



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MATHEUS DE SOUZA ANTUNES SUASSUNA

**O RESSURGIMENTO DA CLÁUSULA DE DESEMPENHO PARTIDÁRIA
E A SUA CONSTITUCIONALIDADE**

**NATAL/RN
2018**

MATHEUS DE SOUZA ANTUNES SUASSUNA

**O RESSURGIMENTO DA CLÁUSULA DE DESEMPENHO PARTIDÁRIA
E A SUA CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Norte como pré-requisito parcial para a conclusão no curso de graduação em Direito.
Orientador: Professor Mestre Daniel Monteiro da Silva.

NATAL/RN
2018

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN
Sistema de Bibliotecas - SISBI
Catalogação de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do Centro Ciências Sociais Aplicadas - CCSA

Suassuna, Matheus de Souza Antunes.

O ressurgimento da Cláusula de Desempenho partidária e a sua constitucionalidade /
Matheus de Souza Antunes Suassuna. - 2018.
61f.: il.

Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte,
Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Departamento de Direito. Natal, RN, 2018.
Orientador: Me. Daniel Monteiro da Silva.

1. Cláusula de Barreira - Monografia. 2. Multipartidarismo - Monografia. 3. Partidos
Políticos - Monografia. 4. Emenda Constitucional n.º 97/2017 - Monografia. 5.
Constitucionalidade - Monografia. I. Silva, Daniel Monteiro da. II. Universidade Federal
do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/UF/Biblioteca Setorial do CCSA

CDU 329:342.8

Toda a minha gratidão a Deus pela sua graça
ao me conceder vida, saúde e a oportunidade
de me graduar nesta universidade.

Aos meus pais, família e amigos,
agradecimento por todo o amor, sustento e
apoio ao longo de quase cinco anos de curso.

*Ele fortalece ao cansado e dá grande vigor ao
que está sem forças.*

*Até os jovens se cansam e ficam exaustos, e
os moços tropeçam e caem;*

*mas aqueles que esperam no Senhor
renovam as suas forças. Voam bem alto
como águias; correm e não ficam exaustos,
andam e não se cansam.*

Livro do profeta Isaías 40.29-31 – Bíblia
versão NVI

RESUMO

O Brasil apresenta um excesso de partidos políticos atualmente, fenômeno conhecido como “multipartidarismo” ou “hiperpartidarismo”. A cláusula de barreira reduz o número de partidos ao exigir uma votação mínima por legenda, sendo isso condição para o acesso total ou parcial a direitos ou prerrogativas dos partidos. A cláusula atinge diretamente os partidos políticos, os quais são um grupo de pessoas que almejam o poder político. Há divergências sobre a nomenclatura do instituto. As expressões “de barreira” e “de desempenho” podem ser entendidas como sinônimos. A cláusula “de exclusão” é aquela que foi positivada de forma desproporcional e inconstitucional ou que implique a extinção do registro da legenda caso não seja atingida. A cláusula é classificada em *stricto sensu*, como quociente eleitoral ou *à brasileira*. Quanto mais autoritário era o regime político no Brasil, mais altos foram os parâmetros da cláusula e menor o número de partidos. O quadro partidário brasileiro conta com 35 legendas hodiernamente, tendo 73 em formação. A Alemanha possui a *sperrklausel*, uma cláusula de barreira que é referência para os demais países. A cláusula criada no art. 13 da Lei dos Partidos Políticos foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.351/1.354. Nesse caso, levou-se em consideração os princípios constitucionais e a proteção às minorias para declarar nulo o respectivo art. 13. O STF não declarou a inconstitucionalidade ontológica do instituto, mas sim a forma em que foi positivada. A Emenda Constitucional n.º 97/2017 recriou uma cláusula de desempenho *à brasileira*. Os parâmetros do novo instituto são menores em comparação aos anteriores. No debate sobre a compatibilidade do mecanismo com a Constituição, levanta-se argumentos de viés político e jurídico. A discussão pode ser analisada sob a ponderação dos princípios constitucionais no caso concreto. Não há princípios absolutos em nosso ordenamento jurídico. As minorias podem ser representadas por outras formas. O art. 17, inciso I, da CRFB/1988 exige que os partidos tenham “caráter nacional”. Outra metodologia possível é a aplicação da proporcionalidade em sentido amplo. No caso, houve a restrição estatal ao direito de igualdade de oportunidades dos partidos. Tal intervenção possui propósito lícito, meio legítimo, é adequada e necessária. Em ambos os casos, a nova cláusula foi considerada constitucional. Apesar de não sanar todos os vícios do sistema político, a cláusula de barreira é um importante mecanismo de aperfeiçoamento da democracia.

Palavras-chave: Cláusula de Barreira. Multipartidarismo. Partidos Políticos. Emenda Constitucional n.º 97/2017. Constitucionalidade.

ABSTRACT

Brazil has an excess of political parties today, a phenomenon known as "multiparty" or "hyperpartidality". The Election Threshold reduces the number of parties by requiring a minimum vote per party, which is a condition for full or partial access to parties' rights or prerogatives. The clause directly affects the political parties, which are a group of people who want the political power. There are disagreements over the nomenclature of the institute. The terms "barrier" and "performance" can be understood as synonyms. The "exclusion" clause is one that has been disproportionately and unconstitutional, or which implies the extinction of the registration of the legend if it is not reached. The clause is classified in "stricto sensu", as election quotient or "Brazilian" Election Threshold. The more authoritarian the political regime in Brazil, the higher the parameters of the Election Threshold and the smaller the number of parties. The Brazilian party framework has 35 parties nowadays, with 73 in formation. Germany has "sperrklausel", an Election Threshold that is a reference for other countries. The Supreme Federal Court, in Direct Action of Unconstitutionality No. 1,351/1,354, declared the clause created in art. 13 of the Political Parties Law unconstitutional. In this case, the constitutional principles and the protection of minorities were considered in order to declare null the respective art. 13. The SFC did not declare the ontological unconstitutionality of the institute, but rather the form in which it was create. The Constitutional Amendment no. 97/2017 recreated a "Brazilian" Election Threshold. The parameters of the new institute are smaller compared to the previous ones. In the debate on the compatibility of the mechanism with the Constitution, there are political and legal arguments. The discussion can be analyzed under the weighting of the constitutional principles in this case. There are no absolute principles in our legal system. Minorities can be represented in other ways. The art. 17, I, of the CFRB/1988 requires that parties have "national character". Another possible methodology is the application of "lato sensu" proportionality. In this case, there was a state restriction on the right to equal opportunities of the parties. Such intervention has a legitimate purpose, a legitimate means, is adequate and necessary. In both cases, the new Election Threshold is constitutional. Although it does not remedy all the vices of the political system, the Election Threshold is an important mechanism for perfecting democracy.

Keywords: Election Threshold. Multiparty. Political Parties. Constitutional Amendment no. 97/2017. Constitutionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O INSTITUTO JURÍDICO DA CLÁUSULA DE DESEMPENHO PARTIDÁRIA	13
2.1 CONCEITOS E CLASSIFICAÇÃO	13
2.2 SÍNTESE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS E DA CLÁUSULA DE DESEMPENHO NO BRASIL.....	16
2.2.1. Histórico dos Partidos Políticos.....	16
2.2.2. Histórico da Cláusula de Barreira	18
2.3 O MULTIPARTIDARISMO BRASILEIRO HODIERNO.....	22
2.4 A CLÁUSULA DE BARREIRA NO DIREITO ALEMÃO	25
3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 1.351/1.354 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	28
3.1 AS PETIÇÕES INICIAIS	28
3.2 MANIFESTAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO	30
3.3 MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA	31
3.4 O ACÓRDÃO	31
3.5 DECLARAÇÕES DOS ATUAIS MINISTROS E POSSÍVEIS VOTOS.....	39
4 ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE DA NOVA CLÁUSULA DE DESEMPENHO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 97/2017	42
4.1 A NOVA CONJUNTURA.....	42
4.2 OS ARGUMENTOS EM DEBATE.....	45
4.3 A ANÁLISE	50
4.3.1 À luz da principiologia	51
4.3.2 À luz da proporcionalidade <i>lato sensu</i>	53
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elenca como um de seus fundamentos o pluralismo político (art. 1, inciso V), desdobramento do caráter plural da sociedade (vide Ementa da CRFB/88). Similarmente, há o pluripartidarismo, resguardado no *caput* do art. 17 da CRFB/88, consistindo na coexistência de vários partidos políticos em um sistema, diferindo-se do bipartidarismo e do unipartidarismo – China, Cuba e Coreia do Norte por exemplo.

Contudo, após a promulgação da Carta Magna, o Brasil passou a ostentar um excesso de partidos políticos. Esse fenômeno, resultado da distorção do pluripartidarismo, é chamado de “multipartidarismo” ou “hiperpartidarismo”.

Vive-se na jovem e imatura democracia brasileira um crescimento vertiginoso das legendas, totalizando 35, muitas sem programa ideológico e nem lastro social, sobrevivendo unicamente pelo repasse de recursos públicos ou por coligações com pouca ou nenhuma coerência programática, apenas para atingir o quociente eleitoral. Isso é uma realidade dos chamados “partidos nanicos” e das “legendas de aluguel”.

Essa conjuntura precisa ser alterada para um aperfeiçoamento do regime democrático, pois mantê-la prejudica a governabilidade entre os Poderes e piora a crise de representatividade entre eleitores e eleitos. Uma solução proposta para sanar esse problema foi a cláusula de desempenho partidária. Trata-se de um mecanismo que reduz a quantidade de partidos ao definir um número mínimo de votos a ser atingido pelas legendas, sendo isso condição para o gozo de todos ou de parte de seus direitos ou prerrogativas, como o acesso a vagas no Parlamento ou ao financiamento público.

A cláusula está presente em vários países, como na Alemanha, e já esteve anos atrás, por mais de uma oportunidade, no ordenamento jurídico brasileiro. Após a promulgação da Carta Maior, o instituto foi recriado pela Lei n.º 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos), porém foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em dezembro de 2006, por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 1.351/DF e n.º 1.354/DF. Mais recentemente, foi recriada por meio da Emenda Constitucional n.º 97/2017, sendo fixada em 3% dos votos válidos, em um terço das unidades da federação, com, no mínimo, 2% dos votos em cada uma delas.

As opiniões sobre os benefícios da cláusula e a sua constitucionalidade variam, tanto por parte de juristas quanto por cientistas políticos. Os que são contrários argumentam, por exemplo, que a cláusula violaria o pluralismo político, o pluripartidarismo, a igualdade de chances entre os partidos políticos, a proporcionalidade e razoabilidade, o direito das minorias e ao entendimento emanado pelo STF na ADI n.º 1.351/1.354.

Já os especialistas favoráveis a ela contra-argumentam: está presente no direito comparado; é necessária por trazer governabilidade ao sistema político; só afetará partidos sem significativo apoio social; inexistem princípios absolutos no Direito; o art. 17, I, da CRFB/1988 exige dos partidos o “caráter nacional”; e a ideia de igualdade material legitima a distinção entre as agremiações de acordo com a votação obtida por cada uma, como já ocorre em outros direitos.

Diante das divergências sobre a recém-criada cláusula de barreira, surgem indagações: é possível sanar ou atenuar o “hiperpartidarismo” por meio dela? Essa solução é constitucional? É possível conciliar os princípios e valores constitucionais com o combate à proliferação de legendas? Esta monografia responde a tais questionamentos, ao examinar a cláusula e perquirir a sua eficácia e constitucionalidade frente a CRFB/88, tema este dentro do Direito Eleitoral e com aspectos constitucionais.

Para esse fim, houve uma pesquisa descritiva, com caráter qualitativo. Coletou-se dados bibliográficos da doutrina em Direito Constitucional e Eleitoral, além da apuração de notícias que versaram sobre o tema, como depoimentos e entrevistas dos especialistas. Também se analisou pesquisas já feitas em livros, artigos e monografias. Por fim, foram examinados documentos, como os pareceres e o acórdão da ADI n.º 1.351/1.354, e legislações sobre a cláusula de barreira, tanto pátria quanto alemã, em vigência e revogadas.

Posteriormente à coleta das informações, os dados foram estudados e geraram três capítulos de desenvolvimento neste trabalho. O primeiro aborda os conceitos, a nomenclatura e classificação da cláusula de barreira, a qual pode ser compreendida como cláusula *stricto sensu*, quociente eleitoral e cláusula *à brasileira*. Faz-se menção também ao conceito e funções dos partidos políticos. Essa parte analisa o histórico dos partidos e do instituto no Brasil, cujos parâmetros seguiram as ondulações históricas das instituições políticas, ora em patamares altos, ora baixos.

Esmiúça ainda o atual quadro partidário brasileiro. Encerrando, discorre sobre a cláusula na Alemanha, em virtude de ser um país referência na aplicação desse mecanismo.

O segundo capítulo traz à baila o julgamento da ADI n.º 1.351/1.354 em detalhes. Mesmo não havendo uma vinculação do Legislativo a tal julgado, o seu estudo é imperioso pela sua importância histórica e pela sua *ratio decidendi*, pois eventual impugnação contra a nova cláusula da EC n.º 97/2017 utilizará essa ação como parâmetro. Verificou-se as petições iniciais, as manifestações da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República e o acórdão. Por fim, houve a busca por declarações públicas acerca da cláusula de desempenho por parte dos atuais membros do STF, depois do julgamento da ADI, sendo possível mensurar os prováveis votos em eventual novo julgamento sobre o tema.

O último e terceiro capítulo do desenvolvimento verifica os pormenores da cláusula criada pela EC n.º 97/2017, os seus critérios e forma aplicação ao longo dos anos, bem como os partidos que serão possivelmente afetados. Segue elencando os principais argumentos no debate sobre o instituto, tanto contrários quanto favoráveis e finaliza analisando a constitucionalidade da nova cláusula à luz da principiologia, teoria mais aplicada no país, e da proporcionalidade *lato sensu*, metodologia presente na Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais.

Finalizando a monografia, infere-se que o assunto, de fato, é complexo, sendo um desafio hermenêutico ao intérprete. Apesar disso, a conclusão traz um posicionamento sobre a constitucionalidade do mecanismo.

2 O INSTITUTO JURÍDICO DA CLÁUSULA DE DESEMPENHO PARTIDÁRIA

2.1 CONCEITOS E CLASSIFICAÇÃO

A cláusula de desempenho partidária, também chamada de cláusula de barreira, é um mecanismo que reduz o número de partidos políticos em um determinado sistema jurídico-político. Seu funcionamento se dá pelo estabelecimento de porcentagens mínimas de votos para a legenda obter, por exemplo, uma cadeira no Parlamento, o pleno funcionamento parlamentar ou o acesso a recursos públicos e à propaganda na TV e no rádio.

Marcos Ramayana traz o seguinte conceito do instituto:

A cláusula de barreira também é conhecida como de exclusão ou desempenho. Trata-se de uma forma adotada no sistema eleitoral de efetivo funcionamento dos partidos políticos apenas quando sejam obtidas quantidades percentuais de votos válidos¹.

Na mesma linha, Bruno Lorencini diz que a cláusula exclui os partidos a um direito ou prerrogativa previsto no ordenamento jurídico².

