Cláusura de barreira: Do aspectos histórico, constitucional e atual

INES DA TRINDADE CHAVES DE MELO

Sobre a autora:

Ines da Trindade Chaves de Melo. *Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.*

RESUMO

Sendo colocados como sinônimos, a cláusula de exclusão ou cláusula de desempenho é uma norma que impede ou restringe o funcionamento parlamentar ao partido que não alcançar determinado percentual de votos. Aprovada em 1995 para ter validade nas eleições de 2006, a regra determinava que os partidos com menos de 5% dos votos nacionais não teriam direito a representação partidária e não poderiam indicar titulares para as comissões, incluindo CPIs (Comissões Parlamentares de Inquérito). Considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), sob o argumento de que prejudicaria os pequenos partidos, o que também perdiam o direito à liderança ou cargos na Mesa Diretora e recursos do fundo partidário, além de ter o tempo restrito de propaganda eleitoral gratuita no rádio e TV. O presente artigo visa esclarecer a origem da cláusula de barreira em outros países e a discussão no Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, culminando na inconstitucionalidade do instituto e, principalmente, o posicionamento nos dias de hoje sobre a cláusula de barreira.

Palavras-chave: Cláusula de barreira; cláusula de exclusão; cláusula de desempenho.

ABSTRACT

Being placed as synonyms, the exclusion clause or performance clause is a norm that prevents or restricts the parliamentary functioning of the party that does not reach a certain percentage of votes. Approved in 1995 to be valid in the 2006 elections, the rule dictated that parties with less than 5% of national votes would not be entitled to party representation and could not nominate committee members, including Parliamentary Committees of Inquiry. Considered unconstitutional by the Federal Supreme Court (STF), on the grounds that it would harm small parties, which also could lost the right to leadership or positions in the Bureau and resources of the party fund, in addition to having the restricted time of free electoral propaganda in the radio and TV. This article aims to clarify the origin of the barrier clause in other countries and the discussion in the Federal Supreme Court on the subject, culminating in the unconstitutionality of the institute and, mainly, the positioning in the present day on the barrier clause.

Key words: Barrier clause; exclusion clause; performance clause

A Cláusula de barreira (cláusula de desempenho ou de exclusão) está presente em outros ordenamentos jurídicos, países nos quais se entende haver uma democracia consolidada, o referido instituto compõe o rol de normas partidárias, e por vezes de modo muito mais severo que no Brasil.

Na Alemanha, por exemplo, (país cujo sistema eleitoral serve de base para as modificações havidas na legislação do Brasil) a cláusula de barreira consta no art. 6º, § 6º, da Lei Federal de Regime Eleitoral da Alemanha.

O número de representantes de cada Estado não é fixo, pois as eleições se dividem em duas partes, uma decidida por votação majoritária e a outra proporcional, que poderá variar conforme o comparecimento do eleitorado, já que o voto é facultativo. A partir disso, são desconsiderados os votos dos partidos que não receberem, pelo menos, 5% dos votos nas eleições proporcionais, ou partidos que não elegerem individualmente candidatos em três distritos, no mínimo[1].

Assim, como o sistema alemão é misto, a cláusula de exclusão é composta tanto de regras para partidos como para candidatos, considerados sujeitos propriamente ditos.

Outros países também possuem a cláusula de barreira, como no caso da Suécia, França, Espanha Itália e Grécia. Todavia, em Portugal o referido instituto é proibido constitucionalmente.

Dessa forma, historicamente, a cláusula de desempenho ou cláusula de barreira teve origem na Alemanha pós-guerra. No meio jurídico brasileiro, os primeiros sinais de visibilidade do instituto ocorreram nas décadas de 1940 e 1950.

O art. 5º do Decreto Lei nº8.835/46 estipulava a cassação do registro dos partidos políticos que, nas eleições a que tivessem concorrido, não obtivessem votação pelo menos igual ao número de eleitores com que tivessem alcançado seu registro definitivo.

Posteriormente, no Código Eleitoral de 1950 em seu artigo 148, aduzia que o partido que não elegesse pelo menos um representante para o Congresso Nacional ou que não tivesse a adesão de pelo menos cinquenta mil votos, o registro na Justiça eleitoral seria cancelado.

A lei nº4.740/65 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), na época da ditadura militar, tinha como requisito para a constituição originária do partido que esse contasse, inicialmente, com pelo menos 3% (três por cento) do leitorado que tivesse votado na última eleição geral para Câmara dos Deputados, distribuídos em onze ou mais estados, com o mínimo de 2% (dois por cento) em cada um deles.

Já a Constituição de 67 impedia a existência de coligações partidárias. Em suas várias emendas, pelas quais essa Constituição passou, algumas abordaram a cláusula de desempenho, a título de exemplo a emenda constitucional nº1, de 1969, em seu art. 152, inciso VII, a emenda constitucional nº 11, de 1978, m seu art. 152, parágrafo 2º, inciso II e §3º e a emenda constitucional nº 25, de 1985, em seu art. 152, parágrafo 1º.

Vale ressaltar que a matéria empregada pelas emendas constitucionais nº 11 e nº 25 sobre a cláusula de barreira não chegou a ser aplicada. A primeira estabeleceu que a cláusula não se aplicaria às eleições subsequentes. A segunda emenda, previu que a cláusula não seria aplicada às eleições de 15 de novembro de 1986.

