

**Tribunal Regional Eleitoral
Rio Grande do Norte**

Revista Eleitoral



**Volume 25 - 2011
Natal - RN**

DAS CLÁUSULAS DE EXCLUSÃO NOS SISTEMAS PROPORCIONAIS - REFLEXÕES SOBRE (IN)CONSTITUCIONALIDADE E (I)LEGITIMIDADE DAS REGRAS DE CONTENÇÃO AO PLURIPARTIDARISMO NO BRASIL - O CASO DO ART. 109, § 2º DO CÓDIGO ELEITORAL - (IN)COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL?

JORGE MARLEY DE ANDRADE

Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe, pertencente ao seu quadro efetivo desde 1994. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe – UFS. Especialista em Direito Constitucional Eleitoral pela Universidade de Brasília – UnB. jmarley@globo.com

RESUMO: Constrói reflexões críticas em torno da aplicação das cláusulas de exclusão nos sistemas proporcionais no Brasil. Esclarece conceitos atinentes a sistemas eleitorais, em geral, e ao sistema proporcional, em particular. Identifica características do sistema proporcional brasileiro. Descreve pesquisa bibliográfica da legislação constitucional e infraconstitucional, da doutrina da Ciência Política sobre sistemas eleitorais e sua aplicação e da doutrina Jurídica e Jurisprudência do TSE e STF acerca dos princípios constitucionais abordados e da legislação de regência. Apresenta dados eleitorais reais de ocorrência do fato ora discutido na eleição de 2010 para Deputado Federal no Estado do Rio Grande do Sul. Responde conclusivamente, de um modo geral, sobre a (i)legitimidade e (in)constitucionalidade das prescrições legais que instituem as cláusulas de exclusão em sistemas proporcionais no Brasil e, de forma específica, sobre a (in)compatibilidade constitucional da cláusula de exclusão constante do Código Eleitoral Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Brasil - Sistema Proporcional. Pluripartidarismo. Representação Política. Cláusula de Exclusão - Legitimidade. Constitucionalidade.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 DOS CONCEITOS INTRODUTÓRIOS 3 DOS SISTEMAS PROPORCIONAIS, DAS CLÁUSULAS DE EXCLUSÃO E DA PROPORCIONALIDADE 4 DA DISCUSSÃO SOBRE A LEGITIMIDADE DA DAS CLÁUSULAS DE EXCLUSÃO NOS SISTEMAS PROPORCIONAIS NO BRASIL 5 DA DISCUSSÃO SOBRE A LEGITIMIDADE DA APLICAÇÃO Da Discussão Sobre a Constitucionalidade Da Aplicação Das Cláusulas de Exclusão e da Compatibilidade Constitucional do Art. 109, § 2º do CE. 6 CONCLUSÃO

1 INTRODUÇÃO

Após o transcurso de mais de duas longas décadas de regime de exceção, a Constituição de 1988 (CF) inaugura nova ordem sócio-jurídico-política. Passados 23 anos da instituição dessa nova ordem, não há dúvida de que o país ainda vive um processo de consolidação democrática, em que, entre outros temas paralelos, a temática político-eleitoral-partidária assume, no início de mais uma Legislatura do Congresso Nacional, - pela razão mesma de constituir-se meio de construção, estruturação, organização e exercício do próprio Poder do Estado - o centro da discussão nacional em torno de mais uma renovação de esforços para a concretização de tão necessária e almejada reforma política.

Utilizamos-nos dos caracterizadores “tão almejada e necessária” porque a nova ordem inaugurada há muito reclama extensa e profunda revisão do arcabouço sistêmico-jurídico infraconstitucional e também constitucional em torno da referida temática. É bastante mencionar que um dos principais pilares desse sistema, em sua vertente infraconstitucional, é o Código Eleitoral, lei federal que data de 1965, quando ainda vigia o regime atualmente superado.

É consabido que de 1988 até aqui, algumas leis e emendas constitucionais já foram produzidas em complemento à Constituição original, nesse sentido. Entretanto, numa e noutra esfera, todas elas para tratar no mais das vezes de elementos pontuais. No plano infraconstitucional, para tratar das questões da moralidade para o exercício dos mandatos políticos (Lei Complementar 64/90 e altera-

A questão que aqui se impõe é responder conclusivamente sobre o que inicialmente se supõe por hipóteses: (1) a ilegitimidade das prescrições legais que instituem as cláusulas de exclusão nos sistemas proporcionais, considerado o próprio sentido de sua aplicação, qual seja, a possibilidade de representação das minorias no exercício da representação política, configurando-se essas cláusulas, portanto, em efetivo contra-senso do sistema político-partidário-eleitoral; (2) a inconstitucionalidade dessas prescrições e, no caso específico do art. 109, § 2º, do CE, a sua incompatibilidade material com a Constituição vigente, considerados alguns princípios e normas nela insculpidos, notadamente o da soberania popular (art. 1º, § único c/c art. 14, *caput*, CF); o da igualdade do voto, que traduz o famoso enunciado político americano *one man, one vote* (art. 5º, *caput*, parte inicial c/c 14, *caput*, parte final, CF); o do pluralismo político, especificado na seara eleitoral-partidária pelo pluripartidarismo (art. 1º, V c/c art. 17, *caput*, CF); e o da inclusão, garantia de existência e participação das minorias no regime democrático das maiorias (dentre alguns, arts. 58, §§ 1º, 3º e 4º; 89, IV e V).