Ao tratar da finalidade do instituto, o cientista político alemão Dieter Nohlen aduz:

A única função das barreiras legais é excluir pequenos partidos políticos da distribuição de assentos e, conseqüentemente, da representação parlamentar, a fim de exercer um efeito de concentração sobre o sistema partidário. Até que ponto essa função é cumprida, depende decisivamente do alcance e do tamanho da barreira legal, bem como do contexto sociopolítico do país em questão.³ (tradução nossa)

Os entes atingidos diretamente pela cláusula são os partidos políticos, os quais possuem uma regulamentação específica no art. 17 da CRFB/1988. Segundo Palhares Moreira Reis, os partidos são um conjunto de pessoas que almejam adquirir

¹ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 341.

² LORENCINI, Bruno César. **A Cláusula de Desempenho Eleitoral-partidário e seu Enquadramento Democrático e Constitucional**. In: CAGGIANO, Monica Herman S. (org.). Reforma política: um mito inacabado. Barueri: Manole, 2017. p. 139. Disponível em: <<http://espacodemocratico.org.br/reforma-politica-um-mito-inacabado-2/>>. Acesso em: 31 maio 2018.

³ NOHLEN, Dieter. **Gramática de los sistemas electorales**: una introducción a la ingeniería de la representación. Quito: V&M Gráficas, 2012. p. 15.

o poder político, implementando assim a sua respectiva ideologia. Além disso, ele elenca três funções desses grupos: (i) “servir de agente catalizador de uma determinada corrente de opinião”; (ii) “selecionar e enquadrar os eleitos”; e (iii) “educar e informar o eleitor”⁴.

Quanto à terminologia da cláusula, usa-se, na maioria das vezes, os termos “desempenho”, “barreira” e “exclusão” como sinônimos (vide conceitos acima elencados). Porém, não há um uso plenamente uniforme da nomenclatura do instituto na doutrina, sofrendo variação de acordo com a gradação de seus efeitos. Por exemplo, quando tal mecanismo impede a existência dos partidos políticos que não cumpriram a cláusula, cassando o seu registro no órgão competente, alguns o chamam de “cláusula de exclusão” ou “de barreira”⁵, distinguindo-se da “cláusula de desempenho”, quando os parâmetros são razoáveis e proporcionais, mantendo o pluripartidarismo.

Na presente monografia, optou-se pelo uso de “cláusula de desempenho” ou “barreira” como sinônimos, distinguindo-se da expressão “exclusão”, quando os legisladores fixam um percentual que implique a extinção do registro da legenda ou que seja desproporcional e inconstitucional.

Quanto às suas hipóteses ou classificações, a cláusula de desempenho pode ser compreendida de três formas⁶: (i) *em sentido estrito*, (ii) como quociente eleitoral ou (iii) *à brasileira*.

A cláusula de desempenho (i) *em sentido estrito* é aquela que restringe diretamente o acesso dos partidos a cargos no Parlamento com base na porcentagem de votos obtidos⁷. Exemplificando: um partido só terá eleito um representante no Legislativo se obtiver 1% dos votos válidos na eleição do país Y; 100 mil eleitores votaram, sendo a cláusula de barreira equivalente a mil votos. O partido X recebeu 900 votos (0,9% do total) e um de seus candidatos ficou dentro das vagas; porém

⁴ REIS, Palhares Moreira. **Os partidos políticos e a experiência brasileira**. Revista de informação legislativa, v. 29, n. 114, p. 89-116, abr./jun. 1992. p. 94-95. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176077>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁵ “Não se deve confundir cláusula de barreira ou cláusula de exclusão, impeditiva da própria existência do partido político que não venha a atingir um percentual mínimo de votos, com a cláusula de desempenho, um mecanismo previsto em lei que estabeleça um ‘patamar mínimo de votos que um partido necessita para atingir, para conseguir uma cadeira no legislativo’³²”. KIM, Richard Pae. **Multipartidarismo no Brasil: Paradoxos e Propostas**. In: *ibid.* p. 326. Disponível em: <<http://espacodemocratico.org.br/reforma-politica-um-mito-inacabado-2/>>. Acesso em: 31 maio 2018.

⁶ LORENCINI, loc. cit.

⁷ *Ibid.*, p. 139.

esse candidato não será eleito, pois o partido não atingiu a quantidade mínima fixada de 1%. Esse tipo de cláusula está presente em vários países e na Alemanha, conforme será explicado no tópico 2.4.

O (ii) quociente eleitoral, presente em longa data no ordenamento jurídico brasileiro⁸, é resultado de um cálculo presente no sistema proporcional, que faz a distribuição de cadeiras no Legislativo (exceto no Senado) de acordo com os votos obtidos pelo partido político ou coligação⁹. Apesar de não ser uma cláusula *stricto sensu* por variar os seus limites a cada nova eleição, o quociente pode ser entendido como um tipo de cláusula por apresentar efeitos semelhantes, restringindo o acesso das agremiações às vagas disponíveis¹⁰.

Além disso, por integrar a própria fórmula eleitoral, também pode ser chamada de cláusula *reflexa* ou *implícita*, não sendo um mecanismo externo de restrição, como é o caso da cláusula de barreira *em sentido estrito*, mas sim interno¹¹.

Após a Minirreforma eleitoral de 2015, o art. 108 passou a exigir que o candidato/coligação tenha atingido, pelo menos, 10% do quociente eleitoral¹². Essa alteração tem o objetivo de garantir uma representatividade mínima dos eleitos¹³, não bastando, hoje, apenas atingir o quociente para obter uma vaga¹⁴.

Já a (iii) *cláusula à brasileira* foi o termo usado pelo Ministro Gilmar Mendes na ADI n.º 1.351/1.354 do STF, conforme será detalhado no capítulo 3, para designar a cláusula de barreira criada no art. 13 da Lei dos Partidos Políticos (n.º 9.096/1995). Nela, os candidatos dentro do número de vagas por partidos que não atingiram a cláusula poderão ser eleitos, mas as legendas serão afetadas em seus “benefícios

⁸ Aduz o art. 106 do Código Eleitoral brasileiro: “Determina-se o quociente eleitoral dividindo-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”. Há também o chamado quociente partidário no art. 107, que diz quantas cadeiras o partido ou coligação obterá: “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”.

⁹ As coligações serão extintas nas eleições proporcionais a partir de 2020, conforme alteração constitucional efetuada pela EC n.º 97/2017.

¹⁰ NICOLAU, Jairo Marconi. **Sistemas Eleitorais**. 6. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p. 59.

¹¹ LORENCINI, op. cit., p. 142.

¹² “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. (Redação dada pela Lei n.º 13.165, de 2015)”

¹³ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

¹⁴ Exemplificando, o quociente eleitoral do Estado Z é de 10 mil votos e o partido W, por meio do quociente partidário, teve direito a três vagas na Câmara dos Deputados. O primeiro lugar teve 5 mil votos (50% do quociente) e o terceiro teve apenas 900 votos (9%). Com isso, o terceiro lugar não será eleito, pois não atingiu votação igual ou superior a 10% do quociente eleitoral.

colaterais”¹⁵, como o direito ao funcionamento parlamentar, o acesso ao fundo partidário e ao tempo de propaganda política gratuita nos meios de comunicação.

2.2 SÍNTESE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS E DA CLÁUSULA DE DESEMPENHO NO BRASIL

A história evidencia que a instabilidade é uma característica marcante quando o assunto é política no Brasil. Passamos de uma Independência monárquica (1822) para o Período Regencial (1831-1840), com revoltas internas (Confederação do Equador, Cabanagem, Revolta Farroupilha, entre outras). Houve o Golpe Republicano de 1889 e o fim da República Velha pela Revolução de 1930, inaugurando a Era Vargas e Estado Novo (1937-1945); a República de 1945 a 1964 com o suicídio de um Presidente; o Regime Militar (1964-1985); e por fim a Nova República (1988-), a qual já apresenta dois processos de *impeachment* do chefe do Executivo federal. Em meio a esse antepassado, a Carta Magna de 1988 ainda vive.

Essas ondulações históricas repercutem diretamente no âmbito dos partidos políticos e, conseqüentemente, nas normas sobre a cláusula de desempenho.

2.2.1. Histórico dos Partidos Políticos

A independência e os primeiros anos do Brasil não foram de plena estabilidade, sendo necessário ainda consolidar o recém-formado Estado. No Primeiro Reinado, não havia partidos políticos tecnicamente falando, algo que só veio aparecer na Regência.

Sobre o período, escreveu o historiador Florival Caceres:

O Primeiro Reinado e o período regencial não tiveram partidos políticos no sentido estrito do termo. Eram mais clubes políticos, formados por pessoas que gravitavam em torno de jornais que defendiam veementemente suas posições. No final do período regencial surgiram os dois grandes partidos políticos que se revezavam no poder durante todo o Segundo Reinado – o Liberal e o Conservador¹⁶.

¹⁵ LORENCINI, op. cit., p. 144.

¹⁶ CÁCERES, Florival. **História do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Moderna, 1993. p. 174.

Esse bipartidarismo de fato entre o Partido Liberal e o Partido Conservador perdurou por boa parte do Segundo Reinado. Porém, alterações começaram a aparecer com o surgimento do Partido Republicano em 1870¹⁷, sendo o movimento um dos motivos da queda da Monarquia em 1889.

Na República Velha, houve a multiplicação e descentralização dos partidos políticos, destacando-se os de nível estadual¹⁸, como o Partido Republicano Paulista. Nesse mesmo período, tem-se a chamada política do *café com leite*, existindo o controle e alternância do Poder Executivo federal entre o grupo político de São Paulo e Minas Gerais¹⁹.

Deflagrada a Revolução de 1930, ganham destaque dois movimentos políticos: a Ação Integralista Brasileira, de inspiração fascista e fundada por Plínio Salgado; e a Aliança Nacional Libertadora, de influência comunista, que tinha como presidente de honra Luís Carlos Prestes²⁰. Porém, implantado o Estado Novo por Vargas em 1937, todas as legendas foram dissolvidas.

Com a redemocratização em 1945, as agremiações voltam e se consolidam, retornando o pluripartidarismo no sistema político brasileiro. Surgem, por exemplo, a UDN (União Democrática Nacional), o PSD (Partido Social Democrático) e o PTB (Partido Trabalhista Brasileiro), com esses dois últimos existindo até hoje.

Quando João Goulart foi deposto pelo Regime Militar em 1964, o Ato Institucional n.º 2/1965, em seu art. 18, extinguiu novamente os partidos, os quais eram treze registrados e com representação no Parlamento à época²¹. A partir daí, houve um bipartidarismo de fato entre a ARENA (Aliança Renovadora Nacional), partido do governo, e o MDB (Movimento Democrático Brasileiro), do lado da oposição.

Já nos últimos anos da Ditadura, aconteceu a abertura política de forma lenta e gradual, reinstituindo-se o pluripartidarismo em 1979. Consequentemente, novas legendas surgiram ou foram recriadas, como o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB, atual MDB) e o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB)²².

¹⁷ Ibid., p. 200.

¹⁸ KIM, op. cit., p. 322.

¹⁹ CÁCERES, op. cit., p. 223.

²⁰ Ibid., p. 276 e 277.

²¹ KIM, loc. cit.

²² CÁCERES, op. cit., p. 354.

Promulgada a Constituição de 1988, ratificou-se o pluripartidarismo em seu art. 17, *caput*. Similarmente, o pluralismo político passou a ser um fundamento da República, vide art. 1, V, da CRFB/1988.

2.2.2. Histórico da Cláusula de Barreira

Quanto à cláusula de barreira no Brasil, ao considerar o quociente eleitoral como um tipo de cláusula *implícita*, podemos dizer que esse mecanismo surgiu no Código Eleitoral de 1932²³. Em seu art. 58, 5º, 6º e 7º, há o quociente eleitoral e o partidário em moldes semelhantes ao existentes hoje.

Na redemocratização pós-Estado Novo, o Decreto-Lei n.º 8.835/1946, o qual alterou dispositivos do Decreto-Lei n.º 7.586/1945, estabeleceu uma cláusula de exclusão. Discorria o seu art. 5 que o Partido Político teria seu registro cassado se não conseguisse votação igual ou superior ao número de eleitores que precisou para obter seu registro definitivo²⁴.

Poucos anos depois, promulgou-se o Código Eleitoral de 1950. O seu art. 148 implementou novamente uma cláusula de exclusão: a agremiação que, nas eleições gerais, não elegeu um representante no Congresso Nacional pelo menos ou não obtivesse 50 mil votos sob legenda, teria cancelado o seu registro²⁵.

Deflagrado o Regime Militar, surgiu um novo Código Eleitoral em 1965 prevendo o atual quociente eleitoral, conforme tratado anteriormente. Promulgada no mesmo dia, a Lei n.º 4.740 trouxe, em seu art. 47, o cancelamento do registro do partido que não elegeu 12 deputados federais, distribuídos em sete Estados pelo

²³ KIM, op. cit., p. 320.

²⁴ “Art. 5º Será cassado o registro provisório já concedido aos partidos políticos, que não obtenham o registro definitivo até 30 dias antes das eleições de Governador e Assembleias Legislativas dos Estados, ou que nas eleições a que hajam concorrido não obtiverem votação pelo menos igual ao número de eleitores com que alcançaram seu registro definitivo.

Parágrafo único. Compete ao Procurador Geral promover o cancelamento, nos termos deste artigo.”

²⁵ “Art. 148. Ainda se cancelará o registro do partido que, no seu programa ou ação, vier a contrariar o regime democrático baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem.

Parágrafo único. Terá, por igual, cancelado o seu registro o partido que em eleições gerais não satisfizer uma destas duas condições: eleger, pelo menos, um representante no Congresso Nacional ou alcançar, em todo o país, cinquenta mil votos sob legenda.”

menos; ou recebesse votação de legenda equivalente a 3% do eleitorado do país nas eleições gerais para a Câmara dos Deputados²⁶.

Com a Constituição Federal de 1967, a cláusula de exclusão passou a estar no texto constitucional pela primeira vez. No seu art. 149, o Regime Militar a fixou em patamares elevados: 10% de votos do eleitorado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, bem como 10% dos deputados e 10% dos senadores²⁷. Apesar de, formalmente, haver a possibilidade de criação de uma legenda, isso ficou inviabilizado na prática²⁸.

A EC n.º 1/1969, a qual reformulou a Carta Magna de 1967 por completo, atenuou a cláusula de exclusão em seu art. 152. A partir de então, o partido deveria obter votação de 5% do eleitorado na última eleição geral para a Câmara²⁹. Mesmo com essa redução, não surgiram novas legendas³⁰, continuando com o bipartidarismo entre MDB e ARENA.

A cláusula do art. 152 sofreu alteração por meio da EC n.º 11/1978, passando a exigir os mesmos 5% de votos do eleitorado, mas a distribuição agora deveria ser, no mínimo, em nove Estados, com o mínimo de 3% em cada um deles; enquanto antes era em sete Estados, com o mínimo de 7% em cada um deles. Além disso, obrigou-se a filiação de, pelo menos, 10% de deputados e senadores como fundadores da agremiação³¹.

