer representante nas eleições majoritárias.

Há também a possibilidade de cláusula de desempenho com critérios comparativos. É o caso da distribuição do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha. Dentro do estabelecido pela legislação respectiva, há aumento ou redução dos valores disponibilizados aos partidos a partir de seu desempenho eleitoral.

### **3.3 Consequências do não atingimento dos critérios de desempenho**

A premência da diferenciação entre os diferentes mecanismos de implementação de Restrições Partidárias por Desempenho Eleitoral jaz não apenas nas características discutidas acima, circunscrição e eleição de verificação do desempenho eleitoral e critérios de desempenho exigidos, mas também, e muito notavelmente, nas implicações muito distintas que podem surgir do insucesso eleitoral. São as consequências do não atingimento dos critérios de desempenho.

Uma consequência possível é simplesmente a exclusão do processo de alocação de cadeiras do candidato que obteve número de votos elevado, por vezes entre os mais votados de uma eleição, mas cujo partido não atendeu aos requisitos da Restrição Partidária vigente. Essa é a situação com o Quociente Eleitoral. Se não atingido, ainda que um candidato de determinado tenha sido o mais votado em toda a campanha, não obterá o mandato se seu partido não tiver atingido o quociente.

Outras possíveis consequências são restrição de acesso a recursos de fundos públicos, redução do acesso gratuito a Rádio e TV, imposição de nova causa para justificativa de desfiliação partidária de parlamentar sem perda de mandato, redução de prerrogativas do funcionamento parlamentar.

---

<sup>7</sup> Código Eleitoral, Lei nº 4.737/1965, art. 106.

A lista acima não é exaustiva. Na verdade, a partir da compreensão da estrutura básica das Restrições de Prerrogativas Partidárias por Desempenho Eleitoral, é possível a construção de diferentes mecanismos, permitindo assim o desenvolvimento de uma “engenharia jurídico-eleitoral” em bases mais científicas.

O Quadro 1 apresenta síntese da discussão.

	<b>Circunscrição de verificação do desempenho eleitoral</b>	<b>Critérios de desempenho exigidos</b>	<b>Consequências do não atingimento dos critérios de desempenho</b>
<b>Cláusula de Barreira de eleições para vereador e deputado.</b>  (“Quociente Eleitoral”)	Estadual, Distrital ou Municipal	Número de votos válidos/número de cadeiras	(1) Exclusão da casa parlamentar respectiva, a despeito do número de votos dos candidatos individualmente considerados
<b>Cláusula de Barreira do art. 108 da Lei 4737/1965</b> (Introduzido pela Lei 13.165/2015)	Estadual e Municipal	Porcentagem mínima de votos para o candidato em questão na eleição proporcional (10% do quociente eleitoral)	Não será considerado eleito, mesmo que a princípio tivesse direito a tanto pela alocação de cadeiras pelas “sobras”.
<b>Cláusula de Desempenho da CR/88, art. 17, §3º, I</b>	Nacional	Porcentagem e distribuição federativa de votos válidos	(1) Perda do direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. E (2) Justa causa para desfiliação
<b>Cláusula de Desempenho da CR/88, art. 17, §3º, II</b>	Nacional	Número e distribuição federativa de Deputados eleitos	
<b>Cláusula de desempenho infraconstitucional Fundo Partidário</b> (Lei 9.096/2017)	Nacional	Proporção de votos obtidos última eleição geral para a Câmara dos Deputados.	Redução dos valores recebidos.
<b>Cláusula de desempenho infraconstitucional FEFC</b> (Introduzido pela Lei 13.487/2017)	Nacional	Número de Deputados Federais e de Senadores eleitos e Votação de Deputados	Redução dos valores disponibilizados ao partido.

**QUADRO 1.** Características de diferentes espécies de Restrições às Prerrogativas Partidárias com Base em Desempenho Eleitoral. Elaborado pelo autor.

### 3.4 Restrições Partidárias com base no Desempenho Eleitoral: um gênero em evolução?

De todo o exposto acima, parece ser necessária a utilização de termos mais precisos do que aqueles até agora utilizados.

