

Economic Analysis of Law Review

A Nova Cláusula de Desempenho e a Cláusula de Desempenho que o STF Não Decidiu: Fragmentação partidária ou livre participação das minorias?

Marilda de Paula Silveira¹
*Instituto Brasiliense de Direito Público -
IDP*

Mariana Albuquerque Rabelo²
Universidade de Brasília - UNB

RESUMO

Pelo presente artigo pretende-se analisar os fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade das normas que estabeleciam instrumentos considerados *cláusula de desempenho* para as agremiações partidárias. Avalia-se a conveniência *de lege ferenda* para fixação de uma nova cláusula de desempenho e os parâmetros de constitucionalidade, tomando como pressuposto a teoria da representação no sistema partidário brasileiro.

Palavras-chave: reforma política; partidos políticos; cláusula de desempenho.

JEL: K21, L49

ABSTRACT

This article intends to study political reform, regarding, in an specific matter that is the election threshold. We intend to study this ideia based upon classic theory of representation and its effects in political parties. Also, the study will analyze the considerations from Supreme Court in Brazil (Supremo Tribunal Federal) to judging unconstitutional the article that fixed election threshold. In fact, we don't understand that election threshold is a bad ideia for democracy, but it is necessary to create a new way of doing this. It will make democracy stronger and better in Brazil. Analyzing each of the votes regarding unconstitutionality can help to solve this problem and find a better way for political parties system.

Keywords: political reform; political parties; election threshold

R: 02/05/18 **A:** 03/08/18 **P:** 31/08/18

¹ E-mail: marilda.silveira@idp.edu.br

² E-mail: marianabrg@hotmail.com

1. Introdução e Contextualização: como a fragmentação partidária se sustentou até aqui.

Não demorou muito, desde o julgamento das ADIs 1351 e 1354, no final de 2006, para que se iniciasse o debate sobre o acerto ou desacerto da decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos que estabeleciam um sistema legal de *cláusula de barreira* ou *cláusula de desempenho*³.

Toda a crítica e a demanda por uma norma que iniba a criação e perpetuação de novos partidos têm três fundamentos centrais: i) ampliação da estabilidade política e da governabilidade em função da facilitação do diálogo entre executivo e legislativo; ii) eliminação das “legendas de aluguel” que corrompem o sistema pela venda de seus ativos (tempo de televisão, dinheiro e posição nas casas legislativas); iii) enfraquecimento dos “donos de legenda” cujo objetivo não é o fortalecimento partidário, mas usufruir do acesso ao dinheiro do partido e do poder que a posição lhe garante.

Toda essa temática já era preocupação quando do julgamento de referidas ADIs, tendo em vista que, naquele momento, 29 (vinte e nove) partidos tinham registro deferido pelo Tribunal Superior Eleitoral, aptos a “participar do processo eleitoral, receber recursos do fundo partidário e ter acesso gratuito ao rádio e à televisão” (art. 7º, § 2º e 3º da Lei 9.096/97). Não obstante, diante da severidade da cláusula de desempenho prevista nos arts. 13, 41, 48, 49 e 57 da Lei 9.096/95, o STF entendeu que a norma não passava pelo filtro de constitucionalidade por violar o art. 17 da CR, o pluralismo político, o dever de preservação das minorias, a proporcionalidade e, ainda por inexistir previsão constitucional expressa para tanto.

Naquele contexto, o Relator Min. Marco Aurélio, registrava que “apenas sete partidos” conseguiriam ultrapassar a cláusula de desempenho de 5% dos votos válidos distribuídos em 9 estados com, no mínimo, 2% em cada estado. Relata os seguintes partidos capazes de alcançar, naquele momento, os requisitos previstos naquela cláusula de desempenho: PT (14,49% dos votos), PMDB (14,51% dos votos), PSDB (13,76% dos votos), PFL (10,88% dos votos), PP (7,11% dos votos), PSB (6,21% dos votos) e PDT que “passando rente à trave”, segundo o próprio Ministro, alcançou 5,19% dos votos.

Significava dizer que os outros 22 (vinte e dois) partidos não teriam funcionamento parlamentar, além de acessar apenas e tão somente a 1% do Fundo Partidário, dividido entre todos os partidos, além de 2 (dois) minutos de propaganda em bloco. Esses partidos nem sequer chegavam a ultrapassar o primeiro requisito de percentual de votação: 1) PTB (4,72%), 2) PL (4,35%), 3) PPS (3,99%), 4) PV (3,65%), 5) PC do B (2,12%), 6) PSC (1,86%), 7) PSOL (1,23%), 8) PRONA (0,97%), 9) PMN (0,94%), 10) PTC (0,86%), 11) PHS (0,46%), 12) PSDC (0,38%), 13) PT do B (0,32%), 14) PAN (0,32%), 15) PRB (0,25%), 16) PRP (0,25%), 17) PSL (0,20%), 18) PRTB (0,18%), 19) PTN (0,16%), 20) PSTU (0,11%), 21) PCB (0,05%) e 22) PCO (0,03%).

³ Essa distinção, adotada por alguns autores, define como cláusula de desempenho aquela que impõe requisitos (sobretudo relacionados à representatividade) para que o partido acesse determinados direitos e como cláusula de barreira aquela que impõe restrições à própria existência ou funcionamento do partido.

Naquele momento, a Corte ainda não tinha se manifestado sobre a **fidelidade partidária** que passou a estabelecer, como hipótese de justa causa, a migração para **novo partido político**. Foi pouco depois, em 2007, que o TSE **editou a Res. 22.610/2007**, cuja constitucionalidade foi confirmada pelo STF. A partir de então, impulsionado pela *justa causa*⁴ atrelada a criação de novos partidos, o número de legendas se elevou ainda mais. De 2011 a 2015, 8 (oito) novas agremiações foram criadas⁵ e o número total de partidos chegou a 35 (trinta e cinco)⁶.

O número ainda mais elevado de partidos, o agravamento da crise de governabilidade, a falta de representatividade de inúmeros partidos nanicos e as chamadas “legendas de aluguel”⁷ fizeram surgir novas propostas para inserção de uma outra cláusula de desempenho no sistema eleitoral brasileiro.

Parte dos autores, como Eneida Desiree Salgado, citando Orides Mezzaroba, entende que “*a opção constitucional pelo princípio da necessária participação das minorias nas instituições e nas decisões políticas é incompatível com a adoção de uma cláusula de desempenho para os partidos políticos*”⁸. A corrente majoritária, contudo, defende a necessidade e a constitucionalidade de uma nova cláusula de desempenho menos severa e menos excludente que a anterior. Discute-se, contudo, **se haveria cláusula pétrea impeditiva de nova cláusula de desempenho e, não havendo, qual seria a regulação possível.**

2. Número Efetivo de Partidos: o que o STF não considerou e o agravamento do quadro de fragmentação partidária

No momento em que declarou a inconstitucionalidade da cláusula de desempenho prevista pela Lei 9.096/95, o Supremo Tribunal Federal considerou como relevante o número de partidos políticos com registro no TSE (29). A discussão não levou em conta o **número efetivo**

⁴ “Art. 1º O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 1º Considera-se justa causa:

I – incorporação ou fusão do partido;

II – criação de novo partido;

III – mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

IV – grave discriminação pessoal.”

⁵ PSD, em 27.9.2011; PPL, em 4.10.2011; PEN, em 19.6.2012; PROS, em 24.9.2013; SD, em 24.9.2013; NOVO, em 15.9.2015; REDE, em 22.9.2015 e PMB, em 29.9.2015.

⁶ Informação de setembro de 2016.

⁷ FARHAT, Said. Dicionário parlamentar e político: o processo político e legislativo no Brasil. São Paulo: Melhoramentos; Fundação Petrópolis, 1996. p. 556.

⁸ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 184.

de partidos⁹, conceito que pauta os debates daqueles¹⁰ que estudam a fragmentação partidária no ramo da Ciência Política.

Os debates foram travados em torno da proteção das minorias e da proporcionalidade, sem que fosse enfrentado outro aspecto constitucional tão relevante quanto: nosso sistema político encontra limites na fragmentação partidária? Em caso positivo, até que ponto a Constituição autoriza restringir essa fragmentação?

