UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

ESTUDO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA CLÁUSULA DE BARREIRA INSTITUÍDA PELA EC 97 DE 2017

Andrei Rodrigues Alexandre Silva
Orientador: Prof. Me. Maurício Gentil Monteiro

Aracaju

2018

ANDREI RODRIGUES ALEXANDRE SILVA

ESTUDO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA CLÁUSULA DE BARREIRA INSTITUÍDA PELA EC 97 DE 2017

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo – apresentado ao Curso de Direito da Universidade Tiradentes – UNIT, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____.

Banca Examinadora

_____

Maurício Gentil Monteiro
Professor Orientador
Universidade Tiradentes

_____

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

_____

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

ESTUDO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA CLÁUSULA DE BARREIRA INSTITUÍDA PELA EC 97 DE 2017

STUDY ABOUT CONSTITUCIONALITY OF BARRIER CLAUSE INSTITUTED BY EC 97 OF 2017

Andrei Rodrigues Alexandre Silva[1]

RESUMO

Este artigo científico busca traçar um breve panorama histórico da cláusula de barreira no Brasil e sua mais nova inserção no ordenamento brasileiro através da Emenda Constitucional nº 97 de 2017, analisando a constitucionalidade do instituto à luz da jurisprudência e doutrina especializada. Foram brevemente ponderadas as principais Ações Diretas de Inconstitucionalidade que já tramitaram no STF versando sobre o instituto, em especial as ADI 1.351/DF e 1.354/DF, e a produção cientifica em torno do tema, através de uma revisão bibliográfica. Procede-se uma análise dos conceitos basilares relacionados ao tema, bem como dos fundamentos das referidas ADI que levaram a declaração de inconstitucionalidade das Cláusulas de Barreira que já vigoraram no Brasil, concluindo pela inconstitucionalidade da atual por ofensa à cláusula pétrea, qual seja, o Princípio Democrático insculpido na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Cláusula de Barreira. Reforma política. ADI 1.351. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This scientific article seeks to draw a brief historical overview of the barrier clause in Brazil and its newest insertion in the Brazilian order through Constitutional Amendment no. 97 of 2017, analyzing the constitutionality of the institute under of jurisprudence and specialized doctrine. Were analyzed the main Direct Actions of Unconstitutionality that were processed in the STF about the institute, the ADI 1,351 / DF and 1,354 / DF, as well the scientific production around the subject were briefly considered through a

[1] Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: andrei_afra@outlook.com

bibliographical review. It is done an analysis of the basic concepts related to the subject, as well as the foundations of the mentioned ADI that led to the declaration of unconstitutionality of the Barrier Clauses formerly in force on Brazil, concluding for the unconstitutionality of the current one for offense to the stony clause, that is, the democratic principle of the Federal Constitution of 1988.
Keywords: Barrier Clause. Political Reform. ADI 1.351. Unconstitutionality

1 INTRODUÇÃO

Desde os protestos ocorridos em junho de 2013, o Brasil passa por um largo período de instabilidade política. Diversos setores da sociedade clamavam por uma reforma política que pudesse mudar o paradigma brasileiro. Dentre os inúmeros problemas apontados, o alto número de Partidos Políticos existentes no Brasil foi reconhecido como um fator que causa grande instabilidade democrática na medida em que, segundo Assis e Miguel (2016), dificultam sobremaneira a governabilidade do país pois submetem a Presidência da República à necessidade de fazer acordos políticos para conseguir aprovar os projetos de interesse do governo.

Do mesmo modo, afirma-se que o alto número de partidos no Brasil contribui para crise de representatividade no sistema eleitoral (CASTRO, 2016), pois impede que o eleitor tenha uma clara legibilidade do quadro partidário para distinguir as correntes ideológicas que cada um representa. Condena-se a existência de partidos sem claro conteúdo ideológico, pois servem apenas como máquinas eleitorais para aqueles que estão no comando (BOAS, 2013), já que recebem recursos do fundo partidário e tem acesso a tempo gratuito no rádio e na televisão, mas não tem apoio popular reconhecido.

Nesse contexto, o Congresso Nacional aprovou em setembro de 2017 a Emenda Constitucional nº 97, que instituiu uma Cláusula de Barreira nacional no ordenamento eleitoral brasileiro. Tal instituto, segundo Resende (2017), determina percentual mínimo de votação cuja não transposição atrai consequências negativas para o partido. Esta não foi a primeira vez que este instituto foi inserido no Brasil. Após a Constituição Federal de 1988, a cláusula de barreira já fora promulgada duas vezes, ambas declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

A questão central que este trabalho tenta responder surge desse embate entre a instituição da nova cláusula de barreira e os motivos que levaram a declaração de inconstitucionalidade das tentativas anteriores. Nesse ponto, o estudo tem como objetivo analisar se a EC 97/2017 é materialmente constitucional. O trabalho verifica, à luz da jurisprudência do STF e estudos anteriores sobre o tema, se os vícios que contaminaram as cláusulas de barreira anteriores estão presentes na da EC 97/2017 e se estes são capazes de ensejar a declaração de sua inconstitucionalidade.

Este estudo se justifica posto que a alteração constitucional é extremamente recente e sensível, e pode resultar na eliminação de inúmeros Partidos do processo político brasileiro, atingindo em cheio a democracia, que ficará órfã de algumas correntes ideológicas. Do mesmo modo, ao discutir o tema pretende-se contribuir para o debate que ocorrerá em caso de ajuizamento de Ações Direta de Inconstitucionalidade questionando tais dispositivos.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, sendo feito uma pequena revisão dos artigos concernentes a temática, bem como um estudo comparativo pormenorizado entre a nova cláusula e as anteriores. Procede-se também uma análise dos fundamentos que ensejaram a declaração de inconstitucionalidade da ADI 1.351 e 1.354, para verificar se os fundamentos lá presentes se aplicam caso seja proposta nova Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da EC 97/2017.