As expressões “cláusula de barreira” e “cláusula de desempenho” já parecem por demais consagradas para que se possa extirpá-las do uso corrente; mas os operadores e acadêmicos do Direito Eleitoral bem fariam se precisassem sua utilização, compreendendo-as não a partir de seus nomes, mas sim a partir de sua estrutura, como discutido acima. Quanto aos acadêmicos, fica o convite para a exploração do gênero Restrições de Prerrogativas Partidárias com Base em Desempenho Eleitoral como abrangendo as espécies aqui estudadas, Cláusula de Barreira, Cláusula de Desempenho e Quociente Eleitoral.

Trata-se, obviamente, de lista não exaustiva. Servindo-nos da metáfora biológica, o gênero mencionado está sujeito aos caprichos da evolução social e jurídica, que pode criar novas espécies de restrições. Podemos imaginar uma determinada restrição que, em circunstâncias excepcionais, obrigasse a fusão de partidos que não atingissem determinado patamar de votação, sob pena de extinção. Incompatível com as previsões do art.17, §1º da Constituição de 1988<sup>8</sup>, tal mecanismo hipotético de restrição constituiria uma “cláusula de fusão”. Na verdade, como vimos acima, semelhante a tal era a natureza dos brutais mecanismos de Restrição às Prerrogativas Partidárias previstos na Constituições de 1967 e na EC 01/1969.

É exatamente essa natureza mutante que exige a compreensão científica da estrutura e do conteúdo do instituto jurídico Restrições Partidárias com Base em Desempenho Eleitoral. De posse de critérios científicos, o operador do direito pode intervir na realidade jurídica de maneira mais cirúrgica e mais eficaz; o legislador pode construir seus edifícios legislativos sob bases mais sólidas; e pode o acadêmico, por fim, explorar sua essência em busca de melhores soluções para os problemas advindos das relações políticas, jurídicas e sociais que subjazem às expressões normativas.

---

<sup>8</sup> 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: (...) § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

#### 4. DA PEC 36/2016 À EC 97/2017

A análise do trâmite legislativo da Proposta de Emenda Constitucional nº 36/2016, de autoria do Senador Ricardo Ferraço<sup>9</sup>, desde o Avulso Inicial até sua aprovação como EC 97, mostra a transformação de uma Restrição Partidária por Desempenho Eleitoral que podia ser considerada cláusula de desempenho clássica naquilo que podemos chamar de cláusula de desempenho *sui generis*.

Quando de sua propositura, introduzia cláusula de desempenho *clássica* pois que determinava restrições às prerrogativas partidárias quando do não atingimento do patamar eleitoral estabelecido. Tais restrições consistiam na perda do direito, pelo partido que não atingisse os patamares previstos, à proposição de ações de controle de constitucionalidade; à estrutura própria e funcional nas casas legislativas; à participação da distribuição dos recursos do fundo partidário; e ao acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

O texto final, porém, reduziu as consequências do não atingimento do patamar eleitoral à perda do direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, e curiosamente, prevê o fato como justa causa para desfiliação de parlamentar por ele eleito.

O acesso gratuito ao rádio e televisão, porém, já foi abolido pela Lei nº 13.487/2017, tornando inócua a previsão, salvo se estendida temerariamente à propaganda eleitoral durante campanha.

A legislação estabelecendo a forma como se dará a distribuição de recursos do fundo partidário, levando-se em conta os efeitos da cláusula de desempenho, ainda não foi criada, dando margem a arguições judiciais; ademais, dois dias após a promulgação da EC/97, a Lei nº 13.488/2017 foi sancionada pelo Presidente da República, criando o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), sem qualquer menção a exclusão de partido pelo não atingimento dos patamares da cláusula de desempenho introduzida na antevéspera em nosso ordenamento constitucional. Ora, ou já nasceu inconstitucional a lei em questão, ou o FEFC não se inclui nas restrições mencionadas. Parece-nos fazer mais sentido a segunda interpretação, pois que a ampliação de restrição a partido nos parece violar o princípio do *in dubio pro voto*.

Finalmente, causa espécie a introdução de justa causa para desfiliação partidária ao parlamentar eleito por partido que não atingir a cláusula de desempenho. Se a ideia das Restrições Partidárias por Desempenho Eleitoral é justamente fortalecer os partidos coerentes política e ideologicamente, e estimular a integridade partidária, não faz sentido premiar o oportunismo político de seus integrantes.