O questionamento tem lugar porque embora haja poucos consensos na ciência política, a conclusão de que a fragmentação partidária prejudica a governabilidade é um deles. Com efeito, segundo Bonavides (2000, p. 324), a experiência com a adoção da representação proporcional, em diversas nações, permitiu a verificação de alguns de seus aspectos negativos, sendo o principal deles a fragmentação partidária que leva ao enfraquecimento e à instabilidade dos governos daí decorrentes¹¹.

E, nesse ponto, o Brasil chama a atenção do mundo.

Desde 2000, que o Brasil figura entre os países com maior número efetivo de partidos do mundo. Consultando o banco de dados de Pippa Norris (2008), verifica-se que a média entre 138 países do mundo, no ano 2000, era de 4,1 partidos. Somente três países apresentavam um número efetivo de partidos superior ao do Brasil: Israel, Bélgica e Líbano. Durante a década de 90, na América Latina, a média entre a quase totalidade de países democráticos foi de 3,6 (Alcántra Sáez e Freidenberg, 2002). Enquanto isso, no Brasil, o número efetivo de partidos, entre 1990 e 2010, é de 8,8.

⁹ O conceito de número efetivo de partidos, introduzido por Marku Laakso e Ren Taagepera em 1979, define o grau de fragmentação do sistema partidário ponderando a força relativa das legendas que o compõem. O valor calculado aponta a quantidade de partidos com alguma relevância em um dado sistema político. Por exemplo, um NEP de 3,20 indica que um sistema partidário é “de fato” fragmentado em três partidos, mesmo que haja outros que o compõem. O NEP é calculado dividindo-se 1 pelo somatório do quadrado das proporções de votos ou de cadeiras obtidos pelos partidos em uma dada eleição conforme a fórmula abaixo, onde indica a fração de votos ou cargos obtidos pelo partido :

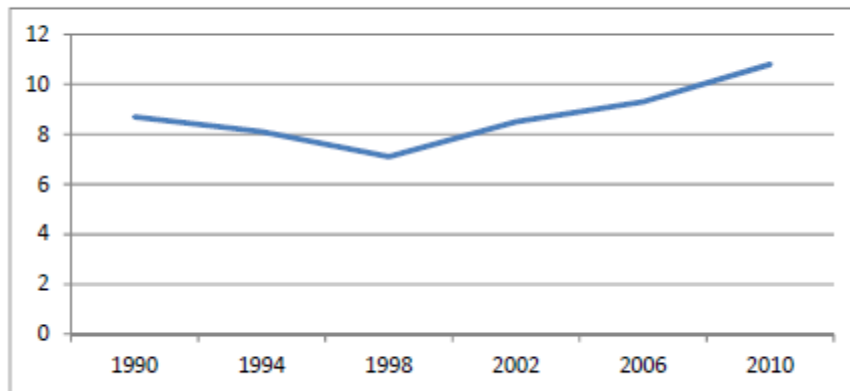
$$NEP = 1 / \sum_{i=1}^n p_i^2$$

Quando calculado utilizando-se votos, o NEP exprime a fragmentação eleitoral do sistema partidário, isto é a quantidade de partidos que contam efetivamente para a competição em eleições. O NEP calculado a partir das cadeiras exprime a fragmentação de uma casa legislativa em termos dos partidos com alguma força substantiva dentro da instituição. O primeiro, o NEP eleitoral, é frequentemente utilizado para mensurar o grau de dispersão da competição política em um país, isto é, para saber se a disputa por cargos envolve poucos ou muitos partidos. O segundo, o NEP parlamentar, indica o grau de dispersão do poder legislativo entre os partidos que compõem um órgão legislativo. Através dele pode-se saber quantos partidos estão em condições de influenciar de forma efetiva o processo legislativo.

¹⁰ Eleições e ideologia (Downs, 1999); Qualidade da democracia (Lijphart, 2003); Governabilidade (Schumpeter, 1961; Sartori, 1982); Sociologia política (Lipset e Rokkan, 1967)

¹¹ Na mesma direção, cita-se Nicolau (2004), que ao estudar os efeitos dos sistemas eleitorais, sobre o número de partidos políticos, verifica que os sistemas proporcionais tendem a gerar uma maior fragmentação partidária, o que afeta a governabilidade. Também compartilham de tal conclusão Targepera e Shugart (1989) e Lijphart (1994)

Gráfico 1. Número Efetivo de Partidos Parlamentares (NEPP) na Câmara dos Deputados 1990-2010



Fonte: LEEX e Melo (2010)¹²

Diante dessa realidade de um Parlamento com enorme dispersão partidária, a tomada de decisões depende necessariamente da realização de alianças entre agremiações para a formação de um *governo de coalizão*. Ocorre que tais alianças nem sempre são formadas em virtude das afinidades ideológicas entre os partidos. Não surpreende a afirmação recorrente de que muitas das alianças partidárias seriam formadas por razões pouco republicanas.

Especificamente no que tange à realidade brasileira, o cientista político Sérgio Abranches¹³ cunhou, nos anos de 1980, o termo "presidencialismo de coalizão" para designar o regime de governo do país, que emerge de uma combinação entre representação proporcional, multipartidarismo e presidencialismo, pouco usual nas democracias modernas.

Segundo as observações do autor, a interação das características acima citadas gera um quadro em que o Presidente da República, apesar de vitorioso nas urnas normalmente não consegue que seu partido tenha uma maioria ampla no Congresso. Assim, para conquistar base de sustentação política no Parlamento e, em última instância conseguir governabilidade, o executivo realiza grandes coalizões, cuja formação se efetiva no mais das vezes a partir de uma lógica em que o apoio das agremiações é *negociado* com cargos no governo¹⁴. Mais recentemente, outros pesquisadores se dedicaram ao estudo do tema, citando-se, por todos, Sérgio Antônio Ferreira Victor¹⁵.

Não são poucas as notícias que dão conta das dificuldades enfrentadas pela fragmentação partidária que exigiriam o chamado *governo de coalizão*. Esse modelo enfraquece a tomada de decisão e favorece acordos que podem levar à corrupção¹⁶.

¹² REBELLO, Maurício Michel. *A fragmentação partidária no Brasil: visões e tendências*. Disponível em: <<http://www.anpocs.com/index.php/papers-36-encontro/gt-2/gt10-2/7955-a-fragmentacao-partidaria-no-brasil-visoes-e-tendencias/file>>. Acesso em: 12 out 2017.

¹³ ABRANCHES, S. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*. In: *Revista de Ciências Sociais*, Vol. 31, n. 1, Rio de Janeiro, 1988.p. 19 a 27

¹⁴ *Idem* nota 11.

¹⁵ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de Coalizão – exame do atual sistema de governo brasileiro – Série IDP Saraiva*. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁶ Cita-se, a título de exemplo, notícia recentemente veiculada pela Folha de São Paulo, intitulada: *Temer libera verbas para garantir apoio à reforma da Previdência*, que informa que o Presidente da República planejou conferir

Esse cenário levou o Congresso a discutir e aprovar uma nova cláusula de desempenho. A questão é saber como esse novo modelo enfrenta a decisão já tomada pelo STF, quando do julgamento das ADIs 1351 e 1354, que declarou inconstitucional cláusula de desempenho que já pretendeu vigor no nosso sistema. Cabe, assim, analisar: 1) quais os argumentos apresentados pelo STF e 2) se o novo modelo não se opõe a esses argumentos.

3. Como o Supremo Tribunal Federal Declarou a Inconstitucionalidade da Primeira Cláusula de Desempenho: ADIs 1351 e 1354, seus fundamentos e distinções

Para que se possa avaliar o alcance do precedente firmado nas ADIs 1351 e 1354 e a possibilidade de que nova cláusula de desempenho seja regulada em parâmetros diversos (em lei ordinária ou em emenda constitucional) é preciso identificar as razões que levaram o Supremo Tribunal Federal a considerar inconstitucional o modelo previsto nos arts. 13, 41, 48, 49 e 57 da Lei 9.096/97.