²⁶ “Art. 47. Ainda se cancelará o registro do partido que não satisfizer ...VETADO... seguintes condições: [...]

II - eleição de 12 (doze) deputados federais, distribuídos por 7 (sete) Estados, pelo menos;

III - votação de legenda, em eleições gerais para a Câmara dos Deputados, correspondente, no mínimo a 3% (três por cento) do eleitorado no País.”

²⁷ “Art 149 - 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;”

²⁸ KIM, op. cit., p. 321.

²⁹ “Art. 152. 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; e”

³⁰ KIM, loc. cit.

³¹ “Art. 152 - A organização e o funcionamento dos partidos políticos, de acordo com o disposto neste artigo, serão regulados em lei federal. [...]

§ 2º - O funcionamento dos partidos políticos deverá atender às seguintes exigências:

I - filiação ao partido de, pelo menos, 10% (dez por cento) de representantes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal que tenham, como fundadores, assinado seus atos constitutivos; ou

Posteriormente, a cláusula foi reduzida de novo, no processo de redemocratização. A EC n.º 25/1985 alterou o mesmo art. 152 da CRFB/1967-1969, restringindo a representação no Congresso Nacional do partido que não obtivesse 3% de votos do eleitorado nas eleições gerais para a Câmara, sendo a votação distribuída em cinco Estados, com 2% do eleitorado em cada um deles³². Vale salientar a mudança que permitiu ao candidato eleito por um partido cuja votação não atingiu a cláusula de barreira a mudar para outro partido remanescente no prazo de 60 dias, conforme consta no § 2º do mesmo artigo.

Destaca-se que as cláusulas da EC n.º 11/1978 e da EC n.º 25/1985 não chegaram a ser aplicadas³³. A EC n.º 22/1982, cujo texto acrescentou o art. 217 na CRFB/1967-1969, afastou sua aplicação nas eleições de 1982, enquanto que a própria EC n.º 25/1985, em seu art. 5, afastou o instituto nas eleições de 1986.

Promulgada a Constituição de 1988, “abriu-se a porteira” às agremiações políticas, alterando significativamente o quadro político-partidário e inaugurando a “plena liberdade da existência e de funcionamento dos partidos políticos”³⁴. O fato de o constituinte não ter adicionado nenhuma cláusula de desempenho no texto constitucional contribuiu para essa conjuntura. Esse posicionamento é mais evidente no período da Revisão Constitucional em 1993, quando o deputado Nelson Jobim, por

II - apoio, expresso em votos, de 5% (cinco por cento) do eleitorado, que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos, pelo menos, por nove Estados, com o mínimo de 3% (três por cento) em cada um deles; [...]

§ 3º - Não terá direito a representação o partido que obtiver votações inferiores aos percentuais fixados no item II do parágrafo anterior, hipótese em que serão consideradas nulas.”

³² “Art. 152. É livre a criação de Partidos Políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a Soberania Nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana, observados os seguintes princípios: [...]

§ 1º Não terá direito a representação no Senado Federal e na Câmara dos Deputados o Partido que não obtiver o apoio, expresso em votos, de 3% (três por cento) do eleitorado, apurados em eleição geral para a Câmara dos Deputados e distribuídos em, pelo menos, 5 (cinco) Estados, com o mínimo de 2% (dois por cento) do eleitorado de cada um deles.

§ 2º Os eleitos por Partidos que não obtiverem os percentuais exigidos pelo parágrafo anterior terão seus mandatos preservados, desde que optem, no prazo de 60 (sessenta) dias, por qualquer dos Partidos remanescentes.”

³³ BALDISSERA, Andressa Baierle. **Cláusula de Barreira Eleitoral na PEC n. 282/2016**, Análise comparada e de constitucionalidade. Monografia (graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017. p. 27. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/166284>>. Acesso em: 31 maio 2018.

³⁴ AGRA, Walber de Moura; NETO, Emiliane Priscilla Alencastro. **A cláusula de barreira como instrumento de aperfeiçoamento da democracia**. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 12, n. 2, p. 697, maio-ago. 2017. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/11017>>. Acesso em: 31 maio 2018.

meio do parecer n.º 36, tentou inserir a cláusula na CRFB/1988 via emenda, mas não obteve êxito³⁵.

Poucos anos depois, o Legislativo recriou a cláusula de barreira por meio da Lei n.º 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos) em seu art. 13. Mais especificamente, concebeu-se uma *cláusula à brasileira*:

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.

O partido que não atingisse essa cláusula preservaria a eleição de seus filiados, mas sofreria restrição de seu funcionamento parlamentar, bem como redução de repasses do fundo partidário e do tempo de propaganda nos meios de comunicação. O “funcionamento parlamentar” é o direito à representação do partido no parlamento de acordo com o princípio da proporcionalidade partidária³⁶, desdobrando-se na prerrogativa de se organizar em bancada e nomear seu líder, o qual goza de certos benefícios, por exemplo, participar de reuniões com o Presidente da casa e usufruir de mais tempo nos discursos em plenário.

O art. 41 da mesma lei estabeleceu 1% dos recursos do fundo partidário para as legendas que não preencheram o requisito do art. 13, enquanto que os 99% restantes ficariam com os partidos cuja votação atingiu a cláusula. Além disso, o art. 48 estabelecia apenas o tempo de 2 minutos de programa em cadeia nacional, a cada semestre, para as legendas que não cumpriram a quantidade mínima de votos.

A cláusula ficou em *vacatio legis* desde 1995, havendo regras de transição estipuladas nos arts. 56 e 57. Ela teria plena eficácia a partir da legislatura de 2007, mas não chegou a ser aplicada. Diante de seus parâmetros elevados, o art. 13 e dispositivos relacionados foram atacados e declarados inconstitucionais na ADI n.º 1.351/1.354 no STF, a qual será tratada no capítulo adiante.

³⁵ Ibid., p. 707.

³⁶ CARVALHO, Kátia de. **Cláusula de Barreira e Funcionamento Parlamentar**. Revista Estudos Eleitorais, Brasília, v. 2, n. 3, p. 67-78, maio/ago. 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/1187>>. Acesso em: 31 maio 2018.

Após esse julgado, o Brasil apenas ficou o quociente eleitoral e partidário em seu ordenamento jurídico, previsto no Código Eleitoral/1965. Porém, no dia 04 de dezembro, promulgou-se a EC n.º 97/2017.

Essa nova norma alterou dispositivos do art. 17 da CRFB/1988, tratando sobre os órgãos permanentes e provisórios dos partidos, vedando as coligações nas eleições proporcionais a partir de 2020 e recriando a cláusula de barreira *à brasileira*, cujos parâmetros serão detalhados no capítulo 4.

2.3 O MULTIPARTIDARISMO BRASILEIRO HODIERNO

O pluralismo é um valor consagrado e reiterado na Carta Magna, marca da democracia brasileira, estando presente na esfera social (preâmbulo), política (art. 1, V), partidária (art. 17, *caput*) e educacional (art. 206, III)³⁷.

Entretanto, a distorção no pluripartidarismo, o “multi” ou “hiperpartidarismo”, passou a gerar consequências negativas no sistema político brasileiro. Nas eleições de 2014, 28 obtiveram representação na Câmara dos Deputados³⁸. Em maio de 2018, o número é de 25 legendas³⁹, enquanto que no Senado Federal são 17, com um senador sem partido⁴⁰.

Atualmente, há 35 partidos políticos no Brasil: o registro mais antigo é do MDB (outrora PMDB, deferido em 30/06/1981) e o mais recente é o do Partido da Mulher Brasileira – PMB (deferido em 29/09/2015)⁴¹. Ressalte-se que, de acordo com o TSE,

³⁷ KIM, op. cit., p. 323.

³⁸ **Bancada na Eleição.** Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/deputados/pesquisa/bancadas/bancada-na-eleicao>>. Acesso em: 11 maio 2018.

³⁹ **Bancada Atual.** Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/deputados/pesquisa/bancadas/bancada-atual>>. Acesso em: 11 maio 2018.

⁴⁰ **Senadores em exercício por partido.** Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/senadores/em-exercicio/-/e/por-partido>>. Acesso em: 11 maio 2018.

⁴¹ PRB (número eleitoral – 10), PP (11), PDT (12), PT (13), PTB (14), MDB (15), PSTU (16), PSL (17), REDE (18), PODE (19), PSC (20), PCB (21), PR (22), PPS (23), DEM (25), PSDC (27), PRTB (28), PCO (29), NOVO (30), PHS (31), PMN (33), PMB (35), PTC (36), PSB (40), PV (43), PRP (44), PSDB (45), PSOL (50), PEN (51), PPL (54), PSD (55), PCdoB (65), AVANTE (70), SD (77), PROS (90). **Partidos políticos registrados no TSE.** Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>>. Acesso em: 11 maio 2018.

existem 73 partidos em formação, dentre os quais o Partido Nacional Corinthiano – PNC⁴².

Os “partidos nanicos” e as “legendas de aluguel” cresceram muito nos últimos anos, as quais sobrevivem apenas com os recursos do Fundo Partidário; não possuem representatividade social significativa; e frequentemente cedem o tempo de propaganda para partidos maiores por meio de alianças sem nenhuma coerência ideológica.

Esse excesso de legendas e a pulverização do Legislativo no Brasil é criticado por vários autores. É algo que prejudica a representatividade entre eleitores e eleitos, pois a diversidade de partidos não é resultado de uma heterogeneidade social ou política presente no país. Além disso, não existem 35 ideologias no espectro político a justificar tamanha fragmentação. Muitas dessas legendas não atendem às funções elencadas por Palhares Reis, descritas no tópico 2.1.

Esse quadro dificulta a governabilidade do chefe do executivo, o qual precisa dialogar e negociar com várias lideranças partidárias para implementar certas políticas públicas. Sobre isso, escreve Walber Agra e Emiliane Neto:

Um pluripartidarismo exagerado, com facilidade extrema para a criação de agremiações, incentivado ainda pela fragmentação político-ideológica, impede a formação de maiorias sólidas aptas a governar, fazendo com que pequenas agremiações tenham um poder excessivo de barganha sem amparo na realidade social, no que conduz à fragilização do regime democrático⁴³.

Barry Ames, ao descrever o sistema eleitoral brasileiro, afirma existir um Executivo dependente do Legislativo, um excesso de *veto-players* (aqueles que podem barrar a implementação de uma política ou projeto) e, conseqüentemente, o “obstrucionismo parlamentar”, algo estimulado pela fragmentação partidária:

O sistema eleitoral brasileiro, acoplado ao federalismo e à longa tradição de dependência do Poder Executivo em relação ao clientelismo e ao fisiologismo, produz um número excessivo de *veto-players*. [...] Essa seção parte da premissa de que um excesso de *veto-players* – não só em termos partidários, mas também em função dos interesses estaduais, municipais e corporativos – leva ao obstrucionismo parlamentar. **A prática da obstrução**

⁴² **Partidos em formação.** Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/criacao-de-partido/partidos-em-formacao>>. Acesso em: 11 maio 2018.

⁴³ AGRA; ALENCASTRO NETO, op. cit., p. 704.

pode ter três causas: o número excessivo de partidos (fragmentação partidária), os obstáculos procedimentais e a grande quantidade de políticos pouco interessados em legislar para o interesse geral⁴⁴.
(sem grifo no original)

A criação de partidos é estimulada também pelo sistema proporcional brasileiro, principalmente por ainda possibilitar as coligações⁴⁵. Maurice Duverger, cientista político e sociólogo francês, elaborou as seguintes “leis” (que não devem ser entendidas de maneira absoluta, mas sim como tendências): (i) “o sistema majoritário de um turno tende ao bipartidarismo” e (ii) “o escrutínio majoritário de dois turnos ou a representação proporcional tendem ao multipartidarismo”⁴⁶.

Outrossim, um grande número de partidos é resultado da falta de desenvolvimento de uma democracia intrapartidária, sendo bastante comum ainda um individualismo forte no meio político, com o poder decisório nas mãos de um ou de poucos dirigentes⁴⁷, chamados de “caciques”. Isso é evidenciado pela facilidade de associarmos um partido à figura de um ou poucos políticos: é o PRTB de Levy Fidelix, a REDE de Marina, o extinto PRONA de Enéas, o PSDC de Eymael, o MDB das oligarquias estaduais e entre outros exemplos. Em vez do desgaste de se debater e defender uma ideia entre os correligionários, é mais cômodo o político ser o “dono” da legenda e ter o poder concentrado em si.

A cláusula de barreira, por si só, não resolverá todos os problemas partidários brasileiros, mas é um instituto que pode contribuir para tal, ante sua eficácia e presença no direito comparado. A certeza dos seus efeitos é tanta que as legendas já estão se preparando para a sua incidência nas eleições de 2018.

Conforme evidenciou a janela partidária de 2018 (art. 22-A, III, da Lei n.º 9.096/1995), a troca de partidos pelos parlamentares foi intensa. Um dos principais motivos para isso foi a cláusula, com as legendas buscando candidatos competitivos para, assim, receber muitos votos, atingir o percentual mínimo e ter garantido o

⁴⁴ AMES, Barry. **Os entraves da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 338.

⁴⁵ Com a possibilidade das coligações nas eleições proporcionais, um “partido nanico” pode se juntar com outros, mesmo que não tenham afinidade política, e assim terem seus votos contabilizados em conjunto para o fim de alcançar o quociente eleitoral. Isso permite a negociação do tempo de propaganda no rádio e na TV, gerando as “legendas de aluguel”.

⁴⁶ DUVERGER, Maurice. **Os partidos políticos**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970. p. 274.

⁴⁷ GOMES, 2018.

recebimento do Fundo Partidário e acesso à propaganda gratuita nos meios de comunicação⁴⁸.

Outro exemplo foi a resolução com as prioridades do Partido dos Trabalhadores – PT nas eleições de 2018. Após sofrer uma redução de sua bancada na Câmara dos Deputados, o PT estabeleceu como sua segunda prioridade a “Campanha para eleição de uma grande bancada de deputados e deputadas federais”⁴⁹, em detrimento das campanhas para o Senado e cargos de nível estadual. Essa não é uma conjuntura exclusiva desse partido, sendo uma diretriz presente também em outros.

2.4 A CLÁUSULA DE BARREIRA NO DIREITO ALEMÃO

Pelo fato de a República Federal da Alemanha ser referência na criação e aplicação da cláusula de desempenho partidária, além de possuir um Direito elogiável e desenvolvido, o instituto germânico sempre é abordado quando se fala sobre o tema. O sistema eleitoral alemão, diante de sua complexidade e por não ser o objetivo principal do presente trabalho, não será tratado em sua completude neste tópico.

Tal sistema é distrital misto, também chamado de “proporcional personalizado”. Cada eleitor tem direito a dois votos para o Parlamento Federal Alemão (*Bundestag*): o primeiro é direcionado para um candidato de um dos 299 pequenos distritos eleitorais, sendo o postulante eleito de forma majoritária; já o segundo voto é para um determinado partido político, que elabora uma lista fechada de âmbito estadual⁵⁰.