Por essas razões, não seria talvez exagero denominar o mecanismo de Restrição Partidária por Desempenho Eleitoral, recém introduzido em nosso ordenamento, de *cláusula de confusão*, cabendo ao Poder Judiciário sanar as previsíveis dúvidas vindouras causadas por tal mecanismo, para evitar que essa alcunha se justifique.

---

<sup>9</sup> BRASIL. Senado Federal. Gabinete do Senador Ricardo Ferraço. Proposta de Emenda à Constituição nº 36, de 13.07.2016. “Altera os §§ 1º, 2º, e 3º do art. 17 da Constituição Federal e a ele acrescenta os §§ 5º, 6º, 7º e 8º, para autorizar distinções entre partidos políticos, para fins de funcionamento parlamentar, com base no seu desempenho parlamentar”.

O Quadro 2 resume a evolução da restrição Partidária por Desempenho Eleitoral durante seu trâmite.

	<b>Circunscrição de verificação do desempenho eleitoral</b>	<b>Critérios de desempenho exigidos</b>	<b>Consequências do não atingimento dos critérios de desempenho</b>
<b>Texto inicial da PEC 36</b>	Nacional	Obter, a partir das eleições de 2018 (2022), um mínimo de 2% (3%) dos votos válidos, apurados nacionalmente e distribuídos por pelo menos quatorze unidades da Federação, com um mínimo de 2% dos votos válidos em cada uma delas	Perda do direito do partido que não houver atingido os patamares previstos a:  I. Proposição de ações de controle de constitucionalidade  II. Estrutura própria e funcional nas casas legislativas  III. Participação da distribuição dos recursos do fundo partidário  IV. Acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei
<b>Texto final Cláusula de Desempenho da CR/88, art. 17, §3º, I</b>	Nacional	Obter, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% dos votos válidos em cada uma delas*.	(1) Perda do direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. (2) Justa causa para desfiliação
<b>Texto final Cláusula de Desempenho da CR/88, art. 17, §3º, II</b>	Nacional	Eleger pelo menos quinze Deputados Federais, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação*.	(1) Perda do direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. (2) Justa causa para desfiliação

**QUADRO 2.** Comparação das características do texto inicial da PEC 36 com o texto final aprovado como EC 97. Elaborado pelo autor. \* Patamares exigíveis apenas a partir de 2030, com regras de transição previstas na EC 97 para as eleições de 2018, 2022 e 2026.

## 5. CONCLUSÃO

A partir da identificação dos elementos definidores do gênero Restrições às Prerrogativas Partidárias com Base no Desempenho Eleitoral aqui expostos, o estudo das espécies que o compõem pode seguir critérios mais claros, reprodutíveis e criticáveis cientificamente. Torna-se possível, por consequência, uma discussão mais proveitosa de sua natureza e de suas implicações jurídicas, bem como a construção de mecanismos para o aperfeiçoamento de nosso sistema eleitoral que sejam mais eficientes e democráticos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Câmara Notícias. **Funcionamento parlamentar na Câmara**. 06.10.2006. Disponível no URL <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/NAO-INFORMADO/93789-FUNCIONAMENTO-PARLAMENTAR-NA-CAMARA.html>

BRASIL. Senado Federal. Gabinete do Senador Ricardo Ferraço. **Proposta de Emenda à Constituição nº 36, de 13.07.2016**. “Altera os §§ 1º, 2º, e 3º do art. 17 da Constituição Federal e a ele acrescenta os §§ 5º, 6º, 7º e 8º, para autorizar distinções entre partidos políticos, para fins de funcionamento parlamentar, com base no seu desempenho parlamentar”.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351-3/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 07.12.2006; pub. DJ 30.03.2007.

COUNCIL OF EUROPE. **Venice Commission. Study nº 485/2008**. Report on thresholds and other features of electoral systems which bar parties from access to parliament. Strasbourg, 15 March 2010.

NICOLAU, Jairo. **Representantes de quem? Os (des)caminhos de seu voto da urna à Câmara dos Deputados**. Rio de Janeiro, Zahar, 2017.

ZITTEL, Thomas. Electoral Systems in Context: Germany. In: HERRON, Erik S.; PEKKANEN, Robert J.; SHUGART, Matthew S. (Eds.). **The Oxford handbook of electoral systems**. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 781-802.