E qual era o **sistema de desempenho previsto naquele momento?** O que decorria das limitações previstas nos dispositivos acima referidos. Embora o Código Eleitoral, a Lei 9.504/97 e a Lei 9.096/95 prevejam outras restrições¹⁷ que podem ser, também, consideradas cláusulas de desempenho, foi o conjunto de três limitações previsto a partir do art. 13 da Lei 9.096/95 que foi qualificado como “cláusula de barreira” e julgado pelo STF. São elas:

i) **funcionamento parlamentar (em todas as casas legislativas):** para que o partido tivesse direito a funcionamento parlamentar, seria preciso atender a dois requisitos: a) obter, no mínimo, **cinco por cento** dos votos válidos para a Câmara Federal e b) que fossem distribuídos em, no mínimo 9 (nove) estados (=1/3), com o mínimo de 2% do total de cada um deles (art. 13 e 29, §6º);

ii) **fundo partidário:** 99% (noventa e nove por cento) seria distribuído entre os partidos que tivessem funcionamento parlamentar (nos termos do art. 13) e 1%, apenas, seria distribuído, em partes iguais, a todos os partidos (art. 41);

maior celeridade à liberação de verbas a serem utilizadas para financiar obras e projetos nas bases eleitorais de deputados que se comprometessem a favor da reforma da Previdência. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/05/1882300-temer-libera-verbas-para-garantir-apoio-a-reforma-da-previdencia.shtml>> Acesso em: 12 out 2017.

¹⁷ **Pedágio de 10%:** Código Eleitoral, Art. 108. Estarão eleitos, entre os candidatos registrados por um partido ou coligação que tenham obtido votos em número igual ou superior a 10% (dez por cento) do quociente eleitoral, tantos quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido. Parágrafo único. Os lugares não preenchidos em razão da exigência de votação nominal mínima a que se refere o caput serão distribuídos de acordo com as regras do art. 109.

Número mínimo de apoio para criação do partido: Art. 7º da Lei 9.096/97: § 1º Só é admitido o registro do estatuto de partido político que tenha caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove, no período de dois anos, o apoio de eleitores não filiados a partido político, correspondente a, pelo menos, 0,5% (cinco décimos por cento) dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de 0,1% (um décimo por cento) do eleitorado que haja votado em cada um deles.

Quociente eleitoral: Código Eleitoral, Art. 107. Determina-se para cada partido ou coligação o quociente partidário, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração.

Exigência de quociente eleitoral para distribuição das sobras: Código Eleitoral, art. 109: § 2º Somente poderão concorrer à distribuição dos lugares os partidos ou as coligações que tiverem obtido quociente eleitoral.

iii) **propaganda partidária**: os partidos que não atendessem ao art. 13, teriam apenas **dois minutos** de propaganda partidária em bloco (cadeia nacional), por semestre, sem direito a inserções. Já os partidos que alcançassem os requisitos do art. 13 teriam vinte minutos de propaganda em bloco além de quarenta minutos distribuídos em inserções, por semestre (art. 49).

Considerando esse conjunto de restrições, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, consideraram que *esta específica* cláusula de desempenho seria inconstitucional. Buscando sistematizar os argumentos, identificou-se **nove fundamentos autônomos**:

1) representaria um sistema que **coloca a limitação ao funcionamento parlamentar em um extremo**: *“tem-se a plena procedência do que apontado como extremos quer sob o ângulo do funcionamento parlamentar, excluído no que não alcançados os patamares do art. 13, quer quanto à participação no fundo partidário, praticamente neutralizada em face das percentagens de noventa e nove por cento e de um por cento para rateio geral, quer em relação à propaganda partidária [...] ainda no tocante à razoabilidade, mostra-se impróprio a existência de partidos políticos com deputados eleitos e sem o desempenho parlamentar cabível, cumprindo ter em presente que, a persistirem partidos e parlamentares a ele integrados, haverá, em termos de funcionamento parlamentar, o esvaziamento da atuação das minorias”* (Min. Marco Aurélio, p. 33 do voto).

2) traz **“repercussões avassaladoras” à sobrevivência e crescimento dos partidos políticos minoritários**: *“O que se contém no art. 17 da Carta Federal diz respeito a todo e qualquer partido político legitimamente constituído, não encerrando a norma maior a possibilidade de haver partidos de primeira e segunda classes, partidos de sonhos inimagináveis em termos de fortalecimento e partidos fadados a morrer de inanição, quer sob o ângulo da atividade concreta no Parlamento, sem a qual é injustificável a existência jurídica, quer da necessária difusão do perfil junto ao eleitor em geral, dado indispensável ao desenvolvimento relativo à adesão quando do sufrágio, quer visando, via fundo partidário, a recursos para fazer frente à impiedosa vida econômico-financeira”* (Min. Marco Aurélio, p. 47 do voto)

3) após narrar as repercussões concretas naquele momento, conclui que **as restrições legais não atendem ao princípio da razoabilidade**: *“o registro destes dados servirá ao exame da razoabilidade das exigências legais [...] A previsão quanto à competência do legislador ordinário para tratar do funcionamento parlamentar há de ser tomada sem esvaziar-se os princípios constitucionais, destacando-se com real importância revelador do pluripartidarismo. Vale dizer, se deixaram à disciplina legal os parâmetros do funcionamento parlamentar sem, no entanto, viabilizar que norma estritamente legal determinasse a vida soberba de alguns partidos políticos e a morte humilhante de outros”* (Min. Marco Aurélio, p. 43 do voto)

4) **a matéria depende de previsão constitucional**, pois até 1985, a cláusula de desempenho tinha disciplina constitucional (art. 149, VII da CR/67, art. 152, VII da EC 1/69, art. 152, II da EC 11/78 e art. 152, §1º da EC 25/85): *“A carta acabou alterada mediante lei ordinária!”* (Min. Marco Aurélio, p. 54). *“Tenham presente que a necessidade do trato constitucional da matéria, conforme a tradição, conforme assegurada a liberdade de criação dos partidos, foi percebida quando dos trabalhos de revisão da Carta de 1988”* (Min. Marco Aurélio, p. 53), *“conclui-se, portanto, que, anteriormente, a matéria tinha disciplina constitucional”* (Min.

Marco Aurélio, p. 46); “a lei básica de 1988 não manteve a vinculação surgida com a Constituição de 1967 [...] nem se diga que o inciso IV do art. 17 remete ao funcionamento parlamentar à disciplina mediante lei, podendo esta última dispor sobre algo de fundamental relevância, ou seja, sobre a criação de partidos políticos de primeira e segunda categorias, considerando o desempenho nas urnas” (Rel. Min. Marco Aurélio, voto p. 51)¹⁸.

5) o pluripartidarismo é um dos fundamentos da república e esta cláusula de desempenho afronta essa autonomia: “o art. 1º revela como um dos fundamentos da própria república o pluralismo político – inciso V. Já o parágrafo único do citado artigo estabelece que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Este, ao fixar as condições de elegibilidade, menciona a necessária filiação partidária, ou seja, não existe a possibilidade de o cidadão, sem o respaldo do partido político, lograr mandato eletivo, presente o sufrágio universal, o voto direto e secreto [...] Relembrem: como fundamento da república, versou-se o pluralismo político e, quanto aos partidos políticos, previu-se a livre criação, fazendo-se clara referência ao pluripartidarismo” (Min. Marco Aurélio, p. 46/47).

6) A limitação afronta a liberdade dos partidos políticos: “o capítulo V de título compreendido em parte básica da Constituição Federal – o II, porque trata dos direitos e garantias fundamentais – encerra como medula a liberdade dos partidos políticos, predicado inafastável quanto a essas pessoas jurídicas de direito privado. Pedagogicamente consigna a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos [...] Vê-se relevo maior atribuído à multiplicidade política.” (Min. Marco Aurélio, p. 47).

7) afronta ao dever de preservação das minorias: “Ainda sob o ângulo do pluripartidarismo, da representatividade dos diversos segmentos nacionais, é dado perceber a ênfase atribuída pela Carta Federal às minorias. No tocante às comissões permanentes e temporárias da Câmara dos Deputados e do Senado, o §1º do art. 48 assegura, sem distinguir, considerada a votação obtida, o número de eleitos, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares [...] Em última análise, as revisões constitucionais encerram a neutralização da ditadura da maioria, afastando do cenário nacional óptica hegemônica e, portanto, totalitária. Concretizam, em termos de garantias, o pluralismo político tão inerente ao sistema proporcional, sendo com elas incompatível regramento estritamente legal a resultar em condições de exercício e gozo a partir da gradação dos votos obtidos” (Min. Marco Aurélio, voto p. 50). “No caso, mais propriamente cláusula de desempenho. Não mata: deixa morrer” (Min. Sepúlveda Pertence, p. 85).