Chamada de *Sperrklausel*, a cláusula de barreira surgiu em 1949 no Código Eleitoral alemão, motivada pela fragmentação partidária outrora presente na

⁴⁸ AMARAL, Luciana; MAIA, Gustavo. **Por eleição e recursos, políticos negociam trocas em janela partidária.** UOL eleições 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/03/08/por-eleicao-e-recursos-politicos-negociam-trocas-em-janela-partidaria.htm>>. Acesso em: 11 maio 2018.

⁴⁹ **Resolução: Prioridades para as Eleições de 2018.** Partido dos Trabalhadores. Disponível em: <<http://www.pt.org.br/resolucao-prioridades-para-as-eleicoes-2018/>>. Acesso em: 11 maio 2018.

⁵⁰ PONTES, Roberto Carlos Martins; HOLTHE, Leo Oliveira Van. **O Sistema Eleitoral Alemão após a reforma de 2013 e a viabilidade de sua adoção no Brasil.** Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/22079>>. Acesso em: 31 maio 2018.

República de Weimar⁵¹. Os seus efeitos são perceptíveis pelo fato de haver uma concentração e estabilização do sistema alemão em seis grandes partidos: CDU, CSU, SPD, Partido Verde, “A Esquerda” e Partido Liberal⁵². Trata-se de uma cláusula *em sentido estrito*, pois afasta os partidos que não a atingiram da distribuição de assentos no *Bundestag*.

Sobre os parâmetros da *Sperrklausel*, prevê o § 6, III, da Lei Eleitoral Federal alemã (*Bundeswahlgesetz – BWahlG*)⁵³:

(3) Na distribuição de assentos nas “listas estaduais” serão considerados somente partidos que obtiveram, pelo menos, cinco por cento dos “segundos votos” válidos depositados na área eleitoral ou que conquistaram um assento em, pelo menos, três distritos eleitorais. A proposição 1 não é aplicável às listas apresentadas por partidos de minorias nacionais⁵⁴.

As minorias nacionais, conforme estabelece o *BWahlG*, possuem um tratamento diferenciado. São assim classificados, segundo explica Thorsten Koch⁵⁵, os “[...] grupos de nacionais alemães, que estão aclimatados na área da República Federal [alemã], porém, mostram um idioma, uma cultura e uma história próprios, e, com isso, uma identidade própria. [...]”.

O Tribunal Constitucional Alemão (*BVerfG*) já se manifestou sobre a constitucionalidade da cláusula de barreira em 1957 (BVerfGE 51, 236). Aduz Luís Virgílio Afonso da Silva que o Tribunal se baseou em argumentos de ordem prática e política, em nome de um melhor governabilidade no Parlamento. Ele descreve um trecho da decisão:

o sistema proporcional favorece a formação de pequenos partidos (...). Desse fato poderiam advir graves prejuízos ao funcionamento da representação popular. Uma eleição não tem como objetivo apenas a criação de uma representação popular, que seja um reflexo das opiniões políticas existentes

⁵¹ O Ministro do STF Gilmar Mendes afirmou que a acentuada representação proporcional, bem como a ausência de uma cláusula de barreira, permitiu a ascensão do Nazismo na Alemanha, ideia igualmente defendida por outros especialistas. **Falta de cláusula de barreira permitiu ascensão de Hitler, diz Gilmar Mendes**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-13/falta-clausula-barreira-permitiu-ascensao-hitler-gilmar>>. Acesso em: 11 maio 2018.

⁵² PONTES; HOLTJE, 2015.

⁵³ BALDISSERA, op. cit., p. 30.

⁵⁴ “(3) Bei Verteilung der Sitze auf die Landeslisten werden nur Parteien berücksichtigt, die mindestens 5 Prozent der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten oder in mindestens drei Wahlkreisen einen Sitz errungen haben. Satz 1 findet auf die von Parteien nationaler Minderheiten eingereichten Listen keine Anwendung.”

⁵⁵ KOCH *apud* BALDISSERA, op. cit., p. 33.

entre o eleitorado, mas também deve produzir um órgão funcional. Se o princípio de uma fiel representação das camadas de opiniões política fosse levado às últimas consequências, poderia haver uma dispersão da representação popular em vários pequenos grupos, o que dificultaria ou impediria a formação de maiorias⁵⁶.

Porém, assim como no Brasil, a constitucionalidade do instituto não é um entendimento pacífico entre a doutrina Alemã, sendo algo que pode ser revisto pelo *BVerfG*.

Vale salientar, inclusive, o fato de o Tribunal Constitucional Alemão ter declarado inconstitucional, no ano de 2014, a cláusula de barreira de 3% presente na eleição de membros para o Parlamento Europeu (não se trata aqui da *Sperrklausel* presente na eleição para o *Bundestag*), por ferir o princípio da igualdade de oportunidades entre as legendas do pleito. A justificativa foi que, nesse caso, não há a formação de um governo, inexistindo portanto a preocupação com governabilidade que venha a legitimar a presença do instituto⁵⁷.

⁵⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Sistemas Eleitorais**: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 83.

⁵⁷ PONTES; HOLTHE, 2015.

3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 1.351/1.354 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A presente ação é resultado do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade perante o STF, tendo como objeto a cláusula de barreira à *brasileira* do art. 13 e outros artigos relacionados da Lei n.º 9.096/1995. O julgamento foi procedente, declarando a inconstitucionalidade da referida cláusula.

Na verdade, foram duas ADI's, a de n.º 1.351/DF (0002391-69.1995.0.01.0000) e a de n.º 1.354/DF (0002518-07.1995.0.01.0000). A primeira foi de autoria de 8 partidos (PCdoB, PDT, PT, PSB, PV, PL, PSD e PPS) e a segunda somente do PSC. Em razão da igualdade de objetos, esta ADI foi apensada naquela, de primeira propositura em 28/09/1995; por isso serão tratadas como uma única ação.

Vale salientar que boa parte da doutrina, como Barroso⁵⁸, entende pela não vinculação do Legislativo a eventuais declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF. Corroborar com esse entendimento a não menção desse Poder no art. 28 da Lei n.º 9.868/1999 e nem no art. 102, § 2º, da CRFB/1988, os quais sujeitam apenas o Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Dessa forma, o Congresso poderia recriar a cláusula de barreira do art. 13, indo de encontro ao decidido nesta ADI.

Todavia, em virtude da importância histórica deste julgado, bem como ao fato de que eventual impugnação contra a nova cláusula da EC n.º 97/2017 utilizará esta ADI como parâmetro, a sua *ratio decidendi* e os argumentos das partes envolvidas, a ação será analisada na presente monografia.

3.1 AS PETIÇÕES INICIAIS

A primeira petição inicial, originária da ADI n.º 1.351/DF, traz à baila o pluralismo político (art. 1, V, CRFB/1988); o exercício do poder emanado pelo povo por meio de seus representantes (art. 1, parágrafo único); a legitimidade dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional para impetrar Mandado de Segurança Coletivo e ADI (art. 5, LXX, a; art. 103); a condição de ser filiado para ser

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

elegível (art. 14, § 3º, V); as garantias das associações contra intervenções estatais indevidas (art. 5, XVII, XVIII e XIX); e o art. 17, o qual garante a liberdade partidária e o direito aos recursos do fundo partidário e o acesso gratuito ao rádio e à televisão.

Os autores argumentam que, em meio a esse quadro normativo, o constituinte fez a opção pela liberdade e autonomia partidária, contrapondo-o ao texto constitucional do Regime Militar, época que fixou cláusulas de exclusão em percentuais elevados. O constituinte agiu “[...] de modo a que eventuais restrições não contrariassem outros princípios constitucionais básicos, como o pluralismo democrático e o pluripartidarismo (p. 7)”.

Além disso, alegam não ser possível ao legislador infraconstitucional estabelecer a restrição partidária pela cláusula de barreira, pois o constituinte não deu tal opção. A única restrição possível era delimitar o conceito de “caráter nacional” (art. 17, I). Descrevem ainda as ADI’s n.º 958/RJ e n.º 966/DF no STF, quando a corte declarou inconstitucional dispositivos da Lei n.º 8.713/1993 que vinculava o direito do partido de registrar candidatos ao rendimento da legenda em eleição anterior.

Por fim, defendem a falta de razoabilidade da cláusula, pois, apesar de o Legislativo poder regulamentar o conceito de “caráter nacional”, essa normativa não pode cercear a liberdade e o pluralismo partidário.

A segunda petição inicial, originária da ADI n.º 1.354/DF, foi mais sucinta em relação à primeira. O autor, preliminarmente, pede que o Ministro Sepúlveda Pertence seja impedido de julgar a ação, pois, segundo a peça, ele teria se manifestado em mais de uma vez contra a existência de pequenos partidos.

Quanto ao mérito, cita a igualdade (art. 5, *caput*, CRFB/1988) e o respeito ao direito adquirido (art. 5, XXXVI). Aduz que o legislador infraconstitucional, ao “legislar em causa própria”, violou o direito adquirido dos partidos políticos, os quais já obtiveram seu registro perante o Tribunal Superior Eleitoral. Quanto à distribuição do fundo partidária disposta no art. 41 da Lei n.º 9.096, o partido autor diz ser algo “imoral”, gerando o “enriquecimento ilícito dos partidos grandes” e prejudicando a igualdade de condições entre as legendas no pleito eleitoral.

Por fim, pede a concessão de liminar para suspender os efeitos da cláusula de desempenho e o julgamento final pela declaração de inconstitucionalidade do art. 13 e de seus desdobramentos legais.

3.2 MANIFESTAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO⁵⁹

A AGU opinou pela constitucionalidade da cláusula de barreira atacada. Em sua primeira manifestação, na ADI n.º 1.354, aduz que a exigência do art. 17, I da CRFB/1988 é um limite à criação de partidos políticos pequenos, pois os obrigam a ter “caráter nacional”. O art. 13 da Lei n.º 9.096/1995, dessa forma, estaria de acordo com o “espírito” da Constituição.

O princípio do pluripartidarismo, segundo ele, resguarda a existência de partidos “autênticos”, amparados com apoio razoável da sociedade. Não se inclui nisso uma “individualidade forte”, com legendas de poucos seguidores. São citados doutrinadores corroborando com essa tese.

O Advogado-Geral rechaça o argumento de que a obrigatoriedade do “caráter nacional” de uma legenda já é cumprido no art. 7, § 1º da Lei dos Partidos Políticos, pois esta exigência é em uma etapa distinta, apenas para o registro no TSE, enquanto que a do art. 13 seria algo posterior e de forma “periódica e automática”.

Quanto à suposta violação ao princípio da igualdade, pondera-se com Pontes de Miranda e a ideia de igualdade material, que determina o tratamento desigual aos desiguais. Com isso, um partido pequeno não deve obter os mesmos benefícios que um partido grande.

Por fim, colaciona e concorda com o acórdão que indeferiu o pedido liminar do autor da ação, defendendo a constitucionalidade do instituto.

Em petição posterior, no âmbito da ADI n.º 1.351, o AGU segue basicamente os mesmos argumentos. Ele afirma que o fato de a cláusula de barreira não ter sido instituída na CRFB/1988, mas sim por legislação ordinária, significa apenas a opção dos constituintes em “desconstitucionalizar” a matéria, e não vedá-la. Dessa forma, também se posiciona pela improcedência da ação.

⁵⁹ Os pareceres não estavam disponíveis no *site* da Advocacia-Geral da União e nem na página de acompanhamento da ADI no *site* do STF. Contudo, após a abertura da demanda *online* n.º 001945/2018-86 junto à Ouvidoria da AGU, os documentos foram disponibilizados para *download*.

3.3 MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA⁶⁰

O Procurador-Geral da República, no mesmo sentido da AGU, manifestou-se pela constitucionalidade da cláusula de desempenho partidária nos moldes impugnados. A petição do *Parquet* foi juntada em primeiro lugar na ADI n.º 1.354, cujos termos foram ratificados na ADI n.º 1.351.

O Órgão Ministerial afirmou inexistir inconstitucionalidade, com base na exigência de “caráter nacional” do art. 17, I, da CRFB/1988, limitador da liberdade partidária. Além disso, relata os efeitos negativos da fragmentação partidária, com legendas regionalizadas e sem expressiva representatividade, prejudicando a democracia em vez de consolidá-la.

Quanto à suposta violação ao princípio da isonomia, descreve Pontes de Miranda, defendendo a ideia de igualdade material, assim como fez o AGU. Caso houvesse uma igualdade formal absoluta, todos os partidos, independentemente da votação obtida, deveriam receber os mesmos valores do fundo partidário e o mesmo tempo de propaganda na televisão e no rádio.

Por fim, pede o mesmo tratamento na ADI n.º 1.351, com o consequente julgamento totalmente improcedente dos pedidos.

3.4 O ACÓRDÃO

O relator da ação fora originalmente o Ministro Maurício Corrêa, função posteriormente atribuída a Marco Aurélio. Apesar do indeferimento do pedido de medida cautelar formulado pelos autores, no mérito, em 07/12/2006, o pleno votou unanimemente pela inconstitucionalidade da cláusula de barreira prevista no art. 13 da Lei n.º 9.096.

Em seu voto, o relator, **Ministro Marco Aurélio** ressalta que a discussão está em volta do art. 13, sendo os demais dispositivos afetados por arrastamento. Após detalhar os parâmetros legais da cláusula, o Ministro traz o rendimento dos partidos existentes à época nas eleições de 2006: das 29 legendas, somente 7 atingiram o

⁶⁰ A mesma situação sobre a disponibilidade dos pareceres se repetiu com a Procuradoria-Geral da República. Após o pedido feito na Manifestação n.º 20180051616, o MPF, em poucos dias, enviou os documentos via e-mail de forma bastante eficiente.

percentual mínimo de 5% - o PT com 14,94%, o PMDB com 14,51%, o PSDB com 13,76%, o PFL com 10,88%, o PP com 7,11%, o PSB com 6,21% e o PDT com 5,19%.

Depois, trata da evolução histórica do instituto no direito brasileiro, ressaltando que, outrora, a cláusula tinha disciplina constitucional.

Salienta ainda os seguintes dispositivos da Carta Magna: o pluralismo político (art. 1, V, da CRFB/1988); a representação da vontade emanada pelo povo por meio de seus representantes eleitos (art. 1, parágrafo único); a necessidade de filiação para se ter elegibilidade (art. 14, § 3º, V); e a liberdade na criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos (art. 17), sendo a regra geral a multiplicidade política no ordenamento jurídico pátrio.

Ele continua dando ênfase à proteção dada às minorias pela Constituição, pois é garantida, por exemplo, a representação proporcional nas comissões permanentes e temporárias do Congresso Nacional a todos os partidos com eleitos na respectiva Casa (art. 58, § 1º). Além disso, para se instaurar uma CPI, a CRFB/1988 somente exige o requerimento de um terço dos parlamentares da Casa (art. 58, § 3º) e, também, dá o direito de partidos com apenas um representante no Congresso a provocarem a jurisdição constitucional concentrada.