De todo modo, a Constituição Federal de 1988, por sua vez, não estabeleceu qualquer percentual referente a uma cláusula de desempenho. Posteriormente, com a Revisão Constitucional de 1993, ocorreu uma tentativa de reintrodução do instituto, através do Parecer nº36, de autoria do deputado Nelson Jobim. O objetivo era alterar o art. 17 da Constituição Federal inserindo uma cláusula de barreira.

No parecer, existia a previsão que somente teria direito a representação na Câmara dos Deputados o partido que obtivesse o apoio de 5% (cinco por cento) dos votos válidos, excluídos brancos e nulos, apurados em eleição geral distribuídos em pelo menos um terço dos Estados, atingindo dois por cento em cada um deles. Entretanto, tal parecer, não chegou a entrar em votação.

Ainda em 1993 foi editada a Lei nº8.713/93, que restringia a apresentação da candidatura para a eleição a ser realizada em 1994 com base em desempenho eleitoral da eleição anterior. Os artigos dessa lei foram alvos de duas ações diretas de inconstitucionalidade julgadas procedentes (ADIs 958-3 e 966-4).

[1]VOGEL, Luiz Henrique. Estudo sobre a PEC 10/1995, que institui o sistema distrital misto. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em: <www2.camara.gov.br/publicacoes/estnottec/tema3

Dois anos após, adveio a Lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) com seu art. 13 dispondo que reservava à lei a questão do funcionamento parlamentar. Assim, o legislador ordinário previu que *"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".*

Esta lei também previu uma norma de transição com eficácia até as eleições de 2006, com a finalidade dos partidos se adaptarem aos novos parâmetros legais. Tal previsão se encontra no art.57 e incisos [2].

Após a Lei 9.096/95, duas ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, as ADIs 1351-3 e ADI 1354-8, com o objetivo de impugnarem o artigo 13 da mencionada lei e dos demais dispositivos. No fim, se confirmou a inconstitucionalidade da cláusula de barreira prevista na lei. Este julgamento ocorreu em 07 de dezembro de 2006.

Todavia, logo após, o senador Marco Maciel apresentou a PEC 02/07, que visava construir uma cláusula de desempenho dos partidos, porém por via de emenda à constituição e não mais por uma legislação infraconstitucional. Dessa forma, o projeto foi apresentado em 6 de fevereiro de 2007 à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), cumprindo a determinação de cinco sessões de discussão em plenário.

Ainda assim, em cumprimento ao disposto no art. 332 do Regimento Interno, a Presidência determinou, após análise de cada proposição, o arquivamento de todas as matérias em tramitação no Senado, salvo aquelas que se enquadrassem nas hipóteses elencadas nos incisos do mencionado dispositivo regimental e no Ato nº 2, de 2014, da Mesa do Senado Federal[3]. Por fim, a proposta de emenda foi arquivada ao final da Legislatura (art. 332 do RISF).

Recentemente, a cláusula de barreira voltou novamente ao debate pela Proposta de Emenda à Constituição nº 36/2016[4]. O mencionado texto teve encaminhamento em 24 de novembro de 2016 para a Câmara dos Deputados. Porém, antes deste encaminhamento, o Parecer nº 903/2016 propôs a redação final da Proposta de Emenda à Constituição nº 36, de 2016 e no que tange a cláusula de barreira ficou consignado o seguinte:

---

[2] Art. 57. No período entre o início da próxima Legislatura e a proclamação dos resultados da segunda eleição geral subseqüente para a Câmara dos Deputados, será observado o seguinte:

I - direito a funcionamento parlamentar ao partido com registro definitivo de seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral até a data da publicação desta Lei que, a partir de sua fundação tenha concorrido ou venha a concorrer às eleições gerais para a Câmara dos Deputados, elegendo representante em duas eleições consecutivas:

a) na Câmara dos Deputados, toda vez que eleger representante em, no mínimo, cinco Estados e obtiver um por cento dos votos apurados no País, não computados os brancos e os nulos;

b) nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras de Vereadores, toda vez que, atendida a exigência do inciso anterior, eleger representante para a respectiva Casa e obtiver um total de um por cento dos votos apurados na Circunscrição, não computados os brancos e os nulos;

II - vinte e nove por cento do Fundo Partidário será destacado 17 da Constituição Federal e a ele acrescenta os §§ 5º, 6º, 7º e 8º, para autorizar distinções entre partidos políticos, para fins de funcionamento parlamentar, com base no seu desempenho eleitoral.para distribuição, aos Partidos que cumpram o disposto no art. 13 ou no inciso anterior, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados;

III - é assegurada, aos Partidos a que se refere o inciso I, observadas, no que couber, as disposições do Título IV:

a) a realização de um programa, em cadeia nacional, com duração de dez minutos por semestre

b)a utilização do tempo total de vinte minutos por semestre em inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais e de igual tempo nas emissoras dos Estados onde hajam atendido ao disposto no inciso I, b.

[3] https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79844

Art. 1 o A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 17 (...)