8) nessas condições, a distribuição do fundo partidário e do tempo de propaganda partidária em patamares “infimos” afronta, também, a razoabilidade: “Não é aceitável, sob o ângulo da razoabilidade, tal equação, dividindo sete partidos o grande bolo de 99% do que vier a ser arrecadado para o Fundo Partidário e os vinte e nove partidos registrados no TSE, inclusive esses sete, um por cento. O mesmo enfoque é dado verificar em termos de horário reservado à propaganda partidária” (Min. Marco Aurélio, p. 58).

9) não se pode dar à maioria o direito de restringir os direitos e liberdades fundamentais da minoria: “Que fique ressaltado, em verdadeira profissão de fé, em verdadeiro alerta aos desavisados, encontrar-se subjacente a toda esta discussão o ponto nevrálgico concernente à

¹⁸ Em seu voto, o e. Relator esclarece que, em 1994, houve proposta de alteração do texto para inclusão de cláusula de barreira de “cinco por cento dos votos válidos, excluídos os brancos e os nulos, apurados em eleição geral e distribuídos em pelo menos um terço dos estados, atingindo dois por cento em cada um deles”.

proteção dos direitos individuais e das minorias, que não se contrapõe aos princípios que regem o governo da maioria – cuja finalidade é o alcance do bem-estar público, a partir da vontade da maioria, desde que respeitados os direitos dos setores minoritários, não se constituindo, de forma alguma, em via de opressão destes últimos. No estado democrático de Direito, a nenhuma maioria, organizada em torno de qualquer ideário ou finalidade – por mais louvável que se mostre – é dado tirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais dos grupos minoritários dentre os quais estão a liberdade de se expressar, de se organizar, de denunciar, de discordar e de se fazer representar nas decisões que influem nos destinos da sociedade como um todo, enfim, de participar plenamente da vida pública, inclusive fiscalizando os atos determinados pela maioria” (Min. Marco Aurélio, p. 61).

Suprimida a cláusula de desempenho, o que se pôde constatar foi o contínuo aparecimento de novos partidos políticos. Além do mais, nas eleições que se seguiram, verificou-se uma tendência à elevação do número efetivo de partidos com participação parlamentar: nas eleições de 2010 o NEP brasileiro ficou em 10,8¹⁹, chegando a inéditos 13,06 em 2014, ano em que 28 agremiações conseguiram assento na Câmara dos Deputados.

Esse quadro de profunda dispersão partidária e os obstáculos que ele gera a governabilidade motivaram a criação de uma nova cláusula de desempenho, sendo imperioso analisar essa nova regra para verificar sua compatibilidade com os argumentos expendidos pelo Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade da norma anterior.

4. A Nova Regra Vigente: há compatibilidade com a posição do STF?

Todos os problemas de governabilidade e a ânsia por uma reforma política fizeram com que o Congresso aprovasse uma nova cláusula de desempenho, desta vez, por emenda constitucional (EC 97/17, art. 17, §§ 3º e 5º). A regra prevê que só poderão receber recursos do Fundo Partidário e ter acesso gratuito ao rádio e TV, os partidos que conseguirem, na disputa para a Câmara dos Deputados:

a) no mínimo 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos 1/3 (um terço) das unidades da Federação com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou,

b) se tiverem eleito ao menos 15 (quinze) deputados, em pelo menos 1/3 (um terço) das unidades da federação.

Delimitados os termos da nova cláusula de desempenho, o que se pode notar é que são nítidos os esforços engendrados pelo legislador no sentido de contornar os fundamentos empregados pelo Supremo Tribunal Federal para declarar inconstitucional a cláusula de desempenho instituída pela Lei 9.096/97.

Nessa direção, um primeiro fato a ser notado é que a matéria foi agora regulamentada por meio de Emenda Constitucional (EC nº 97), em consonância com o que se defendeu nas

¹⁹ REBELLO, Maurício Michel. *A fragmentação partidária no Brasil: visões e tendências*. Disponível em: <<http://www.anpocs.com/index.php/papers-36-encontro/gt-2/gt10-2/7955-a-fragmentacao-partidaria-no-brasil-visoes-e-tendencias/file>> . Acesso em: 12 out 2017.

ADIs 1351 e 1354: sendo a autonomia partidária uma garantia constitucional, qualquer limitação que se lhe pretendesse impor só poderia ser efetivada por meio de alteração constitucional.

O segundo ponto que chama a atenção é o fato de que, diferentemente do que estabelecia a cláusula de desempenho prevista pela Lei 9.096/97, a nova formulação não impede o funcionamento parlamentar dos partidos que não atingirem os percentuais mínimos de votação.

Essa foi sem sombra de dúvidas o alvo dos argumentos mais contundentes do STF ao declarar a inconstitucionalidade da cláusula de desempenho prevista na Lei 9.096/97. Destarte, como se pôde verificar a partir dos fundamentos que embasaram o julgamento das ADIs 1351 e 1354, a Corte Suprema entendeu que a vedação ao funcionamento parlamentar teria como consequência o esvaziamento da atuação das minorias, vulneraria a liberdade das agremiações partidárias e afrontaria ainda o pluripartidarismo, fundamento de nossa República Federativa.

A despeito do posicionamento contrário de nossa Corte Constitucional, em vários países com regimes democráticos consolidados limita-se o funcionamento parlamentar de partidos que não possuam uma representatividade mínima. Citam-se, como exemplos, a França, Itália, Suécia e Alemanha, que exigem percentuais mínimos de votação para que os partidos possam obter representação nas Casas Legislativas²⁰. Os estudiosos favoráveis a esse mecanismo defendem que ele desmotiva a criação e proliferação de legendas de aluguel e a compra e venda de votos nos parlamentos, fortalecendo o sistema democrático.

A questão é certamente instigante, todavia, longe de se aprofundar nesse debate, o Congresso Nacional limitou-se a elaborar uma versão "mais branda" da cláusula de desempenho, que não afeta o funcionamento parlamentar das agremiações partidárias, evitando assim uma identificação imediata da nova regulamentação com o ponto mais controvertido da cláusula de desempenho já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Para além de referidos pontos de distanciamento com o regramento anterior, a EC 97/17 estabeleceu uma regra de transição para vigência da cláusula de desempenho: os percentuais de votação para alcance de representatividade aumentam gradativamente, até a efetiva implementação, nas eleições de 2030, da regra de 3% dos votos válidos ou 15 deputados eleitos.

Nos termos da regra de transição estabelecida pela EC nº 97, terão acesso aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão os partidos que:

i) Na legislatura seguinte às eleições de 2018:

- Receberem 1,5% dos votos válidos para a Câmara dos Deputados, distribuídos em pelo menos 1/3 das unidades da federação, com um mínimo de 1% dos votos válidos em cada uma delas; ou

- Elegerem ao menos 9 deputados federais, distribuídos em pelo menos 1/3 das unidades da federação.

ii) Na legislatura seguinte às eleições de 2022:

- Receberem 2% dos votos válidos obtidos nacionalmente para deputado federal em 1/3 das unidades da federação, sendo um mínimo de 1% em cada uma delas; ou

- Elegerem pelo menos 11 deputados federais distribuídos em pelo menos 1/3 das unidades da federação.

iii) Na legislatura seguinte às eleições de 2026:

²⁰ REIS, M. Cláusula de desempenho e fortalecimento dos sistemas representativo e partidário no Brasil. *In Estudos Eleitorais*, vol. 9, n. 1, Brasília, 2014, p. 101 e 102.

A nova cláusula de desempenho e a cláusula de desempenho que o STF não decidiu: fragmentação partidária ou livre participação das minorias?

-Receberem 2,5% dos votos válidos nas eleições de 2026, distribuídos em 1/3 das unidades da federação, com um mínimo de 1,5% de votos em cada uma delas; ou

- Elegerem um mínimo de 13 deputados em 1/3 das unidades federativas.

O estabelecimento da regra de transição certamente cumpre papel de enorme relevância no sentido de conferir às agremiações partidárias tempo hábil para que possam se adaptar à nova cláusula de desempenho.