O trabalho tem como objetivos esclarecer conceitos atinentes a sistemas eleitorais e, especificamente, ao sistema proporcional, contextualizando na história os motivos de seu surgimento; descrever a evolução histórica das disposições legais e constitucionais do nosso sistema proporcional; identificar suas características atuais, apresentando e refletindo criticamente sobre as disposições constitucionais e infraconstitucionais a seu respeito; apresentar, de forma geral, posicionamento sobre a legitimidade e constitucionalidade das cláusulas de exclusão no sistema eleitoral brasileiro e, em particular, a legitimidade e compatibilidade constitucional da cláusula do art. 109, § 2º do CE.

Para alcançar esses objetivos, traremos à discussão excertos de pesquisa bibliográfica da legislação constitucional e infraconstitucional correlata, dos posicionamentos da doutrina da Ciência Política sobre os sistemas eleitorais e sua aplicação, assim como da doutrina Jurídica acerca dos princípios constitucionais invocados e da legislação de regência, além da atual Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) referentes ao tema abordado e, finalmente, apresentaremos dados eleitorais reais da última eleição para Deputado Federal no Brasil e, especificamente, no Estado do Rio Grande do Sul, de modo a dar suporte prático às cogitações hipotéticas lançadas ao longo do trabalho.

O desenvolvimento abrangerá 5 itens a partir desta introdução (item 1): no item 2 - Dos Conceitos Introdutórios - apresentaremos, à guisa de alicerce fundamental à compreensão de todo o artigo, terminologias apropriadas ao tema com as correspondentes discriminações; no item 3 - Do Sistema Proporcional, Das Cláusulas De Exclusão e Da Proporcionalidade - apresentaremos características mais detalhadas e específicas do sistema proporcional e das cláusulas de exclusão, identificando o contexto histórico do seu surgimento e seus propósitos institucionais, contextualizando a sua existência no Brasil e descrevendo as normas constitucionais e infraconstitucionais que as instituíram ao longo da nossa história, trazendo também à consideração elementos caracterizadores do conceito de proporcionalidade em sistemas eleitorais; no item 4 - Da Discussão Sobre a Legitimidade Da Aplicação Das Cláusulas De Exclusão Nos Sistemas Proporcionais No Brasil - tencionamos constituir uma relação dialética a partir da colação de posicionamentos favoráveis e contrários à legitimidade da aplicação das cláusulas de exclusão em regimes proporcionais; finalmente, no item 5 - Da Discussão Sobre a Constitucionalidade Da Aplicação Das Cláusulas de Exclusão e da Compatibilidade Constitucional do Art. 109, § 2º do CE - tentaremos estabelecer nova relação dialética, nessa oportunidade no campo jurídico, sobre a constitucionalidade da aplicação das cláusulas de exclusão em sistemas proporcionais em geral, e, em particular, sobre a compatibilidade constitucional da cláusula de exclusão constante do Código Eleitoral Brasileiro, confrontando posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários correlatos à questão. Tudo isto como subsídio necessário ao nosso posicionamento final sobre o assunto, o que apresentaremos no item 6 - Conclusão.

Finalmente, importa ainda trazer à consideração os conceitos de *sistemas de governo* e de *sistemas partidários*, os quais formam, em conjunto com os sistemas eleitorais, as espécies do gênero *sistema político*.

O sistema político é o arcabouço político de um Estado, estruturado e organizado mediante uma Constituição, que delinea entre outros elementos característicos desse Estado, seu sistema de governo, seu(s) sistema(s) eleitoral(is), seu sistema partidário, de modo a constituir uma inteireza política harmônica e interdependente (SILVA, 1997, p. 38; TAVARES, 1994, p. 363).

Os sistemas de governo estabelecem a maior ou menor rigidez da separação dos poderes, segundo a natureza das relações entre o executivo e o legislativo, apresentando-se nas vertentes do presidencialismo e do parlamentarismo, este caracterizado pela colaboração entre os dois poderes executivo e legislativo, aquele marcado pela rígida separação de suas atuações (BONAVIDES, 2005, p. 197-198).

Os sistemas partidários preconizam a forma de organização partidária, dentro do sistema político de um determinado Estado, podendo resultar em três vertentes, a saber: o *sistema de partido único*, em que apenas um partido domina a vida política; o *sistema bipartidário*, em que apenas dois partidos se alternam no exercício da representação política; e, por último, o *sistema pluripartidário*, em que dois ou mais partidos se alternam ou dividem o exercício do poder político (ARAS, 2006, p. 114).

Apresentados todos esses conceitos introdutórios, utilizados para construção de alicerce necessário às considerações seguintes, passaremos no próximo item a apresentar características mais detalhadas e específicas do sistema proporcional, identificando o contexto histórico do seu surgimento e seus propósitos institucionais, contextualizando a sua existência no Brasil, fazendo o mesmo com relação às cláusulas de exclusão - já identificadas como elemento adicional de aplicação dos sistemas proporcionais - e trazendo também à consideração elementos caracterizadores do conceito de proporcionalidade, como explicação complementar às características dos sistemas proporcionais.

