

REVISTA JURÍDICA - TRE-TO **Ano 7** **nº 1 e 2** **jan/dez 2013**



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL
Tocantins

Revista Jurídica

TRE-TO

Ano 7

Número 1 e 2 jan/dez 2013

A CLÁUSULA DE BARREIRA NO DIREITO BRASILEIRO¹

MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS

Ex-presidente e atual vice-presidente e corregedor regional eleitoral do TRE-TO; diretor geral da Escola Judiciária Eleitoral do Tocantins (EJE-TO); ex-presidente do Colégio de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais (Coptrel) e do Colégio de Corregedores Eleitorais do Brasil; especialista em Direito Constitucional e Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL).

RESUMO

O Estado de Direito pós-social tem na democracia, no pluralismo, na soberania popular exercida através dos partidos políticos, e no respeito à dignidade humana, alguns dos seus mais importantes alicerces, razão pela qual o pluralismo partidário deve corresponder proporcionalmente, dentro do possível, à pluralidade dos segmentos sociais, sem exclusão das minorias. Todavia, o excesso de partidos pode causar distorções à democracia, decorrentes do enfraquecimento da representação e da dificuldade de estabilidade governamental, principalmente nos regimes presidencialista e semipresidencialista. Para solucionar esse intrincado problema das democracias ocidentais, fundadas em Estados de partidos, a engenharia política tem oferecido soluções que restringem direitos fundamentais das agremiações partidárias e do cidadão, como as chamadas cláusulas de barreira, cujo fim precípuo é o de conter o multipartidarismo resultante de falhas do sistema proporcional e do sistema majoritário de dois turnos. Ao intérprete da constituição está reservada a difícil missão de resolver os conflitos de normas constitucionais resultantes das tentativas de inserção desse instituto na ordem jurídica brasileira.

Palavras-chave: Constituição – estado de direito – democracia – pluralismo – soberania – princípio da anualidade eleitoral – partidos políticos – direitos fundamentais – cláusula de barreira.

¹ Relatório Técnico-científico de Mestrado em Direito Constitucional Recife – 2012, apresentado ao Programa de Pós-Graduação strito sensu da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional. Disciplina: Direito Constitucional. Orientador: Professor Doutor Marcelo Rebelo de Sousa.

INTRODUÇÃO

O multipartidarismo, fenômeno próprio das democracias ocidentais fundadas no pluralismo político, tem como causa, na maioria das vezes, falhas no sistema eleitoral proporcional.

A liberalidade e horizontalidade das coligações, sob a justificativa de autonomia partidária, têm contribuído para o excessivo número de partidos hoje existentes no Brasil (vinte e nove, segundo dados do TSE), o que em parte também resulta do sistema majoritário de dois turnos.

O pluralismo político, entretanto, é essencial à democracia, que não pode ficar jungida à ideia de um governo da maioria. As minorias, sob o ponto de vista da dignidade humana, também têm direito a representação política através dos partidos minoritários, inclusive no Parlamento.

Portanto, em um Estado Democrático de Direito pós-social (Estado de Partidos), onde os partidos se tornam o centro das decisões que deságuam no Parlamento, muitas agremiações políticas minoritárias cumprem o relevante papel de representar segmentos sociais importantes que não podem ser excluídos do debate político e das decisões parlamentares.

O excessivo número de partidos, contudo, pode colocar em risco a governabilidade, principalmente no sistema presidencialista, bem como distorcer a democracia, situações que reclamam uma análise mais acurada dos mecanismos políticos apropriados para corrigir o problema sem ferir direitos fundamentais dos partidos, dos seus filiados e dos eleitores que neles depositam suas esperanças.

As cláusulas de barreira diretas e indiretas emergem, nesse quadrante, como propostas que devem ser ponderadas, sob o pálio da Constituição, com especial atenção para os conflitos entre direitos fundamentais advindos da implantação de mecanismo dessa natureza no sistema jurídico.

A cláusula de barreira direta, por exemplo, não é estranha ao direito brasileiro, esteve presente em diversas oportunidades em nosso ordenamento jurídico, mas nunca foi utilizada, e chegou mesmo a ser considerada inconstitucional pelo STF, por duas oportunidades, já sob a Constituição de 1988.

No entanto, os grandes partidos têm sinalizado para sua reimplantação por meio de Emenda Constitucional, hoje incluída em um pacote de projetos que se encontra sob análise da Comissão de Reforma Política do Senado Federal, após receber a chancela da Comissão de Constituição de Justiça.

Nesse estudo, após uma abordagem teórica, na qual se contextualiza os limites ao pluralismo sob o prisma da democracia, dos partidos e do sistema eleitoral, busca-se na recente história da democracia brasileira e na Constituição de 1988, uma melhor compreensão da dinâmica partidária e o que significaria levar os partidos ao corredor da morte, negando-lhes funcionamento parlamentar, verbas do fundo partidário e acesso ao rádio e à TV.

Analisa-se, de igual forma, o funcionamento da cláusula de barreira direta no direito comparado e a opinião da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, além de oferecer propostas alternativas ao instituto.

Ao final, conclui-se pela inconstitucionalidade da cláusula de barreira, na linha de considerável corrente doutrinária e das decisões do Supremo Tribunal Federal, principalmente em relação àquela que se quer implantar através da PEC 2/2007, cuja fiscalização constitucional pode ser buscada preventivamente ou após sua promulgação, nos termos do art. 60 da CF, tendo em vista que fere direitos fundamentais dos partidos políticos, dos seus filiados e dos eleitores que os sufragaram, resguardados por princípios como os da democracia, soberania popular, igualdade de chances, igualdade de voto, pluralismo, devido processo legal (legislativo), dentre outros. A inconstitucionalidade resulta evidente ainda que ponderados os limites imanentes da própria Constituição e a leitura de alguns dos mesmos princípios como os da democracia e da soberania popular, sob o ponto de vista da distorção do sistema partidário e da própria democracia pelo multipartidarismo, notadamente quando se tem um sistema partidário que há décadas sobrevive com tais características.

1. DEMOCRACIA. PARTIDOS. SISTEMAS ELEITORAIS

1.1. Democracia

Etimologicamente, o termo “democracia” advém do grego *demos* – povo – e *kratia* ou *Kratos* – governo -, em outras palavras governo do povo.

A democracia tem seu berço na antiguidade clássica. As primeiras instituições democráticas surgiram em Atenas, em 508 a.C., onde os cidadãos participavam diretamente das decisões políticas em assembleia geral.

Constitui-se no exercício popular de governo cuja essência se firma na vontade do povo.

Todavia, conceituá-la com precisão é tarefa complexa, segundo anotara Hans Kelsen², pois a expressão democracia tornou-se verdadeira palavra de ordem nos dias atuais, razão pela qual acaba por perder substancialmente seu verdadeiro sentido, servindo a modismos políticos, daí a dificuldade de sua precisa conceituação³.

José Afonso da Silva procura compreender a democracia a partir de uma análise histórica, como instrumento da vontade do povo para realização de valores essenciais à convivência humana, traduzidos nos direitos fundamentais do homem⁴, o que se alinha ao ponto de vista de Friedrich Müller, García-Pelayo e Norberto Bobbio, que também analisam a democracia em relação à plena concretização dos direitos fundamentais⁵.

Ernest Bockenford, ao aprofundar-se no estudo do tema, elege a soberania popular como diretriz orientadora do princípio democrático, asseverando que o exercício do poder, para que esteja legitimado, deve derivar do povo, de um modo concreto, somente assim haverá estado de direito em sentido material, pós-liberal, pertinente a um estado social de direito⁶.

O Estado brasileiro elege o princípio democrático⁷ como um de seus pilares e adota a democracia semidireta ou mista como forma de

² KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti *et al.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 25.

³ Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 115.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp.125-126: Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.

⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 101; GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza, 1986, pp. 82, 83; MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann; revisão Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 27.

⁶ BOCKENFORD, Ernest. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Tradução Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000, pp. 17, 55.

⁷ Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2.

manifestação popular de poder. Isso se mostra evidente diante da opção do legislador constituinte por mesclar democracia representativa com instrumentos de expressão direta do povo (referendo, plebiscito e iniciativa popular) em determinadas questões políticas, administrativas e legislativas do Estado.

Nas palavras de José Afonso da Silva, “democracia semidireta é, na verdade, democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo”.⁸

A democracia representativa, como forma indireta de exercício de poder pelo povo, reclama o uso de técnica especial de escolha de representantes para o desempenho das atividades tipicamente estatais.

Nesse contexto, ressalta-se a importância do sufrágio universal como forma de o cidadão externar sua vontade política por meio do voto.

Norberto Bobbio esclarece que, “Numa democracia moderna, quem toma as decisões coletivas, direta ou indiretamente, são sempre e somente os cidadãos *uti singuli*, no momento em que depositam o seu voto na urna”.⁹

A adoção do sufrágio universal como forma de expressão de poder reclamou a existência de uma entidade de caráter organizacional da vontade soberana do povo, haja vista que incipientes, os regimes democráticos sucumbiriam ao caos da participação popular indiscriminada e à ingovernabilidade frente à fragmentação ideológica presente no seio da sociedade.

Nessa conjuntura, interesses comuns levaram grupos sociais a se organizarem em agremiações com o escopo de coordenar a sua representatividade de maneira permanente. Aos poucos essas associações populares foram se estruturando e se transformando na figura institucionalizada dos partidos políticos¹⁰.

ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 136.

⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 109, 110.

¹⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Os partidos políticos no direito constitucional português*. Braga: Cruz, 1983, p. 24: Os mecanismos jurídicos da representação política implicaram a criação de partidos políticos com base na própria atividade parlamentar, na medida em que os partidos formaram grupos relativamente homogêneos, e lançaram em seguida comitês de apoio, que se converteram em comitês

Destarte, cabe aos partidos políticos, de conformidade com os seus estatutos e programas registrados no Tribunal Superior Eleitoral e apresentados aos eleitores, a importante função de intermediário entre o povo e o governo, com a importante missão de velar pela soberania popular decorrente da vontade geral e da vontade de todos, mecanismos indispensáveis na própria materialização da vontade geral e edificação do Estado e de intermediação entre as massas e o Estado, na opinião de Manuel García-Pelayo¹¹.

O conceito de liberdade, portanto, está vinculado à busca da vontade coletiva, daí que no seu ponto de vista viver democraticamente significa captar esta vontade coletiva, a partir dos mecanismos representativos, e, neste caso, uma das peças basilares do Estado democrático é o partido político¹².

Porém, não basta apenas a existência de um sistema representativo e de partidos políticos, é necessário que a soberania popular seja fruto dessa representação, assim como o direito das minorias devem ter nos ideários dos partidos uma correspondência de atuação implementadora pela via da representação, com maior imperatividade do mandato, resultado de um compromisso com o ideal democrático.

eleitorais visando a sua recondução. Assim nasceriam muitos partidos políticos com origem parlamentar. Anota ainda, que mais tarde esses comitês eleitorais vão se transformar em partidos.

¹¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza, 1986, p. 34: Pero la Constitución misma implica el Estado de partidos, pues, cuando disse que todo poder político emana del Pueblo aparecen los partidos como último órgano de creación de todos los demás órganos, ya que sins u mediación la massa amorfa no podría derivar de sí misma los órganos del poder del Estado.

¹² *Ibidem*, pp. 82-83: Conclui que a evolução da democracia ocorre em três estágios: a) la democracia directa caracterizada por la identidad entre gobernantes y gobernados, es decir, por la ausencia de mediación alguna entre el pueblo y el ejercicio del poder; b) la democracia representativa en la que la identidad se transforma en la dualidad de representante y representado y en la mediación de éste por aquél, ya que sólo la voluntad del representante vale jurídicamente como voluntad del representado, y c) la democracia de partidos en la que éstos son no sólo un factor mediador entre los representados y los representantes, sino también un factor de mediatización entre el pueblo y los diputados, lo que se patentiza en la sumisión de éstos al mandato imperativo de los partidos (o, lo que es lo mismo, de los grupos parlamentarios, oid., injra., págs.93 "y ss.), con lo cual el diputado ha perdido su carácter genuino de representante y, consecuentemente, las elecciones adquieren un carácter plebiscitario en las que el pueblo otorga su confianza y su capacidad de decisión para una legislatura dada al partido como organización y no a las personas incluí das en las listas electorales salvo, naturalmente, en lo que se refiere al líder o a una minoría de líderes de éste o de aquel partido.

Para a execução dessa missão, os partidos dependem de repasses do fundo partidário, do acesso ao rádio e à televisão e, principalmente, da eleição de seus membros ao Parlamento e consequente funcionamento parlamentar, pois as decisões devem, o quanto possível, passar pela deliberação dos partidos¹³ e das respectivas bancadas e blocos parlamentares.

Sem tais garantias e transparência não há como desempenhar a missão que lhes fora constitucionalmente atribuída.

Em outras palavras, apenas o funcionamento formal dos partidos¹⁴, tal qual ocorrera no Governo Militar, não basta, é preciso que os partidos sejam garantidores institucionais do sistema democrático, ainda que o centro das decisões políticas se localize no Parlamento¹⁵.

1.2. Partidos políticos

Os partidos, segundo Maurice Duverger, têm terminologia análoga a outras organizações e facções, cujas origens remontam a renascença, mas, somente em 1850 surgem nos Estados Unidos¹⁶.

¹³ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza, 1986, p. 94: Sobre a importância dos grupos parlamentares na constituição e organização do Parlamento.

¹⁴ Cf. SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lobbauer. São Paulo: Página Aberta, 1996, p. 48: Adverte sobre o risco de certas coalizões e decisões secretas sobre os destinos do povo no parlamento.

¹⁵ Cf. MEZZAROBBA, Orides. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 214: Sobre o assunto: O período do Regime Militar, de 1964 a 1984, no Brasil ilustra bem essa última hipótese. Veja-se que a representação política não fora suprimida, e partidos políticos cumpriam sua função representativa formal. Pode-se falar nesse caso de um Estado Representativo, ou seja, um Estado que se organiza mediante o instituto da representação política, conforme os ditames do modelo liberal. E pode-se falar ainda de um Estado Representativo Partidário, para referir-se à inserção dos partidos políticos no modelo de representação. Mas, quando se fala de um Estado de partidos, necessariamente se está falando de uma democracia de partidos, uma vez que é um modelo que tem como ponto de partida a exigência de ambiente democrático para ser implementado.

¹⁶ DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Tradução Cristiano Monteiro Oiticica. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1970, p. 19: A analogia das palavras não deve levar a confusões. Chamam-se igualmente "partidos" as facções que dividiam as Repúblicas antigas, os clãs que se agrupavam em torno de um *condottiere* na Itália da Renascença, os clubes onde se reuniam os deputados das assembleias revolucionárias, os comitês que preparavam as eleições censitárias das assembleias revolucionárias, bem como as vastas organizações populares que enquadram a opinião pública nas democracias modernas. Essa identidade nominal justifica-se por um lado, pois traduz certo parentesco profundo: tôdas essas instituições não desempenham o mesmo papel, que é o de conquistar o poder político e exercê-lo? Porém se vê, apesar de tudo, que não se trata da mesma coisa. De fato, os verdadeiros partidos datam apenas de um

Na Assembleia Constituinte Francesa de 1789, os deputados oriundos das províncias gerais, deslocados, se reuniam para se fortalecer e defender interesses regionais. Os bretões alugavam um café para a realização de reuniões regulares. Somente com o correr do tempo apercebem-se que sua comunidade de opiniões não se restringia apenas às questões regionais, mas também aos problemas fundamentais da política nacional¹⁷.

Duverger anota, também, que a corrupção teria ocupado lugar assaz importante no desenvolvimento dos grupos parlamentares britânicos nos idos de 1714, os majoritários se organizando melhor para receber a propina da venda de votos aos ministros, e do outro lado a minoria adotando disciplina análoga para se defender¹⁸, embora baseada em outros métodos, o que não escapou da acurada observação de Georg Jellinek, apontando que uma das suas razões de existir é a busca por poder e cargos¹⁹.

No entanto, a estrutura organizacional da forma como hoje os conhecemos, somente foi adotada no período pós-guerra, alguns nascendo das bases, outros das cúpulas, partidos de massa ou partidos de quadros, sendo oportuno registrar que “a primeira Constituição com as características de um Estado Social de Direito do pós-guerra a consagrar expressa e directamente os partidos políticos é a brasileira de 1946, a que se segue, na Europa a Constituição de Baden”, conforme Marcelo Rebelo de Sousa²⁰.

No Século XIX os partidos passaram a se afirmar como instrumentos vitais para as democracias representativas, tendo se proliferado sobremaneira no início do século seguinte, mostrando-se

século. Em 1850, nenhum país do mundo (salvo os Estados Unidos) conhecia partidos políticos no sentido moderno do termo: encontravam-se tendências de opiniões, clubes populares, associações de pensamento, grupos parlamentares, mas nenhum partido propriamente dito. Em 1950, êstes funcionavam na maior parte das nações civilizadas, os outros se esforçavam por imitá-las.

¹⁷ DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Tradução Cristiano Monteiro Oiticica. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1970, p. 21.

¹⁸ *Ibidem*, p. 22.

¹⁹ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Prólogo y traducción Fernando de los Rios. México: FCE, 2000, p. 141: Los partidos políticos son, por su naturaleza, grupos que mediante convicciones comunes relativas a ciertos fines del Estado tratan de realizar estos fines concretos. Si se considera a éstos en su relación con el poder del Estado y con los grupos sociales dominantes, nos encontramos con grupos que detentan el poder en un momento dado y grupos que aún no lo han detentado. Es una tendencia natural de todo partido político alcanzar el poder y mantenerse en él una vez alcanzado.

²⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Os partidos políticos no direito constitucional português*. Braga: Cruz, 1983, p. 64.

cruciais para a dinâmica democrática como um todo, sobretudo no que tange aos governos parlamentares²¹.