2 DEMOCRACIA, PARTIDOS E SISTEMAS ELEITORAIS REPRESENTATIVOS

2.1 Democracia

A democracia é um sistema político que assegura ao povo de determinado Estado a capacidade de autogovernar-se. Não obstante as críticas de inúmeros publicistas no tocante à efetividade desse autogoverno, é perene na sociedade a noção que atribui ao povo o poder de, através de mecanismos adiante delineados, determinar sua vontade nas questões políticas (BONAVIDES, 2000).

A par do conceito geral, a democracia pode ser exercida de três formas: direta, indireta e semidireta. A democracia direta é sistema político em que todos os componentes de determinado povo exercem diretamente o poder. Segundo Dias (2013, p. 168) “é uma forma na qual os cidadãos podem participar diretamente do

processo de tomada de decisões políticas, sem a intermediação de um representante".

Foi o sistema adotada na Grécia antiga. Para os gregos a democracia consistia na possibilidade de todos do povo poderem participar do governo em igualdade de condições (isonomia), sendo ouvido e votando (isagoria), ou exercendo diretamente cargos públicos (isotimia) (BONAVIDES, 2000). Nesse contexto, observa-se que a democracia Grega era um sistema político cujos participantes se envolviam diretamente nas decisões sobre os rumos que iriam tomar.

É de se ressaltar que mesmo na Grécia antiga, onde o Estado restringia-se territorialmente apenas a cidades, o poder político só podia ser exercido diretamente por quem era considerado cidadão e não por toda a população. A noção de povo para os gregos era extremamente diferente da que é considerada atualmente, pois ele era composto apenas por cidadãos livres e de origem Grega (BONAVIDES, 2000). Deste modo, estrangeiros que residiam na Grécia antiga ou escravos não eram considerados cidadãos aptos a participar da vida política e eram na verdade a maior parte da população.

Como é observável apenas de sua conceituação, se nem na Grécia, que tinha o território do Estado restrito a cidades, era possível a participação direta de todos os membros da população no Governo, difícil imaginar a aplicação da Democracia Direta nos grandes Estados Europeus do séc. XVII e XVIII ou nas sociedades atuais.

Foi da necessidade de incluir uma parcela maior de pessoas na condução política do Estado, que surge a ideia de Democracia Indireta. Através dela, o governo de grandes territórios e a tomada de decisões cada vez mais complexas, se tornou exequível por um povo maior e mais diversificado que aquele que governava na Grécia. Por outro lado, diferentemente dos gregos, o cidadão moderno tinha diversas outras atribuições além das políticas, tendo que dar conta de uma vida privada de negócios outros afazeres.

A democracia indireta também chamada de representativa surge desse contexto, ao passo que simplifica o processo de tomada de decisões quando permite ao povo, sem abrir mão de todo o poder, escolher representantes para tomar as decisões em seu lugar. O povo agora exercia o poder político escolhendo governantes que tomariam decisões em seu nome, sendo esta representação o principal traço que distingue a democracia direta da indireta ou representativa.

A certa altura, os desígnios dos governantes eleitos na democracia representativa começaram a destoar grave e reiteradamente da vontade da maioria daqueles que os concederam mandato, dando ensejo ao desenvolvimento de novos mecanismos para abrandar a crise de legitimidade que se instalou entre representantes e representados.

Nesse contexto, apesar de ser uma solução, o retorno à democracia direta era impossível. O homem moderno e contemporâneo tem uma natureza multifacetada e a complexidade das questões que deviam e devem ser decidas politicamente a todo momento exigem uma dedicação que ele não pode mais realizar. Contudo, havia possibilidade de estender a participação da população na tomada de decisão para além do momento de eleger representantes. Essa é a tônica que move a Democracia Semidireta. Através dela, além da escolha de representantes, são dadas outras oportunidades e outros meios ao cidadão para intervir diretamente nas decisões políticas de um Estado, através de instrumentos como referendos, plebiscitos, iniciativas populares, *recall* de mandatos (mecanismo que permite a população revogar mandato de representante político) entre outros.

2.2 Sistemas Eleitorais Representativos

A democracia indireta denota a origem do poder do representante em face dos seus representados. Na busca da efetivação da correspondência entre a vontade do povo e dos representantes os sistemas Eleitorais foram idealizados. Trata-se do método utilizado para capturar a vontade do povo na escolha de seus representantes (GOMES, 2017).

Desse modo, surgem da necessidade de organizar a participação de grandes contingentes populacionais na eleição de representantes de modo a guardar simetria entre os diversos interesses que compõem o povo. Para viabilizar a escolha, dois sistemas eleitorais majoritário e proporcional são usados sozinhos ou combinados para a escolha dos representantes tanto do legislativo quanto do executivo.

A priori, o sistema representativo majoritário predominou durante o primeiro século pós revolução Francesa nos Estados Europeus que adotaram a Democracia. Esse sistema consiste na escolha popular de representantes através do mais votado em determinada eleição. A ideia, simples, porém poderosa, de que a maioria vence e

decide os rumos de uma nação exerce até os dias de hoje grande fascínio na população.