3 DOS SISTEMAS PROPORCIONAIS, DAS CLÁUSULAS DE EXCLUSÃO E DA PROPORCIONALIDADE

Os sistemas proporcionais foram concebidos com o objetivo de possibilitar a representação dos setores minoritários da sociedade que não logravam representação política com a aplicação dos sistemas majoritários. Visto serem antagônicos entre si, os sistemas proporcionais surgiram como uma opção aos sistemas majoritários, estes preexistentes e únicos até o surgimento daqueles (BOBBIO, 1998, p. 1175; RIBEIRO, 1996, p. 87).

O contexto histórico do surgimento dos sistemas proporcionais é o do efeito causado pela extensão do sufrágio universal como consequência do advento das democracias de massas do final do século XIX e início do século XX, tendo sido a Bélgica o primeiro país a adotar esse sistema no ano de 1899. Seguiram-se-lhe Finlândia (1906), Suécia (1907), Holanda (1917); Suíça, Itália, Alemanha e Noruega (1919); Dinamarca e Áustria (1920) (Ibidem; BONAVIDES, 2005, p. 251; NICOLAU, 2004, p. 43).

No Brasil a aplicação desse sistema se verificou da mesma forma que em todo o mundo: como uma opção ao sistema majoritário que vinha sendo aqui aplicado, segundo Costa Porto (2000, p. 383-385), desde as primeiras eleições que o país conheceu, ainda no período colonial (Ordenações Filipinas, Livro I, Título LXVII), seguindo-se a escolha de representantes do Brasil às Cortes de Lisboa, em 1822, e persistindo durante todo o Império e início da República a aplicação do sistema majoritário-distrital para a escolha da Câmara Baixa do Parlamento.

Porto (Ibidem, p. 125-134) afirma ainda que, entre nós, o sistema proporcional somente superou o sistema majoritário a partir da Revolução de 1930, pela decretação do Código Eleitoral de 1932 (Decreto nº 21.076, de 24.2.1932). Com pequenas alterações, a aplicação do sistema proporcional foi confirmada pelos institutos legais posteriores, quais sejam, a Lei 48, de 4.5.1935 - Código Eleitoral de 1935; a Lei 1.164, de 24 de julho de 1950 - Código Eleitoral de 1950; a Lei 7.586, de 28.5.1945 e a Lei 4.737, de 15.7.1965 - Código Eleitoral vigente - arts. 84, 86 e 106-112.

não definidas pelo quociente partidário, que, em suma, é a divisão das sobras ou restos (TAVARES, 1994, p.130-133).

Costa Porto (2000, p. 370-371) ensina que nesta fase da divisão dos restos ou sobras há de se empregar um dos três métodos, a seguir: (1) o do maior número de votos, segundo o qual as sobras pertencerão aos partidos que hajam logrado maior votação; (2) o das maiores sobras, segundo o qual pertencerão aos partidos que hajam logrado as maiores sobras – sobras, nesse caso, correspondem aos números fracionários resultado dos cálculos da divisão do QP; (3) o das maiores médias, no qual pertencerão aos partidos que hajam logrado maiores médias, calculadas segundo fórmulas específicas a serem aplicadas⁶.

No art. 106 está prescrito o quociente eleitoral (QE), cuja fórmula coincide com o que Tavares denominou quociente eleitoral tradicional (de Hare), que prevê que seja dividido o número de votos válidos dados numa circunscrição eleitoral (Vv) pelo número de vagas disputadas na casa legislativa (M); logo, tem-se que $QE = Vv/M$ (1994, p. 131).

Convém, aqui, alguns esclarecimentos: (1) esse número de vagas coincide com o conceito de magnitude eleitoral, daí porque optamos por identificá-los aqui pela sigla M; (2) as circunscrições eleitorais no Brasil são definidas no art. 86 do CE e, no caso das eleições proporcionais para deputado federal e estadual/distrital, a circunscrição será o estado ou o distrito federal; no caso de eleições para vereador, a circunscrição será o município; (3) o art. 5º da Lei 9.504/97 – Lei das Eleições (LE) define que votos válidos nas eleições proporcionais são aqueles dados a candidatos com registro e às legendas partidárias; o art. 107 da LE expressamente revogou o original parágrafo único do art. 106 do Código Eleitoral, que incluía no cálculo do QE os votos brancos.

No art. 107 é previsto o quociente partidário (QP), o qual, conforme noticia Tavares, é a segunda operação matemática obrigatória nos sistemas proporcionais fundados em quociente eleitoral. O QP é obtido pela divisão do número de votos válidos dados ao partido (VP) pelo QE; donde se tem $QP = VP/QE$.

Na sequência, o art. 108 define o próprio conceito de quociente partidário, que é o número de candidatos que um determinado partido conseguiu eleger. O que definirá, entretanto, quais os candidatos eleitos será a ordem de votação nominal que cada um obtiver.

Cabem, aqui, outros esclarecimentos. No nosso sistema de lista aberta, segundo o que prescrevem os arts. 59, § 3º e 60 da LE, o eleitor pode votar no número do candidato (voto nominal) ou na legenda partidária (voto de legenda), considerando-se esta o número da sigla do partido; ocorre que todos os votos dados aos candidatos de um partido, nos termos do art. 107 do CE irão fazer parte da conta dos votos válidos dados à mesma legenda (os de legenda e os nominais); daí poder-se concluir que no nosso sistema proporcional sempre se vota no partido, ainda que o voto seja dado a um candidato. O voto nominal, segundo o art. 108 do CE, somente tem serventia, no nosso sistema, para definir quem serão os eleitos, conforme já descrito.