Em um sistema democrático-representativo, os partidos políticos têm por finalidade precípua a representação da vontade soberana do povo, de modo a definir um modelo básico de convivência social.

Acerca da relevância dos partidos, Paulo Bonavides destaca que, “tanto na democracia como na ditadura, o partido político é hoje o poder institucionalizado das massas”²², o que se depreende, de igual forma, na opinião de Canotilho: “os partidos são organizações aglutinadoras dos interesses e mundividência de certas classes e grupos sociais impulsionadores da formação da vontade popular.”²³

Marcelo Rebelo de Sousa vai além, e busca no Estado de partidos, congruente com o pensamento de Garcia Pelayo, uma conceituação jurídica mais autônoma e precisa de partido político sob quatro prismas: personalidade jurídica associativa, caráter duradouro, representação política da comunidade e relevância dessa função representativa, que se traduz em candidaturas aos cargos eletivos²⁴.

Nesse comenos, não seria despidiendo afirmar que as agremiações políticas consistem na via indispensável à conquista e manutenção do

²¹ Cf. JELLINEK, *op. cit.*, p. 628: La democracia moderna vuelve a tomar su punto de partida en el derecho político del moderno derecho natural, o sea, en el principio de que el poder del Estado deriva originariamente de la voluntad soberana, pura, de los hombres que han pasado del estado de naturaleza al estado político. Por esto el derecho político de participar en el poder del Estado es un derecho general que nace de la misma naturaleza humana y que necesita ser atribuido a todo individuo que vive en la asociación estatista, quien por este hecho es elevado a la categoría de ciudadano.

²² BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 299.

²³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 308.

²⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Os partidos políticos no direito constitucional português*. Braga: Cruz, 1983, pp. 75-80: Da associação política em geral se distingue o partido político através de três elementos fundamentais: o caráter duradouro, a consagração do seu papel nuclear na efectivação da representação política global da colectividade, e, como corolário, o reconhecimento do seu exclusivo no tocante ao exercício da função representativa, consistente na apresentação de candidaturas às eleições dos titulares dos órgãos do poder político de base electiva. Do grupo ou comissão eleitoral se diferencia o partido político por todas as características anteriores e ainda pelo facto de a sua natureza associativa estável ser acompanhada da personalidade jurídica, o que não sucede com o grupo ou comissão eleitoral, por definição precário e carecido de personalidade jurídica". Esta autonomização jurídica do conceito de partido político é um dos vectores inovatórios do «Estado de Partidos», ultrapassando a desnecessidade da previsão de um regime jurídico específico, diverso do regime genericamente consagrado para a liberdade de associação (e para o direito de reunião).

poder nas mãos de determinado grupo político que, periodicamente, tende a se revezar com outros para possibilitar a devida alternância do poder, de modo a refletir a multiplicidade de opiniões existentes dentro de uma sociedade pluralista. Constituem o principal elo na relação entre a sociedade e o Estado, porquanto esses interesses político-sociais são representados pelas siglas partidárias. Estas são, por isso, instrumentos essenciais a qualquer democracia. Um verdadeiro Estado de Partidos.

A verdade é que, embora as instituições partidárias tenham ligação histórica com a democracia, tendo se mostrado de vital importância para o gerenciamento da vontade popular, nem sempre tiveram o reconhecimento dessa relevância na vida política do Estado.

A evolução política da República Brasileira, que hoje se consolida em uma democracia que quer se firmar como um Estado de Partidos, recomenda respeito aos direitos fundamentais dos partidos políticos, que no curso das ditaduras de direita tiveram seus registros cassados, e com eles os direitos e as esperanças daqueles que acreditaram em seus ideários, seja engrossando suas fileiras ou sufragando seus candidatos.

Basta dizer que, no período do regime Militar, o pluripartidarismo foi suprimido de tal modo que, entre os anos 60 e 80, somente dois partidos, Aliança Renovadora Nacional (ARENA) e Movimento Democrático Brasileiro (MDB) - governista e oposicionista, respectivamente - detinham registro perante o Tribunal Superior Eleitoral, por força do Ato Institucional (AI) nº 2/1965.

Inicialmente, essas agremiações disputavam os pleitos eleitorais apenas nos municípios, excluídas as Capitais e estâncias hidrominerais, isso nas eleições majoritárias para o Executivo, pois, nas proporcionais, ambas concorriam, mas ao Presidente da República era reservada a possibilidade de nomear Senadores (pejorativamente denominados senadores biônicos) para, assim, obter a maioria no Congresso Nacional e formar a base governista, sem embargos do fechamento de ambas as casas legislativas.

Mais tarde, já nos anos 80, ARENA e MDB se enfrentaram em eleições majoritárias nos Estados e nas Capitais, exceto no Distrito Federal e Brasília.

Somente com a redemocratização do País, iniciada no final do Regime Militar e com a Lei da Anistia, os grandes líderes da oposição retornaram ao Brasil e o sistema pluripartidarista voltou a ter lugar no sistema eleitoral brasileiro, restando consolidado na Constituição Federal de 1988.

A Lei 9.096/95, quase uma década posterior à promulgação da Constituição, atribui aos partidos políticos personalidade jurídica de direito

privado e a missão de assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo, assim como defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal²⁵.

Em uma democracia pluralista, disposta a se firmar materialmente com a preservação dos direitos fundamentais e a promoção da dignidade da pessoa humana, conforme assegurados na Constituição, os partidos políticos devem estar investidos de garantias fundamentais para cumprirem seus estatutos e programas, organizarem seus quadros e atuarem na defesa da democracia, na guarda da Constituição, na fidelidade com os seus eleitores e na liderança dos seus parlamentares na formação de bases consentâneas com seus ideários.

O caráter pluralista e pluripartidário da democracia brasileira, como disposto na Constituição Federal, fruto de meio século de conquistas, tomado como marco inicial o Golpe Militar de 1964, reclama o respeito às garantias fundamentais dos partidos políticos, notadamente aqueles representantes das minorias.

Por outro lado, o pluripartidarismo estremado traz riscos para a democracia, colocando em cheque a soberania e a representação, enfraquecendo as agremiações e colocando em crise o próprio sistema partidário.

Agregam-se a isso outros fatores, como a corrupção, refletindo no funcionamento parlamentar dos partidos, fenômeno político que não está adstrito ao Brasil, pois se trata de um dos problemas da democracia e do sistema partidário que ainda atormentam o mundo da pós-modernidade.

Essa pulverização dos partidos políticos, resultado das falhas do sistema proporcional, muitas vezes ensejam o aparecimento de siglas regionalizadas que sobrevivem à custa de coligações com partidos que ainda preservam seu caráter nacional, o que leva as agremiações a uma certa perda de identidade.

Some-se a isso a tendência oligárquica dos partidos de massa e a ampla intermediação dos meios de comunicação entre o cidadão, cada vez mais informado, e o Estado²⁶.

²⁵ BRASIL. *Lei nº 9.096*, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos). In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 1^º. O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.

²⁶ LISI, Marco. *Os partidos políticos em Portugal: Continuidade e transformação*. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 24-25: Sobre a crise e transformação dos partidos políticos.

Nesse compasso, não se pode olvidar que as massas e grupos de pressão colocam o sistema em cheque, exigindo uma nova postura condizente com a imprescindibilidade do sistema partidário e dos partidos políticos para a realização da democracia, pois não há democracia sem partidos.

Entretanto, a busca por uma solução deve ser equilibrada e sensata, principalmente no que se refere ao sistema proporcional, próprio das eleições para o Parlamento, através do qual se garante o pluralismo de ideias, característico da diversidade social.

Restrições excessivas, não expressamente previstas no Texto Constitucional devem ser mitigadas à bem da democracia, bem como sopesadas com prudente valoração aquelas limitações ou restrições constitucionais que tenham potencialidade para prejudicar ou impedir o exercício da atividade partidária.

Nesse compasso, cláusulas de barreira diretas devem ser analisadas com cautela, não apenas dentro sistema jurídico atual e sob o enfoque dos princípios e regras contidos na Constituição, mas também no contexto histórico, sem perder de vista as traumáticas cassações de direitos políticos e de registros de siglas partidárias.

1.3. Sistemas eleitorais

A compreensão do sistema eleitoral tem importância direta no estudo do tema, tendo em vista que influencia na engenharia política e partidária, muitas vezes resultando em cláusulas de barreira indiretas.

Com muita propriedade, Paulo Bonavides faz a seguinte observação acerca da influência do sistema eleitoral sobre a forma de governo, organização partidária e estrutura parlamentar:

O sistema eleitoral adotado num país pode exercer — e em verdade exerce — considerável influxo sobre a forma de governo, a organização partidária e a estrutura parlamentar, refletindo até certo ponto a índole das instituições e a orientação política do regime. A sociologia tem investigado com desvelo o efeito das técnicas eleitorais e deduzido a esse respeito importantes conclusões, conforme se trate do emprego da representação majoritária ou da representação proporcional.²⁷

A Constituição Brasileira adotou um sistema eleitoral misto, majoritário na eleição dos senadores, prefeitos, governadores e presidente da república, e proporcional na escolha dos deputados

²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 265.

estaduais e federais. No sistema proporcional os mandatos são preenchidos através de listas proporcionais aos votos obtidos.

As eleições majoritárias para presidente da república (CF, art. 77, § 2^o), governadores dos Estados e do Distrito Federal (CF, art. 28), prefeitos das capitais e cidades do interior com número de eleitores superior a 200.000 (CF, art. 29, II), poderão ser realizadas em dois turnos de votação, caso nenhum candidato alcance a maioria absoluta no primeiro turno de votação, concorrendo no segundo somente os dois candidatos mais votados. Já a eleição para o senado é realizada em um único turno de votação em todo o país, critério também adotado para a escolha de prefeitos das cidades com eleitorado inferior a 200.000 eleitores.

Maurice Duverger pontua que o escrutínio majoritário de um só turno tende ao dualismo dos partidos e conseqüente esclerose partidária, já o escrutínio majoritário de dois turnos ou a representação proporcional tendem ao multipartidarismo²⁸. Esses estudos foram aprofundados por Giovanni Sartori, que chegou a desenvolver regras para análise do pluralismo, estabelecendo critérios de padrão, classe e tipo de multipartidarismo²⁹.

No Brasil vigora o sistema do quociente eleitoral (no âmbito da circunscrição) e do quociente partidário (no âmbito do partido ou coligação) para distribuição das vagas (CE, arts. 106 e 107) e da maior média para as sobras (CE, art. 109). O quociente eleitoral resulta da divisão dos votos válidos pelo número de vagas a preencher, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior. (CE, art. 106). Determina-se o quociente partidário, por sua vez, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos obtidos por cada legenda ou coligação de partidos, desprezada a fração (CE, art. 107). Quanto às sobras, nosso sistema é o de maior média, constituindo-se na divisão do número de votos válidos atribuídos a cada partido ou coligação pelo número de lugares por ele obtido, mais um, cabendo à agremiação ou coligação que apresentar a maior média um dos lugares a preencher, repetindo-se o procedimento até o preenchimento de todas as vagas (CE, art. 109).

O sistema proporcional, apesar de propiciar melhor representação do país, tende ao pluripartidarismo com pequenos partidos, conforme adverte Giovanni Sartori, ainda que com votação inexpressiva, podendo chegar ao pluralismo extremo, o que se agrava no caso do Brasil, tendo em vista a possibilidade de as eleições para presidente, governadores e

²⁸ DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Tradução Cristiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Zahar, 1970, pp. 242/314.

²⁹ SARTORI, Giovanni. *Partidos e sistemas partidários*. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar; Brasília: Universidade de Brasília, 1982, pp. 141 ss: Sobre o número de partidos nos sistemas partidários contemporâneos,

prefeitos de cidades com mais de 200.000 eleitores serem realizadas em dois turnos, fator que também leva ao multipartidarismo.

O fato não deixa de ser preocupante, pois a pulverização, apesar de garantir a representação das minorias, pode levar ao enfraquecimento dos partidos e colocar em risco a democracia.

Disso decorre a importância do tema e dos debates que vêm se travando sobre a legitimidade, conveniência, necessidade e, acima de tudo, sobre a constitucionalidade dos controles quantitativos de partidos na democracia brasileira.

2. BREVE HISTÓRIA POLÍTICA DO BRASIL CONTEMPORÂNEO: DO REGIME MILITAR AO ESTADO DEMOCRÁTICO

Ainda sob a égide da Constituição de 1946, os militares tomaram o poder em 1964, quando então governava o presidente João Goulart, e instituíram o regime militar.

O golpe de 1964 não foi de todo um movimento militar isolado. O empresariado, juntamente com uma parcela significativa da classe média nacional e alguns governos estaduais, apoiava e instigava a tomada do poder no anseio de sepultar definitivamente a ameaça comunista.

Com a salvaguarda americana e apoio da União Democrática Nacional (UDN), os militares brasileiros tomaram as principais cidades do país e depuseram o Presidente João Goulart.

O Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco, eleito indiretamente para o cargo de Presidente da República, inaugurou a partir de então uma série de cinco presidentes militares: Castelo Branco (1964-1967), Artur da Costa e Silva (1967-1969), Emílio Garrastazu Médici (1969-1974), Ernesto Beckmann Geisel (1974-1979) e João Baptista de Oliveira Figueiredo (1979-1985).

Aos anos que se seguiram no regime militar, num suceder de modificações constitucionais e edições de decretos de Atos Institucionais, transformaram o Brasil num Estado de Exceção. Ao todo foram editados 17 Atos Institucionais e 104 Atos Complementares (ACs) com o objetivo de legitimar e assegurar o poder militar vigente.

O AI nº 1/1964 suspendeu as eleições diretas à presidência e garantiu aos militares o poder de alterar a Constituição, cassar mandatos de parlamentares, bem como os direitos políticos de todo aquele que fosse suspeito comunista pelo Serviço Nacional de Inteligência (SNI), criado logo após o Golpe de Estado. Durante os 18 anos de ditadura militar, mais de dezoito milhões de indivíduos tiveram seus direitos políticos cassados.

De início o regime imposto coexistiu com o sistema pluripartidarista. Entretanto, a partir do AI nº 2/1965, todos os partidos políticos existentes foram erradicados, adotando-se o bipartidarismo. Esse novo sistema partidário era composto por ARENA (base governamental) e MDB (oposição permitida), consistente no aglomerado de todos os partidos de oposição extintos. No mesmo AI, atribuiu-se ao Presidente da República o poder de decretar estado de sítio, intervir nos governos estaduais e decretar recesso no Congresso Nacional.

Em outubro de 1966, Castelo Branco, por meio do AC nº 24, decretou recesso ao Congresso Nacional, reabrindo-o em novembro com a imposição de criar uma nova Constituição sem a convocação de Assembléia Constituinte respectiva. Desta feita, em janeiro de 1967, a nova Constituição foi aprovada, tendo legalizado a ditadura militar e o Estado de Exceção ao contemplar a Lei de Segurança Nacional – legitimava a cassação dos direitos políticos pelos crimes políticos, de opinião e subversão.

As reformas políticas e institucionais, incluindo a adoção do regime bipartidário artificial, tinham por objetivo camuflar o poder absoluto dos generais, numa espécie de justificativa do regime militar pelo sufrágio. Essa empreitada foi bem sucedida até 1974, quando a oposição conseguiu eleger 16 dos 22 senadores, sendo essa a única eleição direta da época, posto ter o AI nº 3/1966, instituído a eleição indireta dos governadores e prefeitos das capitais.

A derrota da ARENA, em 1974, foi muito mais significativa e refletiu o profundo descontentamento com o regime, principalmente nos grandes centros urbanos industrializados. A eleição expressiva de nomes vinculados ao MDB incorporou a figura do voto de legenda e foi reflexo do acirramento da repressão pelo regime militar. Com a edição do AI nº 5/1968 (marco dos “Anos de Chumbo” no Brasil – 1968-1974), ficou proibida a manifestação política contrária ao governo, criaram-se os Tribunais Militares e atribuiu-se ao Presidente da República o poder de fechar o Congresso Nacional, medida antidemocrática que não tardou a ser tomada.

Ao final de 1975, frente ao patente enfraquecimento do regime ditatorial, têm-se uma série de medidas objetivando descaracterizar a repressão em uma “pseudo-abertura política” e fragmentar a oposição, até então unida no MDB.

Na reforma partidária de 1979, cai, em tese, o bipartidarismo e entra em cena o pluripartidarismo. Impõe-se, ainda, a obrigatoriedade da inserção do nome “partido” na denominação das agremiações. Assim, o partido da base governista (ARENA) passou a se denominar Partido Democrático Social (PDS), o que afastou o pesado estigma da sigla

anterior, e o MDB passou a se chamar Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB).

Em termos reais essa reforma não conseguiu sepultar o bipartidarismo ainda existente, observado nas eleições de 1982 por meio da clássica disputa entre ARENA e MDB, agora PDS e PMDB, respectivamente.

Não obstante os mecanismos eleitorais criados pelos militares, o PDS perdeu a maioria na Câmara Federal e em 10 das 22 câmaras e governos estaduais. Os subterfúgios nas eleições de 1982, alinhados à franca recessão econômica, índices inflacionários elevados, greves gerais no ABC paulista e política do arrocho salarial, elevaram a impopularidade do governo e culminou na explosão, em 1983, de um movimento das massas pelas eleições diretas para a Presidência da República, popularmente denominado “Diretas Já”.

Enfraquecido, o PDS expressou sinais de cisão partidária e, em 1984, fragmentou-se e deu origem à Frente Liberal, que, juntamente com o PMDB, Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e Partido Democrático Trabalhista (PDT), compôs a Aliança Democrática, coligação que, por eleição indireta, elegeu Tancredo Neves para o cargo de Presidente da República, mas com sua morte prematura, José Sarney, então Vice-Presidente, assumiu o cargo. Chegava ao fim a Ditadura Militar.