Em última análise, as previsões 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. Aliás, surge incongruente admitir que partido sem funcionamento parlamentar seja, a um só tempo, legitimado para a propositura das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, não tendo atuação na Casa Legislativa, mas agindo via credenciamento popular no âmbito do Judiciário, tudo acontecendo – repito – sem que existente a restrição constitucional. (p. 50)

Conforme se observa, o Ministro seguiu o entendimento de que um “regramento estritamente legal”, uma lei ordinária no caso, não pode restringir o funcionamento parlamentar dos partidos, algo que ofenderia princípios constitucionais, sendo, portanto, inconstitucional. Ele traz à baila ainda o fato de o Deputado Nelson Jobim ter proposto uma emenda de revisão tratando da reinserção da cláusula de desempenho no Texto Maior, algo rejeitado pelo Congresso à época.

Quanto ao problema do excesso de partidos, Marco Aurélio diz que “o enxugamento do rol é automático” por meio da vontade do povo ao eleger ou não uma

legenda para o Congresso Nacional. Nesse caso, o coeficiente eleitoral barraria tais agremiações.

O relator analisa o art. 13 sob a ótica da razoabilidade, afirmando que a cláusula criada afeta acentuadamente os partidos cuja votação não a atingiu, “asfixiando-os”. Não seria razoável, para ele, a “existência de partidos políticos com deputados eleitos e sem o desempenho parlamentar cabível”, prejudicando a atuação das minorias. Ele traz o exemplo de partidos históricos que seriam prejudicados, como o PCdoB.

Outro caso a evidenciar a falta de razoabilidade foi a situação do PTB, o qual sofreria uma diminuição de 99,40% dos repasses do fundo partidário. Com a nova distribuição, a legenda, que não atingiu a cláusula, receberia R\$ 40.646,70 (quarenta mil, seiscentos e quarenta e seis reais e setenta centavos), valor bem abaixo dos R\$ 6.746.125,64 (seis milhões, setecentos e quarenta e seis mil, cento e vinte e cinco reais e sessenta e quatro centavos) recebidos em 2006 com base na eleição de 2002.

Por fim, salienta o papel do STF em julgar a matéria de acordo com a CRFB/1988 e não o de combater as “legendas de aluguel”. Aduz que eventuais desvios de finalidade dessas pessoas jurídicas devem ser combatidos com razoabilidade, defendendo a importância da diversidade e no Estado Democrático de Direito, o qual vai de encontro a uma ditadura da maioria.

Com base em tais argumentos, o seu voto é pela inconstitucionalidade da cláusula de desempenho impugnada.

Posterior a um debate no Plenário sobre o alcance da declaração de inconstitucionalidade do pedido dos autores, o **Ministro Ricardo Lewandowski** vota e segue o relator.

Ele faz um apanhado histórico do instituto e tece comentários de natureza política sobre a necessidade de que a cláusula de barreira seja acompanhada de uma reforma política. Caso contrário, tal medida isolada só beneficiará os partidos maiores.

Lewandowski também segue o entendimento que a cláusula não poderia ser inserida por norma infraconstitucional. Outrossim, concorda com a violação da razoabilidade, chamando as restrições legais de “draconianas, irrazoáveis, desproporcionais para o acesso ao fundo partidário e ao tempo no rádio e na televisão” (p. 97).

O ministro finaliza afirmando que o espaço para regulamentação do requisito de “caráter nacional” (art. 17, § 1º) e para o acesso aos recursos do fundo partidário e à propaganda no rádio e TV, na forma da lei, deve ser interpretado *cum grano salis*, isto é, de forma comedida e restritiva, sempre respeitando o princípio republicano e democrático.

A **Ministra Cármen Lúcia** vai na mesma linha de defesa das minorias: “quando se fala em ditadura da maioria, não tenho tanta preocupação com o fato de que estamos enaltecendo minorias. A minoria de hoje tem de ter espaço para ser a maioria de amanhã. Se não for assim, a cidadania se perde” (p. 99).

Ela também reforça a ideia de pluralismo, marca do nosso país e que deve se desdobrar no pluralismo político, com o voto não sendo um “depósito em urna”, mas gerando a eleição de todos os representantes do povo no Parlamento. Encerra concordando que houve violação ao princípio da proporcionalidade e o da oportunidade.

O **Ministro Eros Grau** inicia seu voto citando o professor Marcello Cerqueira, o qual também se posicionou contrário ao instituto, chamando-o de “corredor da morte das minorias políticas”.

Ele segue o mesmo pensamento de que houve violação ao pluralismo político. Também expõe o fato de a CRFB/1988 garantir a legitimidade ativa dos partidos para impetrar mandado de segurança coletivo e ADI, tendo como a única condição possuir representante no Congresso Nacional.

A cláusula de barreira impugnada, segundo ele, reduz não só a representatividade dos deputados eleitos, em razão da restrição do funcionamento parlamentar, mas também “parcela dos direitos políticos dos cidadãos e das cidadãs que os elegeram”. Com isso, o instituto estaria maculado com traços de totalitarismo.

Finalizando, aborda a violação ao princípio da igualdade de chances, corolário do princípio da igualdade. Essa igualdade material significaria “isonomia não apenas entre partidos, porém, sobretudo, entre eleitores” (p. 102-C), pois somente parte deles elegeriam representantes ao Congresso.

O **Ministro Carlos Britto** inicia descrevendo o fato de a CRFB/1988 ser axiológica e que tanto a opção em prol da cláusula quanto a contrária encontram nela respaldo.

Ele afirma que a decisão deve ser tomada com base no princípio da proporcionalidade em sentido estrito, optando pela a menos onerosa aos valores constitucionais. Com base nisso, segue o entendimento do relator, prestigiando os partidos políticos, a liberdade associativa, a igualdade entre os votos dos eleitores e o pluripartidarismo. O ministro chama a Constituição de “estatuto das minorias”, as quais são protegidas em sua atuação.

Levando em consideração esses pontos, Britto entende pela inconstitucionalidade do art. 13. Para o ministro, os dispositivos do art. 17 da CRFB/1988 que tratam do funcionamento parlamentar e do direito a recursos e acesso gratuito de propaganda não são “uma regra constitucional rigorosamente do tipo de eficácia limitada”. Com isso, o Poder Legislativo deve fazer uma regulamentação de seu funcionamento apenas, de seu *modus operandi*, e não restringi-la “a ponto de nulificar o comando constitucional”.

O **Ministro Cezar Peluso** segue o entendimento do relator, mas faz uma ressalva: o ordenamento jurídico aceita uma norma que venha a prestigiar o pluralismo e, ao mesmo tempo, evitar o “multipartidarismo” (a pulverização de partidos políticos). Essa alta fragmentação de legendas, segundo ele, não serve para proteger as minorias.

Porém, em razão de o art. 13 não ter respeitado a razoabilidade e a igualdade, Peluso a considera inconstitucional. A cláusula violaria o direito assegurado no art. 17, § 3º da CRFB/1988, sendo um “corredor da morte” dos pequenos partidos.

Para o ministro, assim como a idade, seria possível um critério de desigualdade entre os partidos de acordo com os votos recebidos, havendo “uma conexão lógico-jurídica entre o critério e a consequência”. Entretanto, o art. 13 restringiu o funcionamento parlamentar e prerrogativas dos partidos garantidas constitucionalmente. Por fim, Peluso não vê conveniência em uma fusão heterogênea forçada entre os partidos em razão da cláusula, em nada favorecendo a democracia.

Colacionando o maior e mais detalhado voto, o **Ministro Gilmar Mendes** também reconhece a cláusula de barreira do art. 13 inconstitucional.

Ele trata das peculiaridades do instituto, que restringe o funcionamento parlamentar da legenda, mas preserva a eleição do representante, distinguindo-se do modelo alemão. Gilmar Mendes considera o tema complexo, cujo objeto envolve a natureza e função das agremiações políticas, o sistema proporcional, o princípio da

igualdade de chances e a fidelidade partidária, apontando para a necessidade de uma reforma política.

Ao descrever os partidos políticos, Mendes destaca a sua importância na democracia ao mediar a relação entre povo e Estado. Tais instituições gozam no Brasil de relevância acentuada e de liberdade em sua atuação.

Sobre o sistema proporcional, o ministro aduz ser possível desprezar os votos dos partidos que não atingiram o quociente eleitoral, assim como faz a cláusula de barreira. Mesmo se o candidato for o mais votado em uma eleição, se a agremiação não atingir o quociente, todos esses votos serão descartados.

Depois, volta o foco no instituto impugnado, o qual, segundo ele, é substancialmente diferente de outros do direito comparado. Isso ocorre pela restrição ao funcionamento parlamentar.

Na Alemanha, além de existir a cláusula de barreira em 5% dos votos, há o limite mínimo de 0,5% para a legenda ter direito ao financiamento público de campanhas. Posteriormente, tentou-se elevar esse percentual para 5%, mas a Corte Constitucional alemã declarou o aumento inconstitucional por violar o princípio da igualdade de oportunidades (*chancengleichheit*).

Ele faz o contraponto desses casos com a cláusula brasileira, que, na visão dele, violou o princípio da proporcionalidade, “na qualidade de princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*)” (p. 127). Para o ministro, se o Legislativo tivesse fixado uma cláusula de barreira em percentuais menores, talvez a matéria não estivesse em discussão no STF:

É possível, sim, ao legislador pátrio, o estabelecimento de uma cláusula de barreira ou de desempenho que impeça a atribuição de mandatos à agremiações que não obtiver um dado percentual de votos.

A via eleita pelo legislador brasileiro, no entanto, parece-me extremamente delicada. A regra do art. 13 da Lei dos Partidos Políticos não deixa qualquer espaço, não realiza qualquer mitigação, mas simplesmente nega o funcionamento parlamentar à agremiação partidária. Como ressaltado pelo Ministro Pertence, “a cláusula de barreira não mata, mas deixa morrer”. Há aqui, portanto, uma clara violação ao princípio da proporcionalidade. (p. 128)

O princípio da igualdade de chances impõe uma neutralidade do Estado em relação aos partidos, possibilitando uma concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política. Tal princípio se faz presente na ordem constitucional

brasileira, sendo um desdobramento do princípio da isonomia e “elementar exigência do modelo democrático e pluripartidário”.

No caso em tela, o ministro afirma que o art. 13 violou esse princípio. A disputa eleitoral ainda é travada principalmente nos meios de comunicação, no rádio e na TV, e, ao se retirar o acesso a esses meios, a disputa eleitoral ficaria acentuadamente desigual.

Entretanto, mais uma vez, ele ressalta que não está defendendo uma igualdade formal absoluta, sendo possível se adotar restrições nas prerrogativas das legendas de acordo com a votação obtida:

É preciso ressaltar, por outro lado, que a adoção de critério fundado no desempenho eleitoral dos partidos não é, por si só, abusiva. Em verdade, tal como expressamente reconhecido pela Corte Constitucional alemã, não viola o princípio da igualdade a adoção pela lei do fato de desempenho eleitoral para os fins de definir o grau ou a dimensão de determinadas prerrogativas das agremiações partidárias.

[...]

A regra da “cláusula de barreira”, tal como foi instituída pela Lei nº 9.096/1995, limitando drasticamente o acesso dos partidos políticos ao rádio e à televisão e aos recursos do fundo partidário, constitui uma clara violação ao princípio da “igualdade chances”. (p. 151)

Por fim, aproveitando a discussão, o ministro considera legítimas as preocupações do Legislativo em aperfeiçoar o sistema político brasileiro por meio da cláusula, apesar de o instituto positivado ser inconstitucional, defendendo ainda uma mudança da jurisprudência do STF sobre a fidelidade partidária.

O **Ministro Sepúlveda Pertence** vai no mesmo sentido do relator, chegando a falar nos debates que o instituto “Não mata: deixa morrer”, chamando-o também de “corredor da morte”.

Ele faz uma alusão histórica sobre a ADI n.º 958, mencionada na Inicial; sobre a negativa do pedido de medida cautelar nesta ação, argumentando que foi pela ausência de *periculum in mora* à época; e sobre pareceres da Procuradoria-Geral da República da década de 80, os quais trataram da igualdade de chances entre os partidos políticos.

Pertence subscreve também os argumentos do pluralismo partidário e da igualdade de chances. Para ele, uma regulamentação do art. 17 a respeito do “funcionamento parlamentar” é possível, mas sem esvaziar tal direito. O ministro concorda que a cláusula “à brasileira” é diferente da constante na Alemanha e que

houve desproporção em seus parâmetros, sendo inconstitucional. Apesar de haver sim o problema de excesso de partidos, a solução criada pela cláusula do art. 13 não pode ser aceita.

Ele faz ainda uma análise sobre os efeitos no federalismo, pois a cláusula criaria senadores de classes distintas, uns com funcionamento parlamentar e outros não, afetando a igualdade entre os Estados. Por fim, reafirma que não está vedando “toda forma de tratamento diferenciado de partidos políticos conforme o seu desempenho, que tem exemplos no Direito Comparado” (p. 168), ou seja, uma cláusula de barreira partidária é compatível no ordenamento jurídico brasileiro.

Por último, a **Ministra Ellen Gracie**, presidente à época do tribunal, segue o relator. Ela reconhece a “possibilidade efetiva de se estabelecerem eventuais e proporcionais restrições”, mas, em nome da igualdade de oportunidades entre os partidos e da razoabilidade, votou pela inconstitucionalidade da cláusula.

O **Ministro Celso de Mello** esteve presente na sessão, mas não se menciona expressamente o seu voto no acórdão. Porém, o ministro seguiu o relator, pelo fato de o julgamento ter sido unânime e conforme se observa na gravação de seu voto em um vídeo disponibilizado no YouTube⁶¹.

Celso de Mello também preleciona: a cláusula de barreira viola a CRFB/1988 pela forma na qual foi positivada pelo Legislativo. Além de ter sido instituída por lei ordinária, o instituto exclui as minorias no exercício do poder político, vindo a impossibilitar que se tornem maioria no futuro e ofendendo a soberania popular, o pluralismo político e a igualdade de chances.

O único ausente na sessão foi o Ministro Joaquim Barbosa.

Ante o exposto, percebe-se que a *ratio decidendi* do julgamento foi no sentido de considerar a cláusula criada no art. 13 violadora do pluralismo político, do pluripartidarismo, dos direitos das minorias, da proporcionalidade, da razoabilidade e da igualdade de chances. Entretanto, conforme abordado no acórdão por vários ministros, é possível sim a estipulação de uma cláusula de desempenho com parâmetros razoáveis no Brasil.

⁶¹ **Voto da ministra [sic] Celso de Mello em julgamento sobre a cláusula de desempenho em 2006.** YouTube. Poder360, 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?time_continue=14&v=e2dx8Ex6-1k>. Acesso em: 11 maio 2018.

3.5 DECLARAÇÕES DOS ATUAIS MINISTROS E POSSÍVEIS VOTOS

Alguns membros que compõe atualmente o STF já expuseram publicamente sua opinião a respeito da cláusula de desempenho após o julgamento desta ação. Com isso, é possível ter uma noção sobre o possível entendimento do ministro em eventual ADI contra a cláusula recriada pela EC n.º 97/2017.

Diogo Rais e Pedro Farias diligenciaram e encontraram manifestações favoráveis ao instituto por parte dos ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Alexandre de Moraes⁶². Para esta monografia, foram encontradas outras falas e com outros ministros.