O sistema majoritário subdivide-se em duas modalidades. Na primeira, denominada majoritário simples ou de turno único, vence uma eleição o candidato mais votado entre todos de uma determinada área (maioria relativa). É aplicado no Brasil nas eleições de senador e prefeitos de municípios com menos de 200 (duzentos) mil eleitores.

Na segunda modalidade, adotada no Brasil para os cargos de Presidente, Governador e Prefeitos de municípios com mais de 200 (duzentos) mil habitantes, vence o candidato que receber a maioria absoluta dos votos de determinada circunscrição, podendo se realizar dois turnos de votação. No primeiro turno fazem parte da disputa vários candidatos que serão votados pelos eleitores, encerrando a eleição caso algum deles receba a maioria dos votos (maioria absoluta) dados naquele pleito. Caso nenhum candidato receba a maioria absoluta dos votos, ocorrerá segundo turno de votação em que participam apenas os dois candidatos mais bem votados no turno anterior, de modo que, sendo as únicas opções, um sempre receberá pelo menos metade dos votos.

No fim do século XIX início do século XX, começou-se a perceber que o sistema majoritário reforçava a posição das maiorias e excluía as minorias, funcionando como um reforço a desigualdade e ao autoritarismo, ao passo que tolhia a voz de opiniões dissidentes e minoritárias. Em resposta a esse viés do sistema majoritário Thomas Hare idealizou o sistema eleitoral proporcional, cuja primeira aplicação se deu na Europa (Bélgica), com rápida expansão para os países da América Latina (no Brasil, o código Eleitoral de 1932 já previa o sistema proporcional) (GOMES, 2017). Ele consiste, em tese, na escolha dos eleitos com base no suporte ideológico que professam, através de partidos políticos.

O sistema proporcional comporta várias metodologias de aferição do vencedor da eleição, não obstante todas estarem vinculadas a representação com base na votação do partido.

No Brasil, para efetuar a distribuição de vagas, contabiliza-se o total de votos válidos de uma eleição e divide-o pelo total de cadeiras disponíveis para o cargo disputado. O resultado dessa divisão, denominado cociente eleitoral, é utilizado como

divisor do total de votos obtidos por cada partido político, resultando na quantidade de vagas que será distribuída a cada um deles.

Em algumas ocasiões, o método do quociente eleitoral pode não resultar no preenchimento de todas as vagas para determinado cargo. Esses cargos não preenchidos são denominados sobra eleitoral.

Para o preenchimento das sobras, divide-se a quantidade de votos obtidos por determinado partido pelo número de vagas por ele alcançada com a regra do quociente eleitoral mais um, devendo a cadeira remanescente ficar com o partido com maior resultado dessa divisão (denominando esse mecanismo de atribuição das sobras eleitorais pela maior média). Repete-se esse processo quantas vezes forem necessárias para preencher todas as vagas que restaram.

Cada uma das vagas conquistadas por um partido após o processo acima descrito, será distribuída entre os candidatos que concorrerem pelo partido em ordem decrescente de votação (lista aberta).

O sistema proporcional tem como principal vantagem permitir a representação de correntes minoritárias de pensamento, que pelo sistema majoritário ficariam excluídas do processo. Contudo, ele não é imune a críticas. Segundo Bonavides (2000), o sistema proporcional enseja instabilidade na representação democrática na medida em que atribui muita importância a correntes minoritárias dentro do processo democrático. Além disso, afirma-se que da possibilidade de êxito no processo eleitoral surge incentivo a proliferação desenfreada de partidos políticos, muitas vezes sem ideologia, que acarretam instabilidade partidária e enfraquecem governos, em nada contribuindo para a representatividade democrática.

2.3 Partidos Políticos

Os partidos políticos, apesar de existirem de fato desde o séc. XIX (CASTRO, 2016), só vieram a ter sua existência jurídica reconhecida a partir de meados do século XX.

Nesse contexto, surgiram como meio de organizar a participação efetiva das massas em um governo democrático. A população que individualmente carece de poder para se fazer ouvida perante o governo, especialmente diante da crise de representatividade que acometeu a democracia indireta no século XIX, se articula,

unindo-se em torno de bandeiras comuns para pleitear direitos e políticas destinadas aos grupos marginalizados do processo político.

O partido político então surgiu com o intuito claro de representar a união de forças em prol de uma bandeira comum, denominado nesse caso de Partido de Massas (DUVERGER, apud CASTRO, 2016). Por outro lado, como contra movimento do partido de massas, surgiram os partidos de quadros representando as bandeiras dos setores que estavam no centro do poder político. Estas bandeiras, contemporaneamente, são chamadas de programa ideológico, e tem por finalidade última orientar as decisões do partido político na tomada de decisões caso ele alcance o governo.

No Brasil, os partidos políticos surgiram de decisões políticas de quem já estava no governo, ou seja, com partidos de quadros, nesse sentido:

> "sistema político-partidário que emergiu após o desmantelamento do Estado Novo em 1945 foi estruturado a partir do planejamento de setores políticos diretamente envolvidos na condução da ditadura de Vargas" (CASTRO, 2016, p. 5).

Essa observação é importante, ao passo que demonstra a brevidade dos partidos de massa na legislação brasileira, surgidos em sua maioria em torno da CF/88, e irá contrastar com o risco da instituição da cláusula de barreira, adiante conceituada, ser apenas um instrumento de manutenção e concentração do poder político.

