

A CLÁUSULA DE BARREIRA COMO INSTRUMENTO DE APERFEIÇOAMENTO DA DEMOCRACIA

THE BARRIER CLAUSE AS AN INSTRUMENT TO IMPROVE DEMOCRACY

Walber de Moura Agra¹

Emiliane Priscilla Alencastro Neto²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Conceito de cláusula de barreira; 2. Cláusula De Barreira No Brasil; 3. A compatibilidade da cláusula de barreira com as garantias constitucionais; 4. A não violação ao sistema proporcional; 5. Anotações à reforma política que instituiu a cláusula de barreira; Considerações finais; Referências das fontes citadas.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (1996). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1999). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco/Università degli Studio di Firenze (2003). Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Montesquieu Bordeaux IV (2008). Professor Visitante da Universidade Montesquieu Bordeaux IV (2008). Visiting Research Scholar of Cardozo Law School (2006). Membro Correspondente do CERDRADI - Centre d'Études et de Recherches sur les Droits Africains et sur le Développement Institutionnel des Pays en Développement. Diretor e Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. Professor Adjunto da Universidade Federal de Pernambuco. Professor visitante da Universidade de Bari - Itália. Professor do Centro Didático Euro Americano (CEDEUAM) da Università Del Salento. Membro Correspondente da Sociedade Cubana de Direito Constitucional e Administrativo da União Nacional de Juristas de Cuba. Membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO). Membro da Comissão Editorial da Revista do Tribunal Superior Eleitoral. Membro da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas. Membro Correspondente da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte. Membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC). Membro do Corpo Editorial dos Cadernos da Escola Superior de Direito Eleitoral. Membro Consultor da Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB. Membro da Comissão Editorial da revista científica do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina - TRESC, a Resenha Eleitoral. Membro do Conselho Editorial da Editora Fórum. Parecerista ad hoc da Revista Direito, Estado e Sociedade. Ex-Vice Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do TSE, Ex-Membro da Comissão de Defesa da República e do Regime Democrático do Conselho Federal da OAB. Autor do livro Elementos de Direito Eleitoral 5ª ed. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional e Direito Eleitoral, atuando nos seguintes temas: Direitos Políticos, Inelegibilidades, Processo Constitucional e Recursos Eleitorais. Procurador do Estado de Pernambuco. Advogado. E-mail: walberagra@uol.com.br

² Professora da Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco. Aluna ouvinte do Mestrado da Universidade Federal de Pernambuco. Advogada no Escritório Walber Agra Advogados Associados. E-mail: emilianealencastro@outlook.com

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto o intuito de discutir a constitucionalidade do instituto da Cláusula de Barreira, compreendendo que no atual cenário político pode ser um caminho para o aprimoramento do regime democrático. Nesse sentido, será necessário demonstrar que a própria essência do princípio da representação na democracia passa pela existência dos partidos políticos. No entanto, para alcançar o objetivo maior é primordial que o partido realmente tenha lastro popular e desempenhe a representatividade de uma parcela razoável da sociedade e não de grupos específicos.

Palavras-chave: Cláusula de Barreira; Democracia; Partidos Políticos.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the constitutionality of the Barrier Clause institute, understanding that, in the current political scenario, it could be a way to improve the democratic system of government. In this context, it will be necessary to demonstrate that the very essence of the principle of representation in democracy passes through the existence of political parties. However, in order to achieve the main goal, it is essential that the party really has popular basis and represents a reasonable part of society, rather than specific groups.

Keywords: Barrier Clause; Democracy; Political parties.