Finalmente o art. 109 prevê a distribuição das sobras que resultam dos números fracionários das operações para definição dos QPs. O nosso sistema proporcional optou, entre as três situações possíveis já indicadas, a das maiores médias. Essa fórmula é identificada por Nicolau (2004, p. 46) como a fórmula de D'Hondt de maiores médias e consiste em fazer várias operações sucessivas para cada um dos partidos - tantas quantas sejam o número de sobras - de divisão dos votos válidos dados ao partido (VP) pelo número de vagas por ele obtido (Vg) + 1, cabendo a sobra ao partido que obtiver a maior média (S) nessas operações; logo, $S = VP/(Vg+1)$.

O partido que tenha obtido alguma sobra não fica excluído das demais operações sucessivas para definição das sobras seguintes, no entanto, segundo o § 2º do art. 109, o partido que não atingir o QE, ainda que obtenha maior média, estará excluído dessa divisão.

Esta é precisamente a cláusula de exclusão atualmente em vigor no CE.

6. Nicolau (1996, p. 49) identifica as 3 situações mais utilizadas como a fórmula D'Hondt de maiores médias; a Sainte Laguë de maiores médias modificada e a de maiores sobras.

nado caráter nacional, regulamentado na Lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos), art. 7º, § 1º, o que afastaria desse instituto a característica de cláusula de exclusão.

Por fim, releva lembrar que a cláusula de exclusão ainda vigente no Brasil, prescrita no art. 109, § 2º do CE está presente no nosso sistema eleitoral desde o Código Eleitoral de 1950 – Lei 1.164/1950, art. 59, § 2º, daí a oportunidade deste trabalho para as reflexões em torno da retirada (ou não) desta cláusula do nosso ordenamento jurídico, por ocasião de eventual e futura reforma política.

Até que isto aconteça, entretanto, multiplicam-se a cada pleito os casos de efetiva ocorrência dos efeitos desse instituto, como são exemplos os que foram objeto, no TSE, dos MS 3554/TO e MS 3555/AL, ambos referentes às eleições de 2006; MS 3109/ES, MS 3116/SE e MS 3121/SC, todos referentes às eleições de 2002; do REspe 9270/MT e REspe 9277/MT, referentes às eleições de 1990; RCED 337/PI, referente às eleições de 1978; e o mais recente caso nas últimas eleições de 2010, quando o PSOL/RS não se fez representar pela distribuição da quinta entre as cinco sobras da disputa para deputado federal em razão deste impedimento, como podem demonstrar os dados da Tabela 6.

É tempo de nos encaminharmos para conclusão desse item, tratando, agora, dos conceitos de proporcionalidade.

Já se disse que os sistemas proporcionais se destinam à representação das minorias, na medida em que oferecem a possibilidade de maior igualdade entre a votação e as cadeiras conquistadas pelo partido na eleição, visto que seu objetivo é a conquista de mandatos em número proporcional à votação alcançada.

O conceito de proporcionalidade, portanto, está diretamente ligado à aplicação dos sistemas proporcionais, haja vista que o termo significa o nível de coincidência entre a porcentagem de votos e a porcentagem de cadeiras parlamentares conquistadas. Dessa maneira, quanto maior seja essa coincidência de percentagens, maior proporcionalidade se verificará no resultado eleitoral e no sistema eleitoral nela aplicado.

Do contrário, define-se desproporcionalidade o nível de incoincidência entre as percentagens de votos recebidos por determinado partido e das cadeiras por ele conquistadas.

A proporcionalidade também tem reflexo direto sobre o grau de representatividade de segmentos sociais no parlamento, de modo que haverá maior nível de proporcionalidade conforme sejam maiores as coincidências entre percentagens de preferências manifestas do eleitorado e de cadeiras de seus representantes.

Acrescente-se que também ganham sentido com o conceito de proporcionalidade os termos sub-representação e sobre-representação. Será sub-representado o partido que haja conquistado uma percentagem menor de cadeiras do que corresponda a percentagem da votação auferida. Do lado oposto, será sobre-representado o partido que consiga maior percentagem de cadeiras em relação à percentagem dos votos recebidos (VEGA, 2000, t.2, p. 1039-1041).

Importa considerar que o nível de sub-representação ou de desproporcionalidade chega ao seu ápice com a aplicação das cláusulas de exclusão para os partidos que não atinjam o limite mínimo estipulado como cláusula, quando, em verdade, apesar dos votos conquistados, há o impedimento de que eles se convertam em mandato. O contrário, entretanto, não se verifica, ou seja, sistemas 100% proporcionais ou de desproporcionalidade zero (TAFNER, 1996, p. 11).

Além das barreiras eleitorais, fatores como a magnitude eleitoral dos distritos, fórmulas eleitorais e tamanho das circunscrições interferem na proporcionalidade. No que se refere à magnitude e ao tamanho das circunscrições, quanto maiores esses fatores, maior a proporcionalidade (VEGA, 2000, t.2, p. 1046). Quanto às fórmulas, a D'Hondt de maiores médias é apontada por Nicolau (1996, 49) como a mais desproporcional das fórmulas. Por sua vez, Molina Vega (2000, p. 1045) indica a fórmula de Hare como a mais proporcional delas.