§ 2° Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral, e terão direito a funcionamento parlamentar aqueles que obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos 14 (quatorze) unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma destas.

Art. 3° As restrições ao funcionamento parlamentar dos partidos políticos previstas nos §§ 2°, 3° e 6° do art. 17 da Constituição Federal aplicar-se-ão a partir das eleições de 2022.

Parágrafo único. Nas eleições de 2018, as restrições de que trata o caput se aplicarão aos partidos políticos que não obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo 2% (dois por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelos menos 14 (quatorze) unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma destas.

Na Câmara dos Deputados, o Projeto de Emenda à Constituição ganhou o número 282/2016. Iniciada no Senado Federal, com a assinatura de 36 dos seus membros, ali constando nomes das mais expressivas lideranças do governo e da oposição. Em seguida, encaminhada à Câmara, onde obteve parecer favorável à sua constitucionalidade, sendo, então, criada a Comissão Especial para discuti-la em 16 de maio de 2017, com posterior aprovação no Senado, como se verificará posteriormente[5].

Conforme já mencionado, várias foram as tentativas de implementação da cláusula de barreira no Brasil. Dessas tentativas, tivemos ações impetradas objetivando o julgamento de inconstitucionalidade no país. Dentre elas está a ADI 958-3 e 966-4.

Em outubro de 1993, essas duas ações foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 8.713/93, que fundamentava a cláusula de barreira, com o seguinte teor:

Art. 5º Poderá participar das eleições previstas nesta lei o partido que, até 3 de outubro de 1993, tenha obtido, junto ao Tribunal Superior Eleitoral, registro definitivo ou provisório, desde que, neste último caso, conte com, pelo menos, um representante titular na Câmara dos Deputados, na data da publicação desta lei.

§ 1º Só poderá registrar candidato próprio à eleição para Presidente e Vice-Presidente da República:

I - O partido que tenha obtido, pelo menos, cinco por cento dos votos apurados na eleição de 1990 para a Câmara dos Deputados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados;

II - o partido que conte, na data da publicação desta lei, com representantes titulares na Câmara dos Deputados em número equivalente a, no mínimo, três por cento da composição da Casa, desprezada a fração resultante desse percentual;

III - coligação integrada por, pelo menos, um partido que preencha condição prevista em um dos incisos anteriores, ou por partidos que, somados, atendam às mesmas condições.

§ 2º Só poderá registrar candidatos a Senador, Governador e Vice-Governador:

I - o partido que tenha atendido a uma das condições indicadas nos incisos I e II do parágrafo anterior;

[4] Ementa:
Altera os §§ 1º, 2º e 3º, do art.- Somente terão funcionamento parlamentar os partidos que, a partir das eleições de 2018, obtenham um mínimo de dois por cento dos votos válidos apurados nacionalmente e a partir das eleições de 2022, um mínimo de três por cento desses votos, distribuídos em, pelo menos, quatorze unidades da Federação, com um mínimo de dois por cento dos votos válidos em cada uma delas; prevê que apenas os partidos que obtiverem o desempenho eleitoral exigido terão assegurado o direito à proposição de ações de controle de constitucionalidade, estrutura própria e funcional das casas legislativas, participação nos recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à TV.

[5] http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2118401

> *II - o partido que, organizado na circunscrição, tenha obtido na eleição de 1990 para a respectiva Assembléia ou Câmara Legislativa três por cento dos votos apurados, excluídos os brancos e nulos;*
>
> *III - coligação integrada por, pelo menos, um partido que preencha uma das condições previstas nos incisos I e II deste parágrafo, ou por partidos que, somados, atendam às mesmas condições.*
>
> *§ 3º Até cinco dias a contar da data da publicação desta lei, a Presidência da Câmara dos Deputados informará ao Tribunal Superior Eleitoral o número de Deputados Federais integrantes de cada bancada partidária naquela data.*
>
> *§ 4º Até 31 de dezembro de 1993, o Tribunal Superior Eleitoral divulgará a relação dos partidos aptos a registrar candidatos próprios às eleições para Presidente e Vice-Presidente da República, e ainda daqueles que, em cada Estado e no Distrito Federal, poderão registrar candidatos para Senador, Governador e Vice-Governador.*

Em resumo, o PRONA (Partido da Reedificação da ordem Nacional), Autor da ADI 958 tinha como argumentos que os preceitos desta lei estavam violando os princípios da isonomia, da irretroatividade do preceito legal, do direito adquirido e da coisa julgada, ao fim requerendo tanto a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados como a concessão de liminar.

No que tange a cautelar nesta ação, apreciada em 20 de outubro de 1993, cumpre destacar que por maioria dos votos foi indeferido o requerimento, totalizando sete ministros. Dentre os votos de destaque, o Ministro Carlos Velloso apresentava uma tendência de concordância com o instituto de clausulas que impeçam a participação de certos partidos políticos. Entretanto, não vislumbrou à época, os requisitos da cautelar do "fumus boni juris" e "periculum in mora" e de relevância do fundamento da inicial, votando pela não concessão da liminar.

No Julgamento final, tendo as ações ADI 958-3 e ADI 966-4 versando sobre o mesmo assunto foi determinado o apensamento da segunda ação direita de inconstitucionalidade mencionada a primeira ação, tendo sido ambas julgadas pela sessão de plenário do Supremo Tribunal Federal em 11 de maio de 1994.