Para que se possa ter uma ideia de seu impacto sobre os partidos, verifica-se que caso houvesse sido aplicada na legislatura seguinte às eleições de 2014 a cláusula que estará vigente em 2033, nada menos do que 22 agremiações²¹ ficariam fora da distribuição do fundo partidário e perderiam o acesso à propaganda gratuita em rádio e televisão, conforme demonstra a tabela abaixo:

Tabela 1. Partidos que, pela votação obtida nas eleições gerais de 2014, seriam barrados pela cláusula de desempenho instituída pela EC 97/2017.

PARTIDO	PERCENTUAL DE VOTOS VÁLIDOS	Nº ABSOLUTOS DE DEPUTADOS ELEITOS
1- PC do B	1,96%	10
2- PCB	0,07%	0
3- PCO	0,01%	0
4- PEN	0,69%	2
5- PHS	0,97%	5
6- PMN	0,48%	3
7- PPL	0,15%	0
8- PPS	2,10%	10
9- PROS	2,03%	11
10- PRP	0,74%	3
11- PRTB	0,47%	1
12- PSC	2,59%	13
13- PSDC	0,52%	2
14- PSL	0,83%	1
15- PSOL	1,79%	5
16- PSTU	0,19%	0
17- PT do B	0,85%	2
18 - PTC	0,35%	2
19- PTN	0,74%	4
20- PV	2,06%	8

²¹ Os partidos NOVO, Rede e PMB não participaram das eleições de 2014, todavia, com os deputados que possuem hoje também não atingiriam os critérios impostos pela cláusula de barreira.

21- Rede	0	4
22- PMB	0	2

Fonte: Elaboração própria a partir de dados divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral

Diante da inequívoca gravidade das restrições impostas pela cláusula de desempenho, a criação da regra de transição constitui instrumento voltado a amenizar o impacto do novo regramento sobre o sistema partidário e, em última instância, viabilizar a implementação do novo regramento constitucional.

Por outro lado, não se pode deixar de atentar para o fato de que, um dos fatores bastante criticados pelo STF foi justamente a falta de razoabilidade na fixação do percentual do fundo partidário e do tempo de rádio e televisão que seria dividido entre os partidos que não alcançassem a cláusula de desempenho. E, quanto a esse ponto, o novo regramento é ainda mais duro, pois exclui por completo da divisão do fundo partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão os partidos que não atingirem a cláusula de desempenho.

Todavia, uma conclusão acerca da compatibilidade da nova cláusula de desempenho com a Constituição depende de uma análise sistêmica das demais mudanças trazidas pela reforma eleitoral. Só assim é possível verificar se o novo regramento impõe limitações inconstitucionais ao pluripartidarismo e à representação das minorias.

No que tange à distribuição do fundo partidário, não há dúvidas de que vedar o acesso das legendas minoritárias aos recursos oriundos do fundo partidário poderia inviabilizar o seu funcionamento e, nessa direção, o regramento poderia ferir os preceitos constitucionais supracitados.

No entanto, não se pode deixar de considerar que com a reforma eleitoral foi criado o chamado Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC)²², para financiar campanhas eleitorais com recursos públicos. O fundo será composto por pelo menos 30% (trinta por cento) das emendas de bancadas de deputados e senadores o que, segundo dados da própria Câmara dos Deputados²³, alcançará o montante de R\$ 1,7 bilhão (um bilhão e setecentos mil reais) em 2018, valor muito superior ao do fundo partidário que, em 2017 teve uma dotação orçamentária de R\$ 819 milhões (oitocentos e dezenove milhões de reais)²⁴

²² A criação do FEFC ocorreu por meio da promulgação da Lei n. 13487/2017, que alterou a Lei n 9.504/97, inserindo-lhe o art. 16-C que dispõe:

Art. 16-C. O Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) é constituído por dotações orçamentárias da União em ano eleitoral, em valor ao menos equivalente:

I - ao definido pelo Tribunal Superior Eleitoral, a cada eleição, com base nos parâmetros definidos em lei;

II - a 30% (trinta por cento) dos recursos da reserva específica de que trata o inciso II do § 3o do art. 12 da Lei no 13.473, de 8 de agosto de 2017.

²³ MACEDO, L. Câmara aprova criação de fundo público de financiamento de campanhas. Brasília, 5 outubro 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/545056-CAMARA-APROVA-CRIACAO-DE-FUNDO-PUBLICO-DE-FINANCIAMENTO-DE-CAMPANHAS.html>> . Acesso em 09 de outubro de 2017.

²⁴ JUNGBLUT, C. Fundo Partidário será de R\$ 819 milhões em 2017, o mesmo de 2016. *O Globo*, Brasília, 15 dezembro 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/fundo-partidario-sera-de-819-milhoes-em-2017-mesmo-de-2016-20656120>>. Acesso em 12 outubro 2017.

O Fundo Especial de Financiamento de Campanha não se submete à cláusula de desempenho, e será distribuído nos moldes em que disciplinado pela Lei 13.488/17, que incluiu o art. 16-D, na Lei das Eleições:

Art. 16-D. Os recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), para o primeiro turno das eleições, serão distribuídos entre os partidos políticos, obedecidos os seguintes critérios:

I - 2% (dois por cento), divididos igualmente entre todos os partidos com estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral;

II - 35% (trinta e cinco por cento), divididos entre os partidos que tenham pelo menos um representante na Câmara dos Deputados, na proporção do percentual de votos por eles obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados;

III - 48% (quarenta e oito por cento), divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes na Câmara dos Deputados, consideradas as legendas dos titulares;

IV - 15% (quinze por cento), divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes no Senado Federal, consideradas as legendas dos titulares.

Para que se possa dimensionar os impactos desse novo regramento sobre os valores a serem repassados às agremiações partidárias, faz-se uma comparação entre os valores distribuídos entre todas as agremiações partidárias no ano de 2017, e os valores que serão distribuídos em 2018, considerando-se a estimativa de que o fundo público de financiamento de campanhas distribuirá R\$ 1,7 bilhão (um bilhão e setecentos milhões de reais).

Antes da reforma eleitoral (5% do fundo partidário)	Depois da reforma eleitoral (2% do FEFC)
R\$ 40.950.000,00	R\$ 34.000.000,00

Fonte: Elaboração própria a partir de dados divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral e pela Câmara dos Deputados

O quadro mostra que a diferença entre os valores distribuídos entre todas as agremiações antes e depois da reforma eleitoral não é substancial, o que afastaria o argumento de que a falta de recursos levaria inevitavelmente à extinção dos partidos minoritários. Destarte, mesmo com as limitações impostas pela cláusula de desempenho, as agremiações partidárias minoritárias ainda terão condições de financiar suas campanhas a partir dos recursos proveniente do FEFC.

Entretanto, é necessário notar que o fundo especial de financiamento de campanhas só será distribuído em anos eleitorais, e os valores não utilizados no decorrer das campanhas deverão ser devolvidos ao Tesouro Nacional²⁵.

Assim, em anos não eleitorais as legendas que não alcançarem a cláusula de desempenho terão seu orçamento duramente afetado, o que pode comprometer o desempenho de suas atividades centrais e, com o tempo, inviabilizar a existência de algumas agremiações. Some-se a isso o fato de que o financiamento privado – tanto de campanhas quanto de partidos – foi

²⁵ De acordo com o que dispõe o §11, do art. 16-C da Lei 9.504/97, incluído pela Lei nº 13.487/2017: Os recursos provenientes do Fundo Especial de Financiamento de Campanha que não forem utilizados nas campanhas eleitorais deverão ser devolvidos ao Tesouro Nacional, integralmente, no momento da apresentação da respectiva prestação de contas.

duramente afetado pela decisão do Supremo Tribunal Federal que proibiu que pessoas jurídicas financiem a atividade partidária²⁶.

No que tange à propaganda, a reforma extinguiu a propaganda partidária gratuita, no rádio e na televisão, de modo que, a partir de 2018, não mais existe tempo de rádio e TV destinado à divulgação da ideologia, das propostas e dos valores das agremiações partidárias ao público em geral. Assim, os partidos contarão com acesso gratuito ao rádio e à TV apenas para a propaganda eleitoral, direcionada de maneira mais específica à promoção de candidaturas e à conquista de votos. Com efeito, a reforma iguala as agremiações e a cláusula de desempenho não as diferencia nesse aspecto.