3 A CLÁUSULA DE BARREIRA

3.1 Cláusula de Barreira no Mundo e no Brasil

A cláusula de barreira, também chamada de cláusula de desempenho ou exclusão, surgiu em meados do século XX como tentativa de refrear a tendência intrínseca de sistemas eleitorais proporcionais à fragmentação partidária. Aplicada à Alemanha desde o pós-guerra, consiste, regra geral, na estipulação de limite artificial (barreira, desempenho) cuja não transposição obsta ao partido político direito de concorrer em uma eleição (exclusão) ou lhe retira direitos.

No Brasil, a cláusula de barreira foi incluída pela primeira vez no ordenamento jurídico através do Decreto-Lei nº 8.835/1946, que determinava a extinção de partido político que não obtivesse na eleição que concorresse percentual de votos igual ao que utilizou para se registrar.

Por sua vez, o código Eleitoral de 1950 estipulou como requisito de existência de partido político a eleição de pelo menos um representante para o Congresso Nacional ou o somatório de 50 (cinquenta) mil votos.

Durante o período da ditadura militar, a cláusula de barreira chegou a seu ápice de rigor, em claro intuito repressivo do Estado, que visava tolher a existência de número elevado de partidos, fator que contribuía para instabilidade institucional e dificultava a repressão autoritária estatal. O desempenho mínimo para existência e funcionamento de partido político instituído pela Constituição de 1967 era o patamar de dez por cento do eleitorado votante na eleição para a Câmara dos Deputados, distribuídos em dois terços dos estados, com no mínimo sete por cento em cada estado, além de dez por cento dos Deputados eleitos, distribuídos em pelo menos um terço dos estados, e dez por cento dos senadores.

A Emenda Constitucional nº 01/1969 reduziu as exigências, determinando o percentual mínimo de cinco porcento dos votos dados para eleição da Câmara dos Deputados, distribuídos por pelo menos sete estados, com no mínimo sete porcento dos votos em cada um deles, excluindo as demais exigências feitas na Constituição de 1967.

Apesar de terem existido algumas alterações nessa cláusula de barreira de 1969 pelas EC 11/1978 e EC 22/1982, elas não chegaram a vigorar em virtude das rápidas alterações legislativas que sucederam o período. Pondo fim a vigência da Cláusula instituída pela EC 01/1969, a Constituição Federal de 1988, em resposta a esse período de cerceamento da liberdade partidária, não estipulou nenhuma restrição desse jaez ao funcionamento e existência de partidos políticos.

3.2 Cláusulas de Barreira pós CF/88

Em 1993, a lei 8.713/93 instituiu Cláusula de Barreira que impedia de participar das Eleições Gerais de 1994 os partidos políticos que não atingiram, na eleição de 1990, o percentual de cinco por cento dos votos válidos, distribuídos em no mínimo

um terço dos estados, cada um com pelo menos dois por cento. Esta cláusula de barreira foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 958-3 e 966-4, sob fundamento de utilizarem dados conhecidos, o resultado das eleições de 1990, para restringir a participação de partidos políticos em 1994. Tal conhecimento proporcionava ao legislativo saber exatamente quais eram os partidos políticos que não poderiam participar das eleições, ferindo o devido processo legal. Este foi o principal fundamento para os ministros do STF consideraram tal previsão inconstitucional.

Dois anos depois, através da lei 9.096/95, conhecida como Estatuto dos Partidos Políticos, o Congresso Nacional regulamentou o disposto no artigo 17 da Constituição, estipulando as regras mínimas para funcionamento parlamentar. Exigia-se no seu artigo 13, uma votação mínima de cinco por cento dos votos válidos apurados 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 deles.

Para evitar a pecha de inconstitucionalidade que fulminou a cláusula de barreira prevista na lei 8.713/93, os artigos 56 e 57 da lei 9.096/95 estabeleceram regras de transição, restringindo a aplicação plena do artigo 13 e seus desdobramentos apenas para a legislatura que se iniciaria em 2007.

Apesar de compartilharem fundamentos parecidos, a cláusula de barreira da lei 9.096/95 tinha efeitos diferentes das que tinham vigorado no Brasil até então. Em vez de impedir a participação do partido político nas eleições vindouras em função de seu desempenho nas eleições gerais antecedentes, o artigo 13 previa condições mínimas para que um partido pudesse ter funcionamento parlamentar, além de restringir o acesso ao fundo partidário e a tempo no rádio e televisão.

Esses efeitos, apesar de não extinguirem de pleno direito os partidos que não atingissem o desempenho estipulado no artigo 13, limitavam de tal maneira suas condições de existência que acabava por inviabilizar seu funcionamento. No voto do ministro Marco Aurélio, ele citou por exemplo a situação do Partido Trabalhista Brasileiro:

> [...] elegeu 22 deputados e obteve quatro milhões, quatrocentos e dezesseis mil, quinhentos e sessenta e seis votos, o que, a toda evidência, não é pouco em termos de representatividade. Considerada a eleição de 2002, teve jus, em 2006, à cota de seis milhões, setecentos e quarenta e seis mil, cento e vinte cinco reais, sessenta e quatro centavos. Com a nova disciplina, repetido em 2007

> o valor arrecadado em 2006 para o Fundo Partidário, o PTB ficará com a quota de quarenta mil, seiscentos e quarenta e seis reais e setenta centavos, verificada diminuição de 99,40%. [...]

Na visão do ministro não era razoável que um partido de 22 deputados e mais de quatro milhões de votos tivesse redução tão significativa na sua cota de fundo de participação. De tamanha redução, o partido não sobreviveria pois não teria como arcar nem mesmo com despesas ordinárias.