Na Tabela 6, no qual são detalhados os dados da eleição proporcional para Deputado Federal no Rio Grande do Sul podem ser analisados números percentuais correlatos à proporcionalidade,

Além disso, o efeito mecânico gera, por consequência, o *efeito psicológico de Duverger*, cuja ação se dá sobre eleitores e mesmo sobre as elites partidárias, de modo que pequenos partidos, já punidos pela sub-representação causada pelos efeitos mecânicos, deixariam ao longo do tempo de receber votos de eleitores que perceberiam estar “perdendo” seus votos, utilizando-se do chamado “voto útil”. Já os dirigentes partidários, a fim de viabilizaram a representação de pequenos partidos pelos quais respondem, optam por celebrarem coligações eleitorais (Ibidem, p. 45-47 e 74).

Na tentativa de verificar a veracidade dessas conclusões de Duverger, Nicolau (1996, p. 61-62; 102 e 104) desenvolveu estudos, os quais foram apresentados em livro, cujas conclusões foram as de que a aplicação dos sistemas proporcionais em si não opera a fragmentação partidária no Brasil, dado que a representação de pequenos partidos resulta bastante dificultada com a (1) aplicação da fórmula D’Hondt na distribuição das sobras (art. 109, *caput*, CE), (2) com a inclusão dos votos em branco no cálculo do QE⁹, além da (3) aplicação da cláusula de exclusão da distribuição das sobras (art. 109, § 2º, CE), todos esses fatores tendentes a sobre-representar grandes partidos.

Outras conclusões importantes desses estudos são as que apontam como as reais causadoras de altíssimo impacto na alta fragmentação no sistema partidário brasileiro (1) o exercício da livre troca partidária pelos parlamentares¹⁰ e (2) a permissividade legal da celebração de coligações eleitorais para os cargos proporcionais, circunstância esta última fator do efeito psicológico representado por decisão das direções partidárias de anular ou minimizar as consequências dos efeitos mecânicos provocados pelas fórmulas eleitorais, magnitudes distritais e cláusula de exclusão (1996, p. 63-80 e 105). Essa última conclusão é corroborada por Sartori (1982, p. 123), quando argumenta que se as cláusulas de exclusão operam efeito mecânico nos pequenos partidos pela sua sub-representação, isso poderia ser contornado pela celebração de alianças partidárias.

Por fim, interessa descrever, por relevantes que são, duas outras conclusões a que chegou Nicolau (Ibidem, p. 105) nesses estudos: (1) efetivamente, a maior cláusula de exclusão existente no Brasil é a própria aplicação das fórmula eleitoral do QE; (2) mesmo que fossem adotadas cláusulas de exclusão legais mais restritas, isso não resultaria fecundo, dado que “elas não alterariam a natureza do sistema partidário, que é fragmentado em seu topo, devido à divisão da elite política em forças isonômicas, divisão que está ligada à distribuição geográfica do voto” (Ibidem, p. 105).

Assim, pode-se resumir e atualizar o entendimento desse autor como sendo o de que¹¹ (1) o sistema proporcional em si não produz fragmentação partidária no Brasil; no mais das vezes, pelo contrário, a aplicação da fórmula D’Hondt à divisão das sobras e a aplicação da cláusula de exclusão legal da divisão das sobras dos partidos que não atingem o QE contribuem decisivamente para a sobre-representação dos maiores partidos; (2) o decisivo fator de fragmentação partidária no Brasil é a maximização de resultados alcançados pela celebração de coligações principalmente por partidos pequenos, que, dessa forma, conseguem eleger deputados mesmo sem alcançar a barreira do QE (3) a efetiva cláusula de exclusão existente no Brasil é a própria fórmula eleitoral do QE; (4) a aplicação de outras cláusulas de exclusão ainda mais restritas, além da efetiva indicada no item anterior, não surtiriam efeito devido ao fato de que a fragmentação partidária, no nosso caso, não está intimamente ligada ao sistema proporcional em si.

Considerando, contudo, que essas conclusões foram publicadas em 1996, com os resultados de pleitos eleitorais anteriores à publicação, convém verificar se elas têm validade atual, o que tenciona-

9. O que, como vimos, no ano seguinte à publicação de Nicolau, em 1997, foi abolido do nosso sistema eleitoral pelos arts. 5º e 107, da Lei 9.504.

10. A infidelidade partidária, isto é, a troca de partido pelo candidato eleito após a eleição, é hoje punida no Brasil com a perda do mandato do candidato infiel e com a restituição desse mandato ao partido prejudicado. Isso se dá atualmente por efeito de interpretação jurisdicional do TSE (Res. 22.526, de 27.3.2007; Res. 22.563, de 1º.8.2007; Res. 22.580, de 30.8.2007 e Res. 22.600, de 16.10.2007), confirmada pelo STF (MS 26.602, 26.603 e 26.604, de 4.10.2007), de que o mandato eleitoral, nos sistemas majoritário e proporcional, pertence ao partido, não ao candidato. A via processual punitiva encontra-se regulamentada pela Res.TSE nº 22.610, de 4.7.2008.

11. Aqui retiramos os fatores da infidelidade partidária e da utilização do voto em branco das conclusões do autor, visto não mais se aplicarem atualmente.

magnitude (os 5 maiores distritos: SP/70, MG/56, RJ/46, BA/39 e RS/31; e PA/17). No único distrito abaixo de M=30, o Pará, o partido que conquistou as 4 vagas é o PMDB, o 2º partido mais bem representado na Câmara dos Deputados.