Não se desconhece que a propaganda política vem cada vez mais se utilizando de novos meios de comunicação para divulgar e promover agremiações, candidatos e suas propostas. Nesse sentido, a reforma eleitoral permitiu o chamado impulsionamento de conteúdo²⁷, que consiste na possibilidade de que o candidato pague diretamente ao provedor da aplicação de internet, com sede e foro no País, para que sua propaganda tenha maior destaque nas redes.

Todavia, o rádio e a televisão são ainda hoje os meios de comunicação mais difundidos em nosso país, sendo certo que a propaganda ali veiculada tem a capacidade de atingir um número elevado de eleitores que, de outro modo, não teriam contato com os conteúdos divulgados pelas diferentes agremiações.

Com a reforma eleitoral, a Lei das Eleições passou a proibir expressamente qualquer tipo de propaganda política paga no rádio e na televisão²⁸. Assim, ao vedar o acesso gratuito às agremiações que não atingirem a cláusula de desempenho, a norma exclui por completo qualquer possibilidade de que tais legendas possam propagar sua ideologia e promover seus candidatos por esses meios de comunicação.

Não são poucas as críticas direcionadas ao monopólio partidário na atualidade. E, boa parte das críticas direcionam-se à clássica ideia de que os partidos políticos constituem uma reunião de pessoas que congregam a mesma ideologia, em prol da implementação de políticas públicas que guardem consonância com sua base principiológica²⁹. Nesse contexto, o cerceamento de seu acesso ao rádio e à televisão se torna ainda mais severo: afinal, a difusão de princípios e ideologias, que seria um dos cerne da atividade partidária e pressuposto básico de seu desenvolvimento, fica ainda mais limitada.

²⁶ ADI 4650, Rel. Min. Luiz Fux.

²⁷ A questão foi regulamentada pela Lei n. 13.488/17, que inseriu o inciso XV, no art. 26 da Lei 9.504/97. O dispositivo possui a seguinte redação:

Art. 26. São considerados gastos eleitorais, sujeitos a registro e aos limites fixados nesta Lei: (...)

XV - custos com a criação e inclusão de sítios na internet e com o impulsionamento de conteúdos contratados diretamente com provedor da aplicação de internet com sede e foro no País.

(...)

§2º Para os fins desta Lei, inclui-se entre as formas de impulsionamento de conteúdo a priorização paga de conteúdos resultantes de aplicações de busca na internet.

²⁸ Art. 36. A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 15 de agosto do ano da eleição.

(...)

§ 2º Não será permitido qualquer tipo de propaganda política paga no rádio e na televisão. (Redação dada pela Lei nº 13.487, de 2017).

²⁹ Na mesma direção, Paulo Bonavides (2000, p.449) cita os conceitos de partido político formulados por Jellinek para quem “em sua essência, são grupos que, unidos por convicções comuns, dirigidas a determinados fins estatais, buscam realizar esses fins” e Kelsen, segundo quem “Os partidos políticos são organizações que congregam homens da mesma opinião para aprofundar-lhes verdadeira influência na realização dos negócios públicos”.

Nota-se que essa nova modelagem da cláusula de desempenho buscou evitar um embate direto com os fundamentos empregados pelo STF para declarar a inconstitucionalidade do regime anterior: foi regulada por meio de emenda constitucional, não impõe a perda de funcionamento parlamentar e estabelece uma regra de transição para sua implementação.

Contudo, ainda assim, resta um espaço relevante de debate: parte significativa dos debates travados no Supremo Tribunal Federal direcionou-se à preservação dos partidos minoritários, entendendo-se que esse quadro traria vulneração ao preceito constitucional do pluripartidarismo.

E, no ponto, não há dúvidas de que a cláusula de desempenho da EC 97/2017 certamente tem potencial de arrefecer o desenvolvimento e mesmo impedir a sobrevivência de algumas siglas. Fato que não traz inconstitucionalidade em si, pois tem o potencial de impedir uma distorção histórica: legendas que, durante anos, não elegem representantes e, ainda assim, recebem recursos públicos e tempo de TV. A questão que se coloca, portanto, é se essa limitação seria inconstitucional nesse novo contexto.

Passa a ser necessário indagar qual o espaço concedido aos partidos minoritários para que, com menor representatividade, possam expor suas ideias e conquistar gradativo apoio popular durante e após o período de transição.

Em termos de propaganda partidária, o acesso ao rádio e TV está vedado para todas as legendas, fora do período eleitoral, o que acaba por equiparar as agremiações. Na propaganda eleitoral gratuita no rádio e TV – durante o período eleitoral – o tempo destinado às agremiações menores foi reduzido: antes da reforma de 2015, 1/3 do tempo era distribuído igualmente entre os partidos; atualmente, a divisão é de 90% proporcionalmente ao número de representantes da Câmara dos Deputados e apenas 10% distribuídos igualmente³⁰.

A redução do tempo de propaganda eleitoral no rádio e TV torna extremamente difícil a exposição de candidatos pelas legendas que ainda não possuem ou possuem representação reduzida na Câmara dos Deputados. Argumenta-se que a medida teria por objetivo impedir a negociação de tempo por legendas dispostas a formar coligações.

Contudo, para além da vedação de coligações nas eleições proporcionais que passa a vigor a partir das eleições de 2020 (art. 17, §1º da CR/88 com redação da EC 97/17), regra que vedasse o transporte de tempo de rádio e TV das legendas para as coligações majoritárias alcançaria maior efetividade, sem impor prejuízo tão significativo às legendas que buscam crescimento sem formar essas alianças.

³⁰ Art. 47 [...] I - 90% (noventa por cento) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, no caso de coligação para eleições majoritárias, o resultado da soma do número de representantes dos seis maiores partidos que a integrem e, nos casos de coligações para eleições proporcionais, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integrem; ([Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015](#))

~~II - dois terços, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram.~~

~~II - do restante, 1/3 (um terço) distribuído igualmente e 2/3 (dois terços) proporcionalmente ao número de representantes eleitos no pleito imediatamente anterior para a Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram. ([Redação dada pela Lei nº 12.875, de 2013](#)) (Vide ADI-5105)~~

II - 10% (dez por cento) distribuídos igualmente. ([Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015](#))

Restariam os outros meios de publicidade para que os partidos possam alcançar os eleitores: internet e propaganda em geral. Entretanto, embora a propaganda partidária não sofra grandes restrições fora do período eleitoral, as últimas reformas eleitorais cuidaram de restringir enormemente os instrumentos de divulgação de candidaturas.

Não se pode mais veicular material de propaganda nem mesmo em bens particulares, excetuada a colocação de bandeiras ao longo de vias públicas, desde que móveis e que não dificultem o bom andamento do trânsito de pessoas e veículos e de adesivo plástico em automóveis, caminhões, bicicletas, motocicletas e janelas residenciais, desde que não exceda a 0,5 m² (meio metro quadrado). Note que a reforma de 2017, Lei 13.488/17, regula o local de colocação do adesivo: janelas residenciais.

Mas não é só. Para além das limitações materiais de divulgação que revelam enormes restrições aos instrumentos de propaganda, os partidos precisam de recursos para financiar publicidade que viabilize a divulgação de suas ideias. Afinal, somente se a informação alcançar a base de eleitores seria possível romper as limitações de representatividade.

E, no que se refere ao financiamento temos o seguinte cenário: i) os partidos e as campanhas não podem receber nenhum tipo de financiamento de pessoas jurídicas; ii) as doações de pessoas físicas para os partidos não são limitadas, mas para as campanhas estão limitadas à 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição; iii) a partir da legislatura de 2018, os partidos que não ultrapassarem a cláusula de desempenho, não terão acesso aos recursos do fundo partidário e ao tempo de rádio e TV na campanha eleitoral; iv) no processo eleitoral, os partidos terão acesso ao Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) apenas para gastos efetuados nas eleições.

Em suma, identifica-se o seguinte quadro: as legendas que não ultrapassarem a cláusula de desempenho somente serão financiadas, fora do processo eleitoral, por recursos de pessoas físicas, com os quais terão o desafio de alcançar a base e eleitores. Apenas durante o processo eleitoral receberão parcela reduzida do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) – que deverá ser devolvido caso não utilizado nos, aproximadamente, 45 (quarenta e cinco) dias de campanha, sem acesso à propaganda eleitoral no rádio e TV. Com esses recursos e diante de legislação extremamente restritiva, as legendas sem representação ou com representação minoritária enfrentarão o desafio de alcançar os eleitores com suas plataformas.