Esse era um dos efeitos imediatamente mais observável, contudo não era o único. A redução do tempo de rádio e televisão e as restrições impostas pelo não funcionamento parlamentar diminuiriam sobremaneira as chances de crescimento e propagação dos ideais partidários, além de retirar parcela da efetividade de representação dos votos que foram depositados naquele partido.

4 DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 13 DA LEI 9.096/95

Foram ajuizadas duas ações em face do art. 13 da lei 9.096/95 e seus referenciados, a ADI 1351-3 e a ADI 1354-8, que, julgadas em conjunto, culminaram com a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 13, 41, 49, 56 e 57. Não obstante, os fundamentos que ensejaram essa inconstitucionalidade diferiam daquele principal que fundamentou as ADI 958-3 e 966-4, a violação ao devido processo legal/legislativo.

Nesse ponto, importante ressaltar que o julgamento das ADIs contra os artigos da lei 9.096/95 só foi realizado em 2006, de modo que havia se passado mais de 10 anos do julgamento da primeira cláusula de barreira instituída pela lei 8.713/93, assim, a composição do STF havia sido profundamente alterada, só permanecendo 3 ministros das ADI 858-3 e 966-4. Essa alteração, possivelmente, influenciou o resultado do julgamento, já que o principal argumento da declaração de inconstitucionalidade anterior não afetava a nova lei impugnada, e mesmo assim esta foi declarada inconstitucional.

No transcorrer do julgamento das ADIs 1351-3 e 1354-8 vários foram os fundamentos utilizados pelos ministros em seus votos para declarar a inconstitucionalidade da cláusula de barreira da lei 9.096/95. Dentre eles, podem ser citadas violações ao pluralismo político, soberania popular, liberdade dos partidos

políticos, pluripartidarismo e proteção às minorias, necessidade de matéria ser tratada por via constitucional, razoabilidade, proporcionalidade, Crise do sistema eleitoral proporcional, Igualdade de voto do eleitor, Liberdade de associação e isonomia.

De todos, o fundamento da Proteção às Minorias está presente em oito votos e o do Pluralismo político em dez, constituindo os pontos Angulares que perpassaram o voto de todos os ministros naquele julgamento. Dos votos dos eminentes Ministros, é possível colher inúmeras facetas desses dois princípios basilares do ordenamento constitucional Brasileiro, bem como a relação intrínseca dos fundamentos.

Marco Aurélio, relator da ação, denota em seu voto que o pluralismo político, em última análise, desemboca no pluripartidarismo. Para o sistema eleitoral brasileiro é necessário o apoio partidário para ter participação efetiva na vida política do Estado, pois não há meios de eleger-se sem estar filiado, de modo que para a correta expressão de posição ideológica, é necessário que haja um Partido que encampe este posicionamento. Nesse sentido, sem o pluripartidarismo, correntes políticas decorrentes da pluralidade política subjacente ao povo não tem como se expressar e efetivamente participar dos rumos do Estado.

É ainda como consectário lógico do referido princípio, que a proteção às minorias surge e foi severamente restringida pela cláusula de barreira instituída pela lei 9.096/95. Uma das justificativas de relevo para a instituição de cláusula de barreira é a existência de partidos sem conteúdo ideológico próprio, denominados partidos de aluguel, que só serviriam como subterfúgio para angariar tempo de televisão e recursos do fundo partidário e utilizá-los como moeda de troca em período eleitoral. Não obstante, o voto do relator indicou que dos vinte e nove partidos existentes no momento do julgamento, apenas sete atingiriam a votação necessária para suplantar o desempenho e gozar de todos os seus benefícios. Inúmeros partidos como PL, PCdoB, PSOL, PSTU, PTB e PRB que na visão do relator e de alguns outros ministros tinham claro conteúdo ideológico seriam restringidos, resultando em última análise, consequências que levariam a extinção deles.

Os ministros observaram que a quantidade de votos obtidos por estes partidos estão longe de serem desprezíveis, ao ponto de tornar órfãos de representação ideológica as quase 20 (vinte) milhões de pessoas que votaram nos 7 (sete) partidos mais bem votados abaixo da barreira de 5% (cinco por cento) do eleitorado. Nesse sentido, abaixo desse percentual existiam partidos com 23 (vinte e três) deputados

eleitos como o Partido Liberal – PL, o que, na visão dos ministros, demonstra a falta de razoabilidade do critério utilizado para definir o que tem relevância representativa ou não.

Em complemento, ressaltou-se que a regra instituída pela cláusula de barreira criava um limite artificial de partidos para o sistema eleitoral brasileiro, na medida em que entre 100% (cem por cento) dos votantes, só poderiam atingir o percentual de desempenho no máximo 20 (vinte) partidos.

5 A CLÁUSULA DE BARREIRA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 97/2017

A Emenda Constitucional número 97 de 2017 foi originada da PEC nº 36/2016 de autoria do Senador José Aníbal, e instituiu pela terceira vez pós Constituição Federal de 1988 a cláusula de barreira no ordenamento jurídico brasileiro.

Observa-se que na progressão de tentativas efetuadas pelos parlamentares, foram realizadas diversas mudanças no texto e na forma para evitar a declaração de inconstitucionalidade da cláusula de barreira. Desta feita, a nova cláusula, assim como a da Lei 9.096/95, não regulará eleições futuras com base em eleições de resultado já conhecidos, principal motivo que ensejou a inconstitucionalidade da lei 8.713/83. De forma contrária, a EC 97/2017 estipulou um período de transição no qual os desempenhos requeridos vão progredindo até atingir o patamar mais rigoroso que o legislador idealizou e positivou como ideal.