Por outro lado, contata-se pela Tabela 7 que das 9 vagas distribuídas entre as maiores médias conquistadas por partidos isolados (que integram o número total de eleitos por partidos isolados = 69), todas elas foram conquistadas em apenas 5 distritos, entre os 6 distritos com magnitude acima ou igual a 30 (SP/70, RJ/46, BA/39, RS/31 e PR/30).

Isso confirma a existência de um ciclo vicioso no qual efeitos mecânicos provenientes de fatores como as fórmulas eleitorais, as magnitudes dos distritos eleitorais e as cláusulas de exclusão provocam o efeito psicológico da decisão de celebração de coligação pela maioria dos partidos políticos disputantes do pleito, que, por sua vez, geram novos efeitos mecânicos sobre os pequenos partidos que disputam a eleição isolados.

Essa confirmação é reforçada pela análise da Tabela 4, em que se percebe que dentre os 22 partidos que conseguiram representação na Câmara Baixa do nosso Parlamento, 15 partidos (68,2%) conquistaram 133 vagas (26% da Câmara) – esses, minoria na representação, portanto –, enquanto apenas 7 maiores bancadas (31,8%) conquistaram as 380 vagas restantes (74% da Câmara) – esses, a maioria na representação. Observa-se, entretanto, que das 133 vagas, apenas 31 (23,3%) foram conquistadas pelos partidos disputando a eleição isoladamente; todas as 102 vagas restantes (76,7%) foram conquistadas pelos partidos como integrantes de coligação; apenas o PSOL, como visto, conquistou todas as suas vagas (3 deputados) disputando isoladamente.

Resta consignar, em termos de análise conjunta do trinômio representatividade, fragmentação partidária parlamentar e celebração de coligações, que a maioria dos partidos que disputa a eleição de forma coligada não logram atingir o patamar do QE, mas ainda assim, muitas vezes conseguem eleger representantes. Da análise da parca minoria representada por 24 (4,7% de 513) candidatos eleitos por partidos coligados que se encontram entre as 9 menores representações partidárias da Câmara, apenas 4 (16,7% de 24) candidatos apenas foram eleitos por partidos que, apesar de coligados, atingiram o QE (PRB-1/RJ-1/BA e PTdoB-1/MG-1-RJ). Todos os demais 20 (83,3% de 24) candidatos foram eleitos sem que seus partidos atingissem o QE.

No que concerne à conclusão de nº 3, segundo a qual a efetiva cláusula de exclusão no Brasil é a própria fórmula do QE, podemos confirmá-la pelos dados observados nas Tabelas 5 e 6. Na tabela 5, vê-se que o total nacional de exclusão de votos pelo QE foi de 2,3% do total dos votos válidos. Apesar de que em algumas circunscrições essa exclusão não tenha acontecido, como foi a situação do AC e TO, isso se deveu ao fato de que nesses estados somente houve coligações disputando o pleito; em outras 6 circunscrições o número percentual foi baixo (< 1%); na maioria, entretanto, o número percentual foi alto, chegando a 8.87%, caso do RO, o maior percentual de exclusão pelo QE.

Com maior detalhamento, pode-se observar pela Tabela 6, que 7 partidos (28% dos 25 disputantes - 17 deles coligados) foram excluídos da disputa eleitoral pelo cálculo do QE, resultando no patamar de 4,59% dos votos válidos sufragados naquele estado.

Em contrapartida, como se viu, pela aplicação da cláusula de exclusão legal do art. 109, § 2º, somente 1 caso foi registrado no RS.

No que se refere à última conclusão de nº 4, não podemos demonstrá-la por números eleitorais, senão pela própria demonstração que se vê na Tabela 3 de que os mesmos partidos que são rivais em alguns estados estão coligados em outros e vice-versa.

Com o resumo das conclusões de Nicolau expostas neste item, todas elas calcadas em bases empíricas, conservando-se em perfeita atualidade de aplicação pelos resultados eleitorais observados no último pleito de 2010, conforme visto, pode-se dar caráter concreto às cogitações hipotéticas dos críticos da aplicação de cláusulas de exclusão em sistemas proporcionais, a exemplo de Bonavides (2000, p. 256), que sentenciar que elas só “têm servido para cancelar a [legítima] possibilidade de

em cada eleição, conforme o desejo do eleitor – irrelevantes, pelo simples motivo de que a Constituição diz que o Brasil é plural dos pontos de vista político e partidário. Ferido, assim, o princípio constitucional do pluralismo político, que se materializa no campo partidário pelo pluripartidarismo político. Desatendidos, assim, os comandos dos arts. 1º, V e 17, *caput*, da CF.

Diz o art. 1º, V, da CF, que o Brasil tem entre os seus fundamentos, o pluralismo político.

Por sua vez, reza o art. 17, *caput*:

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.