Não há dúvida de que sem exposição de plataformas e sem informação ao eleitor, não é possível viabilizar a convenção de apoio em votos que, aos poucos, viabilizariam a composição de uma base na Câmara dos Deputados para ultrapassar – se for o caso – a cláusula de desempenho. O eleitorado não pode querer o que absolutamente desconhece.

Não se quer dizer com isso, por evidente, que todos os partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral devam alcançar representatividade. O que o pluripartidarismo exige é que todos os partidos tenham condições de alcançar os eleitores para expor suas pretensões e, aderindo ao eleitorado, ampliar sua representatividade.

Ocorre que, buscando viabilizar a governabilidade e impedir as legendas de aluguel, a reforma como um todo acabou por inviabilizar o surgimento e crescimento de novas legendas, impondo estagnação àqueles que se encontram na posição de minoritários. Sem acesso a fontes de financiamento sustentáveis e sem condições de informar o eleitor sobre suas pretensões, as

siglas que não ultrapassam a cláusula de barreira têm pouca ou nenhuma chance real de romper essa condição.

Se, de um lado, o novo modelo de cláusula de desempenho não veda o funcionamento parlamentar, acaba por restringir de forma quase absoluta a possibilidade real de ampliação do apoio popular para que as siglas minoritárias voltem a participar da distribuição do fundo partidário e do tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão.

5. Cláusula de Desempenho: número de deputados federais x número de deputados estaduais e veradores – o qu viabiliza a representatividade?

Como visto, a cláusula de desempenho aprovada pelo Congresso brasileiro leva em conta o número de votos recebidos para a Câmara Federal. Essa perspectiva considera que, no Brasil, não há partidos locais, mas partidos nacionais.

Esse parâmetro, entretanto, suscita controvérsias na medida em que frequentemente se argumenta que por não contemplar os votos recebidos nas demais esferas da federação, o regramento não refletiria de forma fidedigna a representatividade das agremiações e, consequentemente, geraria graves distorções no sistema partidário.

O modelo adotado pelo legislador brasileiro inspirou-se no formato implementado em outros países como Alemanha, Itália e Espanha. Todavia, a tese acerca da necessidade de que se leve em conta os votos recebidos nas demais esferas da federação ganha força em razão das especificidades do contexto brasileiro.

A primeira delas diz respeito às proporções continentais do país, que são acompanhadas de uma enorme heterogeneidade entre suas diversas regiões. Assim, muitos dos partidos com representação no Congresso Federal poderiam não possuir representação consistente nos diversos estados da federação, ou nos municípios e vice e versa.

Outro ponto que merece atenção é o fato de que a Constituição outorga aos municípios competência constitucional para legislar, de forma que seria absolutamente legítimo que uma agremiação buscasse dar voz aos interesses populares que representa por meio de uma estratégia que privilegiasse a eleição de prefeitos e vereadores. Essa opção, todavia, seria inviabilizada pela forma como foi moldada a cláusula de desempenho em nosso país.

Diante de tais argumentos, parece relevante verificar se a crítica encontra fundamento na realidade. Com efeito, se a representatividade das agremiações quando consideradas as eleições estaduais e municipais é substancialmente distinta daquela aferida com base apenas nas eleições para deputado federal.

Para tanto, foi realizada uma análise comparativa da representatividade dos partidos políticos nas três esferas da federação, a partir da seguinte metodologia: em um primeiro momento as agremiações foram listadas de acordo com o percentual de votos obtidos nas eleições de 2014 para os cargos de deputado federal e deputado estadual, e nas eleições de 2016 para vereador; em seguida, essa mesma ordem foi criada levando-se em conta o número de candidatos eleitos pela agremiação.

A escolha dos critérios "percentual de votos recebidos" e "número de candidatos eleitos" deu-se porque são esses os parâmetros utilizados pela cláusula de desempenho criada pela EC 97/2017.

Os resultados obtidos estão expostos nas tabelas abaixo:

Tabela 2. Partidos listados em ordem decrescente a partir do percentual de votos válidos recebidos nas eleições de 2014 (para os cargos de deputado federal e deputado estadual) e 2016 (para o cargo de vereador).

Posição	Partido	Dep. Federal
1	PT	13,92
2	PSDB	11,37
3	PMDB	11,08
4	PP	6,6
5	PSB	6,44
6	PSD	6,13
7	PR	5,79
8	PRB	4,54
9	DEM	4,2
10	PTB	4,02
11	PDT	3,62
12	SD	2,76
13	PSC	2,59
14	PV	2,06
15	PROS	2,03
16	PPS	2,01
17	PC do B	1,96
18	PSOL	1,79
19	PHS	0,97
20	PT do B	0,85
21	PSL	0,83
22	PRP	0,74
23	PTN	0,74
24	PEN	0,69
25	PSDC	0,52
26	PMN	0,48
27	PRTB	0,47
28	PTC	0,35
29	PSTU	0,19
30	PPL	0,15
31	PCB	0,07
32	PCO	0,01

Posição	Partido	Dep. Estadual
1	PT	12,11
2	PSDB	11,48
3	PMDB	10,69
4	PSD	6,24
5	PSB	6,11
6	PDT	5,04
7	PP	4,7
8	DEM	4,09
9	PR	3,94
10	PTB	3,52
11	PSC	3,3
12	PV	3,14
13	PC do B	2,81
14	PRB	2,54
15	PROS	2,33
16	SD	2,16
17	PPS	2,09
18	PSOL	1,8
19	PTN	1,6
20	PSL	1,57
21	PEN	1,51
22	PHS	1,14
23	PT do B	1,14
24	PRP	1,13
25	PTC	1,01
26	PMN	0,81
27	PSDC	0,8
28	PRTB	0,64
29	PPL	0,33
30	PSTU	0,16
31	PCB	0,07
32	PCO	0,01

Posição	Partido	Vereador
1	PMDB	4,21
2	PSDB	3,58
3	PSD	2,71
4	PP	2,48
5	PSB	2,33
6	PDT	2,27
7	PT	2,1
8	DEM	1,9
9	PR	1,79
10	PTB	1,73
11	PRB	1,43
12	PSC	1,08
13	PPS	1,07
14	SD	0,99
15	PV	0,99
16	PC do B	0,7
17	PHS	0,65
18	PROS	0,6
19	PTN	0,58
20	PSL	0,55
21	PRP	0,49
22	PTC	0,42
23	PMN	0,37
24	PEN	0,35
25	PSOL	0,34
26	PT do B	0,34
27	PSDC	0,34
28	PRTB	0,28
29	PMB	0,19
30	REDE	0,15
31	PPL	0,09
32	NOVO	0,06

A nova cláusula de desempenho e a cláusula de desempenho que o STF não decidiu: fragmentação partidária ou livre participação das minorias?

						33	PCB	0
--	--	--	--	--	--	----	-----	---

Fonte: Elaboração própria a partir de dados do TSE.

Tabela 3. Partidos listados em ordem decrescente a partir do número de candidatos nas eleições de 2014 (para os cargos de deputado federal e deputado estadual) e 2016 (para o cargo de vereador).