A título de fundamento, vale ressaltar que os pareceres da Advocacia Geral da União como o da Procuradoria Geral da República foram pela improcedência do pedido formulado. Entretanto, uma alteração de entendimento do PGR considerou a procedência parcial do pedido.

Pois bem. A partir da análise dos votos proferidos no Supremo Tribunal Federal nas ADIs 958-3 e 966-4, os parágrafos 1º e 2º com seus respectivos incisos, do artigo 5º da lei 8713/93 foram julgados inconstitucionais. No entanto, o caput do artigo 5º da Lei 8.713/93 foi considerado constitucional[6].

O último caso de discussão do tema nos Tribunais Superiores, após a declaração de inconstitucionalidade de parte do artigo da Lei 8.713/93 foi com a sanção da nova lei referente ao funcionamento parlamentar dos partidos políticos. Essa lei era a de nº9.096/95, cuja constitucionalidade foi atacada.

Os partidos entraram com ação visando a inconstitucionalidade de alguns artigos da lei (ADI 1351-3 e ADI 1358-8, esta em caráter liminar). A Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 1.351-3/DF tinha como objetivo a retificação dos dispositivos da Lei nº9.096 de 19 de setembro de 1995, especialmente o art. 13 e os demais artigos vinculados a ele. Tais artigos mencionavam sobre o funcionamento parlamentar dos partidos políticos e justamente sobre a cláusula de barreira.

Na visão dos partidos que ingressaram com a ação, esta medida tinha como objetivo a proteção constitucional à liberdade partidária, pois a lei continha, a partir do seu art. 13, requisitos de representatividade para o funcionamento dos partidos políticos no Congresso Nacional e, segundo o entendimento dos Autores da ação, e depois no entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal, consistia em grave atentado à democracia representativa brasileira.

A Lei 9.096/95, denominada Lei dos Partidos Políticos previa, ainda, a distribuição desigual do Fundo Partidário (art. 41 da Lei) e do tempo de programa televisivo para a propaganda partidária. São os artigos mencionados na Ação Direita de Inconstitucionalidade em questão:

[6] http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/133

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.

(...)

Art. 41. O Tribunal Superior Eleitoral (...) 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.

(...)

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.

Conforme se verifica, esses dispositivos encontram suporte na denominada "cláusula de barreira", adotado pela Carta outorgada de 1967, com exigências semelhantes às dispostas no art. 13 da Lei de 1995. Tal Constituição, esteve sujeita a diversas retificações até sua total extinção em 1985, com a redemocratização do país.

Para os autores das ações de inconstitucionalidade, a invalidade da cláusula de barreira tornou-se evidente após a Constituição de 1988, na qual tornaram como princípios fundamentais o pluralismo político, a igualdade e a liberdade de associação, adotando-se assim o pluripartidarismo como forma de garantir a igualdade de representação, princípios caros ao regime democrático.

Assim, justamente nesse ponto que os partidos requerentes fazem uso das ADIs 958-3 E 966-4, anteriormente abordadas, demonstrando a preocupação com a cláusula de barreira, que por meio dessas ações já havia sido julgada inconstitucional o instituto.

Pois bem. Primeiramente, a medida liminar ADI nº1354-8, sedimentou que a exceção de suspeição deduzida contra o Ministro Presidente, por unanimidade, não ficou conhecida, pois tal arguição na época era incabível no âmbito do processo objetivo de controle normativo abstrato de constitucionalidade. Em seguida, por unanimidade de votos, a medida liminar restou indeferida com o fundamento de que, pelo menos na fase do exame cautelar, nenhum casuísmo pode comprometer a legalidade e o juízo de conveniência e oportunidade para a vigência das normas atacadas.

No que tange a matéria propriamente dita, no caso a ADI 1.351-3/DF, o Supremo Tribunal Federal entendeu, por unanimidade, pela inconstitucionalidade, com o fundamento que seguiria o previsto na Constituição Federal, garantindo que o direito das minorias prevalecesse em relação aos interesses das maiorias, bem como afastou um precedente atentatório à essência das garantias e liberdades brasileiras. A seguir o fundamento de cada ministro:

- *Marco Aurélio (relator) – Argumentos utilizados: Pluralismo político, soberania popular, liberdade dos partidos políticos, pluripartidarismo e proteção às minorias - Necessidade de matéria ser tratada por via constitucional – Razoabilidade- O ministro inicia seu voto através da análise dos votos obtidos por cada partido com o registro no TSE na eleição de 2006. A análise visa demonstrar que apenas sete partidos, dos vinte e nove partidos registrados, alcançariam os patamares exigidos pela lei 9.096/95. Posteriormente, o ministro expõe um histórico da cláusula de barreiras, aduzindo que a Constituição de 88 optou por um caminho oposto ao ordenamento anterior, proclamando valores como o pluralismo político, a soberania popular, a liberdade*