Em maio de 1985 o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional (EC) nº 25, que diminuiu sensivelmente as exigências quanto à criação de novos partidos. Desse modo, além de facilitar o surgimento de novas agremiações partidárias, essa Emenda permitiu a regularização de outros partidos, que até então viviam na clandestinidade em virtude da reprimenda do militarismo, e como era de se esperar, a EC nº 25/1985, provocou a expansão do pluralismo político e, conseqüentemente, do sistema partidário brasileiro, consolidado na Constituição de 1988.

3. CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com a promulgação da Constituição brasileira de 1988, iniciou-se uma nova era partidária. Em capítulo próprio, a nova Carta Política, reforçando o pensamento pluralista³⁰, concedeu aos partidos políticos a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção. Garantiu-lhes,

³⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] V - o pluralismo político.

também, autonomia para se auto-organizarem e, na forma da lei, foi assegurado o direito à percepção da verba do Fundo Partidário e acesso gratuito ao rádio e televisão³¹.

A priori, não foi estabelecido qualquer controle quantitativo dos partidos. A Lei Maior de 1988 apenas resguardou a observância do regime democrático, do pluripartidarismo e dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Em 1989, o sistema partidário brasileiro já contava com 22 agremiações partidárias habilitadas para disputar a primeira eleição direta para presidente da República realizada no final daquele ano, muitos deles desprovidos de qualquer ideologia, base filosófica ou política, por isso comumente chamados de “legendas de aluguel”.

Essa proliferação partidária decorreu da abertura e flexibilidade inerentes ao sistema proporcional, adotado pelo constituinte de 1988 para legitimar os ideários políticos dos diversos grupos sociais perante o Estado no intuito de consagrar o pluralismo político no regime democrático brasileiro. É que o sistema proporcional está fundamentado no pluripartidarismo e pressupõe a escolha de um Partido, preferencialmente, antes da escolha do candidato. O Chamado voto de legenda fortalece o partido, seus estatutos, seu programa. Isso é próprio do sistema partidário adotado no Brasil. O partido escolhe seus candidatos e o eleitor vota nos candidatos do partido.

Evidentemente, o risco de surgirem oligarquias partidárias existe, pois, geralmente, os escolhidos possuem poder político, econômico ou de mídia, daí a acertada decisão do legislador constituinte na escolha desse sistema, afastando o sistema majoritário e distrital no âmbito das eleições proporcionais, como também determinando o cálculo do quociente eleitoral considerando-se válidos os votos brancos. Essas medidas, aliadas ao pluripartidarismo sem restrições e o voto de legenda, impedem que um puxador de votos, com grande potencial midiático, por exemplo, eleja grande número de parlamentares em uma pequena legenda. A própria distribuição das sobras auxilia nesse controle.

³¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, *ibidem*: 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, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. [...] § 3º - Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

No entanto, o que se tem visto é uma exacerbada fragmentação partidária e isso tem dificultado a formação de maioria nas casas legislativas, influenciando de forma negativa a governabilidade democrática, seja no âmbito federal, estadual ou mesmo municipal. Atualmente, segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral, existem 29 partidos políticos registrados naquela Corte³².

A Constituição delegou aos partidos políticos a missão de intermediar a relação entre povo e governo, de forma a resguardar a soberania e representação, garantindo-lhes autonomia partidária, democracia interna, fidelidade e disciplina partidária, funcionamento parlamentar, percepção dos repasses do fundo partidário, acesso aos meios de comunicação, bem como legitimidade ativa para o ajuizamento de mandado de segurança coletivo (MS), ações diretas de constitucionalidade (ADC) e inconstitucionalidade (ADI), como também arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).³³

Dentre esses direitos fundamentais constitucionalmente atribuídos aos partidos políticos, interessa mais de perto a este estudo o funcionamento parlamentar, a percepção dos repasses do fundo partidário e o acesso aos meios de comunicação, haja vista serem diretamente afetados pelo modelo brasileiro de cláusula de barreira.

Por outro lado, a Constituição Federal estabeleceu a possibilidade de limitações a esses direitos através de leis infraconstitucionais³⁴.

³² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Partidos políticos registrados no TSE*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos>>. Acesso em: 2 set. 2012.

³³ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza, 1986, pp. 49, 91, 92: Sobre a constitucionalização de partidos, com a anotação de que a Constituição é obra dos partidos políticos que são preexistentes à Assembleia Constituinte.

³⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: 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: I - caráter nacional; II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III - prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei. § 1º - É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, 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 nº 52, de 2006) § 2º - Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. § 3º - Os partidos políticos

Diante desse cenário, procurou o legislador ordinário combater os males trazidos pela pulverização excessiva dos partidos políticos e, regulamentando o artigo 17, IV, da Constituição Federal por meio da edição da Lei nº 9.096/95, estabeleceu requisitos mínimos para que os partidos políticos pudessem gozar de funcionamento parlamentar perante a Câmara Federal.

Não se pode olvidar que a própria Constituição também limitou apenas aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional a legitimidade ativa para o ajuizamento de mandado de segurança coletivo, ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, e arguição de descumprimento de preceito fundamental, o que não deixa de ser um mecanismo de controle indireto, um antagonístico bloqueio do acesso às vias judiciais, cláusula pétreia da Constituição Brasileira.³⁵

Por tais razões o estudo dos mecanismos diretos e indiretos de controle quantitativo dos partidos políticos reclama um exame cauteloso dos princípios e regras constitucionais que sustentam essas garantias e limitações.

4. CLÁUSULA DE BARREIRA

4.1. Conceito

Com a finalidade de corrigir supostas distorções relativas à representação proporcional, entre as quais a fragmentação excessiva do sistema partidário, a engenharia política engendrou os controles quantitativos de partidos políticos, dentre os quais se destaca a chamada cláusula de barreira.

Trata-se de um mecanismo legal, originário do Direito Alemão, que estabelece um apoio popular mínimo, baseado em número ou percentual de votos obtidos na eleição do parlamento federal, para que o partido político possa ter livre funcionamento parlamentar³⁶. Na verdade, tal instituto foi criado para funcionar como uma espécie de filtro no controle quantitativo dos partidos políticos.

têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. § 4º - É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

³⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, *ibidem*: Art. 5º [...] LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; [...] Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...] VIII - partido político com representação no Congresso Nacional.

³⁶ SARTORI. Giovanni. *Engenharia constitucional*. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília 1996, p. ??.

Os doutrinadores costumam utilizar outras terminologias para se referirem ao mesmo instituto jurídico, denominando-o de cláusula de exclusão, performance, desempenho, bloqueio ou umbral.

Na dicção de Orides Mezzaroba, cláusula de barreira é um “mecanismo previsto em dispositivo legal que impede a existência ou a representação parlamentar da agremiação partidária que não conte com o apoio político de um determinado número ou percentual de eleitores”³⁷.

A justificativa apontada para sua instituição está assentada na necessidade de conter o multipartidarismo extremo, que finda por desfigurar a soberania e a representação e, conseqüentemente, distorcer a democracia, sob o ponto de vista de que partidos minúsculos teriam, proporcionalmente, mais poder que partidos maiores.

Além disso, não se pode olvidar que o multipartidarismo extremo pode levar a dificuldades de formação da base governista e ensejar a corrupção partidária, seja pelo aluguel de siglas, seja pela venda de apoio no Parlamento.

Por outro lado, como dito alhures, o multipartidarismo é consequência da própria democracia e do sistema proporcional utilizado na eleição dos parlamentares, está ligado à ideia de pluralismo político e do respeito ao direito das minorias de se organizarem e se expressarem politicamente através das suas organizações políticas. Excluir partidos da disputa democrática significa mitigar o direito de expressão das minorias.³⁸

³⁷ MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 300.

³⁸ Cf. JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Prólogo y traducción Fernando de los Rios. México: FCE, 2000, p. 628: Tanto menos agria es la oposición de las fuerzas sociales dentro de un pueblo, tanto más atenuada es la lucha de los partidos y más simple la división de los mismos. Si los Estados anglosajones se han preservado de la subdivisión extrema de los partidos políticos en el continente europeo, débese a la gran homogeneidad de su sociedad. En la que fuera totalmente homogénea no habría lugar a una permanente oposición de partidos. Junto a los grandes partidos hay otros necesarios que indican tendencias momentáneas y carácter, por tanto, contingente, y partidos ilegítimos, a los que llamamos de este modo porque no tienen su fundamento en las relaciones generales de la vida de los pueblos, esto es, en la distinción entre profesiones, clases, etc., sino que se basan en condiciones peculiares de un Estado particular. Los partidos contingentes son aquellos que si bien no se proponen la realización de un fin de la vida del Estado, sí tienen como programa la ejecución de intereses individuales. Así, por ejemplo, cuando hay dos pretendientes al trono, se establece una división en el pueblo entre los partidarios del orden monárquico mismo. Al segundo orden pertenecen los partidos religiosos y nacionales. Son partidos ilegítimos, porque todo partido legítimo ha de tener un programa que comprenda los puntos fundamentales de la vida general del Estado, lo cual no es posible ni partiendo

Além disso, conflitos entre regras e princípios constitucionais, pertinentes ao sistema democrático e aos direitos fundamentais dos cidadãos e partidos políticos trazem maior densidade à discussão do tema.

Esse é o ponto fulcral do problema inerente a implantação de cláusulas de barreiras diretas em um sistema partidário já existente.

4.2. A cláusula de barreira no direito comparado

Muitos são os países que adotam a cláusula de barreira com exigências mínimas para o funcionamento dos partidos políticos, seja no sistema de representação proporcional ou mesmo no sistema majoritário, a exemplo do modelo francês.

Na Alemanha – país de grande influência para o direito eleitoral luso-brasileiro -, há uma singular conciliação dos sistemas proporcional e majoritário para as eleições dos membros da Assembleia Federal (*Bundestag*).

De acordo com essa sistemática, os alemães dispõem de dois votos: um para eleger metade do *Bundestag* pelos distritos, por meio do critério majoritário, e outro para eleger a outra metade do parlamento através do critério proporcional, mediante voto nas listas partidárias estaduais fechadas.

A partir disso, incidem as cláusulas de bloqueio. De acordo com o regramento, alternativamente, o partido que não alcançar, pelo menos, 5% (cinco por cento) dos votos nas eleições proporcionais (calculados em âmbito nacional), ou o que não lograr êxito em eleger individualmente candidatos, em no mínimo três distritos, terá seus votos desprezados e não tomará assento no parlamento germânico.

Uma das peculiaridades do modelo germânico refere-se à inexistência de fixação prévia da quantidade de representantes por Estado no Parlamento Federal, pois esta pode variar de acordo com o

de l punto de vista de una determinada nacionalidad ni de una cierta 'confesión religiosa. Existen partidos fragmentarios que se proponen la solución a una cuestión particular, y carecen de una concepción sobre la política general del Estado. Aparecen comúnmente estos partidos en aquellos Estados donde existe una gran división de ellos, es decir, allí donde un pueblo está dominado por intereses parciales. De esta naturaleza son, por ejemplo, los librecambistas y los agrarios. Los partidos fragmentarios, a pesar de los elementos extraños que comúnmente contienen, pueden incluirse en alguno de los grandes grupos que hemos descrito. Estas grupos son los que permanecen como partidos a través de todo cambio, en tanto aquéllos, que tienen un carácter contingente y fragmentaria, disfrutan de un periodo de vida muy limitado.

comparecimento do eleitorado às urnas, tendo em vista que lá o voto é facultativo.

A exemplo do sistema eleitoral alemão, o México também adota um sistema misto. Segundo o modelo mexicano, três quintos do Parlamento são eleitos através do critério majoritário, sendo os dois quintos restantes eleitos proporcionalmente de acordo com a votação atribuída às listas partidárias, observada cláusula de exclusão fixada em 2%.

A Argentina, embora apresente um sistema eleitoral similar ao modelo brasileiro, se diferencia deste em virtude de adotar o sistema proporcional de listas fechadas, no qual o eleitor escolhe o partido de sua preferência e não o candidato individualmente, bem como por comportar uma cláusula de barreira, por lá denominada de *padrón electoral*, que prevê a exclusão automática da lista partidária que não obtiver o mínimo de 3% do total de eleitores do distrito, para fins de distribuição dos mandatos parlamentares atribuídos à respectiva Província.

Na Espanha, o sistema proporcional para eleição dos membros do Congresso dos Deputados encontra-se previsto no próprio texto da Lei Fundamental, ao passo que a previsão de uma cláusula de barreira está amparada pela Lei Orgânica do Regime Eleitoral Geral (LOREG). De acordo com essa lei, a lista partidária deverá atingir pelo menos 3% dos votos da circunscrição, caso contrário estará inabilitada para divisão dos mandatos parlamentares daquele respectivo distrito. Nesse passo, ressalta-se que, em se tratando de vagas nas eleições municipais, esse percentual eleva-se para 5%.

Na França, a eleição dos membros da Assembleia Nacional se dá pelo sistema majoritário de dois turnos. No primeiro turno apenas são eleitos os candidatos que obtiverem a maioria absoluta dos votos. Na hipótese de nenhum candidato no distrito alcançar esse patamar, promove-se o segundo turno das eleições. Todavia, diversamente do que ocorre com as eleições majoritárias brasileiras, nessa segunda votação (*ballotage*), não concorrem apenas os dois candidatos mais votados, mas sim todos os candidatos que tenham atingido o percentual mínimo estabelecido pelo umbral francês, fixado atualmente em 15% do total de eleitores.

Vale destacar que o sistema majoritário francês, vigente desde 1958, somente foi substituído uma única vez, quando, em 1986, adotou-se o sistema proporcional de listas fechadas e distritos plurinominais para as eleições do Parlamento, cujos mandatos apenas eram atribuídos aos partidos que obtivessem, pelo menos, 5% dos votos válidos.

Na Suécia, a cláusula de barreira estabelece para os partidos políticos o percentual mínimo de 4% do total dos votos, para que participem do rateio dos mandatos federais. No entanto, não sendo

atingido este percentual, o partido que agrega pelo menos 12% dos votos de um determinado distrito fica habilitado à distribuição dos mandatos reservados para a circunscrição local.

Na Nova Zelândia, dois são os critérios estabelecidos pela cláusula de barreira: obtenção de, no mínimo 5% dos votos em âmbito nacional ou vitória majoritária em pelo menos um distrito.

Na República Tcheca, os percentuais fixados pela cláusula de barreira são progressivos, a depender do fato de o partido atuar sozinho ou em coligações. Assim, se o partido concorre isoladamente, o percentual a ser atingido é de 5% dos votos nacionais. Já na hipótese de haver coligação, esse percentual é elevado de acordo com o número de partidos que compuser a aliança: 7% - no caso de a coligação ser formada por dois partidos; 9% - para coligação de três partidos; e 11% - no caso de a coligação ser composta pela aglutinação de quatro ou mais agremiações partidárias.

A Hungria também dispõe de cláusula de barreira de percentuais variáveis, muito semelhantes aos estabelecidos pela República Tcheca: 5% - para os partidos que atuem sozinhos; 10% - para as coligações compostas por dois partidos; e 15% - para as grandes alianças partidárias.

Semelhante aos modelos húngaro e tcheco, a Polônia possui um sistema eleitoral munido de uma cláusula de barreira com três patamares mínimos de votação para o parlamento: 5% - dos votos distritais atribuídos para as agremiações partidárias solitárias; 8% - dos votos distritais para as coligações; e, por fim, 7% - dos votos, em âmbito nacional, como *conditio sine qua non* para a participação da grei partidária no rateio de 69 cadeiras, na esfera federal, do total de 460 da Câmara Baixa do Parlamento (*Sejim*).

Na Itália, é condição para que um partido possa figurar no parlamento a obtenção do percentual mínimo de votos estabelecido pela cláusula de barreira, o qual é de 4%.

A Grécia, por sua vez, adotou como condição de acesso dos partidos políticos às cadeiras do Parlamento Nacional, o alcance do percentual mínimo de 3% dos votos nacionais.

As cláusulas de exclusão da Holanda e de Israel instituíram os mais reduzidos patamares eleitorais de que se tem conhecimento, fixados em 0,67% e 1,5% dos votos nacionais, respectivamente. Ao passo que a Turquia alberga o mais rigoroso umbral de exclusão dentre os países estudados, já que para integrar a Grande Assembléia Nacional, devem os partidos políticos, além de atingir os percentuais mínimos exigidos por seus respectivos distritos, apresentar apoio mínimo, expresso em votos, de 10% dos sufrágios nacionais.

Diferentemente das demais democracias européias, Portugal não adotou qualquer patamar eleitoral mínimo como condição de acesso às Casas Legislativas. Do contrário, a instituição das denominadas cláusulas de barreira encontra-se terminantemente proibidas pela Constituição da República Portuguesa (art. 152. 1)³⁹.

4.3. A cláusula de barreira no direito brasileiro

A instituição da cláusula de desempenho no arcabouço jurídico brasileiro não foi inovação do legislador ordinário de 1995. Foram várias as tentativas de inserir essa espécie de mecanismo de controle quantitativo em nosso sistema eleitoral.

A cláusula de barreira surgiu pela primeira vez no Brasil por meio do Decreto-Lei nº 8.835/46, que estabelecia, no seu artigo 5º, a cassação do registro das siglas partidárias que, nas eleições em que tivesse disputado, obtivesse número de votos inferior à quantidade de eleitores com que haviam adquirido o registro definitivo.

Posteriormente, o Código Eleitoral de 1950 (art. 148), previu uma “cláusula de performance”, segundo a qual teria o registro cancelado perante a Justiça eleitoral o partido político que não elegeesse pelo menos um representante para o Congresso Nacional ou não obtivesse a adesão de, pelo menos, cinqüenta mil votos.

Já durante o regime militar, a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 4.740/65) tratou de dificultar a constituição originária do partido político. Exigia, para tanto, que este contasse com o “apoio” mínimo de 3% do eleitorado que votou na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em pelo menos 11 Estados, com o mínimo de 2% em cada um deles.