Por outro lado, os parlamentares optaram pela Emenda Constitucional como forma de instituir novamente a Cláusula de Barreira, já que um dos fundamentos sustentadores da inconstitucionalidade do art. 13 da lei 9.096/95 foi a impossibilidade do legislador ordinário estipular este tipo de restrição aos partidos políticos.

A nova emenda, para fins de instituir a cláusula de barreira, alterou o artigo 17 da Constituição Federal mudando a redação do parágrafo 3º e incluindo dois incisos a ele, além de incluir o parágrafo 5º no referido artigo.

Assim ficou redigido o artigo 17 da Constituição Federal:

> "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:
> [...]

> § 3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente:
> I - obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou
> II - tiverem elegido pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.
> [...]
> § 5º Ao eleito por partido que não preencher os requisitos previstos no § 3º deste artigo é assegurado o mandato e facultada a filiação, sem perda do mandato, a outro partido que os tenha atingido, não sendo essa filiação considerada para fins de distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão."

O mecanismo de desempenho, de modo muito semelhante ao art. 13 da lei 9.096/95, agora prevê como requisitos para receber recursos do fundo Partidário e ter direito a propaganda partidária que o partido político tenha recebido nas eleições para a Câmara dos Deputados 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em no mínimo um terço dos estados, com pelo menos 2% (dois por cento) em cada um deles ou que o partido tenha elegido ao menos 15 (quinze) deputados nos mesmos um terço dos estados.

De plano já se observa que da lei 9.096/95 para a atual cláusula de barreira houve uma mitigação das exigências, reduzindo o percentual total de votos exigidos de 5% (cinco por cento) para 3% (três por cento) e adicionando a possibilidade de adimplir o desempenho mínimo com o número de deputados eleitos.

Além dessa redução, o art. 13 da lei 9.096/95 restringia o funcionamento parlamentar dos partidos políticos que não atingisse o desempenho mínimo estipulado naquele artigo. Com a nova redação constitucional, a priori, os partidos que não atingirem a votação mínima exigida ainda terão funcionamento parlamentar, ficando apenas desprovidos de acesso gratuito ao rádio e a televisão e de recursos do fundo partidário.

A EC 97/2017 instituiu, assim como havia sido instituído pelos art. 56 e 57 da lei 9.096/95, uma mitigação temporária na incidência dos incisos do parágrafo 3º do art. 17 da Constituição, consubstanciando-se em uma transição com exigências de desempenho menores para as eleições de 2018 e que iriam progredindo nos pleitos seguintes até atingir a cláusula de barreira plena do parágrafo terceiro do art. 17 da CF/88 nas eleições de 2030.

Assim, para o partido acessar o fundo partidário e o tempo de rádio e televisão no período de 2019 à 2022 terá que receber nas eleições para Câmara dos Deputados de 2018 no mínimo 1,5% (um vírgula cinco por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço dos estados com no mínimo 1% (um por cento) dos votos dados em cada ou ao menos nove Deputados distribuídos em um terço dos estados. O mesmo sucederá na legislatura subsequente àquela, só que o partido terá que receber nas eleições de 2022 no mínimo 2% (dois por cento) dos votos válidos, distribuídos da mesma forma do período anterior ou pelo menos 11 (onze) Deputados Federais. Finalizando o período de transição, para a legislatura que inicia em 2027, os partidos terão que receber no mínimo 2,5% (dois vírgula cinco por cento) dos votos válidos da eleição de 2026, distribuídos igualmente em no mínimo um terço dos estados só que agora com pelo menos 1,5% (um vírgula cinco por cento) dos votos de cada Estado ou ao menos 13 deputados distribuídos na mesma quantidade de estados dos votos.

Por fim, o parágrafo 5º do art. 17 da CF/88, inseriu a possibilidade do candidato eleito por partido que não atinja a votação mínima para suplantar a barreira estipulada, de mudar para Partido Político que a tenha atingido, sem prejuízo do mandato.

6 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA EC 97/2017 À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DOUTRINA

Na nova tentativa de incluir a cláusula de barreira no ordenamento jurídico brasileiro o Congresso Nacional optou pela Emenda Constitucional na tentativa de evitar que a pecha de inconstitucionalidade contaminasse o novo instituto. Nesse sentido, despreocupada com limitações materiais, a EC 97/2017, apesar de não impedir o funcionamento parlamentar dos partidos que não atinjam o desempenho mínimo inserido no art. 17, §3º, da CF/88, impõe restrições mais severas a existência dos partidos políticos do que aquelas julgadas inconstitucionais na ADI 1.351 e 1.354.

O poder constituinte derivado reformador não é pleno, há restrições para reformar a Constituição, devendo o legislador se preocupar com os aspectos materiais da alteração que está procedendo. Nesse sentido, vários dos princípios que

fundamentaram a inconstitucionalidade do art. 13 e relacionados da lei 9.096/95 tem status de cláusula pétrea, implícitas ou expressas.

Se, nos termos do voto do ministro Marco Aurélio na ADI 1.351, a cláusula de barreira instituída pela lei 9.096/95 poderia condenar de morte pequenos partidos, porque reduzia de forma desarrazoada a sua participação no fundo partidário, a cláusula de barreira da EC 97/2017 não deixa dúvidas da sua letalidade, na medida que exclui completamente os Partidos Políticos da divisão dos recursos do fundo partidário.