dos partidos políticos e a proteção das minorias, não possibilitando a Constituição a existência de partidos de primeira e segunda classes. O ministro reconhece a preocupação com a proliferação exagerada dos partidos políticos, mas acredita que a diminuição do rol de partidos ocorre automaticamente por meio do voto popular. Afirma que o legislador ordinário deve abordar a matéria relativa o funcionamento parlamentar, desde que observe os princípios constitucionais. Também mencionada que a matéria deveria ter um trato constitucional e critica em seu voto a Lei 9.096/95 por ignorar a necessidade de se tratar da matéria em sede constitucional, aprovando um conteúdo que já havia sido rejeitado por via de emenda constitucional. Por fim, a argumentação do ministro segue pela via de razoabilidade e da proteção das minorias, pois a negação de funcionamento parlamentar aos partidos minoritários carece de razoabilidade, também no ponto da divisão do fundo partidário e para o acesso ao rádio e à televisão. Dessa forma, os partidos minoritários estariam sendo condenados à ditadura da maioria e ignorando-se a proteção constitucional que deve ser dada aos setores minoritários. Assim, o ministro acaba por declarar a inconstitucionalidade do art. 13; a expressão "obedecendo os seguintes critérios", contida no caput do art. 41; incisos I e II do artigo 41; artigo 48; a expressão "que atenda ao disposto no art. 13", contida no caput do artigo 49, com redução de texto; caput dos artigos 56 e 57, com interpretação que elimina as limitações temporais neles presentes até que sobrevenha nova lei a respeito; e a expressão "no art. 13", presente no inciso II do art. 57. Entretanto, não considera inconstitucional o inciso II do artigo 56.

- *Lewandowski – Argumentos utilizados: Reforma política - Pluralismo político - Proteção às minorias. O ministro após abordar sobre a evolução histórica da cláusula de barreira, insere sua relevância em um contexto mais amplo de reforma política. Afirma entender que a matéria trata num plano inconstitucional, fere o princípio gasalhado no inciso V do art. 1º da Constituição, qual seja, o pluralismo político, fundamento do Estado Democrático de Direito. Aduz que deve ser observado o art. 17 da Constituição, no que diz respeito à necessidade de lei que regulamente a questão do funcionamento parlamentar e o direito ao fundo partidário e aos meios de comunicação, não devem nunca perder e vista os valores constitucionais inerentes ao princípio republicano e democrático. O ministro votou pela procedência das duas ações.*

- *Gilmar Mendes- Argumentos utilizados: Direito eleitoral comparado: direito alemão- Princípio da proporcionalidade e igualdade de chances- proteção às minorias- crise do sistema eleitoral proporcional. Busca no direito alemão bases para seu voto. É no direito eleitoral alemão que o ministro Gilmar Mendes buscará as bases para a fundamentação de seu voto. Considera o ministro que restrições decorrentes do desempenho eleitoral do partido não sejam, a princípio, inconstitucionais, mas que a fórmula estabelecida pelo caso brasileiro representa uma limitação inaceitável. Enquanto o direito alemão prevê que o desempenho eleitoral seja determinante para a própria eleição do representante, a lei 9096/95 não afeta a eleição do representante, mas restringe o funcionamento parlamentar do partido. Tal restrição evidenciaria uma clara violação ao princípio da proporcionalidade e um sacrifício às minorias. Além disso, as restrições impostas quanto ao rateio do fundo partidário e o acesso aos meios de comunicação configurariam clara afronta ao princípio da igualdade de chances, que o ministro entende ser princípio integrante da ordem constitucional brasileira e exigência básica de um modelo democrático e pluripartidário. A partir daí, o ministro enfatiza a existência de uma verdadeira crise no sistema eleitoral proporcional brasileiro, fazendo, inclusive, algumas reflexões sobre a questão da fidelidade partidária. No contexto dessa crise e de uma reforma política, o ministro Gilmar Mendes entende ser perfeitamente possível a instituição de cláusulas fundadas no desempenho eleitoral do partido político, cláusulas que versem não apenas sobre o funcionamento parlamentar como sobre a própria eleição do representante, assim como ocorre em outros países. Entretanto, deveria assegurar a todos os partidos os meios e recursos necessários para participar das eleições, em observância ao princípio da igualdade de chances. De acordo com o ministro, a tentativa realizada pela legislação brasileira equivocou-se tanto quanto à forma como quanto à proporção da barreira estabelecida. Barreira que, nos termos colocados, só poderia ter como conseqüências práticas a anulação da efetividade da atuação do partido como bancada específica e a acentuação do desvirtuamento da fidelidade partidária, o que iria de encontro aos objetivos da reforma política. Quanto a uma possível via pela qual pudesse ser instituída a cláusula de barreira, o ministro chega até mesmo a enunciar que: " É possível, sim, ao legislador – não precisaria elevar a questão para o patamar da legislação constitucional – estabelecer uma cláusula de barreira".13 Concluindo seu voto, Gilmar Mendes vota pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 13; da expressão "obedecendo aos seguintes critérios" contida no art.41, assim como dos incisos I e II deste artigo; do art. 48; da expressão "que atenda ao disposto no artigo 13" contida no artigo 49; e da expressão "no art. 13 ou" contida no inciso II do art. 57. Quanto ao artigo 57, o ministro vota no sentido de que as normas de transição nele contidas continuem em vigor até que o legislador regulamente a matéria de acordo com o entendimento proferido pelo Tribunal.*