No plano constitucional, a chamada “cláusula de barreira” surgiu com a outorga da Carta de 1967, que dispunha não apenas de regras relativas ao funcionamento parlamentar, mas também acerca da vida e morte civil do partido político, a depender do desempenho por este alcançado nas eleições do parlamento federal⁴⁰.

³⁹ PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional (2005). Disponível a partir de <<http://www.parlamento.pt/Legislacao>>. Acesso em: 30 ago. 2012: Artigo 152.º (Representação política) 1. A lei não pode estabelecer limites à conversão dos votos em mandatos por exigência de uma percentagem de votos nacional mínima.

⁴⁰ BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível a partir de: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2012: 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

O art. 149, VII, da Constituição de 1967, foi modificado através de sucessivas emendas. A primeira alteração se deu por intermédio da EC nº 1/1969, tendo minimizado a exigência de dez para cinco por cento em relação à estabelecida na Carta Maior de 1967⁴¹.

Em 1978, já na última fase do Governo Militar, foi aprovada a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 11/1978, que acrescentou à Constituição uma regra complementar de distribuição em nove estados da federação com, no mínimo, 3% em cada um deles, dentre o universo dos 5% dos votos obtidos pelo partido na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.⁴²

Finalmente, a última reforma legislativa da matéria em sede constitucional deu-se em 1985, através da EC nº 25, que, flexibilizando as regras outrora estabelecidas, dispôs não ter direito à representação no Congresso Nacional o partido que não obtivesse o apoio expresso em votos de, no mínimo, 3% do eleitorado, apurados em eleição geral para Câmara Federal e distribuídos em pelo menos cinco Estados, com o mínimo de 2% do eleitorado de cada um deles. Possibilitava, todavia, aos eleitos por Partidos que não obtivessem os percentuais exigidos, a preservação de seus mandatos, desde que, no prazo de sessenta dias, efetuassem a troca de sigla por qualquer um dos Partidos remanescentes.

Apesar desse instituto jamais ter sido aplicado no Brasil, tentou-se, pelo que se vê, assegurar sua existência no arcabouço jurídico brasileiro, sobretudo durante o período militar.

Com o fim do regime militar, iniciou-se em 1985 o processo de redemocratização da República Federativa do Brasil, culminando na promulgação da Constituição Federal de 1988. A nova Ordem

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.

⁴¹ BRASIL. Constituição (1967). *Emenda Constitucional nº 1*, de 17 de outubro de 1969. Disponível a partir de: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2012: 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;

⁴² BRASIL. Constituição (1967). *Emenda Constitucional nº 11*, de 3 de outubro de 1978. Disponível a partir de: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2012: Art. 152 [...] § 2º - O funcionamento dos partidos políticos deverá atender às seguintes exigências: [...] 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.

Constitucional não manteve as exigências trazidas pela Lei Maior de 1967 no que se refere ao estabelecimento de cláusulas de desempenho.

4.4. A cláusula de barreira na nova ordem constitucional brasileira

Após calorosos debates no curso dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, venceu a tese contrária a implantação de uma cláusula de barreira direta no sistema eleitoral brasileiro, mantendo-se a tradição dos controles quantitativos indiretos, próprios do sistema proporcional, sem regras obstativas adicionais.

Desde então, o número de partidos que disputam as eleições e aqueles que conseguem cadeiras na Câmara dos Deputados têm oscilado muito pouco, registrando-se dezenove em 1990, dentre os trinta e três partidos então existentes, alcançando o número de vinte e quatro, dentre trinta partidos políticos na atual legislatura⁴³.

Promulgada a Constituição de 1988, os debates acerca da implantação de controles quantitativos diretos continuaram, sagrando-se vitoriosa a corrente favorável à cláusula de barreira, implantada na lei geral das eleições de 1994 (Lei nº 8.713/93), que, em seu art. 5º, § 1º, I, permitia o registro de candidatos a Presidente da República apenas aos partidos políticos que tivessem obtido 5% dos votos nacionais nas eleições para a Câmara dos Deputados.

A reação de pequenos partidos como o Partido da Reedificação da Ordem Nacional (PRONA) foi imediata e resultou no ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, registrada sob o número 966/DF, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio. O dispositivo impugnado foi declarado inconstitucional. O argumento principal residiu no fato de a norma versar sobre fatos pretéritos, tendo o legislador prévio conhecimento dos partidos que se beneficiariam e dos que se prejudicariam com a edição da lei, infringindo sobremaneira o princípio do *due process of law*.

O mesmo ocorreu com os arts. 11, §§ 1º e 2º, e 72, ambos da Lei 9.100/95, que buscou condicionar o número de candidatos a vereador de cada partido, no pleito municipal de 1996, ao tamanho das respectivas bancadas na Câmara dos Deputados.

Todavia, a luta para implantação dos controles quantitativos continuaria. Durante a Revisão Constitucional de 1993 houve uma nova tentativa de inserção da cláusula de desempenho na Constituição Federal de 1988. O Parecer nº 36, de autoria do deputado Nelson Jobim, visava

⁴³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Partidos políticos registrados no TSE*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos>>. Acesso em: 26 ago. 2012.

alterar o artigo 17 da Carta Magna, inserindo restrição do direito à representação na Câmara dos Deputados ao partido que não obtivesse, na eleição geral, o percentual mínimo de 5% dos votos válidos, excluídos os brancos e os nulos, distribuídos em pelo menos um terço dos Estados, atingindo dois por cento em cada um deles. O referido parecer não foi sequer votado pelo Congresso Revisor.

Nos idos de 1995, com conteúdo semelhante ao tratado no Parecer nº 36, entrou em vigor a Lei nº 9.096/95, popularmente conhecida como Lei dos Partidos Políticos. Editada com o objetivo de regulamentar a Constituição Federal de 1988 (art. 17, IV), estabelecia parâmetros para o funcionamento parlamentar, exigindo um mínimo de 5% de votos apurados na eleição para a Câmara dos Deputados, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles⁴⁴.

As exigências descritas no dispositivo legal supracitado excederam as questões ligadas ao funcionamento parlamentar, repercutindo também na divisão dos recursos do Fundo Partidário e tempo disponível de propaganda partidária destinados aos partidos políticos.

Em relação aos recursos do Fundo Partidário, dispôs a Lei nº 9.096/95 da seguinte forma: 1% do valor que compõe o Fundo Partidário deveria ser rateado, em partes iguais, a todos os partidos regularmente registrados no Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Ao passo que o percentual de 99% seria dividido apenas entre as siglas partidárias que alcançassem os percentuais de votação exigidos no art. 13 desse Diploma Legal⁴⁵.

Quanto ao acesso gratuito dos partidos políticos aos meios de comunicação, a Lei dos Partidos também estabeleceu diferenciações,

⁴⁴ BRASIL. *Lei nº 9.096*, de 19 de setembro de 1995. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: 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.

⁴⁵ BRASIL. *Lei nº 9.096*, de 19 de setembro de 1995, *ibidem*: Art. 41. O Tribunal Superior Eleitoral, dentro de cinco dias, a contar da data do depósito a que se refere o § 1º do artigo anterior, fará a respectiva distribuição aos órgãos nacionais dos partidos, obedecendo aos seguintes critérios: I - um por cento do total do Fundo Partidário será destacado para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; II - noventa e nove por cento do total do Fundo Partidário serão distribuídos aos partidos que tenham preenchido as condições do art. 13, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

usando como parâmetro as exigências inscritas no art. 13. Assim, ao partido que não atendesse exigências desse dispositivo seria assegurado o espaço de dois minutos, por semestre e em cadeia nacional, para transmissão de seu programa político-partidário. Ao passo que, o partido que alcançasse os patamares mínimos exigidos teria garantido o direito de realizar, a cada semestre, um programa em rede nacional e outro em rede estadual, com duração de vinte minutos cada. Além disso, esses partidos também gozariam do direito de veicular, semestralmente, inserções de trinta segundos ou um minuto, tanto nas redes nacionais como nas estaduais, pelo tempo total de quarenta minutos⁴⁶.

4.5. A cláusula de barreira da Lei nº 9.096/95 - Lei dos Partidos Políticos

O ponto fulcral desse estudo é analisar a cláusula de barreira da Lei nº 9.096/95 sob o prisma constitucional, tendo em vista que as propostas para implantação desse controle quantitativo no sistema eleitoral brasileiro têm sempre o objetivo de negar funcionamento parlamentar aos partidos que não alcancem um mínimo de desempenho estabelecido em lei e, conseqüentemente, impedir que tenham acesso ao rádio e à televisão, bem como à percepção das verbas do fundo partidário.

A cláusula de desempenho do aludido art. 13 da Lei nº 9.096/95 foi estabelecida em 5% dos votos apurados, não computados os brancos e nulos, distribuídos em pelo menos um terço do território nacional, com um mínimo de dois por cento do total em cada um deles.

Para compreensão do alcance do dispositivo de bloqueio é preciso deixar claro o que é, na verdade, funcionamento parlamentar.

Sérgio Sérvulo da Cunha define o funcionamento parlamentar como:

[...] o desempenho de atividade tipicamente legislativa – apresentação e votação de projetos, indicações sobre matérias de iniciativa de outro Poder, defesa de interesses sociais - pelo que a

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 48. O partido registrado no Tribunal Superior Eleitoral que não atenda ao disposto no art. 13 tem assegurada a realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de dois minutos. Art. 49. O partido que atenda ao disposto no art. 13 tem assegurado: I - a realização de um programa, em cadeia nacional e de um programa, em cadeia estadual em cada semestre, com a duração de vinte minutos cada; II - a utilização do tempo total de quarenta minutos, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais.

*função parlamentar seria inerente ao exercício do mandato , ao sistema representativo e à dinâmica do Poder Legislativo.*⁴⁷

Samuel Dal-Farra Naspollini anota que, ao inscrever entre os preceitos jurídicos maiores do balizamento da atividade partidária, o funcionamento parlamentar, de acordo com a lei, estaria a se referir ao conjunto de atividades inerentes à ação parlamentar⁴⁸, alicerçando-se na definição de Said Farhat, de que o funcionamento parlamentar englobaria o conjunto de:

*[...] atividades exercidas pelos parlamentares e, mais especificamente, pelos partidos com representação em uma dada Casa legislativa, tais como indicar líderes, entrar no cálculo da proporcionalidade, na composição da Mesa da respectiva Casa e suas comissões. etc.*⁴⁹

Todavia, a redação do art. 13 da Lei nº 9.096/95, foi além das limitações ao exercício da atividade parlamentar e impôs verdadeira vedação de acesso do partido ao Parlamento, entendimento majoritariamente sedimentado pela doutrina brasileira.

Eis aqui o núcleo do problema inerente à implantação da cláusula de barreira no sistema jurídico brasileiro, pois a constitucionalização dos partidos políticos, reconhecendo-os como vitais à democracia, cercou-os de direitos fundamentais que podem ser limitados, evidentemente (pois dentro do sistema constitucional não há direito absoluto), mas nunca excessivamente restringidos, sob pena de violação de outros princípios de maior proteção.

Para uma nítida compreensão desses mecanismos limitadores, é preciso vislumbrar os limites da limitação, ou seja, até onde o legislador constitucional ou infraconstitucional pode penetrar sem ferir de morte esses direitos fundamentais inerentes ao primado democrático.

Nesse comenos, é importante analisar esses princípios garantidores da existência e funcionamento dos partidos políticos:

a) soberania popular (CF, art. 14) - Jean-Jacques Rousseau transfere o conceito de soberania da pessoa do governante para todo o povo (corpo político ou sociedade de cidadãos). A soberania é inalienável e indivisível e deve ser exercida pela vontade geral (soberania popular).

⁴⁷ CUNHA, Sérgio Sérulo. *A nova lei de liberdade partidária*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Gráfica do Senado Federal, p. 131, abr./jun. 1992.

⁴⁸ NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. *Pluralismo político*: Subsídios para análise dos sistemas partidário e eleitoral brasileiros em face da Constituição Federal. Curitiba: Juruá, 2006, p. 234.

⁴⁹ FARHAT, Said. *Dicionário parlamentar e político: o processo político e legislativo no Brasil*. São Paulo: Fundação Peirópolis: Companhia Melhoramentos, 1996, p. 443.

Nas democracias indiretas ou semi-diretas os partidos políticos representam os cidadãos, destarte, estão legitimados a exercer, em nome dos seus filiados e eleitores, ainda que sejam uma minoria, o soberano direito de se expressarem perante o governo e o próprio povo;

b) pluralismo político (CF, art. 1º, V) - os partidos possuem direito a igual exercício do poder político segundo regras e procedimentos eleitorais previamente definidas. Transcende o princípio da liberdade de autodeterminação política como direito fundamental do indivíduo;

c) pluripartidarismo (CF, art. 17) - decorrente do sistema proporcional. Segundo Stuart Mill, a única salvação dos regimes democráticos. Proporcionam ascensão das minorias e de diversas correntes políticas ao Parlamento;

d) liberdade dos partidos políticos (CF, art. 17, *caput* e § 1º) – É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana. Os partidos políticos possuem autonomia para se estruturarem da forma que melhor lhes aprouver, bem como para estabelecer suas coligações livremente e sem vinculações entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária;

e) princípio da isonomia e seu desdobramento em igualdade de “chance” (CF, art. 5º) - a adoção do princípio de igualdade de chances constitui condição indispensável ao exercício legal do poder, uma vez que a minoria somente há de renunciar ao direito de resistência se ficar assegurada a possibilidade de vir a tornar-se maioria.⁵⁰ Segundo Canotilho⁵¹:

A liberdade partidária é inseparável da garantia da igualdade, ou seja, o reconhecimento jurídico a todos os partidos de iguais possibilidades de desenvolvimento e participação na formação da vontade popular. Seria, por ex., inconstitucional estabelecer regimes jurídicos diferentes para os diversos partidos (uns como corporações de direito público, outros como associações privadas) ou reconhecer papel dirigente a um partido. A liberdade partidária e a igualdade de oportunidades no desenvolvimento da actividade política são duas dimensões da liberdade partidária: proibição de ingerência positiva e de ingerência negativa dos poderes públicos na fundação, existência ou desenvolvimento dos partidos.

f) proteção às minorias (CF, Preâmbulo e arts. 1º e 58, § 1º) - Estado democrático, sociedade plural, fraterna e sem preconceitos. Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto

⁵⁰ Cf. SCHIMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Madrid: Aguillar, 1971, pp. 43-44; *idem*, *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983, p. 185.

⁵¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 318.

possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.⁵²

g) liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII) é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

h) princípio da igualdade de voto - vem do postulado que se traduz na expressão “Um homem, um voto (*One person, one vote*)”⁵³, um dos princípios basilares do sufrágio universal. Não pode haver voto melhor que o outro, razão pela qual a escolha de um partido e de seu candidato para determinada legislatura, convergindo em seu favor a quantidade de votos para elegê-lo, não pode ser aniquilada pelo legislador sob a fundamentação de que o seu desempenho foi pífio. Além dos direitos da agremiação partidária e do candidato está em jogo igual respeito e consideração com o cidadão eleitor. Segundo Canotilho, o princípio da igualdade de voto exige que todos os votos tenham uma eficácia jurídica igual, ou seja, o mesmo peso. O voto deve ter o mesmo valor de resultado⁵⁴.

A exposição das garantias fundamentais dos partidos políticos, ainda que sucinta, leva a uma inevitável reflexão sobre a legitimidade do legislador para se antepor à vontade geral que nitidamente emana do Texto Constitucional, tendo em vista que a simples exclusão de um partido do cenário político equivale a uma mordaca aplicada aos seus filiados e eleitores, um sufocamento de vozes importantes para o despertar da consciência coletiva, sustentáculo da democracia e oxigenadorada política.

Muitas vezes, o incômodo das composições das bases governistas ou das negociações espúrias das coligações eleitorais termina sendo menos drástico se comparado ao morticínio de partidos.

Aliás, essas reflexões conduzem a uma pergunta incômoda: as falhas são do sistema ou dos políticos?

A resposta é muito dificultosa, talvez não seja mesmo possível oferecê-la com a necessária solidez, mas é de todo conveniente observar que a engenharia política tem sido usada como mecanismo de controle do poder, não pelos partidos políticos, mas por poderosos chefões e coronéis

⁵² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 89. O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam: [...] IV - os líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados; V - os líderes da maioria e da minoria no Senado Federal.

⁵³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 61: Sobre o individualismo como base da democracia.

⁵⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 305.

de grotões que não querem se levantar da cadeira macia de veludo vermelho, como dizia Carlos Drumond de Andrade.

O princípio pluralista, que se traduz em verdadeira diretriz democrática do estado social de direito não pode ser mitigado para dar ensejo a facilidades governamentais, ao empoderamento do Executivo em detrimento das forças proporcionais do Legislativo, representante dos mais diversos segmentos da sociedade (considerando-se que o Parlamento é a própria dinâmica das forças partidárias que concorrem e se aglutinam no estabelecimento da política legislativa, dando feições ao poder do povo).

As alegadas distorções do sistema democrático, fundamentadas no excesso de partidos políticos, aparentemente, soam nesse contexto como mecanismos controladores não apenas dos partidos políticos, mas também da própria sociedade, da contenção das minorias e do fortalecimento de um discurso ideológico com tendências autocráticas.⁵⁵

De outra banda, a democracia se torna mais intensa a partir da liberdade de organização dos seus diversos segmentos e do respeito a essas instituições como essenciais ao processo democrático.

Excluir importantes agremiações como verdes, cristãos, comunistas ou trabalhistas do universo partidário aparenta, *prima facie*, medida temerária e autoritária, pois não são partidos de figurões, estão ligados a classes e massas, assim como outros de equivalente importância.

No passado, o próprio Partido dos Trabalhadores (hoje uma das grandes agremiações brasileiras, há uma década no comando os destinos do Brasil), teve dificuldades, em 1980, para superar os controles quantitativos indiretos, conseguir seu registro no TSE e se manter na disputa pelo parlamento e pelos cargos majoritários. Certamente não teria conseguido se erguer na vigência de uma cláusula de barreira direta.