O **Ministro Gilmar Mendes** se posicionou favorável à cláusula em mais de uma oportunidade. Durante o III Fórum de Direito Eleitoral da OAB em 2016, criticou o sistema eleitoral brasileiro e defendeu a cláusula, alegando que fragmentação partidária e a proporcionalidade exacerbada permitiu a ascensão de Hitler, conforme já mencionado no tópico 2.4.

Posteriormente, em um seminário internacional sobre sistemas eleitorais na Câmara dos Deputados, ele afirmou que a decisão do STF foi uma “intervenção indevida”, pois permitiu a multiplicação de partidos⁶³. Em outro evento da OAB, no fim do ano passado, o ministro falou no mesmo sentido, culpando a decisão desta ADI pela “tragédia” que é o atual excesso de partidos⁶⁴.

O **Ministro Ricardo Lewandowski**, em entrevista no ano de 2011, declarou: “nenhuma democracia é viável com 27 partidos” (hoje, são 35!). Na oportunidade, ele argumentou ser possível a criação, pelo Legislativo, de uma “cláusula de desempenho inteligente e razoável”, apesar da decisão do STF. O Congresso poderia buscar uma

⁶² RAIS, Diogo; FARIAS Pedro Henrique Espagnol de. **O STF e a Cláusula de Barreira: entre as experiências e suas projeções**. Revista Resenha Eleitoral - Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 95-118, nov. 2017. Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-cientifica/edicoes/resenha-eleitoral-v-21-n-1-2017/index.html>>. Acesso em: 31 maio 2018.

⁶³ HAJE, Lara; NOBRE, Noéli. **Gilmar Mendes diz que STF errou em decisão sobre cláusula de barreira**. Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/526598-GILMAR-MENDES-DIZ-QUE-STF-ERROU-EM-DECISAO-SOBRE-CLAUSULA-DE-BARREIRA.html>>. Acesso em: 11 maio 2018.

⁶⁴ BARBOSA, Bernardo. **Gilmar Mendes chama de "tragédia" o excesso de partidos no Brasil e culpa o STF**. UOL notícias, 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/11/27/gilmar-mendes-chama-de-tragedia-o-excesso-de-partidos-no-brasil-e-culpa-o-stf.htm>>. Acesso em: 11 maio 2018.

solução via emenda constitucional, não por lei ordinária, e que respeitasse os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade⁶⁵.

Em 2017, Lewandowski manteve o posicionamento: “Acho que cabe ao Congresso, dentro das balizas que o STF estabeleceu, fazer uma nova cláusula. Não há nada inconstitucional em se estabelecer cláusulas de barreira”⁶⁶.

Na mesma matéria jornalística, há a fala do **Ministro Alexandre de Moraes** também favorável, dizendo ser um erro um sistema proporcional que não possui uma cláusula de desempenho. Em sua sabatina no Senado, antes de assumir a cadeira no STF, Moraes afirmou que a Corte, na ADI n.º 1.351/1.354, “substituiu uma opção legítima do legislador” ao declarar a cláusula inconstitucional⁶⁷.

O **Ministro Roberto Barroso** também defendeu a cláusula em mais de uma ocasião. Em palestra sobre reforma política no ano de 2016, defendeu a mudança do sistema presidencialista, o voto distrital misto, o barateamento dos custos de campanha e a cláusula de barreira. Segundo ele, a cláusula inibiria a proliferação de partidos nanicos e o fisiologismo exacerbado⁶⁸.

Ao censurar a criação do fundo público para financiamento de campanhas eleitorais, o ministro, em 2017, também criticou o excesso de partidos, novamente defendendo a aplicação de uma cláusula de barreira⁶⁹.

Similarmente, o **Ministro Dias Toffoli** manifestou entendimento favorável em uma entrevista concedida ao UOL/Folha em 2013. Defendeu ser um erro declaração de inconstitucionalidade do STF sobre a cláusula do art. 13, argumentando que o antigo instituto possuía uma grande *vacatio legis*, de duas legislaturas (8 anos). Para

⁶⁵ HAIDAR, Rodrigo. “**Nenhuma democracia é viável com 27 partidos**”. Revista eletrônica Consultor Jurídico, 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jun-06/entrevista-ricardo-lewandowski-presidente-tse>>. Acesso em: 11 maio 2018.

⁶⁶ CASADO, Letícia. **Ministros do STF defendem voto distrital misto e cláusula de barreira**. Folha de São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/08/1912142-ministros-do-stf-defendem-voto-distrital-misto-e-clausula-de-barreira.shtml>>. Acesso em: 11 maio 2018.

⁶⁷ AGÊNCIA SENADO. **Moraes: STF 'substituiu legislador' ao derrubar cláusula de barreira para partidos**. Senado Federal, 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/02/21/moraes-stf-substituiu-legislador2019-ao-derrubar-clausula-de-barreira-para-partidos>>. Acesso em: 9 maio 2018.

⁶⁸ MARTINES, Fernando. **Barroso defende cláusula de barreira para evitar a proliferação de partidos**. Revista eletrônica Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-17/barroso-defende-clausula-barreira-excesso-partidos>>. Acesso em: 11 maio 2018.

⁶⁹ PIRES, Breno; MOURA, Rafael Moraes. **Fundo de R\$ 3,6 bilhões ‘é um desafio’, afirma Barroso**. O Estado de São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,fundo-de-r-3-6-bi-e-um-desaforo-afirma-barroso,70001942782>>. Acesso em: 11 maio 2018.

Toffoli, em eventual nova impugnação, a Corte irá se posicionar pela sua constitucionalidade⁷⁰.

Mais recentemente, no V Seminário Luso-Brasileiro de Direito em 2017, o ministro teve a mesma posição. Ele distinguiu a cláusula “de barreira” da “de desempenho”: enquanto aquela restringe o acesso ao Parlamento, esta permite a eleição de um candidato de um partido que não alcançou o número mínimo de votos. Segundo Toffoli, o STF declarou inconstitucional o tipo cláusula de desempenho, por isso seria cabível criar uma cláusula de barreira⁷¹.

A **Ministra Cármen Lúcia**, em palestra realizada em Washington no ano de 2017, afirmou que o STF declarou inconstitucional a cláusula de barreira pela forma na qual foi positivada. Ela defende um mecanismo limitador do grande número de partidos existentes hoje, desde que seja razoável, permitindo o surgimento de novos grupos políticos representativos⁷².

O **Ministro Fux** disse que norma constitucional do pluralismo político não é no sentido de uma profusão de partidos políticos, ao discursar no lançamento de seu livro em 2016. Para ele, é preciso recriar a cláusula de barreira por meio de uma reforma política⁷³.

Não se encontraram manifestações a respeito da cláusula por parte de Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Edson Fachin.

⁷⁰ **Toffoli: Supremo errou na cláusula de barreira.** YouTube. Fernando Rodrigues, 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=cSzzRuQphhY>>. Acesso em: 11 maio 2018.

⁷¹ **Toffoli defende criação de cláusula de barreira e fim de coligações partidárias.** Revista eletrônica Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-20/toffoli-defende-criacao-clausula-barreira-fim-coligacoes>>. Acesso em: 11 maio 2018.

⁷² TREVISAN, Cláudia. **Para Cármen Lúcia, vazamento de sigilos não pode 'criar nulidades'.** O Estado de São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,para-carmen-lucia-vazamento-de-sigilos-nao-pode-criar-nulidades,70001733672>>. Acesso em: 11 maio 2018.

⁷³ PLATONOW, Vladimir. **Fux diz que Brasil precisa de reforma eleitoral para qualificar a política.** Empresa Brasil de Comunicação. Agência Brasil, 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-11/fux-diz-que-brasil-precisa-de-reforma-eleitoral-para-qualificar-politica>>. Acesso em: 11 maio 2018.

4 ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE DA NOVA CLÁUSULA DE DESEMPENHO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 97/2017

4.1 A NOVA CONJUNTURA

Com o crescimento do número de partidos após a ADI n.º 1.351/1.354, a cláusula de barreira passou a ser um tema recorrente nos debates sobre reforma política. Quase 11 anos depois desse julgamento do STF, a cláusula *à brasileira* ressurgiu no Direito Brasileiro, mas de forma distinta, pela via constitucional e com patamares menores do que a anterior do art. 13 da Lei n.º 9.096/1995.

A sua criação foi por um projeto de emenda constitucional proposto inicialmente no Senado Federal, sendo modificado na Câmara dos Deputados e aprovado definitivamente no dia 4 de outubro de 2017 no Senado sem alterações, tornando-se a EC n.º 97/2017. Os seus dispositivos alteraram o art. 17 da CRFB/1988, *in verbis*:

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. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 97, de 2017)

[...]

§ 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 97, de 2017)

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 (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 97, de 2017)

II - tiverem eleito pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 97, de 2017)

[...]

§ 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.
(Incluído pela Emenda Constitucional n.º 97, de 2017)
(sem grifos no original)

Conforme se observa, a atual cláusula é de 3% dos votos válidos nas eleições para a Câmara dos Deputados, distribuídos em um terço, no mínimo, das unidades da federação (26 Estados mais o Distrito Federal, o que equivale a 9 entes federados) com, no mínimo, 2% dos votos em cada uma delas; ou eleger 15 deputados federais em, pelo menos, um terço das unidades da federação (9 entes federados). O partido que não atingi-la não terá direito aos recursos do fundo partidário⁷⁴ e nem acesso gratuito ao rádio e à televisão⁷⁵.

O § 5º, outrossim, assegura o mandato ao eleito por uma legenda que não atingiu a referida cláusula e permite a sua filiação a outro partido cuja votação a cumpriu. É uma possibilidade semelhante ao dispositivo outrora presente na EC n.º 25/1985, quando os candidatos eleitos por partido sem a votação mínima podiam preservar os seus mandatos, se mudassem para outra legenda que a atingiu no prazo de 60 dias.

Consoante à nova redação do art. 17 da CRFB/1988, não há limitação do funcionamento parlamentar aos partidos que não cumpriram a cláusula, como constava no art. 13 da Lei n.º 9.096. Também não se fez menção a restringir o acesso aos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), criado recentemente pela minirreforma eleitoral de 2017⁷⁶.

⁷⁴ Infraconstitucionalmente, a Lei n.º 9.096 traz a distribuição do fundo partidário em seu art. 41-A: 5% serão destinados, “em partes iguais, a todos os partidos que atendam aos requisitos constitucionais de acesso aos recursos do Fundo Partidário”, ou seja, aos que atinjam a cláusula de barreira; os 95% restantes serão de acordo com os votos obtidos pelo partido na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. O parágrafo único do mesmo artigo ainda diz que as mudanças de filiação não serão consideradas para o rateio em hipótese nenhuma.

⁷⁵ O título IV da Lei n.º 9.096, que tratava do acesso gratuito ao rádio e à TV no período fora das eleições, foi completamente revogado pela Lei n.º 13.487/2017. Restou ainda o § 2º do art. 47 da Lei n.º 9.504, o qual regulamenta a distribuição entre todos os partidos e coligações que tenham candidato ao tempo de propaganda no pleito eleitoral: 90% do horário serão proporcionais ao número de representantes na Câmara dos Deputados; e os 10% restantes divididos igualmente.

⁷⁶ Contendo R\$ 1,716 bilhão de Reais para as eleições de 2018, o fundo está previsto nos arts. 16-C e 16-D da Lei n.º 9.504/1997. O valor total, a ser usado no 1º turno, obedecerá a seguinte distribuição: 2% será repartido entre todos os partidos com registro no TSE; 35% para os partidos com representante na Câmara dos Deputados, na proporção dos votos obtidos; 48% para as legendas de acordo com o número de representantes na Câmara; e 15% para os partidos segundo o número de representantes

Salienta-se ainda que os dispositivos da EC n.º 97/2017 serão aplicados progressivamente. Os parâmetros da nova cláusula só terão plena eficácia nas eleições de 2030, iniciando com uma porcentagem de 1,5% dos votos válidos ou a eleição de nove Deputados Federais na legislatura após 2018. Preleciona o art. 3º da emenda:

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.

(sem grifos no original)

Levando em consideração os votos válidos de cada partido nas eleições gerais de 2014, os parâmetros que serão iniciados nas eleições de 2018 atingiriam 14 legendas: o Partido da Causa Operária – PCO, Partido Comunista Brasileiro – PCB, Partido Pátria Livre – PPL e o Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado – PSTU, os quais não elegeram nenhum deputado federal; além do Partido Trabalhista Cristão – PTC, Partido Renovador Trabalhista Brasileiro – PRTB, Partido da Mobilização

Nacional – PMN, Partido Social Democrata Cristão – PSDC, Partido Ecológico Nacional – PEN, Partido Republicano Progressista – PRP, Partido Trabalhista Nacional – PTN (atual Podemos), Partido Social Liberal – PSL, Partido Trabalhista do Brasil – PTdoB (atual Avante) e Partido Humanista da Solidariedade – PHS⁷⁷.

À medida que as quantidades mínimas forem aumentando, considerando a votação de 2014, mais partidos perderiam o acesso ao fundo partidário e à propaganda gratuita: o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, Partido Verde – PV e o PCdoB – Partido Comunista do Brasil em 2022; o Partido Popular Socialista – PPS e o Partido Republicano da Ordem Social – PROS em 2026; e, por fim, o Partido Social Cristão – PSC em 2030⁷⁸.

Vale salientar, todavia, que isto é uma previsão, com possibilidade de se modificar o cenário político ao longo dos 12 anos de aplicação progressiva do instituto (2018 a 2030). Exemplificando, surgiram 3 novos partidos após 2014 (PMB, NOVO e REDE), alguns novos podem ser criados e outros cresceram significativamente a sua bancada: o Podemos (ex-PTN) elegeu só 4 deputados federais, mas hoje conta com 17; o PSL, do pré-candidato à Presidência da República Jair Bolsonaro, apenas 1, tendo 8 atualmente.

Hoje, portanto, pode-se dizer que o Direito Brasileiro conta com uma cláusula de barreira *implícita*, o quociente eleitoral, e uma cláusula de barreira *à brasileira*, agora presente na CRFB/1988.

4.2 OS ARGUMENTOS EM DEBATE

O interesse pelo instituto ultrapassa o Direito, sendo objeto de debate também por cientistas políticos, os quais apresentam argumentos variados sobre o tema. As razões apresentadas por esta ciência contribuem para uma análise mais completa sobre eventual inconstitucionalidade ou não do mecanismo, principalmente numa

⁷⁷ INFOGRÁFICOS ESTADÃO. **Os atingidos.** Estadão, 2017. Disponível em: <<http://infograficos.estadao.com.br/estaticos/brasil/2017/09/04/fundo-496px.jpg>>. Acesso em: 23 maio 2018.

⁷⁸ ZANLORENSSI, Gabriel; ALMEIDA, Rodolfo. **A cláusula de desempenho que passa a valer em 2018.** Nexo Jornal, 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/grafico/2017/10/09/A-cl%C3%A1usula-de-desempenho-que-passa-a-valer-em-2018>>. Acesso em: 23 maio 2018.

época que valoriza a interdisciplinaridade; aliás pontos políticos foram utilizados pelos ministros do STF na ADI n.º 1.351/1.354.

João Paulo Saraiva Leão Viana condensou os **entendimentos contrários e favoráveis de viés político**⁷⁹.