- *Carmen Lúcia – Argumentos utilizados: Pluralismo político - Proteção às minorias - Princípio da proporcionalidade - Igualdade de voto do eleitor. A ministra segue muito dos argumentos já comentados nos votos que haviam precedido, entre eles a questão da ditadura da maioria, a necessidade de proteção às minorias, o respeito ao pluralismo político e violação aos princípios da proporcionalidade e da oportunidade. O ponto*

principal está no fato de que a lei configuraria uma afronta ao art. 14 da CRFB. Afirma que o direito ao voto de cada cidadão não é um direito que se pede após a eleição, é um direito que permanece durante todo o mandato do representante. Negar o funcionamento parlamentar a um partido com representantes eleitos por meio desse voto seria restringir também esse próprio direito ao voto, além de restringir o direito à representação popular por meio de um partido. Nesse sentido, a ministra votou pela inconstitucionalidade dos artigos impugnados, acompanhando os termos do relator Marco Aurélio.

- *Eros Grau – Principais Argumentos: Pluralismo político - Liberdade de associação - Princípio da igualdade de chances - Igualdade de voto do eleitor. O ministro embasa seu voto pela procedência das ações no princípio do pluralismo político, no direito de associação e no princípio da igualdade de chances. Afirma, que a igualdade de chances deve ser observada também no exercício dos mandatos dos representantes eleitos, sob pena de se atacar não apenas a isonomia entre os partidos políticos como a isonomia entre os eleitores.*

- *Carlos Britto – Principais Argumentos: Princípio da proporcionalidade estrita - Liberdade de associação - Igualdade de voto do eleitor - Proteção às minorias - Art.17 – inciso IV: não constitui norma de eficácia limitada. Afirma o ministro que é um caso de aplicabilidade do princípio da proporcionalidade estrita, fazendo uma opção pelo lado que privilegia os partidos políticos e o princípio da liberdade associativa. Evoca o argumento utilizado pela Ministra Carmen Lucia e Eros Grau sobre o respeito à soberania popular e a igualdade do eleitor. Afirma sobre a necessidade de proteção das minorias e considera que o artigo 17, em seu inciso IV, não constitui norma de eficácia limitada. Assim, o funcionamento parlamentar seria um direito de todos os partidos, só cabendo ao legislador ordinário versar sobre o modus operandi desse funcionamento. Seu voto acompanhou o ministro relator.*

- *Cezar Peluso – Principais Argumentos: Isonomia - Liberdade dos partidos políticos - Pluralismo político. O ministro atentou para o fato para expressar ponto de vista pessoal ao art. 13, que para o ministro parece ser o artigo mais denso em termos de discussão. Além de ofender textualmente o artigo 17, caput, o artigo 1º e vários outros, também dificilmente escapa ao teste do postulado da igualdade. Afirma que toda desigualdade se funda em algum critério. No caso em concreto, tem o critério de desigualdade baseado no número de votos atribuídos ou imputáveis aos partidos políticos como tais, ou seja, qualidade atribuída aos partidos políticos nas razões de sua existência e, em particular, na razão da sua capacidade jurídica específica de apresentar e eleger candidatos. Assim, se o critério fosse utilizado para finalidade de restringir a existência ou essa capacidade dos partidos, não se teria dúvidas em aceitar tal situação. Dessa forma, ressalta não repudiar a ideia de medidas que objetivem evitar o multipartidarismo excessivo, mas não vislumbra que a solução seja a encontrada pela Lei 9.096/95, pois ofenderia o postulado constitucional de igualdade, ao caput do art. 17 da CF, ao postulado de proibição de excessos e ao princípio do pluralismo político, acompanhando os termos do voto do relator.*

- *Sepúlveda Pertence – Principais Argumentos: Pluralismo partidário, liberdade dos partidos políticos, proteção às minorias. Federalismo e o art. 17, inciso IV não constitui norma de eficácia limitada. Afirmou que dois aspectos impressionaram na decisão liminar (ADI 1354-8): primeiro o cotejo com a decisão anterior do Tribunal, a da Adin 958, quando foi declarada inconstitucional um dispositivo da Lei. 8.713/93, que vedava aos partidos que não tivessem obtido nas eleições anteriores determinado desempenho a apresentação de candidatos às eleições majoritárias, a começar pela de presidente da República. Assim, o argumento predominante na Adin 958 foi o que se chamou de ofensa ao "substantive due processo of law", porque se fundava a diferenciação entre os partidos em dados concretos já conhecidos. De acordo com o ministro, a inconstitucionalidade era chapada. Afirmou também, adesão integral ao voto do relator, o Ministro Marco Aurélio, bem como a relativa igualdade de chances, que há de entender-se contida no próprio princípio fundamental do pluralismo político e no da liberdade de criação de partidos políticos. Ressaltou que democracia não se faz apenas com o governo da maioria, mas como um governo da maioria em que a minoria pode aspirar a transforma-se em maioria. Aborda ainda no voto, que uma interpretação míope do art. 17, IV da CRFB diria tratar-se de norma de eficácia limitada. Afirma que cabe à lei regular o funcionamento parlamentar que ali se assegura aos partidos políticos. Entendeu, não se tratar de uma reserva absoluta de regimento interno, pois a Constituição confiou à lei e estabeleceu uma competência legislativa explícita para modular o funcionamento partidário. Para o ministro, o critério universal básico será, realmente, a diferenciação pelo desempenho e representatividade de cada partido no conjunto do eleitorado. Aduz que diversamente da fórmula da República Federal da Alemanha, a nossa cláusula de exclusão não extingue o partido político, não lhes decreta a morte, mas é mais cruel porque condena partidos políticos que não tenham atingido o patamar legal. Também menciona, que a fórmula da Lei 9.096 traz implicações sérias para o federalismo. Por fim, pugnou pela procedência das ações.*