(grifo nosso)

Por fim, sendo livre a criação dos partidos políticos - observando-se os resguardos que a Constituição indica - frustrar-lhe, por qualquer modo, a legítima representação da soberania popular é fulminá-lo de morte como um câncer, haja vista que a sua vocação genética fundamental é mesmo própria à disputa do exercício do poder. Se eles nascem e vivem para isso e a Constituição lhes garante nascer e viver, desde que cumpridas certas circunstâncias - entre elas, inclusive, o pluripartidarismo -, e lhe assegura meios de sobrevivência mediante recursos orçamentários públicos e acesso gratuito às redes de rádio e televisão para fins de propaganda eleitoral e partidária, eis uma *quarta premissa*: qualquer legislação infraconstitucional que lhe condene à morte porque lhe nega o próprio sentido de seu viver, a representação política, essa legislação fatalmente colidirá de frente com o sentido teleológico do ditames constitucionais do art. 17, *caput* e § 3º.

Complementa o *caput* do art. 17, o § 3º, que prevê:

§ 3º - Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

Feitas essas considerações iniciais interessa trazer à colação posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto.

Começamos pelo posicionamento de Siqueira, para quem, na perspectiva do Direito Constitucional Comparado, utilizando-se do critério vertical de comparação entre a vigente Constituição de 1988 e as outras Cartas da República, defende existir uma nova vertente da abordagem do valor do voto na atual Carta, quando assevera que

A nova Constituição, promulgada em 1988, portanto, parece haver modificado o estado de coisas vigente até então, para incluir um novo ingrediente de especificação de direitos no sistema proporcional adotado no Brasil, agora balizado pela regra da mais estrita igualdade do valor do voto. Não seria errado, por isso, dizer do sistema proporcional de eleições no Brasil, o que se afirma do sistema português, ou seja, que 'a imposição de cláusulas de barreira constitui, regra geral, uma distorção de proporcionalidade'. (SIQUEIRA, 2002)

E, na sequência, agora na perspectiva do Direito Constitucional Comparado pela vertente do critério horizontal, mas, ainda tratando do valor da igualdade do voto, identifica igual tendência contemporânea na vigente Constituição Portuguesa aos olhos de seus próprios críticos, quando identifica que podemos dizer da nossa Constituição o que

Canotilho diz em relação à Carta portuguesa, que "A Constituição, ao consagrar o sistema proporcional — e acrescentaríamos: o direito de voto igual para todos — como elemento caracterizador da ordem constitucional, parece ter apontado para a inadmissibilidade da marginalização

sido atingido o quociente eleitoral, elegendo candidatos, pouco importando o número destes. (grifo nosso) (Ibidem, p. 52)

Necessário registrar-se que há quem entenda, contudo, que o julgamento da ADI 1351 só se referiu ao abuso do legislador em negar total funcionamento parlamentar a partidos que não atingissem determinado patamar de votação. Assim, tratou-se de se coibir somente um erro de limite, não a própria possibilidade de prescrição legal da cláusula de exclusão acerca do funcionamento parlamentar em si, ou de qualquer outra, inclusive a prescrita no art. 109, § 2º, do CE. Vê-se esse posicionamento no trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que pertencia ao Colegiado de então, do STF, abaixo transcrito.

Reafirmo não proscrever toda forma de tratamento diferenciado de partidos políticos conforme o seu desempenho, que tem exemplos no Direito Comparado e, no Brasil – recordou o Ministro Gilmar Mendes –, começa pela própria disciplina, cuja constitucionalidade jamais se questionou, do nosso sistema de representação proporcional, que elimina, quer na primeira distribuição das cadeiras, quer na distribuição das sobras, os partidos que, na circunscrição, não hajam alcançado o quociente eleitoral. (Ibidem, p. 168)

No que concerne à cláusula de exclusão específica do art. 109, § 2º, do Código Eleitoral, em razão de ser esta prescrição anterior à vigente Constituição de 1988, certo é que não se pode falar em inconstitucionalidade do dispositivo, mas sim de sua compatibilidade ou não com a constituição vigente, do que resultaria a declaração de sua recepção pela constituição, em caso positivo, ou sua revogação, em caso negativo.

O assunto ainda não chegou a ter apreciação direta do STF. Entretanto, hoje já existem lá alguns processos, todos pendentes de julgamento, que tratam da matéria. Pela via difusa, como os RMS 29207/AL e o RMS 25972/SE, os quais, infelizmente, referem-se a pleitos eleitorais cujos mandatos já se exauriram; pela via concentrada a ADPF 161/PR.

No TSE, entretanto, o assunto já foi apreciado algumas vezes. Já foram lá enfrentados os recentes MS 3554/TO e MS 3555/AL, ambos referentes às eleições de 2006; os MS 3109/ES, MS 3116/SE e MS 3121/SC, todos referentes às eleições de 2002; os REspe 9270/MT e REspe 9277/MT, referentes às eleições de 1990; e o RCED 337/PI, referente às eleições de 1978.

Nos recentes julgados dos MS 3554 e 3555 foi confirmado o entendimento da jurisprudência preexistente, já consolidada, da recepção do art. 109, § 2º do CE pela Constituição de 1988, uma vez não feridos os arts. 1º, parágrafo único, 5º e 14, da CF.

Registre-se, entretanto, que estes últimos julgamentos tiveram o voto declarado em contrário do Ministro Ari Pargendler. Necessário ainda registrar que outros três Ministros, quais sejam, Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e Carlos Britto, acompanhavam o relator em razão, principalmente, de prevalecer, na situação - haja vista as já realizadas eleições em todo o país, na ocasião há quase 4 anos, com regulamentação do TSE que abrangia a validade do dispositivo questionado - outros princípios constitucionais igualmente importantes, notadamente o da segurança jurídica (art. 5º, XXVI) e o da anualidade da lei eleitoral (art. 16).