INTRODUÇÃO

Os partidos políticos possuem demasiada relevância no cotidiano dos regimes democráticos. Trata-se de instrumentos à conformação da democracia e à organização da competição política.³ Divergências conceituais à parte, a importância dos partidos políticos à viabilidade das democracias representativas,

³ Os partidos políticos por vezes são conceituados como associação, união de pessoas estavelmente organizadas e juridicamente vinculadas para a consecução de fins políticos e comuns (WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Milano: Comunità, 1961, pp. 241-242); como órgão do Estado, no que tange à característica de grupo eleitoral e grupo parlamentar (VIRGA, Pietro. *Liberta giuridica e diritti fondamentali*. Milano: Giufrè, 1977, p. 245); como organização de status jurídico constitucional singular (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, pp. 149-150); dentre outros conceitos que continuam a partir da ausência de consenso acerca da natureza jurídica dos partidos.

por sua vez, é assentida de forma majoritária, apesar de vozes discordantes.⁴ A principal fundamentação à prescindibilidade das associações políticas se baseia na verticalização dos processos decisórios, tornando-as estruturas oligárquicas, que representam cada vez menos os cidadãos, reduzindo sua capacidade de interferir nas escolhas sociais.

Rememore-se que, seguindo os eflúvios da linha contratualista de Rousseau, que pregava a consolidação de uma democracia direta, sob às luzes da razão e do vértice liberalista, o *laissez-faire, laissez-passer et le monde va de lui-même*, defendia-se que os partidos políticos eram prejudiciais à democracia, haja vista a predominância do repúdio a qualquer intermediário entre o Estado e os cidadãos.⁵

A posteriori, diante da multiplicidade de interesses pululantes no tecido social, aclamou-se a necessidade de se consolidar essas agremiações, haja vista servirem como instrumento para a racionalização do debate democrático. A necessidade de melhor regulamentar o acentuado número de partidos políticos remonta ao cenário advindo do pós-Primeira Guerra Mundial, com a finalidade de proteção da governabilidade.⁶

Ao desenvolver uma tipologia dos partidos políticos, Maurice Duverger conclui que a introdução do sufrágio universal no final do século XIX e início do século XX, propiciando a incorporação de amplos contingentes populacionais à cena política, contribuiu para o surgimento dos partidos de massa.⁷ Nessa toada, se o momento

⁴ WHITE, John Kenneth. **What is a political party?** In: KATZ, Richard; CROTTY, William (Ed.). *Handbook of Party Politics*. London: Sage, 2006, p. 7.

⁵ Pretensão semelhante a já esboçada por Jean Jacques Rousseau em *Du contrat social*. Paris: Gallimard, 1993, p. 194.

⁶ Após a Primeira Guerra Mundial emergiram as primeiras disposições legais, com o telos de proteger a democracia contra a atividade desmesurada dos partidos. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os partidos políticos nas constituições democráticas. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1966, pp.11-13.

⁷ “A distinção dos partidos de quadro e dos partidos de massas coincide com as que baseiam nos diversos tipos de arcabouço partidário. Os partidos de quadros correspondem aos partidos de comitês, descentralizados e fracamente articulados; os partidos de massas correspondem aos partidos alicerçados nas seções, mais centralizados e mais fortemente articulados”. DUVERGER, Maurice. *Os Partidos Políticos*. Rio de Janeiro: Zahar/UnB, 1980, p. 106.

pós-Primeira Guerra Mundial foi convidativo ao debruçamento dos estudiosos, passando a ser assunto objeto de disciplina das constituições, após a Segunda Guerra Mundial aos partidos políticos foram reconhecidos os direitos à associação e à personalidade jurídica.⁸ Como exemplo, cite-se a experiência alemã,⁹ pioneira no melhor disciplinamento das agremiações políticas.¹⁰ Diante das transformações econômicas e sociais, nasceram os partidos socialistas como canais para organização dos trabalhadores.¹¹ Como consequência, abriu-se fresta à criação descompassada de agremiações, conduzindo a um cenário instável à governabilidade.