Aliás, as diversas tentativas de implantar a cláusula de barreira no sistema eleitoral brasileiro pareciam ter endereço certo: impedir a ascensão dos partidos de esquerda ao poder. Hoje, evidentemente, pode servir à esquerda para eliminar uma série de pequenos partidos de centro e centro-direita que alugam suas siglas ou barganham e vendem seu apoio ao Governo.

Essas breves reflexões não podem ser excluídas da interpretação constitucional propriamente dita, pois estão no cerne do princípio democrático, plasmadas pelos princípios do pluralismo político, do pluripartidarismo, da soberania popular, da liberdade dos partidos

⁵⁵ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza, 1986, p. 34.

políticos, da isonomia, da igualdade de chance, da proteção às minorias e da liberdade de associação.

É preciso estabelecer um *divortium aquarium* de nitidez contrastante, para que não se navegue em uma corrente pouco caudalosa e se quede na principal. O que está em jogo aqui não se limita apenas a partidos políticos, é a própria democracia, a corrente principal, carregada nas forças populares, na vontade geral, composta das forças majoritárias e minoritárias que se agregam para dar curso ao caudal (fatores reais de poder). As mesmas forças que conduziram os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte e escreveram a Constituição, na qual elegeram os partidos políticos como essenciais à democracia (vontade de constituição).

Importante reiterar que as minorias não são forças antagônicas à democracia, ao contrário, constituem um caudal importante na vertente do Estado Democrático de Direito pós-social, em busca de um Estado mais plúrimo, um Estado de partidos⁵⁶ ao fim e ao cabo.

Essa colisão de princípios e regras deve ser resolvida com proporcionalidade, excluindo-se a restrição excessiva, na vertente assinalada por Jorge Reis Novais, que define esse princípio como:

Núcleo central dos requisitos materiais exigidos aos direitos fundamentais. [...] decorre inquestionadamente da própria ideia de Estado de Direito “apud Lerche princípio mais abrangente onde se integram diferentes elementos constitutivos, entre os quais o da proporcionalidade. De facto, a ideia-chave é, aqui, a de que, num Estado baseado na dignidade da pessoa humana, as relações entre os particulares e o Estado estão sujeitas a um princípio basilar: a liberdade e a autonomia dos primeiros são a-regra – pelo que, em princípio, o se, o quando e o como do seu exercício são deixados à discricionariedade do indivíduo -, enquanto que a ingerência estatal na liberdade dos cidadãos é a exceção e, como tal, limitada e de validade condicionada ao preenchimento de requisitos pré-estabelecidos.⁵⁷

⁵⁶ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza, 1986, p. 35.

⁵⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa*. Lisboa: Coimbra, 2011, pp. 161-163: [...] principal instrumento de controlo da actuação restritiva da liberdade individual e de *chave* sem a qual, integrada no recurso à metodologia da ponderação de bens, não seria possível decifrar os complexos problemas que aí vêm sendo suscitados. Tão natural se acabou por converter a omnipresença do princípio que, actualmente, é já quase supérflua a questão da sua fundamentação constitucional, de tal sorte que, mesmo se não houvesse outros artigos a acolhê-lo expressamente, se diria que ele decorre inquestionadamente da própria ideia de Estado de Direito. [...] a doutrina portuguesa fez formalmente do princípio da proporcionalidade o núcleo central dos requisitos materiais exigidos às restrições aos direitos fundamentais e a jurisprudência constitucional adoptou-o com

Os partidos políticos têm status ativo, quando a Constituição fala em funcionamento parlamentar de acordo com a lei, está positivando uma garantia a ser regulamentada, com todas as características de uma norma preceptiva e ao mesmo tempo programática, conforme Jorge Miranda⁵⁸, mas de forma alguma suprimida (restrição absoluta).

De tudo isso resulta que o bloqueio e exclusão de partidos por meio de uma cláusula de barreira, nos moldes do art. 13 da Lei nº 9.096/95, ferem diretamente os princípios anteriormente elencados, os quais podem sofrer limitações previstas no Texto Constitucional ou restrições na legislação infraconstitucional, conforme previsto na Constituição. No entanto, a restrição excessiva, em seu grau máximo, em nome de um possível aprimoramento do sistema partidário e da democracia, viola o próprio princípio da democracia e do pluralismo político, com seus corolários anteriormente elencados.

esse alcance. O princípio apresenta, conseqüentemente, uma latitude suficientemente ampla para, por vezes, surgir identificado com cada um dos subprincípios e conceitos afins aqui invocáveis e, por outras, se considerar como princípio geral abrangendo essas várias dimensões. Foi este sucesso prático e teórico da fórmula *proporcionalidade* que levou, entretanto, o legislador da revisão constitucional de 1989 a consagrar expressamente o princípio da proporcionalidade no artigo 19.º, a propósito dos requisitos a preencher pelas declaração e execução dos regimes de estado de sítio e estado de emergência, bem como no artigo 266.º, enquanto um dos princípios fundamentais que regem a actuação da Administração. No mesmo sentido, o legislador ordinário, no artigo 5.º, n. 2, do Código do Procedimento Administrativo, erigiu o princípio da proporcionalidade em limite das decisões da Administração que afectem direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares. (grifos do autor)

⁵⁸ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 641: Entre normas preceptivas e normas programáticas (assim como entre normas exequíveis e normas não exequíveis por si mesmas) não há uma diferença de natureza ou de valor. Só existem diferenças de estrutura e de projecção no ordenamento. São normas umas e outras jurídicas e, desde logo, normas jurídico-constitucionais, integrantes de uma mesma e única ordem constitucional; nenhuma delas é mera proclamação política ou cláusula não vinculativa. Tão-pouco se vislumbram dois graus de validade, mas só de realização ou de efectividade. Isto é verdadeiro tanto no plano do sistema constitucional quanto no plano de cada norma tomada por si. No plano do sistema, na medida em que as normas programáticas dele participam como quaisquer outras e para ele contribuem através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam; e, assim como recebem o influxo das normas preceptivas, também as não podem deixar de influenciar. No plano de cada norma isoladamente considerada, pois nenhuma deixa de revestir - sejam quais forem os critérios perfilhados - força jurídica e pode haver até normas em parte, preceptivas e, em parte, programáticas.

4.6. A cláusula de barreira na opinião da doutrina

Alinham-se favoravelmente ao controle quantitativo, mediante cláusula de barreira, grandes nomes da ciência política e dos direitos constitucional e eleitoral.

Um dos mais respeitados cientistas políticos da Europa, Giovanni Sartori, que estudou com profundidade os partidos políticos, anota sobre a cláusula de barreira:

O problema dos sistemas majoritários está em que são muito suscetíveis de manipulação. Por outro lado, os sistemas proporcionais permitem um número excessivo de partidos - o que acontece menos, naturalmente, com a proporcionalidade impura. Assim, os sistemas imperfeitamente proporcionais encontram uma justificativa no fato de constituírem um meio para impedir a fragmentação partidária. Outra forma, alternativa, para obstaculizar a proliferação dos partidos consiste em restringir o acesso às eleições, ou seja, em fixar limites mínimos para a representação eletiva. O termo alemão usado para esse recurso é Sperrklausel - "cláusula-barreira". Na Alemanha, o limite foi fixado originalmente em 5%, e o recurso foi utilizado por outros países, com uma porcentagem variável dos votos. Num extremo está Israel, com o limite perfeitamente inútil de 1% (aumentado em 1992 para 1,5%); no outro extremo está a Turquia, com 10% (nas eleições de 1983 e 1991), e especialmente a Grécia, que na sua história eleitoral altamente volátil usou barreiras acima de 15% (interpretadas como "proporcionalidade reforçada"). Entre os dois extremos, tendendo para o lado mais baixo, temos a Espanha, com 4%, e a Argentina, com um nível mínimo para admissão de 3% (ou seja, inversamente, um nível máximo para exclusão). Não é possível estabelecer a priori e de modo genérico qual o limite apropriado, porque a distribuição varia de país para país. Não há dúvida de que abaixo de 3 ou 4% esse limite não faz muito sentido; por outro lado, 10% parece um obstáculo importante. Mas uma exclusão de 5% seria inútil na Polônia, em 1991, e muito eficaz na Itália, em 1993. Seja como for, as barreiras de exclusão, de modo geral, cumprem o seu objetivo. Por outro lado, sua eficácia tem sido exagerada no caso da Alemanha, onde a Sperrklausel não eliminou o neonazismo e o Partido Comunista.⁵⁹

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em referência ao controle quantitativo de partidos políticos na Constituição de 1967 e Emenda Constitucional nº 1/1969, asseverou que a multiplicação de partidos

⁵⁹SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional*. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1996, pp. 23-24.

minúsculos, esfarinhando a opinião pública, de modo algum fortalece a democracia.⁶⁰

No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos observa ter a Constituição de 1988 elegido:

*[...] a representatividade dentro do parlamento como forma de limitar a proliferação descontrolada de partidos políticos”, pois, diversamente das duas Constituições antecedentes, deixou de exigir o apoio mínimo de eleitores como condição de existencial da organização partidária.*⁶¹

Bastante favorável à adoção do controle quantitativo, Bastos apregoa que o pluripartidarismo não pode servir de pretexto para um multipartidarismo, ressaltando que a multiplicação das agremiações políticas além de certo número conduz ao esfacelamento das posições político-ideológicas, com a conseqüente perda, por parte do eleitor, da possibilidade de situar-se racionalmente no contexto.⁶²

Na visão do professor José Afonso da Silva a Carta Política vigente não rechaça a criação de mecanismos de controle quantitativo de legendas partidárias. A esse respeito, anota:

*A Constituição, como dissemos antes, praticamente não impôs controle quantitativo aos partidos, mas contém a possibilidade de que venha a existir por via de lei, quando, entre os preceitos a serem observados, coloca o de ‘funcionamento parlamentar de acordo com a lei’. É que o controle quantitativo se realiza pela instituição de mecanismos normativos que limitam as possibilidades de ampliação, ad libitum, dos partidos políticos, e atua não no momento da organização, mas no seu funcionamento, e pode consistir na exigência de que obtenham, em eleições gerais, para a Câmara dos Deputados, o apoio expresso em votos de uma percentagem mínima do eleitorado nacional em certo número de Estados, a fim também de vigorar, na prática, o caráter de nacionais.*⁶³

Acerca do assunto, o constitucionalista alemão, Konrad Hesse, apregoa que são admissíveis, segundo a índole do sistema eleitoral, diferenciações limitadas que podem resultar da imperfeição técnica

⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 69.

⁶¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 611.

⁶² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra, *loc. cit.*

⁶³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 407.

inevitável do Direito Eleitoral, mas também da tarefa das eleições, de criar relações de maioria asseguradas e de possibilitar a formação de um governo capaz de ação⁶⁴.

Na visão daqueles que defendem o controle quantitativo de partidos políticos, a instituição de cláusula de barreira traria inúmeros benefícios ao sistema partidário brasileiro, dentre os quais a redução do número de legendas, melhor governabilidade, coesão ideológica etc.

Alegam os defensores dos umbrais de exclusão que as inúmeras legendas tendem a confundir o eleitor, que já não faz sua escolha com base nos planos de governo apresentados pelos partidos. Aliás, nem se sabe ao certo se possuem tais projetos políticos.

Nesse contexto, asseveram que, devido ao excessivo número de legendas, o tempo de propaganda gratuita no rádio e TV se mostra ineficiente para exposição de projetos de governança e acaba por fomentar o surgimento de candidatos caricaturados, que se valem de bordões, sátiras da atividade política, sendo por vezes eleitos pelo povo com votos de protesto ao sistema. Tal cenário tem provocado aversão e descrédito do eleitorado para com a política nacional.

Ademais, aduzem que o elevado número de partidos com representação no Parlamento dificulta a formação de maiorias e, conseqüentemente, acaba por afetar a governabilidade do país.

Nesse passo, defendem que a criação legislativa de uma cláusula que venha restringir o acesso de legendas partidárias baseada num percentual mínimo de votos nacionais nelas depositados não representa qualquer afronta ao texto da Constituição vigente. Do contrário, reforça ainda mais o preceito constitucional do ‘caráter nacional’, de observância imperiosa por parte dos partidos políticos.

Como bem observa Samuel Napolini, “no plano internacional, as cláusulas de barreira são majoritariamente tratadas pelos cientistas políticos somente como mecanismos de correção da fragmentação partidária”⁶⁵.

Para o Senador Marco Maciel, autor da PEC nº 2/2007, o sistema de representação proporcional contribui para a proliferação excessiva de legendas partidárias. Na sua visão, as cláusulas de barreiras são

⁶⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, pp. 128 e 148.

⁶⁵ NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. *Pluralismo político: Subsídios para análise dos sistemas partidário e eleitoral brasileiros em face da Constituição Federal*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 267.

mecanismos indispensáveis à correção das distorções de representação proporcional, a governabilidade e racionalidade do cenário político nacional, além de funcionar como instrumento de preservação da própria democracia.

Para Giusti Tavares a cláusula de barreira é instrumento intrinsecamente ligado a dinâmica do sistema proporcional e, no seu entender, “constitui uma exigência fundamental que, realizada, asseguraria ao mesmo tempo mais rigor e efetividade à representação proporcional numa república federativa com o Brasil”⁶⁶.

Renomados eleitoralistas, como Adriano Soares⁶⁷ e Thales Tácito⁶⁸, são favoráveis à reinserção do instituto em nosso sistema jurídico.

Entretanto, a cláusula de barreira encontra resistência e fortes argumentos contrários à sua implantação, sustentados por uma plêiade de doutrinadores de igual envergadura.

Canotilho, ao abordar a temática da subvenção financeira dos partidos políticos, observa que:

Quais, dentre os partidos e candidatos, devem beneficiar das subvenções financeiras? A questão reconduz-se à escolha de um critério seletivo dos beneficiários do financiamento. Um dos critérios possíveis é a representação parlamentar (Finlândia, Dinamarca, Espanha, Portugal), segundo o qual só partidos com representação parlamentar podem beneficiar do financiamento público. A repartição far-se-á tendo em conta o número de mandatos ou número de votos. Este critério – eis aqui a objeção principal – pode conduzir à rigidificação e petrificação do sistema partidário. Outro critério toma como base, para a atribuição de subvenções, o número de votos obtidos, financiando-se os candidatos ou partidos que tenham uma determinada percentagem

⁶⁶ TAVARES, José Antônio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 46.

⁶⁷ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 548: [...] não se pode desdourar uma candidatura, em detrimento das demais, apenas pela ausência de representação do partido na Câmara dos Deputados. Melhor seria a reforma do nosso sistema eleitoral, com a adoção da cláusula de desempenho ou de barreira, impossibilitando a candidatura majoritária lançada por micro-partidos, muitas vezes apenas com a finalidade de atrapalhar a disputa, ou atuar como laranja de candidatos mais estruturados.

⁶⁸ CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito eleitoral esquematizado*. Coordenação Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 348: [...] pela regra da proporcionalidade, harmonizadas as normas constitucionais em conflito, revendo nossa posição anterior, não estamos mais convencidos da ofensa ao pluripartidarismo pela cláusula de barreira.

de votos (Estados Unidos, Canadá, Alemanha). Em alguns países, utiliza-se um critério misto: representação parlamentar e percentagem de votos. Isto conduz ao financiamento dos partidos com representação parlamentar, distribuindo uma parte igual por todos os grupos com formação parlamentar, e outra parte em função do número de votos obtidos por cada um deles (Áustria, Itália, Suécia). [...] Da exigência de igual valor quanto ao resultado deriva também a exigência (para além da proporcionalidade) de não condicionamento da possibilidade de representação à obtenção de percentagens globais mínimas proibição de cláusulas-barreira (cfr. arts. 113.º/5 e 152.º/1). O princípio do voto igual, na sua dimensão de igual valor quanto ao resultado, tem sido estendido à própria luta eleitoral.⁶⁹

A Constituinte de 1988 em momento algum se ocupou em prever critérios quantitativos às agremiações partidárias. Ao contrário disso, declarou expressamente as liberdades partidárias, veladas pelos princípios da democracia e do pluralismo. Em outras palavras, a instituição de cláusula de barreira carece de amparo constitucional.

Ao analisar o instituto sob o prisma do pluralismo e da igualdade, Orides Mezzaroba observa que:

[...] em nenhuma passagem a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 impôs qualquer tipo de barreira para organização e funcionamento dos partidos políticos” e que “a imposição das cláusulas de barreiras seria contrária à vontade do legislador constituinte que desejava a liberdade partidária, além de ferir parte da principiologia basilar do Estado Democrático, tais como o princípio da igualdade e do pluripartidarismo, como plena realização da ideia, também constitucional, de pluralismo político.⁷⁰

Paulo Bonavides utiliza a expressão “assassinio eleitoral” para se referir às cláusulas de barreira, advertindo que:

[...] elas têm servido para cancelar a possibilidade de representação parlamentar dos pequenos partidos de fundo ideológico, frustrando-os na operação eleitoral e cortando-lhes a

⁶⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 322-323 e 305.

⁷⁰ MEZZAROBA, Orides. *A reforma política e a crise de representatividade do sistema partidário brasileiro*. Revista Sequência, n. 53, pp. 95-112, dez. 2006, p. 108. Disponível a partir de: <periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/.../13749>. Acesso: em 3 set. 2012.