- *Ellen Gracie - Termos da lei excessivamente draconianos- Pela Inconstitucionalidade. A ministra acompanha os termos do voto do relator.*

O julgamento termina por declarar a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei nº9.096/95, por unanimidade: inconstitucionalidade do art. 13; a expressão "obedecendo os seguintes critérios", contida no caput do art. 41; incisos I e II do artigo 41; artigo 48; a expressão "que atenda ao disposto no art. 13", contida no caput do artigo 49, com redução de texto; caput dos artigos 56 e 57, com interpretação que elimina as limitações temporais neles presentes até que sobrevenha nova lei a respeito; e a expressão "no art. 13", presente no inciso II do art. 57. Por unanimidade também, o STF declarou constitucional o inciso II do artigo 56.

Como já mencionado, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Emenda à Constituição sobre a cláusula de barreira ganhou o número 282/2016. Iniciada no Senado Federal, com a assinatura de 36 dos seus membros, ali constando nomes das mais expressivas lideranças do governo e da oposição. Em seguida, encaminhada à Câmara, onde obteve parecer favorável à sua constitucionalidade, sendo, então, criada a Comissão Especial para discuti-la em 16 de maio de 2017.

Com o retorno ao Senado Federal, a proposta de emenda à constituição ganhou o nº33, de 2017, sendo aprovada no dia 3 de outubro de 2017, originado a Emenda Constitucional nº97/2017 e criando a partir dos resultados das eleições de 2018, cláusulas de desempenho eleitoral para que os partidos políticos tenham acesso ao fundo partidário e ao tempo gratuito de rádio e televisão, além de acabar com as coligações para eleições proporcionais para deputados e vereadores, nesse caso a partir de 2020[7].

Para restringir o acesso dos partidos a recursos do Fundo Partidário e ao tempo de rádio e TV, a emenda criou uma espécie de cláusula de desempenho, com exigências gradativas até 2030.

Só terá direito ao fundo e ao tempo de propaganda na legislatura seguinte às eleições de 2018, o partido que tiver recebido ao menos 1,5% dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com o mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas. Se não conseguir cumprir esse parâmetro, o partido poderá ter acesso também se tiver elegido pelo menos 9 deputados federais, distribuídos em um terço das unidades da Federação.

Na opinião dos defensores da medida, a proposta não afronta as cláusulas pétreas da Constituição. Ao contrário, o que se tem é a alteração do texto constitucional para estabelecer um limite mínimo de votos bem inferior ao que aprovado em 1995, que era de 5% (cinco por cento) pela via da legislação ordinária, e que acabou sendo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Na legislatura seguinte às eleições de 2022, a exigência será maior: terão acesso ao fundo e ao tempo de TV aqueles que receberem 2% dos votos válidos obtidos nacionalmente, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas ou tiverem elegido pelo menos 11 deputados federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

Na legislatura seguinte às eleições de 2026 o acesso dependerá de um desempenho ainda melhor: 2,5% dos votos válidos obtidos nacionalmente, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos em cada uma delas ou tiverem elegido pelo menos 13 deputados federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

Os percentuais agora propostos, parecem válidos, sob a ótica dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A medida não revela qualquer viés de restrição à representatividade das minorias, mas, ao contrário, pugna pela organização racional do sistema partidário e da distribuição dos escassos recursos públicos entre os partidos que dispõem de um mínimo de expressão eleitoral na sociedade.

Na verdade, é hora de conferir racionalidade e coerência ao nosso sistema político-partidário. As propostas, sob qualquer ângulo, não ofendem a Constituição. A Constituição está sendo homenageada, uma vez que permitirão o bom funcionamento do modelo de democracia partidária por ela desenhado.

Nesse sentido, convém reproduzir, ainda, uma contundente manifestação do cientista político Jairo Nicolau[8]:

[7] https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/03/aprovado-fim-das-coligacoes-em-eleicoes-proporcionais-a-partir-de-2020

[8] Nicolau, Jairo. Representantes de quem? Editora Zahar, 2017.

O montante do Fundo Partidário recebido pelos micropartidos é expressivo. Nas eleições para a Câmara dos Deputados de 2014, treze partidos receberam menos de 1% dos votos (a soma de seus votos chega a 6%).