Na experiência brasileira, a Constituição de 1988 modificou radicalmente o quadro partidário brasileiro. Inaugurara-se a plena liberdade da existência e de funcionamento dos partidos políticos, ao alvedrio de um histórico de sistema bipartidário ou até mesmo de ausência de partido, quando na ditadura, assegurando-se de forma explícita o pluralismo político.¹² Na mesma oportunidade, a Constituinte optou pela constituição de um Estado Democrático

⁸ RABELLO FILHO, Benjamin Alves. **Partidos políticos no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.95.

⁹ O art. 21 da Constituição de Weimar consagrava que os partidos concorriam à formação da vontade política do povo, que podiam ser livremente criados e sua organização deverá se pautar pelos princípios democráticos, que deviam dar conhecimento público da origem de seus recursos, que podiam ser considerados inconstitucionais se tendessem a destruir o regime fundamental de liberdade e democracia ou pôr em risco a existência da República Federal alemã e que sua regulamentação seria feita por leis federais.

¹⁰ RABELLO FILHO, Benjamin Alves. **Partidos políticos no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 95-96.

¹¹ OPPO, Anna. **Partidos Políticos**. In Dicionário de política. 5ª ed. Brasília: UnB, 1999, p. 899.

¹² Os partidos políticos no Brasil apenas passaram a participar da vida política a partir da Regência, contando com o aparecimento dos Liberais Moderados, dos Liberais Exaltados e Conservadores. Tratava-se de uma tentativa de pluripartidarismo, porém sem a participação efetiva das agremiações menores. De início, na fase Republicana, o pluripartidarismo era estadual; na esfera federal vivia-se um revezamento. A primeira referência aos partidos políticos foi posta na Constituição de 1934. Ademais, com o advento da ditadura de 1937-1945, os partidos políticos foram extintos, ressurgindo em 1945 com o Código Eleitoral. A Constituição de 1946 restringiu-se a vedar existência de partidos que fossem contrários ao regime democrático. O Texto de 1967, por sua vez, previa apenas que a organização, o funcionamento e a extinção dos Partidos Políticos seriam regulados em lei federal.

de Direito, cujo poder emana do povo, ainda que seu exercício seja indireto (parágrafo único do art. 1º da CRFB/88).¹³

O partido político fora contemplado na sua qualidade de agremiação de caráter nacional, sendo considerado indispensável ao funcionamento do regime democrático, conforme disciplinado no art. 17 da CRFB/88, inserido no capítulo "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", ganhando legislação específica em 1995 (Lei n. 9.096).¹⁴ Assume-se a isso que a filiação partidária no Brasil é considerada como uma condição de elegibilidade, agasalhada no art. 14, § 3º, V, da Constituição Federal de 1988.

Nesse cenário, (de densificação do *demos kratos*) os partidos políticos passaram a ser definidos como o instrumento ímpar para o funcionamento da democracia.¹⁵ Na democracia de partidos, a representação não é uma relação puramente formal, o seu conteúdo é direcionado em razão do posicionamento dessas agremiações. Tem-se que a constatação da vontade coletiva do povo resulta do compromisso entre os interesses contrapostos, interesses estes que são representados pelos partidos políticos mediante os quais o povo se articula,¹⁶ razão pela qual Garrorena Morales acentua que a relação entre os cidadãos e os partidos constitui a verdadeira relação representativa, ainda que alguns textos constitucionais não se atrevam a reconhecê-lo.¹⁷

¹³ Consigne-se que apenas a partir de 1945 passou-se a exigir que os candidatos a cargos eletivos fossem apresentados pelos partidos.

¹⁴ Cite-se que a Lei n. 9.096/95 não foi o primeiro diploma a dispor acerca dos partidos políticos. Havia a Lei n. 4.740/65, em seguida, aproximando-se do fim do regime militar, em 1979, foi editada a Lei n. 6.676, que extinguiu a ARENA e o MDB e permitiu a criação de novos partidos. Posteriormente, fora criada a Lei n. 5.682/71 que exigia a expressão "partido" na sigla identificadora das novas agremiações partidárias.