Interessa à fundamentação da hipótese defendida nesse trabalho a transcrição da opinião do Ministro Carlos Britto, presente aos citados julgamentos, para quem o art. 109, § 2º não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

Primeiramente destaca-se a sua defesa da representação das minorias como uma preocupação do legislador constituinte, reconhecendo que até o próprio QE é exclusão de minorias, afirmando que

os votos dados a candidatos dos partidos que não conseguiram alcançar o quociente não servirão para eleger ninguém, mas sim para incrementar o próprio quociente eleitoral em desfavor desses candidatos, desses partidos e dessas coligações.

Isso é uma exclusão das minorias, e a Constituição tanto prestigia as minorias! Por exemplo: as Comissões Parlamentares de Inquérito constituem um direito que as minorias têm de fiscalizar

Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, apresentamos nos item 2 conceitos técnicos gerais sobre sistemas eleitorais, em geral, e sobre sistemas proporcionais, em particular, que facilitassem ao leitor a compreensão das discussões travadas no trabalho, continuando no item 3 a introduzir conceitos específicos do sistema proporcional brasileiro, contextualizando sua evolução histórica e seu desenho institucional atual. Tudo isso para apresentar nos itens 4 e 5, discussões específicas com vistas à confirmação ou não das hipóteses lançadas na Introdução.

A partir dessas discussões lançadas nos itens 4 e 5, portanto, podemos aqui, conclusivamente, confirmar as duas hipóteses apresentadas no início do trabalho, quais sejam:

(1) a ilegitimidade das prescrições legais que instituem as cláusulas de exclusão nos sistemas proporcionais, considerado o próprio sentido de sua aplicação, qual seja, a possibilidade de representação das minorias no exercício da representação política, configurando-se essas cláusulas, portanto, em efetivo contra-senso do sistema político-partidário-eleitoral; além do mais, configuram-se essas medidas mesmo em desnecessárias, dado que já existem fatores de exclusão intrinsecamente ligados ao próprio sistema proporcional, vale dizer, a própria aplicação das fórmulas do QE; no caso brasileiro em especial, pode-se afirmar que o fator maior de fragmentação partidária parlamentar - que se supõe resolver pela aplicação das ditas cláusulas de exclusão - não é a opção do sistema proporcional em si, mas sim a possibilidade de celebração de coligações, meio pelo qual pequenos partidos podem eleger candidatos, sem lograr atingir o QE;

(2) a inconstitucionalidade de quaisquer prescrições legais que instituem aplicação de cláusulas de exclusão no sistema proporcional brasileiro e, no caso específico do art. 109, § 2º, do CE, a sua incompatibilidade material com a Constituição vigente, considerados alguns princípios e normas nela atualmente insculpidos, notadamente o da soberania popular (art. 1º, § único c/c art. 14, caput, CF); o da igualdade do voto, que traduz o famoso enunciado político americano *one man, one vote* (art. 5º, caput, parte inicial c/c 14, caput, parte final, CF); o do pluralismo político, especificado na seara eleitoral-partidária pelo pluripartidarismo (art. 1º, V c/c art. 17, caput, CF); e o da inclusão, garantia de existência e participação das minorias no regime democrático das maiorias (dentre alguns, arts. 58, §§ 1º, 3º e 4º; 89, IV e V).

Com isso, pensamos ter cumprido os objetivos traçados na Introdução, especialmente contribuir para lançar alguma luz a mais às discussões parlamentares em torno da reforma política, de modo que haja resultado coerente das escolhas institucionais realizadas, notadamente na harmonia entre sistemas eleitorais proporcionais, representação de minorias, fragmentação partidária parlamentar e celebração de coligações, consoante os mandamentos insculpidos na Constituição Federal.

Exclusion Clauses in Proportional Systems - Thoughts on (Un) Constitutionality and (I) Legitimacy of Rules Contention Ratio Representative to multiparty politics in Brazil - the case of Article 109, § 2 of the Electoral Code - (In) Compatibility Constitutional?

Abstract: Builds critical thinking around the implementation of the exclusion clauses in proportional systems in Brazil. It clarifies concepts relating to electoral systems, in general, and the proportional system, in particular. Identifies characteristics of the Brazilian system of proportional representation. Literature describes the legislation constitutional and infra, the doctrine of Political Science on electoral systems and their application and Legal doctrine and jurisprudence of the TSE, and about the Supreme Court addressed the constitutional principles and the current law. Displays actual electoral data of occurrence of the fact, discussed here in the 2010 election for Federal State of Rio Grande do Sul Responds conclusively, in general, on (i) legitimacy and (un) constitutionality of legal provisions that establish the exclusion clauses in proportional systems in Brazil and, specifically, about the (in) compatibility of the constitutional exclusion clause contained in the Brazilian Electoral Code.

Keywords: Brazil - proportional system. Multiparty. Political representation. Exclusion clause - legitimacy. Constitutionality.

21. TAVARES, José Antonio Giusti. **Sistemas Eleitorais nas Democracias Contemporâneas**: Teoria, Instituições, Estratégia. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

22. VEGA, José E. Molina. Proporcionalidade. In: Diccionario Electoral. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2.ed. San José, Costa Rica: IIDH, 2000. 2t. (Elecciones y Democracia)