*ulterior expansão, arredados que ficam de toda participação parlamentar.*⁷¹

Segundo essa corrente, a ingerência do legislador eleitoral, no que tange à restrição de acesso dos partidos políticos aos cargos na Câmara Federal, não se mostra compatível com a Carta Política vigente. Nessa feição, Dal-Farra destaca que:

*Não há fundamento constitucional expreso para a restrição legal do espaço de livre atuação dos partidos segundo parâmetros quantitativos. Juristas que levantam neste sentido as regras concernentes à exigência de caráter nacional e ao funcionamento parlamentar de acordo com a lei, assim o fazem após considerável esforço hermenêutico. [...] Em homenagem à própria democracia recém-conquistada, caberia ao eleitor, por conseguinte, e somente a ele, determinar, por intermédio da expressão periódica de suas preferências, a consolidação de um quadro partidário menos complexo, mas também mais participativo e representativo.*⁷²

O Pluralismo partidário com direito de representação às minorias é a essência do regime político adotado no Brasil. Não há de se falar em democracia com o sacrifício da minoria. A esse respeito, observou o Ministro Marco Aurélio, quando do julgamento das ADIs n^{os} 1.351 e 1.354, que “democracia não é a ditadura da maioria!”

Sob esse aspecto, destacam-se os ensinamentos de Pinto Ferreira, segundo o qual a “democracia, numa visão integrativa, é tudo isto: o governo constitucional das maiorias, que, sobre a base da liberdade e igualdade, concede às minorias o direito de representação, fiscalização e crítica no Parlamento.”⁷³

A instituição de cláusulas de barreira ou exclusão compromete a representatividade do povo em favor de proposta de governabilidade.

Contrário à cláusula de barreira, o professor Luís Virgílio Afonso da Silva anota que “a solução para o excesso de partidos com representação na Câmara dos Deputados não significa uma necessária adoção de uma cláusula-barreira, fixada aleatoriamente.”⁷⁴

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 275.

⁷² NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. *Pluralismo político*: Subsídios para análise dos sistemas partidário e eleitoral brasileiros em face da Constituição Federal. Curitiba: Juruá, 2006, pp. 298, 274, 275.

⁷³ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. ????. v. 1.

⁷⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Sistemas eleitorais*: tipos, efeitos jurídicos-políticos e aplicação ao caso brasileiro. São Paulo. Malheiros, 1999, p. 178.

De acordo com Luís Virgílio, o fim das coligações nas eleições proporcionais já seria suficiente para corrigir as eventuais distorções no sistema partidário brasileiro. No seu entender tal:

*[...] proposta visa tão-somente evitar que aqueles partidos que não alcancem o valor numérico referente a uma cadeira parlamentar, que é o equivalente ao quociente eleitoral, obtenham, às custas de outros partidos, uma representação artificial.*⁷⁵

O eleitoralista Marcos Ramayana também se alinha àqueles doutrinadores contrários à implantação da cláusula de barreira.⁷⁶

As opiniões doutrinárias, como se vê, caminham em sentidos antagônicos na ciência política, no direito constitucional e no direito eleitoral, correntes consideráveis a favor e contra a cláusula de barreira discutem a legitimidade e utilidade do instituto nas democracias ocidentais há mais de meio século.

4.7. A cláusula de barreira no Supremo Tribunal Federal

O descontentamento de algumas siglas partidárias com a “cláusula de desempenho” instituída pela Lei nº 9.096/95 logo foi exteriorizado. Pouco tempo depois da publicação dessa lei foram ajuizadas duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs nºs 1.351/DF e 1.354/DF), que buscaram, no Supremo Tribunal Federal, a invalidação das disposições contidas no artigo 13 e demais dispositivos que a ele remetessem, ao argumento de serem inconstitucionais.

Na ADI nº 1.351/DF, compuseram a relação processual o Partido Comunista do Brasil (PC do B), o Partido Democrático Trabalhista (PDT), o Partido Socialista Brasileiro (PSB) e Partido Verde (PV), e, na qualidade de terceiros interessados, o Partido Popular Socialista (PPS) e o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Já a ADI nº 1.354/DF foi manejada apenas pelo Partido Social Cristão (PSC).

Em síntese, em ambas as ações, os partidos requerentes asseveraram estarem os dispositivos legais impugnados em confronto direto com diversos princípios e garantias constitucionais, dentre os quais citaram o pluralismo político, a igualdade, a proteção ao ato jurídico perfeito e o direito adquirido, a vedação à discriminação, a liberdade de

⁷⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da, *loc. cit.*

⁷⁶ RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, pp. 258-259: [...]a aludida cláusula atinge o pluralismo político e a máxima eficiência dentro das casas legislativas, pois aniquila a representação minoritária dos pequenos partidos políticos e impede numa certa proporção a periodicidade dos mandatos dentro de sua renovação necessária ao sistema republicano, conforme previsão em cláusula pétrea do art. 60, § 4º, II, parte final, da Constituição da República.

associação, a autonomia e liberdade partidárias, inclusive ao próprio princípio da democracia.

Por ocasião do julgamento das ADIs susomencionadas, o Ministro Marco Aurélio, relator de ambas as ações, inicia o seu voto a partir de um ponto de vista real e prático da questão posta a julgamento, consubstanciado na análise dos resultados obtidos pelos partidos políticos nas Eleições Gerais de 2006. De acordo com o levantamento feito pelo Ministro-Relator, verificou-se que apenas sete, das vinte e nove siglas partidárias com registro no TSE, alcançaram e superaram o percentual de votos exigidos pela “cláusula de barreira” instituída na Lei dos Partidos Políticos, são elas: PT, PMDB, PSDB, PFL (atual DEM), PP, PSB e PDT.

Em memorável explanação, o Ministro Marco Aurélio adentra o contexto histórico das cláusulas de barreiras, tratadas pela Constituição brasileira de 1967 e respectivas emendas, para explicar a pertinência constitucional da controvérsia. Ao passo seguinte, enfatizou ter a Constituinte de 1988 optado por percorrer caminho diametralmente oposto ao adotado no ordenamento constitucional anterior, vez que atribuiu maior relevo à multiplicidade política ao consagrar como valores essenciais do Estado democrático o pluralismo político, a proteção às minorias, a soberania popular, a liberdade dos partidos políticos e o pluripartidarismo. Não deixando, portanto, margens para se criar distinções entre os partidos.

No que concerne à proliferação exacerbada das siglas partidárias, o Ministro ressaltou que o enxugamento do rol dos partidos é automático quando presente a vontade soberana do povo.

Outra importante questão, suscitada em seu voto, foi a inobservância do trato constitucional à matéria. A esse respeito, lembrou que durante a revisão constitucional de 1993 houve uma tentativa de introduzir, por emenda revisional, uma “cláusula de exclusão” no artigo 17 da Lei Maior de 1988. A emenda foi rejeitada, e um ano depois, ignorando o trato constitucional da matéria, o legislador ordinário veio a aprovar, na Lei dos Partidos Políticos, conteúdo idêntico ao proposto pela emenda de revisão outrora rejeitada. Asseverou, ao concluir, que a Carta acabou alterada mediante lei ordinária⁷⁷.

Para Marco Aurélio faltou razoabilidade à Lei nº 9.096/95 no que se refere às exigências de funcionamento parlamentar, divisão dos recursos do Fundo Partidário e acesso gratuito aos meios de comunicação. Segundo ele, as disposições legais impugnadas condenam os pequenos

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. **Plenário**, decisão unânime. ADI nº 1.354/DF apensa. DJ 30 mar 2007 – republicação 29 jun. 2007. **Disponível a partir de:** <<http://www.stf.jus.br>>. **Acesso em: 10 maio 2012.**

partidos à ditadura da maioria, ignorando a proteção constitucional dada às minorias e colocando em choque o próprio Estado Democrático de Direito⁷⁸.

Embora tenha acompanhado o entendimento do eminente relator, o Ministro Gilmar Mendes foi além. Com base no direito comparado, criticou a fórmula adotada pelo legislador brasileiro. Segundo ele, as exigências estabelecidas na Lei dos Partidos Políticos é desarrazoada à medida que permite a ascensão do partido ao parlamento, mas neste se lhe nega funcionamento.

A exemplo do sistema alemão, Gilmar Mendes asseverou ser plenamente possível estabelecer, no direito brasileiro, cláusula fundada no desempenho eleitoral que impeça a atribuição de mandato ao partido político que não alcançar um percentual mínimo de votos exigidos. Nesse contexto, em observância ao princípio da igualdade de chances, enfatizou ser imprescindível assegurar aos partidos políticos o acesso isonômico aos meios e recursos inerentes à disputa eleitoral.

Quanto à via normativa adequada para instituir “cláusula de desempenho”, destacou não haver necessidade de elevar a questão ao plano constitucional, podendo ser disciplinada mediante lei ordinária.

Na opinião do Ministro Ricardo Lewandowski, a instituição pura e simples de uma cláusula de barreira, sem antes discutir como pano de fundo a reforma política, acabará por beneficiar os grandes partidos em sacrifício dos menores, instaurando-se a verdadeira ditadura da maioria. Também acompanhou o voto do Ministro-Relator por considerar que a cláusula de barreira, tal como posta, atentou contra os valores maiores inerentes ao Estado Republicano e Democrático, em especial o princípio do pluralismo político e garantia de expressão às minorias.

Partilhando basicamente as mesmas teses argumentativas, os Ministros Ayres Brito, Carmen Lúcia e Eros Grau votaram pela procedência das ADIs nºs 1.351 e 1.354. Destacaram, como essência de seus pronunciamentos, que o princípio da igualdade de chances não se encerra com a disputa eleitoral, mas continua no curso dos mandatos dos representantes eleitos. Para eles, a negativa de funcionamento parlamentar ao partido que tenha representante eleito pela vontade soberana do povo, além de vulnerar o tratamento isonômico entre as

⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351/DF, loc. cit.*: Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio: “É de se repetir até a exaustão, se preciso for: Democracia não é a ditadura da maioria! De tão óbvio, pode haver o risco de passar despercebido o fato de não subsistir o regime democrático sem a manutenção das minorias, sem a garantia da existência destas, preservados os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente”.

agregações partidárias, viola também a igualdade dos eleitores insculpida no art. 14 da Constituição Federal de 1988⁷⁹.

Os Ministros Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence, embora admitissem a possibilidade de criação da cláusula de barreira como recurso moderador da proliferação de partidos políticos, também não consideraram viável a fórmula estabelecida pelo legislador infraconstitucional (Lei nº 9.096/95), em virtude de representar violação aos princípios republicanos e democráticos encartados na Lei Fundamental de 1988.

Por fim, a então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie, em seu breve pronunciamento, entendeu não poder prevalecer as restrições estabelecidas pela Lei dos Partidos Políticos por considerá-las excessivamente draconianas.

Como consequência do entendimento formado por seus Ministros, a Suprema Corte, por unanimidade, julgou procedente as ADIs nºs 1.351 e 1.354 para declarar inconstitucionais as seguintes disposições contidas na Lei nº 9.096/95: art. 13; a expressão “obedecendo aos seguintes critérios”, contida no *caput* do art. 41; os incisos I e II do mesmo art. 41; art. 48; a expressão “que atenda ao disposto no artigo 13”, expressa no *caput* do art. 49, com redução de texto; cabeças dos artigos 56 e 57, com interpretação para eliminar as limitações temporais neles constantes até que o legislador edite nova lei acerca do assunto; e a expressão “no artigo 13”, constante no inciso II do artigo 57. Também por unanimidade, o STF julgou improcedente a ação no que se refere ao inciso II do artigo 56.

A questão se mostra intrigante porque, mesmo tendo havido entendimento unânime dos Ministros quanto à inconstitucionalidade da “cláusula de desempenho” versada na Lei dos Partidos Políticos, a discussão não se encerrou.

Em razão dos muitos fundamentos e argumentos invocados nos magistrais votos dos Ministros do Supremo Tribunal, ficou difícil extrair o fundamento base da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 9.096/95. Decerto, o ponto mais convergente do entendimento formado pelo Pleno do STF respeita à defesa dos princípios do pluralismo político, igualdade de chances, proporcionalidade e razoabilidade, proteção às minorias, liberdade dos partidos políticos e pluripartidarismo. Apesar desses fundamentos, não se pôde verificar, de forma clara, o

⁷⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos [...].

posicionamento dos Ministros no que tange a possibilidade de se criar uma “cláusula de barreira” no direito brasileiro.

Sob esse aspecto, a partir da leitura dos votos, é possível constatar a existência de posicionamentos díspares entre os Ministros. De um lado, formando a primeira corrente, encontram-se os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence, que admitem a possibilidade de se criar restrições com base no desempenho eleitoral dos partidos políticos.

A heterogeneidade dentro dessa primeira corrente decorre dos entendimentos divergentes dos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes acerca da via ajustada para disciplinar a questão. Enquanto o primeiro defende que as restrições devem ocorrer por via constitucional, o segundo entende que a matéria pode ser meramente disciplinada por lei ordinária. Sobre esse ponto, os Ministros Lewandowski, Peluso e Sepúlveda Pertence não emitiram qualquer juízo de valor.

Na segunda corrente estão os Ministros Eros Grau, Ayres Brito, Carmen Lúcia e Ellen Gracie, que nem sequer sinalizaram, na fundamentação de seus votos, serem favoráveis ou não à instituição do instituto em questão no direito brasileiro. Quedaram-se silentes a esse respeito.

Conforme outrora noticiado, o pronunciamento final do STF acerca da matéria tratada não pôs fim a essa discussão, sobretudo por ter deixando vigente o artigo 57 até que o legislador edite nova lei sobre o assunto, desde que “dentro dos limites esclarecidos pelo Tribunal.”⁸⁰

A verdade é que a falta de clareza nos votos proferidos tornou desafiadora a tarefa de identificar os citados “limites esclarecidos” a fim de que se compreenda o exato entendimento da Corte Constitucional acerca da matéria.

Diante de tantos argumentos levantados pelos Ministros para declarar inconstitucional a cláusula de barreira, mostra-se inviável a apuração da *ratio decidendi* do STF, o que deu margem a diversas interpretações desse julgamento. Prova disso, é a existência da PEC nº 2/2007, de autoria do Senador Marco Maciel. Nos fundamentos dessa

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1351/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. **Plenário**, decisão unânime. ADI nº 1.354/DF apensa. DJ 30 mar 2007 – republicação 29 jun. 2007. **Disponível a partir de:** <<http://www.stf.jus.br>>. **Acesso em: 20 abr. 2012: Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes:** [...] O artigo 57 da Lei nº 9.096/95 deve ser interpretado no sentido de que as normas de transição nele contidas continuem em vigor até que o legislador discipline novamente a matéria, dentro dos limites esclarecidos pelo Tribunal neste julgamento.

proposta, o Senador aduz ter sido a via eleita para sua edição (lei ordinária), o único obstáculo à constitucionalidade do dispositivo impugnado no STF, de modo que seria plenamente admitida a instituição de uma “cláusula de desempenho” mediante Emenda Constitucional.

5. A PEC Nº 2/2007, UMA NOVA TENTATIVA DE IMPLANTAR A CLÁUSULA DE BARREIRA NO BRASIL

Tramita pelo Congresso Nacional a PEC nº 2/2007, de autoria do ex-Senador Marco Maciel (DEM-PE), por meio da qual busca inserir, no

art. 17 da Constituição Federal, um parágrafo com a seguinte redação:

§ 5º - Para fins de funcionamento parlamentar, a lei poderá estabelecer distinções entre os partidos que obtenham um mínimo de cinco por cento de todos os votos válidos nas eleições para a Câmara dos Deputados, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento dos votos válidos de cada um desses Estados na mesma eleição, e os partidos que não atinjam esse patamar.

Os parâmetros estabelecidos para a instituição de uma “cláusula de barreira” são, aparentemente, os mesmos utilizados pelo legislador ordinário na edição da Lei dos Partidos Políticos. Nesse passo, é importante registrar que a PEC nº 2/2007 já foi formalmente admitida, obteve parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado e segue o trâmite regimental, agora contextualizada no bloco de temas inerentes à reforma política, sob análise da Comissão Especial da Reforma Política (CEREPOL), no Senado Federal.

Não se trata aqui, à primeira vista, de proposta de emenda constitucional superadora da interpretação do Supremo Tribunal Federal⁸¹, mas sim de constitucionalização de vetores do julgamento das

⁸¹ BARROSO, Luis Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97: Salvo em relação às matérias protegidas por cláusulas pétreas, a última palavra acerca de qual deve ser o direito constitucional positivo em dado momento é do Congresso Nacional, no exercício de seu poder constituinte derivado. De fato, discordando o Poder Legislativo da inteligência dada pelo Supremo Tribunal Federal a uma norma constitucional, poderá sempre emendá-la, desde que seja capaz de preencher o *quorum* de três quintos dos membros de cada casa, observando os demais requisitos do processo legislativo próprio (CF, art. 60 e parágrafos). Há precedentes, tanto no direito comparado como na experiência brasileira, nos quais emendas foram aprovadas para alterar interpretações estabelecidas pela Suprema Corte (v., supra). Nota: Como já consignado, nos Estados Unidos, por quatro vezes, foram aprovadas emendas constitucionais destinadas a superar precedentes estabelecidos. No Brasil, sob a Constituição de 1988, isso aconteceu, por exemplo, com a EC n. 19/98 (relativamente à inclusão de vantagens pessoais no limite

ADI nºs 1.351 e 1.354, provavelmente para evitar futura polêmica sobre a forma de instituição da cláusula de barreira, tendo em vista que alguns Ministros se manifestaram pela necessidade de se tratar do tema na própria Constituição.

Como o dispositivo proposto apenas delega o trato da matéria ao legislador infraconstitucional, aparentemente, não seria o caso de emenda superadora, o que torna a situação menos desconfortável sob o ponto de vista jurídico e dialógico.

Por exclusão, resta a hipótese de projeto de emenda constitucional de revisão com o escopo de modificar o art. 17, § 5º, da Constituição Federal, acrescentando-lhe a possibilidade de tratamento diferenciado aos partidos que não atinjam um índice mínimo de 5% dos votos válidos na eleição para a Câmara dos Deputados, além de outros critérios anteriormente mencionados.

Portanto, cabe analisar se a proposta fere direitos fundamentais ou viola, de alguma forma, o art. 60 da Constituição Federal.