¹⁵ WARE, Alan. **Political Parties and Party Systems**. Oxford: OUP, 1996.

¹⁶ KELSEN, Hans. **Esencia y valor de la democracia**. Oviedo: KRK Ediciones, 2006, p. 82.

¹⁷ GARRORENA MORALES, Á. 1998. **Algunas sugerencias para renovar la función de control**. In: F. PAU I VALL (coord.), **Parlamento y control del Gobierno**: V Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos. Pamplona, Aranzadi, p. 421 -442.

Uma vez inadmitida a participação direta do indivíduo na formação da vontade estatal, seja por impossibilidade material ou por ausência de perfil do homem pós-moderno,¹⁸ a representatividade somada a alguns institutos da democracia direta constitui-se como o delineamento para a solução dos conflitos distributivos. Repudiada qualquer defesa embasada nas pretensões de um indivíduo isolado, ou um individualismo metodológico, segundo Hayek,¹⁹ os partidos políticos emergem como principal meio à participação no governo; exsurgem como um elo legítimo entre a sociedade civil e o Estado²⁰.

Os partidos políticos refletem a participação social nas decisões do Estado. Eles respondem ao problema de mediar entre o pluralismo ideológico existente na sociedade e o interesse estatal de produzir uma unidade de decisão e ação governamental. São organismos sociais estruturados com a finalidade de organizar as forças em torno de um ideário político para disputar o poder na sociedade. Difundem sua ideologia política para conseguir adeptos e tentam contribuir para o direcionamento das políticas públicas²¹.

O estudo da representatividade social repisa a compreensão do homem em uma órbita plural. Afinal, o regime democrático, que consubstancia a regência pelo povo, é equivalente à defesa do método de decisão pela maioria. A defesa da maioria, inclusive, não desmerece a minoria, cenário que permite que todo o povo seja abrangido. Tal qual defendido por John Locke, o princípio da maioria está associado a duas ideias importantes: o consentimento e o reconhecimento da minoria. Isto é, considerar opiniões, interesses e grupos pluralistas e a crítica. Foi

¹⁸ “[...] o homem da democracia direta, que foi a democracia grega, era integralmente político. O homem do Estado moderno é homem apenas acessoriamente político, ainda nas democracias mais aprimoradas, onde todo um sistema de garantias jurídicas e sociais fazem efetiva e válida a sua condição de “sujeito” e não apenas “objeto” da organização política.” BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp.293-294.

¹⁹ HAYEK, Friedrich August. **Individualism and Economic Order**. Indiana: Gateway Editions, 1948, pp. 10-11.

²⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. **Casos de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 113.

²¹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de direito eleitoral**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 123.

dessa premissa que os ideais do pluralismo e da representação se associaram ao princípio da maioria na transição dos métodos de decisão, convertendo-se no princípio da representação da democracia.

No mesmo sentido desenvolve Tocqueville. O autor condiciona a aplicação do princípio da maioria à ampla igualdade de condições de vida em sociedade ou que ela seja homogênea com suficiência; ao reconhecimento do princípio da maioria como elemento da cultura política, por conseguinte, como um consenso unânime sobre o domínio em que ele se aplica; e à possibilidade de que a própria minoria venha a ser, um dia, maioria.²²

Inconteste que os partidos políticos configuram-se como o principal umbral pelo qual os grupos sociais adentraram no sistema político.²³ Todavia, não há desmerecimento ao princípio de respeito à minoria quando se exige requisitos específicos para a criação dessas organizações, posto que essas fazem parte do procedimento de qualquer instrumento democrático, inclusive da situação da maioria como método²⁴.