Quem é **contra** a cláusula, aduz: (1) o multipartidarismo é característica do nosso sistema político e dá direito às minorias; (2) a cláusula de desempenho beneficia apenas os grandes partidos, prejudicando algumas agremiações menores que possuem história e ideologia sólida; (3) basta a extinção das coligações nas eleições proporcionais para combater as “legendas de aluguel”, sendo desnecessária a cláusula de barreira; (4) há partidos que são historicamente fortes em alguns Estados, mas em outros não; (5) na prática são poucos os partidos com poder de decisão na Câmara dos Deputados; e, por fim, diz que (6) o instituto compromete a representatividade da população no Legislativo.

Já quem é **à favor**, segundo Viana, traz à baila as seguintes pontos: (1) existe um excesso do pluripartidarismo, com a facilidade de se criar um partido em nosso sistema; (2) a presença de muitos partidos gera prejuízo à governabilidade; (3) há exagerado poder de obstrução de “legendas eleitoreiras”, sem lastro social significativo; (4) confusão nos eleitores pelo grande número de legendas, ocasionando descrédito no sistema democrático; (5) inexistência de divisão ou tensão significativa de origem étnica, cultural ou religiosa no Brasil, como há na Bósnia e Herzegovina, não precisando de uma representação acentuada das minorias; e (6) poucos partidos já abarcariam todas as ideologias existentes.

Sob o **ponto de vista do Direito**, os pressupostos recorrentes para o **posicionamento contrário** à cláusula é o de que violaria o pluralismo político, o pluripartidarismo, a igualdade de chances entre os partidos políticos, a proporcionalidade e razoabilidade, o direito das minorias e afrontaria o entendimento emanado pelo STF na ADI n.º 1.351/1.354.

É imperioso conceituar e detalhar cada um desses tópicos.

⁷⁹ VIANA, João Paulo Saraiva Leão. **Fragmentação partidária e a cláusula de barreira**: dilemas do sistema político brasileiro. Revista Pensar, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 125-135, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://hp.unifor.br/pdfs_notitia/2523.pdf>. Acesso em: 31 maio 2018. p. 132.

O pluralismo político é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1, V, da CRFB/1988), consubstanciando-se na existência de várias posições e ideologias na sociedade e no jogo político.

O pluripartidarismo (art. 17, *caput*, da CRFB/1988) seria a existência livre e conjunta de vários partidos, diferindo-se do unipartidarismo ou do bipartidarismo. Segundo escreveu José Afonso da Silva, a democracia brasileira é pluralista, desdobrando-se nos princípios retromencionados, uma característica do constitucionalismo ocidental. Ao mencionar André Hauriou, Silva descreve haver na ordem constitucional brasileira um pluralismo de opiniões, de partidos, de candidaturas e de bancadas parlamentares⁸⁰.

O princípio de igualdade de chances, um desdobramento da igualdade⁸¹ do art. 5, *caput*, CRFB/1988, seria, segundo o voto de Gilmar Mendes na ADI n.º 1.351/1.354, um princípio presente no Direito Constitucional brasileiro, exigindo a neutralidade do Estado em relação aos partidos, possibilitando uma concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da disputa política. O ministro defende ser a igualdade de oportunidades uma “condição indispensável ao exercício legal do poder”, permitindo que as minorias, conforme citação de Carl Schmitt, renunciem o direito de resistência, por saberem da possibilidade de se tornarem maioria.

Por vezes tido como sinônimos, a proporcionalidade e a razoabilidade também são tratados como princípios distintos. Conforme Leonardo Martins, a proporcionalidade *lato sensu* se subdivide nos princípios da adequação, necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu*⁸². Adequação é quando o meio atinge os fins a que se presta; a necessidade analisa se há meios menos onerosos ao direito envolvido para se atingir o mesmo propósito; e a proporcionalidade em sentido estrito seria “uma ponderação de valores, interesses ou bens jurídicos”⁸³. O princípio da razoabilidade, por sua vez, tem uma essência mais subjetiva, atrelando-se à ideia de justiça, equidade e bom senso.

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁸¹ O Direito Fundamental à igualdade garante às pessoas “uma posição jurídica de natureza público-subjetiva: o direito de resistir [...] ao tratamento desigual perante a lei (aplicação do direito – pelos Poderes Executivo e Judiciário) ou pela lei (lei discriminatória injustificada)”. MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012. p. 57.

⁸² MARTINS, 2012.

⁸³ *Ibid.*, p. 147.

O direito das minorias é explanado por Erick Wilson Pereira como “o poder democrático que permite o controle e a fiscalização dos desempenhos havidos por aqueles que detêm o poder de mando”. A minoria, nessa visão, inspeciona o agir da maioria segundo “parâmetros legais, éticos e morais”⁸⁴.

Seguindo nesse ponto, Ricardo Tinoco de Góes descreve que a democracia atual não se restringe a uma visão majoritária, segundo a qual basta a vontade da maioria em números para legitimar uma ação estatal sobre direitos fundamentais das minorias. A participação democrática de todos, um direito de quarta dimensão, é condição vital de um verdadeiro regime democrático. Isso não exclui o princípio majoritário, mas sim o pondera com os direitos dos grupos minoritários consagrados constitucionalmente⁸⁵.

Por fim, usa-se o acórdão da ADI n.º 1.351/1.354 do STF no sentido de que, ao recriar a cláusula, o Legislativo violou e desrespeitou o julgado da Corte, o qual inferiu que a cláusula de desempenho do art. 13 da Lei dos Partidos Políticos é contrária a Carta Magna. Assim, o ressurgimento do instituto seria inconstitucional.

Um exemplo de posicionamento contrário foi o de Kátia de Carvalho, ao emitir juízo de valor sobre a antiga cláusula do art. 13. Ela defende que, apesar da boa intenção dos legisladores em se positivar o instituto, tal mecanismo seria inconstitucional por exterminar vários partidos da disputa eleitoral, além de prejudicar alguns de coerência ideológica e de conteúdo programático, que não se enquadrariam como “legendas de aluguel”. Encerrando, afirma violar, em razão de seus altos parâmetros, o pluralismo político, principal lastro da democracia, e o direito de existência das minorias⁸⁶.

Por outro lado, há juristas que também se posicionam **em prol da cláusula de desempenho**.

Marcos Ramayana reconhece o excesso de partidos existentes e os seus efeitos negativos, defendendo assim a necessidade do instituto e a sua reinserção no ordenamento jurídico brasileiro, antes mesmo da EC n.º 97/2017. Ele ressalta que o

⁸⁴ PEREIRA, Erick Wilson. **Direito Eleitoral**: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 79.

⁸⁵ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Jurisdição Democrática**: uma visão procedimentalista para a tutela substancial dos direitos. Revista Direito e Liberdade – ESMARN, Natal, v. 13, n. 2, p. 323 – 344, jul./dez. 2011. Disponível em:

<http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/441>. Acesso em: 05 jun. 2018.

⁸⁶ CARVALHO, 2006.

mecanismo está presente em outros países em nome de uma maior governabilidade, sendo útil no combate aos “partidos de aluguel”. Por fim, rechaça a ideia de um pluripartidarismo exacerbado, o qual “não é sinônimo de infinitude partidária, considerando que todo o excesso está ligado ao extremo da ação desproporcional com abalo resoluto ao regime democrático e aos princípios republicanos”⁸⁷.

O fato de existir uma personalização excessiva da política e faltar uma democracia intrapartidária, conforme explanado no tópico 2.3, é levantado por Bruno Lorencini para justificar a cláusula. Ele conclui que quanto mais se facilita a criação e existência de partidos nanicos, maior é a possibilidade de personalização. Outrossim, ressalta inexistir valores ou direitos absolutos em nosso ordenamento jurídico, incluindo o pluralismo político e o pluripartidarismo, defendendo assim que partidos sem um mínimo de apoio popular não estão resguardados pelo princípio democrático⁸⁸.

Walber Agra e Emiliane Neto, com posicionamento já ventilado no tópico 2.3, seguem o mesmo entendimento à favor da cláusula, em nome de uma maior governabilidade. Eles ressaltam que o instituto inibiria o obstrucionismo parlamentar, os partidos radicais e as “legendas de aluguel”, trazendo maior eficácia ao sistema democrático.

O grande número de legendas, para eles, não é resultado de uma suposta “hipercomplexidade social”, mas sim porque o sistema político brasileiro é “disfuncional, apolítico e personalista”⁸⁹. A cláusula não cerceia o pluripartidarismo, mas apenas estabelece parâmetros mínimos para dispor dos direitos garantidos às legendas.

Argumentam que as minorias gozam de outros meios de representatividade, como internet e as organizações da sociedade civil, sem gerar o “hiperpartidarismo” danoso. Segundo eles, os poucos partidos históricos e ideológicos, os quais possivelmente serão afetados pela cláusula, não podem servir de justificativa para se permitir a acentuada fragmentação partidária. Por fim, dizem que o dinheiro público é “sacrossanto”, sendo inadequado gastá-lo com partidos sem lastro social.

⁸⁷ RAMAYANA, 2016, p. 344.

⁸⁸ LORENCINI, 2017.

⁸⁹ AGRA; ALENCASTRO NETO, op. cit., p. 709.

Outro ponto de destaque é o de que a ADI julgada no STF não declarou a cláusula em si inconstitucional, como algo incompatível ao Direito Brasileiro. Vários ministros, segundo explanado no capítulo 3, sublinharam isso: a cláusula do art. 13 da Lei n.º 9.096 era inconstitucional pela forma em que foi positivada pelo Legislativo.

Na mesma ADI, outros ministros consideraram inadequada a via eleita pelo Congresso para criar o instituto, por meio de lei ordinária. Como a nova cláusula ressurgiu por Emenda Constitucional, o debate sobre a possibilidade ou não de inseri-la por lei foi superado.

Pode-se trazer à baila também as manifestações da AGU e a PGR na ADI, ao se posicionarem favoráveis ao instituto do art. 13 da Lei n.º 9.096. Segundo os respectivos pareceres, o art. 17, I, da CRFB/1988 já limita a criação de partidos políticos pequenos, pois os obrigam a ter “caráter nacional”. Além disso, o princípio da igualdade material deve ser aplicado nas prerrogativas partidárias, segundo a quantidade de votos obtidas por agremiação.

Há também a alegação de que a nova cláusula de desempenho à *brasileira* possui uma gradação de seus dispositivos, da legislatura após as eleições de 2018 até a de 2030. Isso possibilita aos partidos tempo suficiente para se prepararem à plena vigência do mecanismo. Nesse interim, podem apresentar aos eleitores suas pautas, como legendas sérias, de coerência ideológica, angariando assim a votação mínima exigida.

4.3 A ANÁLISE

O assunto não é menos complexo no Direito, como se pôde ver. Segundo escreveu Luís Virgílio Afonso da Silva, o debate é resumido em duas linhas: “(a) discussão sobre sua razoabilidade; e (b) discussão sobre sua constitucionalidade”. Alguns argumentam que a inconstitucionalidade está no próprio instituto (b), enquanto outros dizem que pode estar na forma a ser criada pelo legislador (a)⁹⁰.

O ponto sobre a sua constitucionalidade é o menos difícil. A grande maioria dos doutrinadores ressaltam que o instituto não é em si inconstitucional, mas sim a forma na qual, eventualmente, venha a ser positivada, harmonizando-se com o

⁹⁰ SILVA, op. cit., p. 82.

entendimento presente na ADI n.º 1.351/1.354. De fato, esse é a compreensão mais correta, pois se trata de um mecanismo eficaz e presente em dezenas de países, como a Alemanha (tópico 2.4).

Já na análise da razoabilidade, bem como da proporcionalidade do instituto, o assunto passa a ser complexo. Prova disso foi quando o Ministro Carlos Britto, em seu voto na ADI mencionada, afirmou que tanto o posicionamento favorável quanto o contrário à cláusula encontram argumentos na CRFB/1988:

Como a nossa Constituição consagra muitos valores, alguns deles se antagonizam, na prática, levando-nos a um tipo difícil de opção – já tenho falado sobre isso –: se optamos de um jeito, prestigiemos a Constituição; se optamos de outro, prestigiemos igualmente a Constituição. E fica uma estranha opção interpretativa entre o certo e o certo, já que todas as opções têm lastro constitucional.

Pode-se perquirir a proporcionalidade/razoabilidade do tema sob um viés principiológico ou aplicando a proporcionalidade *lato sensu*.

4.3.1 À luz da principiologia

Essa teoria é a mais aplicada no Brasil para dirimir problemas jurídicos de hermenêutica. Afirma Leonardo Martins que, segundo esse entendimento, as normas se subdividem em regras e princípios: aquelas obedecem a lógica do “tudo ou nada” e esses são concebidos como *mandamentos de otimização*, os quais são abstratos e gerais⁹¹.

A aplicação dos princípios se dá pela ponderação, quando o hermeneuta sopesa dois ou mais *mandamentos de otimização* consagrados no Direito em algum caso concreto. Com isso, o conteúdo normativo de um princípio varia de acordo com o dilema posto, ora prestigiado mais uns em detrimento dos outros, ora o inverso.

Indo ao encontro dessa linha, está Erick Pereira ao tratar da interpretação e aplicação das normas constitucionais eleitorais. O autor considera os princípios como “o ponto de partida de qualquer raciocínio”⁹².

⁹¹ MARTINS, 2012, p. 68-69.

⁹² PEREIRA, op. cit., p. 73.

Ele defende em sua obra que a hermenêutica eleitoral deve ser “relativista”, “flexível” e “ágil”, em sincronia com as mudanças constantes nos institutos do Direito Eleitoral e no Poder Político a cada nova eleição. Pereira ressalta que, “No relativismo, faculta-se questionar tudo”⁹³. O intérprete goza, assim, de uma grande liberdade e autonomia, inexistindo pré-julgados nas normas. Ao recriar o entendimento de determinado ato normativo, a interpretação feita deve se atentar às alterações na sociedade, sempre levando em consideração os “valores sociais, filosóficos, econômicos, políticos e jurídicos”⁹⁴.

Outrossim, o autor ressalta os limites interpretativos do operador do direito, o qual deve obediência aos seguintes critérios⁹⁵: (i) não legislar positivamente, respeitando a competência do Legislativo; (ii) não afastar o conteúdo material da norma criada pelo devido processo legal substantivo; e (iii) ter consciência de que possui limites e que deve respeito aos dispositivos da Carta Magna, sempre agindo com razoabilidade, sem discricionariedade.

A análise de constitucionalidade da cláusula de barreira à *brasileira* da EC n.º 97/2017, em consonância com as considerações anteriores, envolve a seguinte ponderação.

De um lado, há uma regra válida e eficaz emanada pelo Poder Legislativo, a qual obedeceu todo o rito no Senado Federal e na Câmara dos Deputados; o princípio democrático, quando os representantes eleitos pelo povo, em maioria qualificada, após apresentarem argumentos, deliberaram legitimamente pela criação do instituto; e a igualdade material. De outro lado, levanta-se o pluralismo político, o pluripartidarismo, a igualdade de oportunidades, o direito das minorias, a proporcionalidade e a razoabilidade.