Posição	Partido	Dep. Federal	Posição	Partido	Dep. Estadual	Posição	Partido	Vereador
1	PT	68	1	PMDB	139	1	PMDB	7.559
2	PMDB	65	2	PT	106	2	PSDB	5.364
3	PSDB	54	3	PSDB	96	3	PP	4.742
4	PP	38	4	PSD	73	4	PSD	4.639
5	PSD	36	5	PSB	63	5	PDT	3.766
6	PR	34	6	PDT	57	6	PSB	3.630
7	PSB	34	7	PP	50	7	PTB	3.057
8	PTB	25	8	DEM	45	8	PR	3.012
9	DEM	21	9	PR	45	9	DEM	2.899
10	PRB	21	10	PTB	38	10	PT	2.813
11	PDT	20	11	PSC	35	11	PPS	1.671
12	SD	15	12	PRB	32	12	PRB	1.618
13	PSC	13	13	PROS	30	13	PSC	1.523
14	PROS	11	14	PC do B	25	14	PV	1.521
15	PC do B	10	15	PV	25	15	SD	1.436
16	PPS	10	16	PPS	22	16	PC do B	1.004
17	PV	8	17	SD	21	17	PROS	984
18	PHS	5	18	PTN	17	18	PSL	878
19	PSOL	5	19	PSL	16	19	PHS	873
20	PTN	4	20	PEN	14	20	PTN	764
21	PMN	3	21	PT do B	14	21	PRP	615
22	PRP	3	22	PRP	12	22	PTC	571
23	PEN	2	23	PSOL	12	23	PMN	526
24	PSDC	2	24	PHS	10	24	PEN	522
25	PT do B	2	25	PTC	10	25	PT do B	491
26	PTC	2	26	PSDC	9	26	PSDC	418
27	PRTB	1	27	PMN	8	27	PRTB	390
28	PSL	1	28	PRTB	8	28	PMB	218
29	PCB	0	29	PPL	3	29	REDE	180
30	PCO	0	30	PCB	0	30	PPL	111
31	PPL	0	31	PCO	0	31	PSOL	56
32	PSTU	0	32	PSTU	0	32	NOVO	4
						33	PCB	1

Fonte: Elaboração própria a partir de dados do TSE.

A partir dos dados apresentados, foi possível verificar que, tanto quando se leva em conta o percentual de votos recebidos pelas agremiações como quando se considera o número de candidatos eleitos, a classificação obtida pelos partidos em âmbito federal, estadual e municipal é bastante similar e, na maior parte dos casos, não varia mais do que cinco posições.

De fato, a partir da tabela n. 2, verifica-se que apenas 5 partidos (cerca de 15% das agremiações) sofreram variações superiores a 5 posições na classificação obtida em cada uma

das esferas da federação, são eles: PT, PRB, PSOL, PT do B e PTC. Também no caso da tabela n. 3, são apenas 5 os partidos cujas classificações variaram em mais de 5 posições: PT, PHS, PSOL, PMN, PSL.

Diante de tais dados, demonstra-se que são mínimas as diferenças na representatividade dos partidos brasileiros nos âmbitos federal, estadual e municipal, o que evidencia que o parâmetro utilizado pelo legislador brasileiro para a fixação da cláusula de desempenho, qual seja, os votos obtidos para a Câmara dos Deputados, não gera distorções consideráveis no sistema partidário.

6. Considerações Finais

O presente artigo buscou, inicialmente, sistematizar os argumentos que impulsionam as discussões acerca da necessidade de estabelecimento de mecanismos que inibam a fragmentação partidária, destacando-se os seguintes: i) ampliação da estabilidade política e da governabilidade; ii) eliminação das "legendas de aluguel" e iii) enfraquecimento dos "donos de legenda". Além do mais, foi traçado um panorama do sistema partidário brasileiro quando do julgamento pelo STF das ADIs 1351 e 1354, e a forma como o número de agremiações veio se multiplicando até os dias atuais.

Abordou-se de maneira mais específica a enorme fragmentação que marca o sistema partidário do país, explicitando-se as dificuldades que decorrem desse quadro, notadamente no que tange à governabilidade. Um Congresso multipartidário impõe ao Executivo enormes desafios para conquistar base de sustentação política e, no caso brasileiro, vem se mostrando como um fator que favorece a realização de acordos que, muitas vezes, dificultam a gestão dos interesses públicos.

No cenário, foram explicitados os termos da cláusula de desempenho prevista pela Lei 9.096/95, cuja constitucionalidade foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal. Sistematizou-se os principais argumentos empregados pelo STF, no bojo das ADIs 1351 e 1354, para declarar a inconstitucionalidade daquela norma, dentre os quais é possível destacar a existência de violação ao art. 17 da CF, ao pluralismo político, ao dever de preservação das minorias, à proporcionalidade, bem como a inexistência de previsão constitucional expressa a autorizar o estabelecimento de tal mecanismo.

Diante desse parâmetro, examinou-se a nova cláusula de desempenho, inserida no ordenamento jurídico pátrio por meio da EC n° 97, que alterou o §3º, do art. 17 da Constituição Federal, estabelecendo requisitos para que os partidos políticos tenham direito ao fundo partidário e acesso ao rádio e à televisão. A partir daí foi possível analisar se a nova cláusula de desempenho vai de encontro aos argumentos empregados pelo STF para declarar a inconstitucionalidade do regramento anterior.

Verificou-se que o legislador empregou nítidos esforços no sentido de evitar uma identificação imediata com alguns dos pontos mais criticados pelo STF na cláusula de desempenho da Lei n. 9.096/97. Nessa direção, a nova cláusula de desempenho foi instituída por meio de emenda constitucional, não veda o funcionamento parlamentar e estabeleceu uma regra de transição, para que a sua implementação seja realizada de forma gradativa.

De outro lado, no que tange aos recursos do fundo partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão, o novo regramento foi ainda mais severo que o anterior, banindo por completo dessa distribuição os partidos que não atingirem a cláusula de desempenho. Conforme se demonstrou, o impacto da norma sobre as agremiações é em parte amenizado por inovações trazidas pela reforma eleitoral, como a criação do fundo especial para o financiamento de campanhas e a possibilidade de realização de propaganda por meio do impulsionamento de conteúdos na internet. Todavia, ainda assim os impactos da cláusula de desempenho são significativos e, com o tempo, podem inviabilizar a existência de algumas siglas partidárias.

Por fim, foi analisado um argumento bastante recorrente quando se discute a implementação da cláusula de desempenho, segundo o qual ao considerar apenas a votação obtida pelas legendas nas eleições para a Câmara dos Deputados, estar-se-ia criando uma grave distorção no sistema partidário, pois assim estaria sendo desconsiderada a representatividade dos partidos em âmbito estadual e municipal.

A despeito dos relevantes argumentos que embasam essa posição, ao analisar os resultados das eleições de 2014 para os cargos de deputado federal e deputado estadual, e do pleito de 2016, para o cargo de vereador, foi possível verificar que, em geral, a representatividade dos partidos não sofre variações significativas no âmbito das três esferas da federação. Assim, é possível concluir que a adoção do critério que leva em conta apenas a votação obtida pela legenda na eleição para a Câmara dos Deputados para a aplicação da cláusula de desempenho não é capaz de gerar distorções relevantes no sistema partidário.

7. Referências

ABRANCHES, S. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*. In: *Revista de Ciências Sociais*, Vol. 31, n. 1, Rio de Janeiro, 1988.

BOGHOSSIAN, B; URIBE, G; CARVALHO, D. Temer libera verbas para garantir apoio à reforma da Previdência, *Folha de São Paulo*, Brasília, 09 maio 2017, Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/05/1882300-temer-libera-verbas-para-garantir-apoio-a-reforma-da-previdencia.shtml>> Acesso em: 12 out 2017.

BONAVIDES, P. *Ciência Política*. 10ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

FARHAT, S. *Dicionário parlamentar e político: o processo político e legislativo no Brasil*. São Paulo: Melhoramentos; Fundação Petrópolis, 1996.

JUNGBLUT, C. Fundo Partidário será de R\$ 819 milhões em 2017, o mesmo de 2016. *O Globo*, Brasília, 15 dezembro 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/fundo-partidario-sera-de-819-milhoes-em-2017-mesmo-de-2016-20656120>>. Acesso em 12 outubro 2017.

MACEDO, L. Câmara aprova criação de fundo público de financiamento de campanhas. Brasília, 5 outubro 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/PO-LITICA/545056-CAMARA-APROVA-CRIACAO-DE-FUNDO-PUBLICO-DE-FINANCIAMENTO-DE-CAMPANHAS.html>> . Acesso em 09 de outubro de 2017.

SALGADO, E. D. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

REBELLO, M. M. *A fragmentação partidária no Brasil: visões e tendências*. Disponível em: <<http://www.anpocs.com/index.php/papers-36-encontro/gt-2/gt10-2/7955-a-fragmentacao-partidaria-no-brasil-visoes-e-tendencias/file>>

REIS, M. Cláusula de desempenho e fortalecimento dos sistemas representativo e partidário no Brasil. *In: Estudos Eleitorais*, Vol. 9, n. 1, Brasília, 2014, p. 90-104.

VIANA, J. P. A cláusula de barreira na Alemanha. *In: Estudos Eleitorais*, Vol. 2, n. 2, Brasília, 2006, p. 79-98.