Ao inviabilizar materialmente a existência dos partidos políticos minoritários, se ofende frontalmente o princípio democrático. A igualdade de oportunidades, a proteção às minorias, a independência dos partidos políticos e o pluralismo político são princípios que decorrem diretamente do regime democrático e do mesmo modo que este serviram de fundamento para a declaração de inconstitucionalidade proferida nas ADI 1.351 e 1.354. Nos termos do voto da Ministra Cármen Lúcia “A minoria de hoje tem de ter espaço para ser a maioria de amanhã. Se não for assim, a cidadania se perde." (BRASIL, 2007, p. 81). Se a restrição menos gravosa aos Partidos Políticos da lei 9.096/95 já se chocava com a proteção às minorias, a atual sem sombra de dúvidas lhe tolhe condições de existência e, pelos mesmos fundamentos, viola o princípio democrático.

Na mesma esteira, segundo o Ministro Gilmar Mendes a vedação de acesso ao fundo partidário acabou por comprometer o princípio da igualdade de chances ou igualdade de oportunidades (BRASIL, 2007, p. 71-72).

O pleno vigor do art. 17, §3º da CF/88 em 2030 significará a inviabilidade material de todos os partidos que não alcançarem êxito em se fortalecer durante o período de transição estipulado pelo art. 3º da EC 97/2017. Em situação pior estarão as novas correntes políticas que surgirem a partir de 2030 e não encontrarem guarida nos partidos que já existirem. Estas, ao contrário das correntes políticas dos atuais partidos, nunca terão a chance real de ter seus ideais expostos para a sociedade, já que nascerão sempre despojados de recursos financeiros e de propagação na rádio e televisão.

Em relação a existência demasiada de Partidos Políticos no Brasil, observou o relator Marco Aurélio, que o enxugamento do rol de partidos políticos é automático e se dá através da vontade popular expressa no voto (BRASIL, 2007). Nesse ponto,

outro fator é apontado pela literatura como preponderante para impedir enxugamento automático de partidos. As coligações eleitorais nas eleições proporcionais somadas a lista aberta fazem com que o eleitor não reconheça quais os Partidos que irão receber seu voto na eleição e qual o candidato que irá ganhar. Segundo MIGUEL e ASSIS:

> Em vez de determinar uma barreira arbitrária, a proibição de coligações contribuiria para reduzir o número de partidos representados seguindo a lógica da representação proporcional. Incidiria sobre as legendas de aluguel, mas preservaria os pequenos partidos programáticos, que são os que tendem a participar menos de coligações.

A estipulação de cláusula de barreira, dessa forma, como já havia sido consignado no julgamento das ADI 1.351 e 1354 e mais ainda agora ante os efeitos mais gravosos da EC 97/2017, de fato poderia excluir automaticamente as legendas de aluguel e impedir a excessiva fragmentação partidária, mas o custo é também excluir do processo político siglas com ideologia bem definida e que são importantes para o pluralismo político e para o pleno desenvolvimento democrático.

Nos anais do debate entre os ministros no julgamento da ADI 1.351-DF, Sepúlveda Pertence afirma categoricamente que a Cláusula de Barreira brasileira do art. 13, da lei 9.096/95 condenava os partidos à morte por inanição (BRASIL, 2007, p. 107). Em decorrência lógica, se a cláusula do art. 13 da lei 9.096/95 apenas reduzia a participação dos partidos no fundo partidário e no tempo de televisão e já os condenava a morte, a atual Cláusula de Barreira o faz pior, ao não permitir que os partidos com desempenho abaixo do § 3º, art. 17, da CF/88 tenham acesso ao fundo partidário de a tempo de rádio e televisão em nenhuma hipótese.

Partindo do pressuposto que Partidos Políticos representam correntes de pensamento da própria sociedade, as novas ideias que surgirem após 2030 e que não forem encampadas pelos partidos existentes estarão fadadas à exclusão do processo político, já que no Brasil o processo eleitoral se dá necessariamente através dos Partidos.

A relatora do projeto de emenda constitucional que desaguou na EC 97/2017, a deputada Sheridán, afirmou que das 35 legendas que existiam no momento da tramitação, 18 ultrapassariam o desempenho mínimo exigido, demonstrando assim a razoabilidade do patamar adotado (BRASIL, 2017). Ainda asseverou que o instituto

tinha como objetivo precípuo garantir a governabilidade do país que adota um presidencialismo de coalizão (no qual o presidente deve formar maioria através de acordos com os parlamentares) e que a atual fragmentariedade do quadro político partidário comprometia a democracia brasileira.

Em verdade, a questão subjacente à cláusula de barreira é qual votação um partido Político deve ter para que o Estado subvencione a corrente jurídica a ele inerente. Além disso, indaga-se a quem cabe estipular qual partido político é tão minoritário que não merece os benefícios concedidos aos demais.

Nesse diapasão se reafirma a essência do princípio democrático, fundamento transversal de todos os argumentos que ensejaram a declaração de inconstitucionalidade das ADI 1.351 e 1.354. A voz das minorias sofre risco de ser silenciada pela ausência de meios materiais para se sustentar. Este mecanismo, ao criar um requisito arbitrado por quem legisla, reforça a posição de quem já está no poder e retira a possibilidade de novos partidos surgirem e ocuparem espaço. Nessa fórmula, partidos que já foram pequenos e hoje são grandes não teriam chance em evoluir não obstante pudessem representar uma corrente social relevante. Tal fenômeno atinge o âmago do princípio democrático, pois dele retira um dos alicerces, a diversidade, e torna todo o processo político estéril.