Além disso, se constatada a possível inconstitucionalidade, abre-se a possibilidade de controle prévio por parte do Supremo Tribunal Federal.

Desde a decisão do Tribunal da Baviera, em 1950, se discute a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, inclusive oriundas do Poder Constituinte originário, tese defendida pelo Professor Otto Bachof, na qual procurou incluir o próprio direito suprapositivo na Constituição como padrão de controle, afastando um conceito de Constituição puramente formal.

O próprio Bachof, todavia, admite a possibilidade de uma norma constitucional inconstitucional ter vigência, se acaso for da vontade geral e fundamentada no direito suprapositivo, fenômeno por ele designado como remoção de parte da Constituição, e não apenas revisão, isso quando oriunda do Poder Constituinte originário.⁸²

Canotilho, de igual forma, citando Marcelo Rebelo de Sousa, admite a hipótese de ruptura constitucional e o controle constitucional de

máximo de remuneração dos servidores públicos), com a EC n. 29/2000 (relativamente à admissibilidade de IPTU progressivo) e a EC n. 39/2002 (relativamente à cobrança, por Municípios e Distrito Federal, de contribuição para o custeio de iluminação pública).

⁸² BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 51.

emendas, descartando, entretanto, a possibilidade de controle ou fiscalização prévia dos projetos de emendas ou leis.⁸³

Ainda que seja admitida a hipótese de ruptura através de emenda constitucional, é possível o controle quando provocado, pois não se pode admitir ruptura com o núcleo da Constituição.

Jorge Miranda comunga desse entendimento e admite a possibilidade da fiscalização em caso de revisão constitucional que pretira regras orgânicas ou procedimentais ou que infrinja limites materiais, asseverando que “as normas assim surgidas - normas constitucionais (ou que o pretendem ser), por contrariarem as normas constitucionais a que estão sujeitas, não devem subsistir, sob pena de, no limite, se produzir transição constitucional”.⁸⁴

A grande maioria da doutrina brasileira também admite a possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

No escólio de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

*Dizer que o Poder Constituinte originário não se esgota com a edição da Constituição, que por isso ele subsiste na Constituição, é afirmação verdadeira em termos. Sem dúvida, o Poder Constituinte de que é titular o povo não se esgota com a prática de um ato, como a liberdade não se exaure em qualquer de suas manifestações. Entretanto, é um órgão constituído, e não agente do Poder Constituinte originário autor da Constituição, que recebe desta o poder de alterá-la, sob certas formas, dentro de certos limites. Assim, o órgão constituído habilitado a modificar a Constituição está como os demais órgãos constituídos limitado em sua competência pela Lei Magna.*⁸⁵

Luís Roberto Barroso, na esteira de outros renomados doutrinadores, admite o controle prévio de projetos de emendas constitucionais e de leis infraconstitucionais.⁸⁶

⁸³ SOUSA, M. R. *Valor jurídico dos actos inconstitucionais*, p. 295, apud CANOTILHO. J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1077.

⁸⁴ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2011, pp. 690-691.

⁸⁵ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 29.

⁸⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 50, 68, 210: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite, como regra, o controle judicial da tramitação de projetos, salvo quando se trate de proposta de emenda constitucional violadora de cláusula pétrea, além de ser extremamente restritiva na discussão judicial das questões regimentais em

No caso da atual Constituição brasileira, há dispositivo específico (art. 60), onde se admite a possibilidade de emenda ao texto originário, vedando-se propostas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais⁸⁷.

Na verdade, trata-se de disposição comum nas Constituições escritas do ocidente, como se fosse um sistema imune, protetor do seu núcleo duro, seja sob o aspecto formal ou material, onde se encontram

geral, referidas como *interna corporis*. Nota: STF, *RTJ*, 112:1031, 1985, MS 20.471-DF, reI. Min. Francisco Rezek: "Matéria relativa à interpretação, pelo Presidente do Congresso Nacional, de normas de regimento legislativo é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis*"; STF, *DJU*, 6 jun. 1997, MS 22.503-DF, reI. Min. Marco Aurélio: "Mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, relativo à tramitação de Emenda Constitucional. Alegação de violação de diversas normas do Regimento Interno e do art. 60, § 5º, da Constituição Federal. Preliminar: impetração não conhecida quanto aos fundamentos regimentais, por se tratar de matéria *interna corporis* que só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não sujeita à apreciação do Poder Judiciário". Na doutrina, v. José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002, p. 309 e s. [...] Existe, ainda, uma hipótese de controle prévio de constitucionalidade, *em sede judicial*, que tem sido admitida no direito brasileiro. O Supremo Tribunal Federal tem conhecido de mandados de segurança, requeridos por parlamentares, contra o simples processamento de propostas de emenda à Constituição cujo conteúdo viole alguma das cláusulas pétreas do art. 60, § 42. Em mais de um precedente, a Corte reconheceu a possibilidade de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade de propostas de emenda à Constituição que veicularem matéria vedada ao poder reformador do Congresso Nacional. [...] Proposta de emenda constitucional ou projeto de lei. Não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra ato normativo ainda em fase de formação, como é o caso da proposta de emenda à Constituição ou do projeto de lei em tramitação. Não há no direito brasileiro controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade. Nota: STF, *RDA*, 183:158, 1991, ADIn 466, reI. Min. Celso de Mello. O que já se admitiu, em sede jurisprudencial, foi o controle concreto, por via de mandado de segurança impetrado por parlamentar, de proposta de emenda à Constituição que veiculava matéria infringente das limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional. V. *RTJ*, 99:1031, 1982, MS 20.257, reI. Min. Moreira Alves; *RDA*, 193:266, 1993, MS 21.747, reI. Min. Celso de Mello; *RDA*. 191:200, 1993. MS 21.642. reI. Min. Celso de Mello; *RTI*. 165:540, 1998, MS 21.648, reI. Min. Ilmar Galvão.

⁸⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

sacralizados os direitos fundamentais do cidadão e o sistema democrático.

A exclusão de propostas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais pressupõe, de plano, fiscalização por parte do guardião da Constituição, entendimento sedimentado pela grande maioria da doutrina portuguesa e brasileira, com raízes na tese defendida por Otto Bachof.

A matéria não é estranha ao Supremo Tribunal Federal e foi objeto de decisão unânime nesse sentido, por oportunidade do julgamento da ADI nº 939/DF, de relatoria do Ministro Sidney Sanches⁸⁸.

Pois bem, verificada a possibilidade de controle (fiscalização) de constitucionalidade, seja prévio ou posterior, torna-se necessário analisar o conteúdo material da proposta à luz dos direitos fundamentais (alicerçados nos princípios constitucionais abordados no capítulo 4 deste relatório) e demais vedações do art. 60 da Constituição Federal.

Nos termos da nova redação proposta para o § 5º, art. 17, da Constituição Federal, o funcionamento parlamentar do partido dependerá de outros fatores que não apenas os do alcance de quociente eleitoral e partidário nas eleições proporcionais. Haverá um *plus* na disputa eleitoral, consistente na superação de outro índice calculado fora da circunscrição em que se deu o pleito e em momento posterior à eleição e diplomação dos eleitos.

Os dados referentes às últimas eleições para a Câmara dos Deputados, que não discrepam substancialmente das anteriores, estão disponíveis no Tribunal Superior Eleitoral⁸⁹, ao alcance de qualquer cidadão no respectivo sítio da internet, de modo que permitirá a previsibilidade de quais partidos serão alijados da Câmara dos Deputados, ou terão obstado, ou restringido, ou mesmo mitigado seu funcionamento parlamentar.

Essa previsibilidade, se não retira integralmente a abstratividade e neutralidade necessárias para evitar casuísmos da lei, abre a possibilidade de uma potencial violação do *due process of law*, matéria

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/DF*. Rel. Min. Sidney Sanches. Plenário, por maioria. DJ 18 mar. 1994. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 ago. 2012: Trecho da ementa: Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art.102, I, a, da CF).

⁸⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Eleições anteriores*. Disponível a partir de: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

outrora enfrentada pela Suprema Corte quando do julgamento da ADI nº 966/DF, na qual fora declarada inconstitucional.⁹⁰

Todavia, ainda que não haja tal violação ao devido processo legislativo, o estabelecimento de distinção entre partidos com representação na Câmara dos Deputados fere frontalmente o princípio da isonomia e da igualdade de chance dos partidos políticos que não consigam suplantar a barreira, transferindo para um momento posterior ao da eleição e proclamação dos eleitos um novo critério a ser aplicado, muito provavelmente pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, em desrespeito aos princípios do pluralismo, soberania popular, igualdade do voto do eleitor e proteção às minorias, resultando, por derradeiro, em afronta ao princípio democrático.

Por outro prisma, deve-se analisar a possibilidade de uma cláusula de desempenho menos restritiva, mas ainda assim haveria tratamento discriminatório, possibilitando a classificação de partidos classe A, B ou C, com base no desempenho obtido nacionalmente pela sigla, fora dos limites da circunscrição onde lançou candidatos.

A vastidão territorial do Brasil deve ser considerada como fator de dificuldades de todo gênero para grupos, organizações políticas e sociais, que muitas vezes ficam adstritas a regiões brasileiras. Suponhamos, a título de exemplo, que os índios, seringueiros e ambientalistas da Amazônia resolvam fundar um partido político cuja meta principal é a preservação ambiental da Floresta Amazônica, e que consigam eleger alguns deputados federais pela Região Norte, mas não consigam alcançar o índice nacional distribuído pelo número de Estados, conforme exigido pela cláusula de barreira. É evidente que a negativa de funcionamento parlamentar ao partido na Câmara dos Deputados feriria de morte todos esses princípios anteriormente elencados, que se constituem em direito fundamental desses cidadãos, da própria agremiação política e dos seus eleitos.

Destarte, negado ao partido a prática de certos atos inerentes ao funcionamento parlamentar, sob a justificativa de falta de apoio mínimo, restará evidenciado o tratamento discriminatório vedado pela Constituição Federal.

Disso resulta a inconstitucionalidade da PEC nº 2/2007, que pode ser objeto de fiscalização prévia ou posterior pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive por provocação dos próprios partidos políticos que detêm legitimação constitucional para ajuizarem a ação direta de inconstitucionalidade.

⁹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 966/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Plenário, por maioria. DJ 25 ago. 1995. Disponível a partir de: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º set. 2012.

6. OPINIÃO

O sistema eleitoral brasileiro é constitucionalmente direcionado para o pluripartidarismo (três ou mais partidos, ainda que coligados em uma eleição - art. 17 da CF).

A adoção de um sistema proporcional puro, como é sabido, tende para uma pulverização partidária, pois as eleições proporcionais são realizadas em âmbito nacional nas circunscrições, que coincidem com os Estados da Federação, cuja magnitude é indiscutível. Nelas são apurados os quocientes eleitorais (CF, art. 45), ou seja, o acesso à Câmara dos Deputados é proporcional ao número de eleitores da circunscrição, assegurando-se um número mínimo de oito deputados para os eleitorados menores e setenta para os maiores, garantindo-se que todos tenham seus representantes. Esse sistema fortalece os grandes partidos sem restrições consideráveis aos partidos menores.

O sistema majoritário de um único turno para o Senado, que deveria favorecer o bipartidarismo, não tem influência suficiente para abrandar o multipartidarismo das eleições proporcionais e majoritárias de dois turnos.

Os atuais requisitos para a criação de novos partidos não têm impedido que novas agremiações, sem proximidade com as massas, entrem na disputa eleitoral, proporcionando o surgimento de uma considerável quantidade de partidos de quadros ou de aluguel.

O problema da pulverização se agrava com a horizontalidade ou liberalidade das coligações (CF, art. 17, § 1º), pois os acordos e manipulações partidárias realizados nas circunscrições desfiguram o caráter nacional dos partidos políticos (CF, art. 17, I) e favorecem as siglas de ocasião.

As coligações partidárias livres, entretanto, favorecem partidos pequenos e muitas vezes inexpressivos, aumenta o índice de democracia, mas distorce, em boa parte das vezes, os ideários das agremiações políticas, colocando em risco a própria legitimidade da representação.

Na busca de um controle quantitativo menos restritivo do que a cláusula de barreira, o Senador José Sarney propôs ao Senado, por meio da PEC nº 40, limitar as coligações às eleições majoritárias, sem verticalização, vedando as coligações proporcionais.

A medida, *prima facie*, pode ter potencialidade para provocar a fusão ou mesmo a extinção natural de alguns partidos, sem perder de vista que o sistema majoritário de dois turnos para Presidente da República (CF, art. 77) e Governadores, nas eleições gerais, favorece o

multipartidarismo. Todavia, não me parece a proposta mais adequada ao Texto Constitucional, melhor seria a liberdade de coligações nacionais verticalizadas, de cima para baixo, ainda que as eleições sejam municipais ou estaduais, o que preservaria o caráter nacional dos partidos políticos e restringiria as barganhas políticas localizadas, que chegam ao despautério de abrigar em uma mesma coligação partidos de esquerda e direita.

Aos diretórios regionais e municipais ficaria resguardada, todavia, a liberdade de se coligarem ou não com partidos integrantes da coligação deliberada pelo diretório nacional.

A verticalização das coligações, nesses moldes, aparenta ser a melhor solução para o multipartidarismo, pois tende a resgatar o caráter nacional das agremiações e os ideários dos partidos políticos.

A fidelidade partidária (Res.-TSE nº 22.610/2007, alterada pela Res.-TSE nº 22.733/2008 e considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs nºs 4.086/DF e 3.999/DF) resgatou a identidade e a imperatividade do mandato, própria do estado social, trazendo maior concretude à representação das minorias. Agregada a essas outras medidas tende a conter a proliferação de siglas.

Medida menos restritiva instituída pela Lei nº 11.459/07 (que acrescentou o art. 41-A à Lei 9.096/95, após a declaração de inconstitucionalidade nas ADIs nºs 1351 e 1354 no STF)⁹¹, quanto à distribuição do fundo partidário, não sofreu ulteriores impugnações no Supremo Tribunal Federal e aparentemente estabilizou o problema da repartição das verbas partidárias.

O acesso ao rádio e à televisão para veiculação da propaganda partidária, de igual modo, restou proporcionalmente garantido a todas as agremiações no atual sistema pela mencionada Lei nº 9.096/95.

Quanto ao funcionamento parlamentar, os partidos políticos têm status ativo⁹² (direitos fundamentais de participação na formação da vontade do Estado)⁹³, quando a Constituição fala em funcionamento

⁹¹ BRASIL. *Lei nº 11.459*, de 21 de março de 2007. Disponível a partir de: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 2 set. 2012: 5% (cinco por cento) do total do fundo partidário serão destacados para a entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral e 95% (noventa e cinco por cento) do total do fundo partidário serão distribuídos a eles na proporção dos votos obtidos na última eleição para Câmara dos Deputados.

⁹² Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 178.

⁹³ Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 85.

parlamentar de acordo com a lei, está positivando uma garantia a ser regulamentada, com todas as características de uma norma preceptiva e ao mesmo tempo programática⁹⁴, mas de forma alguma suprimida (restrição absoluta).

Portanto, fere o princípio da proporcionalidade a instituição de cláusula de barreira que impeça o funcionamento parlamentar, o direito de antena e a percepção do fundo partidário pelos pequenos partidos (CF, art. 17, IV e § 3º), muitos dos quais efetivamente representantes das minorias. Seria uma restrição excessiva sob o ponto de vista de que outras medidas menos restritivas poderiam ser adotadas para impedir a pulverização partidária, tais como, estabelecer critérios mais rigorosos para a criação de novos partidos, verticalizar as coligações em prol da preservação dos ideários dos partidos e manter o rigor com a fidelidade partidária. Dessa forma iniciáramos uma lenta transição de um modelo de pluripartidarismo extremo para pluripartidarismo moderado (adotando como reflexão a classificação de Giovanni Sartori).

Além disso, a implantação e imposição da cláusula de barreira aos partidos políticos já existentes, seja por lei infraconstitucional ou por emenda à Constituição, além de ignorar os *status* ativo e positivo (percepção do fundo partidário e direito à propaganda gratuita no rádio e na TV) dos partidos políticos, fere os seguintes princípios:

a) isonomia e seu desdobramento em igualdade de “chance” (CF, art. 5º, *caput*) - Konrad Hesse alerta para o fato de que “a igualdade dos partidos políticos é, fundamentalmente, igualdade esquemática: uma distinção jurídica entre partidos grandes e pequenos, governistas e opositores, é inadmissível⁹⁵. Ao excluir os partidos que não alcançaram o percentual suficiente para o funcionamento parlamentar e negar aos partidos existentes o direito de propaganda gratuita no rádio e na TV, bem como os repasses do fundo partidário, tratou com discriminação as minorias;

b) liberdade dos partidos políticos (CF, art. 17, *caput* e § 1º) - a liberdade dos partidos políticos está diretamente ligada ao princípio democrático. Sem partidos livres não há mandatários confiáveis. Conquistadas as cadeiras no parlamento, impedir o partido de ter funcionamento parlamentar importa grave restrição ao seu direito de liberdade partidária. Konrad Hesse adverte que “a liberdade partidária externa protege o partido contra intervenções e influências estatais”, ao passo que a liberdade partidária interna submete a organização dos partidos ao princípio democrático⁹⁶.

⁹⁴ Cf. *Idem*, *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 641.