Considerando que:

- 1) Não existem princípios absolutos em nosso ordenamento jurídico;
- 2) A nova cláusula de barreira partidária reduziu os parâmetros em relação à anterior do art. 13 da Lei n.º 9.096/1995, atendendo assim aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade;

⁹³ Ibid., p. 27.

⁹⁴ Ibid., p. 132.

⁹⁵ Ibid., p. 183.

- 3) A ADI n.º 1.351/1.354, julgada no STF, não declarou o instituto ontologicamente inconstitucional;
- 4) As minorias que não atingirão a cláusula preservarão os seus mandatos e seu funcionamento parlamentar, podendo ser também representadas de outras formas, via internet e por organizações da sociedade civil;
- 5) Os partidos menores ainda possuem acesso aos recursos do recém-criado FEFC;
- 6) A cláusula não afeta a possibilidade de criação de novos partidos políticos, respeitando assim o pluralismo político e o pluripartidarismo;
- 7) A lógica da igualdade material permite um tratamento diferenciado entre os partidos, segundo a quantidade de votos recebida por cada um;
- 8) O art. 17, I, da CRFB/1988 exige que os partidos brasileiros possuam “caráter nacional”;
- 9) O Brasil hoje apresenta um “hiperpartidarismo”, prejudicando a governabilidade, o qual não é fruto de uma hipercomplexidade social no Brasil e nem da existência de várias ideologias no espectro político;
- 10) O dinheiro público não deve ser gasto com partidos sem representatividade social, principalmente em período de crise econômica.

Infere-se que os princípios em questão devem ser ponderados em prol da constitucionalidade da restrição ao acesso das legendas ao fundo partidário e à propaganda política gratuita, feita via cláusula de desempenho, ressurgida no art. 17, § 3º, da CRFB/1988.

4.3.2 À luz da proporcionalidade *lato sensu*

Usada pela Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais, a proporcionalidade em sentido amplo apresenta etapas pré-definidas e menos subjetivas em comparação à teoria principiológica.

No caso em tela, a cláusula de barreira *à brasileira* do art. 17 da CRFB/1988 toca a igualdade de oportunidades dos partidos políticos. Apesar de divergências em

considerar as pessoas jurídicas como titulares de direitos fundamentais, boa parte da doutrina já aceita essa tese⁹⁶.

Expõe Leonardo Martins que o Estado tem um limite para tratar desigualmente os sujeitos de direito, o qual é a proporcionalidade em sentido amplo. Para aferir esse “mecanismo de justificação constitucional”, deve-se atender os seguintes passos:

A aplicação do critério da proporcionalidade em face de tratamentos desiguais segue a mesma lógica de sua aplicação às intervenções estatais em direitos de liberdade: perscruta-se, **primeiro**, o propósito do tratamento desigual que deve ser lícito (muitas vezes decorre do próprio dever do Estado de agir em face de direitos de igualdade de terceiros). Em **segundo lugar**, analisa-se, preliminarmente, o meio escolhido pelo legislador que deve ser em si também lícito. Em **terceiro lugar**, analisa-se a relação de adequação entre o meio e propósito para, em **quarto lugar**, questionar se não existem alternativas igualmente adequadas, mas menos onerosas em face dos direitos de liberdade de quem sofreu uma desvantagem ou não foi contemplado por uma vantagem. Somente se a medida legislativa passar por esse crivo sucessivo poderá representar um tratamento desigual justificado constitucionalmente⁹⁷.
(grifos nossos)

Após seguir esses critérios, ainda havendo dúvida sobre a proporcionalidade da medida, a doutrina majoritária brasileira e alemã utiliza a proporcionalidade em sentido estrito, o que resulta no mesmo raciocínio aplicado no tópico 4.3.1. Porém, o ato de ponderar precisa considerar a separação dos poderes, consagrada no art. 2 da CRFB/1988, buscando evitar a deliberada usurpação de competências do Poder Legislativo⁹⁸.

Feitas essas considerações, a análise se inicia pela legitimidade (ou licitude) do **propósito** da medida. A cláusula de desempenho tem o fim de reduzir a quantidade excessiva de partidos, gerando maior governabilidade na relação entre os três Poderes e aperfeiçoando, assim, o sistema político e democrático. Esse propósito é apoiado por doutrinadores, cientistas políticos, parlamentares e por boa parte da sociedade, evidenciando a sua licitude.

O **meio** utilizado para se reduzir o número de legendas também é lícito. Restringir determinadas prerrogativas dos partidos políticos via emenda constitucional

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁹⁷ MARTINS, op. cit., p. 59.

⁹⁸ MARTINS, 2012.

foi resultado da ação legítima do poder constituinte derivado reformador, por meio do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.

A **adequação** entre o meio e o propósito também foi atendida. Alguns podem alegar que a medida é inadequada porque, como a cláusula *à brasileira* não impede o acesso da legenda ao Parlamento, a governabilidade continuaria prejudicada. Entretanto, a partir do momento em que a cláusula entrar em vigor, haverá o fomento à redução do número de partidos, pois várias “legendas de aluguel” ou partidos sem muita representatividade social, ao perderem o acesso aos recursos do fundo partidário e ao tempo gratuito de propaganda, tenderão a se fundir ou se incorporar a outras agremiações.

Exemplo disso foi em 2006, quando o Partido dos Aposentados da Nação – PAN foi incorporado ao Partido Trabalhista Brasileiro – PTB⁹⁹ pouco antes da *vacatio legis* da cláusula do art. 13 da Lei dos Partidos Políticos se findar. Na mesma época, o Partido de Reedificação da Ordem Nacional – PRONA e o Partido Liberal – PL se fundiram por igual motivo, criando o Partido da República – PR¹⁰⁰.

Já a **necessidade** é um ponto mais complexo. A EC n.º 97/2017, ao extinguir as coligações nas eleições proporcionais a partir de 2020, deu maior efetividade ao quociente eleitoral (cláusula *reflexa*). Os partidos nanicos e de “aluguel” não poderão mais formar um grande “acórdão”, sem nenhuma coerência ideológica, para apenas atingir o quociente, aumentando, dessa forma, a dificuldade para se eleger alguém. Com isso, alguns podem argumentar que a cláusula recém-criada seria desnecessária e, portanto, inconstitucional, já que o quociente, por si só, seria suficiente para estimular a redução do número de partidos.

Por outro lado, a cláusula *à brasileira* atua de maneira diversa em relação à cláusula *reflexa*. Mesmo existindo apenas o quociente eleitoral no Direito brasileiro, o partido ínfimo, ainda que não elegeesse nenhum candidato, continuaria a receber considerável quantia do “sacrossanto” dinheiro público via fundo partidário, além de gozar da propaganda política gratuita (igualmente financiada pelos recursos dos contribuintes).

⁹⁹ BRAGON, Ranier. **PTB se une a PAN na 1ª fusão de partidos**. Folha de São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0610200622.htm>>. Acesso em: 28 maio 2018.

¹⁰⁰ BRAGA, Israel. **PL e Prona formalizam criação do PR para cumprir cláusula de barreira**. O Globo, 2006. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/eleicoes-2006/pl-prona-formalizam-criacao-do-pr-para-cumprir-clausula-de-barreira-5003102>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

Além disso, é possível evocar o atual “hiperpartidarismo” brasileiro para justificar a necessidade da nova cláusula, a qual contribuirá para uma maior governabilidade do país. Outrossim, os parâmetros fixados pelo instituto atual são menores do que os anteriores e só serão aplicados integralmente em 2030, amortizando as suas consequências. Esse lapso de 12 anos é tempo suficiente para os partidos se apresentarem aos eleitores como sérios e de ideologia sólida, obtendo, então, a votação mínima exigida.

Ante estas considerações, a medida é capaz de ser considerada como necessária.

Caso se julgue que a análise de constitucionalidade não foi satisfatória na etapa da necessidade, usar-se-á a **proporcionalidade *stricto sensu***, isto é, a técnica da ponderação, já feita no tópico anterior. Nesse caso, a conclusão será pela constitucionalidade do instituto, conforme exposto acima.

Assim, o mecanismo reestabelecido pelo legislador na EC n.º 97/2017 pode ser interpretado como de propósito lícito, meio legítimo, adequado, necessário e proporcional.

Percebe-se que tanto pela ótica principiológica quanto pelo uso da proporcionalidade *lato sensu* chegou-se à conclusão de que a cláusula de desempenho partidária, ressurgida pela EC n.º 97/2017, não fere a CRFB/1988.

A cláusula de barreira não vai solucionar todos os problemas partidários, políticos e democráticos brasileiro. É necessário ainda uma Reforma Política que venha a sanar outros vícios do sistema. Entretanto, conforme palavras de José Afonso da Silva, “não existe democracia acabada”¹⁰¹, sendo um processo de constante aperfeiçoamento de direitos e garantias em prol da concretização da soberania popular; e a cláusula, conforme apresentado neste trabalho, contribuirá nessa evolução.

¹⁰¹ SILVA. José Afonso da. **Democracia Participativa**. In: Cadernos de Soluções Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2006. Vol. 2. p. 183.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto nesta monografia, depreendeu-se que a cláusula de desempenho partidária é um mecanismo eficaz e presente em diversos países, como a Alemanha. Outrossim, foi descrito o atual quadro partidário brasileiro, com várias legendas sem lastro social ou chamadas “de aluguel”, evidenciando a necessidade desse mecanismo para reduzir a quantidade de agremiações.

Também se averiguou que o STF, em sede da ADI n.º 1.351/1.354, não declarou o instituto ontologicamente incompatível com o Direito Brasileiro. Na verdade, naquela ocasião, os ministros afirmaram ser muito rígida a forma positivada pelo Legislativo, violando os princípios constitucionais e restringindo em demasia os partidos menores e as minorias, sendo, portanto, inconstitucional. Vários membros, em seus votos, ressaltaram ser possível a criação de uma cláusula de barreira em níveis razoáveis na atual ordem constitucional.

Ao analisar a nova cláusula, seus dispositivos e sua forma de aplicação, abordou-se os principais argumentos em debate sobre o tema, tanto sob ótica jurídica quanto política. Foi verificado que a discussão sobre a sua compatibilidade com a CRFB/1988 não é pacífica, sendo um desafio hermenêutico para o intérprete.

Apresentados os entendimentos, realizou-se uma interpretação seguindo a lógica de ponderação de princípios e outra aplicando a proporcionalidade em sentido amplo. Em ambos os casos, inferiu-se pela constitucionalidade do instituto criado pela Emenda Constitucional n.º 97/2017.

De fato, conforme foi evidenciado, o ordenamento jurídico brasileiro consagra a existência de vários partidos e ideológicas, além de prezar pela igualdade de oportunidades e pela defesa das minorias. Contudo, tais princípios não podem ser interpretados de maneira absoluta.

O hermeneuta deve levar em consideração outros pontos, como o quadro político no Brasil, o qual precisa urgentemente de governabilidade; o fato de não existir uma complexidade social no Brasil e nem dezenas de ideologias que venha a justificar a fragmentação do Legislativo; a possibilidade das minorias preservarem seus mandatos caso não cumpram a cláusula e poderem ser representadas de outras formas; a exigência que a Constituição faz em seu art. 17, inciso I, para os partidos terem “caráter nacional”; e entre outros.

Além disso, o mecanismo criado pelo legislativo tem um propósito lícito, meio legítimo, é adequado, necessário e proporcional.

No final, reconheceu-se que o sistema político do Brasil apresenta vários senões e uma cláusula de desempenho não irá sanear todos os problemas. Imperioso é seguir com a Reforma Política, abarcando outros pontos ainda pendentes, mas a cláusula já é um avanço e contribuirá ao aperfeiçoamento do sistema democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura; NETO, Emiliane Priscilla Alencastro. **A cláusula de barreira como instrumento de aperfeiçoamento da democracia**. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 12, n. 2, p. 694-723, maio-ago. 2017. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/11017>>. Acesso em: 31 maio 2018.

AMES, Barry. **Os entraves da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

BALDISSERA, Andressa Baierle. **Cláusula de Barreira Eleitoral na PEC n. 282/2016**, Análise comparada e de constitucionalidade. Monografia (graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/166284>>. Acesso em: 31 maio 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÁCERES, Florival. **História do Brasil**. São Paulo: Moderna, 1993.

CARVALHO, Kátia de. **Cláusula de Barreira e Funcionamento Parlamentar**. Revista Estudos Eleitorais, Brasília, v. 2, n. 3, p. 67-78, maio/ago. 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/1187>>. Acesso em: 31 maio 2018.

DUVERGER, Maurice. **Os partidos políticos**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Jurisdição Democrática**: uma visão procedimentalista para a tutela substancial dos direitos. Revista Direito e Liberdade – ESMARN, Natal, v. 13, n. 2, p. 323 – 344, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/441>. Acesso em: 05 jun. 2018.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

KIM, Richard Pae. **Multipartidarismo no Brasil**: Paradoxos e Propostas. In: CAGGIANO, Monica Herman S. (org.). Reforma política: um mito inacabado. Barueri: Manole, 2017. p. 306-347. Disponível em: <<http://espacodemocratico.org.br/reforma-politica-um-mito-inacabado-2/>>. Acesso em: 31 maio 2018.

LORENCINI, Bruno César. **A Cláusula de Desempenho Eleitoral-partidário e seu Enquadramento Democrático e Constitucional**. In: CAGGIANO, Monica Herman S. (org.). Reforma política: um mito inacabado. Barueri: Manole, 2017. p. 138-162. Disponível em: <<http://espacodemocratico.org.br/reforma-politica-um-mito-inacabado-2/>>. Acesso em: 31 maio 2018.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

NICOLAU, Jairo Marconi. **Sistemas Eleitorais**. 6. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

NOHLEN, Dieter. **Gramática de los sistemas electorales**: uma introducción a la ingeniería de la representación. Quito: V&M Gráficas, 2012.

PEREIRA, Erick Wilson. **Direito Eleitoral**: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2010.

PONTES, Roberto Carlos Martins; HOLTHE, Leo Oliveira Van. **O Sistema Eleitoral Alemão após a reforma de 2013 e a viabilidade de sua adoção no Brasil**. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/22079>>. Acesso em: 31 maio 2018.

RAIS, Diogo; FARIAS Pedro Henrique Espagnol de. **O STF e a Cláusula de Barreira: entre as experiências e suas projeções**. Revista Resenha Eleitoral - Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 95-118, nov. 2017. Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-cientifica/edicoes/resenha-eleitoral-v-21-n-1-2017/index.html>>. Acesso em: 31 maio 2018.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

REIS, Palhares Moreira. **Os partidos políticos e a experiência brasileira**. Revista de informação legislativa, v. 29, n. 114, p. 89-116, abr./jun. 1992. p. 94-95. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176077>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Democracia Participativa**. In: Cadernos de Soluções Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2006. Vol. 2.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Sistemas Eleitorais**: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1999.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1351/DF e n.º 1354/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pleno. Julgamento em 07/12/2006. Publicação no DJ em 29/06/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>>. Acesso em: 31 maio 2018.

VIANA, João Paulo Saraiva Leão. **Fragmentação partidária e a cláusula de barreira**: dilemas do sistema político brasileiro. Revista Pensar, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 125-135, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://hp.unifor.br/pdfs_notitia/2523.pdf>. Acesso em: 31 maio 2018.