Os princípios que foram explicitados como fundamento para a inconstitucionalidade do art. 13 da lei 9.096/95 constituem núcleo fundamental da Constituição Federal. A cláusula de barreira foi declarada inconstitucional pela ADI 1.351 e 1.354 por tolher a voz das minorias de forma desarrazoada, inviabilizando materialmente a existência e crescimento de partidos pequenos, além de criar partidos de primeira e segunda classe, na medida em que teriam ou não acesso ao fundo partidário e a tempo de rádio e televisão.

Nesse sentido, ao estipular critérios para acesso a esses recursos, o congresso nacional diminuiu a importância dos votos dados por milhões de eleitores. Exemplificativamente, com base na eleição de 2014, os votos de mais 2,5 (dois vírgula cinco) milhões eleitores que elegeram 13 deputados do Partido Socialista Cristão (PSC) teriam um peso reduzido já que não concederiam ao partido acesso a recursos ou ao tempo de rádio e televisão. Assim como os eleitores do PSC alguns outros partidos com esta faixa de votação e outros menores também teriam seu voto reduzido em importância.

Ao fim, além de criar partidos de primeira e segunda classe, a EC 97/2017 também criou votos de primeira e segunda classe, já que se o eleitor não depositar seu voto em algum partido que ultrapasse a cláusula de barreira instituída, perderá parte do poder do seu voto na medida que o partido escolhido não terá acesso ao fundo partidário e tempo de televisão correspondente.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fragmentariedade partidária é uma realidade na política brasileira traduzida pelo excessivo número de partidos políticos que podem disputar eleições, resultando em um multipartidarismo prejudicial à democracia. A cláusula de barreira instituída pela EC 97/2017 foi a solução encontrada pelos parlamentares para tentar refrear a tendência intrínseca dos sistemas eleitorais proporcionais de criar esse fenômeno, com o objetivo de reduzir o número de partidos políticos para aumentar a governabilidade e a legibilidade do sistema eleitoral brasileiro.

A Constituição Federal de 1988, contudo, parece ter optado por uma maior liberdade na formação de partidos e correntes políticas, privilegiando o pluralismo político e a democracia. Tal intento é especialmente visível ante o quadro normativo brasileiro anterior a 1988 que trazia constitucionalmente a previsão de cláusula de barreira desde 1965, mas que não foi incluído na nova Carta Magna, é o que se conclui do seu arcabouço principiológico reconhecido pelo STF.

A cláusula de barreira antes de 1988 também foi utilizada como instrumento para tolher a voz de grupos políticos minoritários e aumentar o controle repressivo estatal da atividade política. A nova Cláusula, do mesmo modo, consciente ou inconscientemente, parece reforçar a posição majoritária, em especial dos Partidos e grupamentos políticos que já estão no poder, inviabilizando materialmente mais uma vez as minorias políticas ao lhes retirar o acesso a recursos financeiros e ao rádio e televisão quando não atingirem elevado percentual de votação.

Minorias políticas bem representadas e atuantes em um sistema político são termômetros para a saúde de uma democracia. A Constituição Federal consignou como cláusula pétrea o princípio democrático, parte integrante de seu núcleo essencial, impedindo reformas que tendam a aboli-lo. A EC 97/2017, ao instituir novamente a cláusula de barreira no ordenamento jurídico brasileiro, incorreu nos

mesmos vícios materiais que levaram a declaração de inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei 9.096/95 proferidos nas ADI 1.351 e 1.354, padecendo de desproporcionalidade e arbitrariedade, retirando do povo parcela do seu poder político de escolher os partidos que merecem apoio estatal para funcionar.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rafaela Aparecida Emetério Ferreira. **CLÁUSULA DE BARREIRA Uma análise da jurisprudência do STF a partir da Constituição Federal de 1988.** Monografia (Escola de Formação) - Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo. 2008. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/133_Rafaela%20Barbosa.pdf>. Acesso em: abril/2018.

BOAS, Marco Anthony Steveson Vilas. A CLÁUSULA DE BARREIRA NO DIREITO BRASILEIRO. 2013. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/08/2013_08_08891_08980.pdf>. Acesso em: abril/2018.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2000.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em abril/ 2018.

BRASIL. Câmara dos deputados. Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 282-A de 2016. Relatório da Deputada Sheridan Oliveira PSDB-RR. 22 ago. 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1589860&filename=PRL+2+PEC28216+%3D%3E+PEC+282/2016> Acesso em maio/2018.

BRASIL. LEI Nº 9.096, DE 19 DE SETEMBRO DE 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9096.htm> Acesso em abril/2018.

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://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>. Acesso em: abril/2018.

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: maio/2018.

BRASIL, (TSE) Tribunal Superior Eleitoral. **ESTATÍSTICAS ELEITORAIS - ELEIÇÕES 2014**. 2015. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2014>. Acesso em: maio/2018.

CASTRO, Ricardo Silveira. "CLÁUSULA DE BARREIRA" COMO RESPOSTA À CRISE DO SISTEMA POLÍTICO NO BRASIL: LIMITES E POSSIBILIDADES. 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasdemocracia/article/view/1675>. Acesso em: abril/2018.

DIAS, Reinaldo. **Ciência política**. 2. ed. SÃO PAULO: ATLAS, 2013.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MIGUEL, Luís Felipe; ASSIS, Pedro Paulo Ferreira Bispo de. **Coligações eleitorais e fragmentação das bancadas parlamentares no Brasil: simulações a partir das eleições de 2014**. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, v. 24, n. 60, p. 29-46, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782016000400029&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: março/2018

RESENDE, Barbara Machado Cherulli Altimari. **Reforma Eleitoral: Consequência da crise institucional brasileira.** Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Machenzie. São Paulo. 2017. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui>. Acesso em: abril/2018.