⁹⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 176.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 146, 147.

c) soberania popular (CF, art. 14) - há uma restrição explícita à soberania popular na cláusula de bloqueio. Se o povo votou no partido e escolheu seus representantes, não pode ter seu direito de decisão desrespeitado, tampouco impedidos os seus representantes de cumprirem seus mandatos. A imperatividade do mandato no Estado pós-social ou Estado de partidos está assentada no princípio democrático, no respeito aos segmentos sociais, fruto do pluralismo político, fatores que impedem a exclusão das minorias do Parlamento.

d) pluralismo político (CF, art. 1º, V) - ao analisar o pluralismo sob diversos pontos de vista, Samuel Napolini destaca pelo menos três características básicas:

- a constatação empírica de que as sociedades contemporâneas são, de fato, conformadas por inúmeras esferas associativas menores, relativamente independentes,

- a manifestação de preferência por um sistema político que melhor viabilize a expressão e a participação destes grupos nas decisões coletivas e, em contrapartida,

- a refutação expressa de toda forma de despotismo, ou seja, a rejeição ao poder monoliticamente concentrado, mesmo que dotado de legitimidade democrática. Mais adiante, acrescenta que a comunidade politicamente pluralista requer liberdade de associação, possibilidade de participação desses entes nas deliberações coletivas e a exigência de consensos sociais mínimos. Destarte, uma vez registrados no TSE, os partidos possuem igualdade de direitos para o exercício do poder político e não podem sofrer restrições dessa natureza⁹⁷;

e) pluripartidarismo (CF, art. 17) - o pluripartidarismo é fruto do pluralismo político. Ambos têm suas bases assentadas na Constituição Federal. A segregação, através de restrição de funcionamento, dos partidos que ascenderam ao parlamento afronta o sistema proporcional constitucionalmente adotado, que garante a multiplicidade de siglas;

f) proteção às minorias (CF, Preâmbulo, arts. 1º e 58, § 1º) - a Constituição Federal garante, em diversos dispositivos, a proteção às minorias no Congresso Nacional. As bancadas minoritárias têm direito a participar de comissões e integrar o conselho da República. Excluir do Parlamento os partidos que as compõe importa grave violação a esse princípio e restringir excessivamente o alcance dessas regras, de forma a abrir oportunidades apenas a uma minoria selecionada ou elitizada;

g) liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII) - a liberdade de associação dos filiados ao partido é colocada em risco com a possibilidade de extinção da agremiação partidária por negativa de direitos fundamentais assegurados aos outros com base no critério de desempenho;

h) igualdade de voto do eleitor (CF, art. 14) - o voto do eleitorado deve ter o mesmo valor individual. Não há voto melhor que o outro. Havendo convergência de vontades e eleição de representantes de um partido ao

⁹⁷ NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. *Pluralismo político*: Subsídios para análise dos sistemas partidário e eleitoral brasileiros em face da Constituição Federal. Curitiba: Juruá, 2006, pp. 36-37.

Parlamento, não pode o legislador eleger uma coletividade de votos melhores ou mais qualificados para aplicar medida com esse nível de restrição.

7. CONCLUSÃO

O Estado brasileiro está constitucionalmente alicerçado em uma democracia semidireta e pluralista, onde a soberania popular (excluídos os casos de plebiscito, referendo e iniciativa popular), é exercida por meio dos partidos.

A compreensão histórica da redemocratização do Brasil e da Constituição Federal de 1988 passa pela resistência e atividade dos partidos políticos, importantes e imprescindíveis na consolidação do Estado Democrático de Direito. Tais elementos revelam a existência de um Estado de partidos, onde as decisões políticas efetivamente emergem das agremiações partidárias e se consolidam no Parlamento.

A ideia de Estado de partidos está ligada à existência da democracia em sua acepção material, à concreção aos direitos fundamentais, como também ao respeito e à promoção da dignidade da pessoa humana.

Para que assim aconteça, além de um sistema garantidor do pluripartidarismo e da soberania popular representativa, os partidos devem ter autonomia, igualdade de chance e as garantias necessárias para exercerem a importante missão que o legislador constituinte originário lhes confiou.

O caráter pluralista e pluripartidário da democracia brasileira como disposto na Constituição Federal, fruto de meio século de resistência e conquistas, tomado como marco inicial o Golpe Militar de 1964, reclama respeito às garantias fundamentais dos partidos políticos, notadamente àqueles representantes das minorias.

Dessa forma, não podem existir regras draconianas que privilegiem alguns em detrimento de outros quanto aos repasses do fundo partidário, acesso à via judicial em defesa de direitos coletivos, direito de antena e, principalmente, funcionamento parlamentar.

Restrições excessivas, não expressamente previstas no Texto Constitucional, devem ser mitigadas à bem da democracia, bem como sopesadas com prudente valoração aquelas limitações ou restrições constitucionais que tenham potencialidade para prejudicar ou impedir o exercício da atividade partidária.

Nesse compasso, cláusulas de barreira ou de desempenho diretas devem ser analisadas com cautela, não apenas dentro do sistema jurídico

atual, sob o enfoque dos princípios e regras contidos na Constituição, mas também dentro de um contexto histórico, sem perder de vista as traumáticas cassações de direitos políticos e de registros de siglas partidárias outrora ocorridas na jovem democracia brasileira.

Entretanto, não se pode menosprezar o fato de o sistema proporcional, apesar de propiciar melhor representação popular, possuir falhas e tender ao multipartidarismo com pequenos partidos, ainda que possa chegar, com votação inexpressiva, ao pluralismo extremo.

As eleições para presidente, governadores e prefeitos de cidades com mais de duzentos mil eleitores, que podem ser realizadas em dois turnos, também leva ao multipartidarismo, constituindo-se em um fator agravante das falhas do sistema proporcional.

O fato não deixa de ser preocupante, pois a pulverização, apesar de garantir a representação das minorias, pode levar ao enfraquecimento dos partidos e colocar em risco a democracia.

A justificativa apontada para a instituição da cláusula de barreira está assentada, principalmente, na necessidade de conter esse multipartidarismo extremo, que finda por desfigurar a soberania e a representação e, conseqüentemente, distorcer a democracia sob o ponto de vista de que partidos minúsculos teriam, proporcionalmente, mais poder do que os maiores, situação que poderia levar até mesmo a uma ditadura da minoria.

Além disso, não se pode olvidar que o multipartidarismo extremo pode levar a dificuldades de formação da base governista e ensejar a corrupção partidária, seja pelo aluguel de siglas, seja pela venda de apoio no Parlamento.

Por outro lado, o multipartidarismo é consequência da própria democracia e do sistema proporcional utilizado na eleição do Parlamento, e está ligado à ideia de pluralismo político e do respeito ao direito das minorias de se organizarem e se expressarem politicamente por meio de suas organizações políticas. Excluir partidos da disputa democrática significa mitigar ou, até mesmo, impedir o direito de expressão das minorias.

As minorias não são forças antagônicas à democracia, ao contrário, constituem um caudal importante na vertente do Estado Democrático de Direito pós-social, em busca de um Estado mais plúrimo, um Estado de partidos ao fim e ao cabo.

Destarte, a colisão de princípios e regras constitucionais, ocasionada pela iniciativa de implantação da cláusula de barreira e pela

resistência a esse instituto, deve ser resolvida com proporcionalidade, excluindo-se restrições excessivas.

Os Partidos Políticos têm *status* ativo e positivo (classificação de Georg Jellinek). Quando a Constituição fala em funcionamento parlamentar de acordo com a lei, está positivando uma garantia a ser regulamentada, (com todas as características de uma norma preceptiva e ao mesmo tempo programática), mas de forma alguma suprimida (restrição absoluta).

A instituição da cláusula de barreira impeditiva do funcionamento parlamentar, do direito de antena e da percepção do fundo partidário pelos pequenos partidos, muitos dos quais efetivamente representantes das minorias, seria uma restrição excessiva, sob o ponto de vista de que outras medidas menos restritivas poderiam ser adotadas para impedir a pulverização partidária, tais como: estabelecer critérios mais rigorosos para a criação de novos partidos; verticalizar as coligações em prol da preservação dos ideários dos partidos; e manter o rigor com a fidelidade partidária. Penso que dessa forma iniciáramos uma lenta transição de um modelo de pluripartidarismo extremo para pluripartidarismo moderado, razão pela qual fere o princípio da proporcionalidade.

Além disso, a implantação e imposição da cláusula de barreira aos partidos políticos já existentes, seja por lei infraconstitucional ou por emenda à Constituição, além de ignorar esses *status* ativo e positivo dos partidos políticos, fere os princípios da isonomia, pluralismo político, soberania popular, liberdade dos partidos políticos, pluripartidarismo, proteção às minorias, liberdade de associação e igualdade de votos do eleitor, os quais se revelam mais importantes do que eventuais distorções da democracia ocasionadas pelas falhas do sistema proporcional, conforme anteriormente mencionado.

Recente tentativa de reinserção da cláusula de barreira no sistema eleitoral brasileiro foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal (ADIs nºs 1.351 E 1.354), no entanto, em razão das diversas opiniões assentadas nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal, ficou um tanto obscuro o vértice da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 9.096/95. Decerto, o ponto mais convergente do entendimento formado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal pertine à defesa dos princípios do pluralismo político, igualdade de chances, proporcionalidade e razoabilidade, proteção às minorias, liberdade dos partidos políticos e pluripartidarismo. Apesar desses fundamentos, não se pôde verificar, de forma clara, o posicionamento dos Ministros no que tange a possibilidade de se criar uma “cláusula de barreira” no direito brasileiro.

Sob esse aspecto, a partir da leitura dos votos, é possível constatar a existência de posicionamentos díspares entre os Ministros. De um lado, formando a primeira corrente, encontram-se os Ministros Marco Aurélio,

Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence que admitem a possibilidade de se criarem restrições com base no desempenho eleitoral dos partidos políticos.

A heterogeneidade dentro dessa primeira corrente decorre dos entendimentos divergentes dos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes acerca da via ajustada para disciplinar a questão. Enquanto o primeiro defende que as restrições devem ocorrer por via constitucional, o segundo entende que a matéria pode ser meramente disciplinada por lei ordinária. Sobre esse ponto, os Ministros Lewandowski, Peluso e Sepúlveda Pertence não emitiram qualquer juízo de valor.

Em uma segunda corrente estão os Ministros Eros Grau, Ayres Brito, Carmen Lúcia e Ellen Gracie, que nem sequer sinalizaram, na fundamentação de seus votos, serem favoráveis ou não à instituição do instituto em questão no direito brasileiro. Quedaram-se silentes a esse respeito.

Conforme outrora noticiado, o pronunciamento final do STF acerca da matéria tratada não pôs fim a essa discussão, sobretudo por ter deixando vigente o artigo 57 da Lei nº 9.096/95, até que o legislador edite nova lei sobre o assunto, nos limites esclarecidos pelo Tribunal.

A verdade é que a falta de clareza nos votos proferidos tornou desafiadora a tarefa de identificar os “limites esclarecidos” a fim de que se compreenda o exato alcance do julgamento.

Diante de tantos argumentos levantados pelos Ministros para declarar inconstitucional a cláusula de barreira, mostra-se praticamente inviável a apuração da *ratio decidendi* do STF, o que deu margem a diversas interpretações desse julgamento. Prova disso, é a existência da PEC nº 2/2007, de autoria do Senador Marco Maciel. Nos fundamentos dessa proposta, Marco Maciel aduz ter sido a via eleita para sua edição (lei ordinária), o único obstáculo à constitucionalidade do dispositivo impugnado no STF, sendo, portanto, plenamente admitida a instituição de uma “cláusula de desempenho” mediante Emenda Constitucional.

A PEC nº 2/2007, por essa razão, não está incólume à fiscalização pelo STF, pois a própria Constituição Federal dispõe sobre a possibilidade de emenda ao texto originário, excluídas propostas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais.

A exclusão de propostas dessa natureza remete à ideia de controle por parte do guardião da Constituição, entendimento já sedimentado pela grande maioria da doutrina portuguesa e brasileira.

Até mesmo as disposições constitucionais originárias, segundo Bachof, podem ser objeto de fiscalização constitucional.

A matéria não é estranha ao Supremo Tribunal Federal e foi objeto de decisão unânime nesse sentido, por oportunidade do julgamento da ADI nº 939/DF, da relatoria do Ministro Sidney Sanches.

Além da dificultosa aventura de superar as inconstitucionalidades já mencionadas nesse texto, bem como aquelas demarcadas nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, a problemática implantação da cláusula de barreira em um sistema de partidos já existentes poderá resultar em infringência ao devido processo legislativo.

Basta verificar os dados das últimas eleições para a Câmara dos Deputados, os quais não discrepam substancialmente das anteriores (disponíveis no TSE e Câmara dos Deputados, e ao alcance de qualquer cidadão nos respectivos sítios da internet), para previsibilidade de quais partidos serão alijados da Câmara dos Deputados, ou terão obstado, restringido ou mesmo mitigado seu funcionamento parlamentar.

Essa previsibilidade, se não retira integralmente a abstratividade e neutralidade necessárias para evitar casuísmos da lei, abre a possibilidade de uma potencial violação do *due process of law*, matéria outrora enfrentada pela Suprema Corte quando do julgamento da ADI nº 966/DF, na qual fora declarada inconstitucional.

Todavia, ainda que não haja tal violação ao devido processo legislativo, o estabelecimento de distinção entre partidos com representação na Câmara dos Deputados fere frontalmente o princípio da isonomia e da igualdade de chance dos partidos políticos que não consigam suplantar a barreira, transferindo para um momento posterior ao da eleição e diplomação dos eleitos, um novo critério a ser aplicado, muito provavelmente, pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, em desrespeito aos princípios do pluralismo, soberania popular igualdade do voto do eleitor e proteção às minorias, resultando, por derradeiro, em afronta ao princípio democrático.

Por outro ângulo, mesmo que se admitisse a possibilidade de uma cláusula de desempenho menos restritiva, haveria tratamento discriminatório no tocante ao funcionamento parlamentar, com a possibilidade de classificação de partidos de primeira e de segunda classe, com base no desempenho obtido nacionalmente pela sigla, fora dos limites da circunscrição onde lançou candidatos.

A dimensão continental do Brasil deve ser considerada como fator de dificuldades de todo gênero para grupos, organizações políticas e sociais, principalmente aquelas voltadas à defesa dos direitos das minorias, que muitas vezes têm algum respaldo nacional, mas com substancial apoio adstrito a determinadas regiões brasileiras.

Destarte, negado ao partido a prática de certos atos inerentes ao funcionamento parlamentar, sob a justificativa de falta de apoio mínimo, restará evidenciado o tratamento discriminatório vedado pela Constituição Federal.

Disso resulta a inconstitucionalidade da PEC nº 2/2007, que pode ser objeto de fiscalização prévia ou posterior pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive por provocação dos próprios partidos políticos que detêm legitimação constitucional para ajuizarem a ação direta de inconstitucionalidade.

A tese da inconstitucionalidade da cláusula de barreira no sistema eleitoral brasileiro é, de longe, a corrente mais caudalosa, tendo em vista a constitucionalização das garantias fundamentais dos partidos políticos, que se encontram no núcleo da Constituição Federal de 1988, em um subsistema próprio de um Estado de partidos.

REFERÊNCIAS

- _____. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lobbauer. São Paulo: Página Aberta, 1996.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Engenharia constitucional*. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília 1996.
- _____. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. *Legalidad y legitimidad*. Madrid: Aguillar, 1971.
- _____. *Os partidos políticos no direito constitucional português*. Braga: Cruz, 1983.
- _____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2011.
- _____. _____. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.
- BARROSO, Luis Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOCKENFORD, Ernest. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Tradução Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível a partir de: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2012.

BRASIL. Constituição (1967). *Emenda Constitucional nº 1*, de 17 de outubro de 1969. Disponível a partir de: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2012.

BRASIL. Constituição (1967). *Emenda Constitucional nº 11*, de 3 de outubro de 1978. Disponível a partir de: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. *Lei nº 11.459*, de 21 de março de 2007. Disponível a partir de: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2012.

BRASIL. *Lei nº 9.096*, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos). In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1351/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. **Plenário**, decisão unânime. ADI nº 1.354/DF apensa. DJ 30 mar. 2007 – republicação 29 jun. 2007. **Disponível a partir de:** <<http://www.stf.jus.br>>. **Acesso em: 10 maio 2012.**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/DF*. Rel. Min. Sidney Sanches. Plenário, por maioria. DJ 18 mar. 1994. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 966/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Plenário, por maioria. DJ 25 ago. 1995. Disponível a partir de: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º set. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Eleições anteriores*. Disponível a partir de: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Partidos políticos registrados no TSE*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos>>. Acesso em: 26 ago. 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito eleitoral esquematizado*. Coordenação Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. *A nova lei de liberdade partidária*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Gráfica do Senado Federal, abr./jun. 1992.

DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Tradução Cristiano Monteiro Oiticica. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

- FARHAT, Said. *Dicionário parlamentar e político: o processo político e legislativo no Brasil*. São Paulo: Fundação Peirópolis: Companhia Melhoramentos, 1996.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza, 1986.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª Edição Alemã Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Prólogo y traducción Fernando de los Rios. México: FCE, 2000.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti *et al.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LISI, Marco. *Os partidos políticos em Portugal: Continuidade e transformação*. Coimbra: Almedina, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MEZZAROBBA, Orides. *A reforma política e a crise de representatividade do sistema partidário brasileiro*. Revista Seqüência, n. 53, pp. 95-112, dez. 2006. Disponível a partir de: <periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/.../13749>. Acesso: em 3 set. 2012.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2002.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann. Revisão Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. *Pluralismo político: Subsídios para análise dos sistemas partidário e eleitoral brasileiros em face da Constituição Federal*. Curitiba: Juruá, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Lisboa: Coimbra, 2011.
- PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional (2005). Disponível a partir de: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao>>. Acesso em: 30 ago. 2012.
- RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- SARTORI, Giovanni. *Partidos e sistemas partidários*. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar; Brasília: Universidade de Brasília, 1982.
- SCHIMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Sistemas eleitorais: Tipos, efeitos jurídicos-políticos e aplicação ao caso brasileiro*. São Paulo. Malheiros, 1999.

SOUSA, M. R. *Valor jurídico dos actos inconstitucionais apud* CANOTILHO. J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

TAVARES, José Antônio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: Teoria, instituições, estratégia*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.