No ano seguinte, esses mesmos partidos receberam somados R$ 63 milhões do Fundo Partidário e ainda tiveram direito a propaganda partidária nos meios de comunicação – que também é paga pelos cidadãos, já que os canais de rádio e TV têm renúncia fiscal pelo uso desse tempo. Um passo importante é estabelecer uma distinção entre registro partidário, o acesso aos recursos do Fundo Partidário e a propaganda eleitoral e partidária. É descabido que a sociedade financie organizações que não conseguem um mínimo de apoio eleitoral

Em resumo, o parecer do Deputado Betinho Gomes reconhece que a proposta preserva o princípio constitucional da livre criação de partidos, propõe limites mínimos razoáveis (ainda passíveis de ajustes, no âmbito da Comissão Especial), fixou regras de transição, e instituiu caminhos alternativos de que podem se valer os partidos com afinidade ideológica para somarem forças e superarem as novas exigências.

No tocante à representatividade das minorias, não teria qualquer prejuízo. Ao contrário, seria forçoso reconhecer, nesta visão, que a fragmentação e a dispersão partidária em nada contribuem para esse fim. A formação de um quadro político-partidário racional, coerente e ideológico, como o que se espera em consequência das medias ora propostas, é que irá contribuir para a verdadeira identificação das minorias e de seus representantes.

Em relação aos modelos adotados por outros países com sistema eleitoral proporcional, julgamos que os limites propostos pela PEC nº 282/2016, agora PEC 33/2017, não destoam da maioria. Em relação à Alemanha, por exemplo, que exige 5% (cinco por cento dos votos) para que os partidos tenham acesso ao Parlamento, a medida ora proposta é bem mais branda.

Ainda com vários argumentos contra a cláusula de barreira, fato é que o número excessivo de legendas partidárias vem sendo objeto de preocupação no meio jurídico, em decorrência dos danos irreversíveis para o funcionamento do regime democrático restaurado com a Constituição Federal de 1988.

O Supremo Tribunal Federal mostrou-se sensível ao problema, ao reconhecer a constitucionalidade das normas que fortalecem o controle quantitativo e qualitativo dos partidos, sem afronta ao princípio da igualdade ou qualquer ingerência em seu funcionamento interno. Neste mesmo julgamento, enfatizou-se que a exigência constitucional do caráter nacional dos partidos políticos objetiva impedir a proliferação de agremiações sem expressão política, que podem atuar como "legendas de aluguel", fraudando a representação, base do regime democrático[9].

Nesse sentido, in verbis parte do voto do Ministro Gilmar Mendes:

"Extremamente artificial. É evidente que todas essas fórmulas vêm acompanhadas de um certo grau de provisoriedade no mínimo. Tanto é que nós vimos aqui, em todos os debates que tivemos que, se há uma coisa que sofre mudança, mesmo nos países de legislação estável, é o sistema político-eleitoral. Quer dizer, a toda hora está havendo ajustes no sistema e aqui nós estamos vivenciando isso. Então, de um lado, realmente, temos essa perspectiva de que vai dificultar a fusão. É muito provável que, em algum momento, venha talvez uma reforma mais profunda, de índole constitucional, a balizar tudo isto. Veja que chegamos a este número incrível de partidos, trinta e cinco. Hoje, esses chamados pequenos partidos já formam um bloco significativo, o que dificulta, por exemplo, a aprovação de fórmulas como essa da superação da coligação em âmbito proporcional, porque eles formam, como bloco, um bloco significativo. Tanto é que a fórmula de cláusula de barreira que se inventou era bloquear o partido que não atingisse um deputado só. Portanto, não se consegue consenso em torno desse tema. Então, a mim me parece que não há uma fórmula ótima. O que o Parlamento está a fazer com esse tipo de legislação é tentar dar respostas a fenômenos que revelam autênticas distorções. Aí, a gente pode discutir se adequado seria um ano, dois anos etc. Mas o que se quis talvez foi pelo menos um partido que tenha disputado uma eleição, ou tenha chance de disputar duas eleições, uma municipal e uma nacional, considerando que ele tenha caráter nacional; portanto, cinco anos, neste sentido, está longe de parecer abusivo."

Aliás, essa mudança de entendimento por parte do ministro ficou visivelmente destacado no momento do seu voto no caso de cassação da chapa formada por Dilma e Temer. Gilmar Mendes afirmou que na época do julgamento da inconstitucionalidade da cláusula de barreira o posicionamento era de que a ideologia dos pequenos partidos deveria ser protegida. Entretanto, no momento atual, afirma o ministro que esses partidos menores já não possuiriam qualquer ideologia para justificar proteção.

[9] ADI 5.311 MC, j. 30.09.2015, p. 04.02.2016

Assim, além das notáveis mudanças no entendimento sobre a cláusula de barreira, diante do exposto entende-se que houve acerto do Grupo de Reforma Política da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, não havendo óbice jurídico algum para a aprovação política dessa alteração do parágrafo 3º do artigo 17 da Constituição Federal, instituindo saneadora cláusula de desempenho em nosso sistema eleitoral para fortalecimento da própria democracia.

REFERÊNCIAS

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2118401

http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/133

https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/03/aprovado-fim-das-coligacoes-em-eleicoes-proporcionais-a-partir-de-2020

https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79844

Nicolau, Jairo. Representantes de quem? Editora Zahar, 2017.

VOGEL, Luiz Henrique. Estudo sobre a PEC 10/1995, que institui o sistema distrital misto. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em: <www2.camara.gov.br/publicacoes/estnottec/tema3