Uma democracia de fato, partindo-se da hipótese em que há garantia de que o indivíduo exercerá influência no governo (seja de forma direta ou indireta), promana que o sujeito se associe, formando um coletivo que compartilha opiniões políticas. Estorve-se a parêmia sartriana que introduz a obra *A Náusea*, “é um rapaz sem importância coletiva; é apenas um indivíduo” – na vida democrática a reverberação de individualismos redundando em uma sociedade autoritária, marcada por desigualdades²⁵. Os partidos políticos são indiscutível instrumento à formação da vontade pública e, tal qual defendido por Hans Kelsen, a representação apenas

²² TOCQUEVILLE, Alexis de, 1805-1859. **A democracia na América: leis e costumes**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1951, p. 257.

²³ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 11ª ed. Brasília: UNB, 1998, p. 904.

²⁴ A decisão da maioria seria, portanto, o máximo alcançável, seria a maior aproximação possível da liberdade e da igualdade. (MULLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, pp. 60 e ss.)

²⁵ SARTRE, Jean-Paul. **A Náusea**. Tradução de Rita Braga. 10 Impressão. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2000.

funciona se a integração política consubstancia a compreensão das pretensões da maioria.²⁶

1 CONCEITO DE CLÁUSULA DE BARREIRA

Sem a pretensão de esgotar o que preconiza o termo *conceito*, que do latim *concipere* significa *conter completamente*, definindo-se abstratamente uma ideia, delimite-se, para fins do preconizado neste trabalho, que a cláusula de barreira (também denominada de cláusula de desempenho ou de exclusão)²⁷ é preceito legal que impossibilita o funcionamento parlamentar de agremiação partidária e, levada em seu extremismo conceitual, cerceia até mesmo a representação política das associações que não conseguiram ultrapassar o seu quantum.²⁸ Trata-se de consequência conferida ao fato jurídico de não alcançar percentual específico ou número exigido de apoio popular, atuando como engenho de controle quantitativo dos partidos políticos.

Conforme sintetizado por David Fleishcher, trata-se de artifício utilizado para impedir a existência de partidos pequenos, colmatando a redução de partidos representados na Câmara Baixa, dentro do sistema de representação proporcional²⁹.

Para Kátia Carvalho, a cláusula de barreira consubstancia disposição normativa que nega a existência ou a representação parlamentar ao partido que não alcançar determinado número ou percentual de votos. Aduz que a cláusula de exclusão consiste em instrumento necessário para impedir a pulverização dos

²⁶ KELSEN, Hans. **A teoria geral do direito e do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 421.

²⁷ Termo sugerido pelo Senado Federal. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/>. Acesso em 10/12/2016.

²⁸ Cite-se a Constituição de 1967 que, em seu art. 149, previa cláusula de barreira, inclusive como princípio, mas vedava o perfazimento de coligações partidárias.

²⁹ FLEISCHER, David. **Reforma Política no Brasil: os partidos políticos em questão**. In: Timothy Mulholland, Lúcio R. Rennó, organizadores; Antônio Octávio Cintra, Dóris de Faria, Tania Costa, coorganizadores. In: Reforma política em questão. Brasília: Editora Universidade de Brasília, p. 163-190. 2008, p. 164.

representantes em um número elevado de partidos políticos, cenário que permitirá o enfraquecimento das agremiações partidárias e da própria governabilidade.³⁰

A extensão do conceito da referida autora é mais amplo do que o adotado no Brasil, posto que preveja, para além da negativa de existência da agremiação, a denegação da representação popular daquelas que não conseguiram alcançar o determinado piso de votos, afetando, portanto, os já eleitos. Trata-se de consequência adotada pela Alemanha, pioneira no manuseio da cláusula de exclusão, que, conforme já consignado, é país-paradigma no âmbito do direito partidário em razão da estabilidade institucional que propiciou à Alemanha no pós-Segunda Guerra Mundial. Com a cláusula de barreira, pretendeu-se evitar o alto número de partidos, tal qual vivenciado na República de Weimar, e possibilitar a formação de governos mais estáveis³¹.

Assim, adotada uma compreensão mais gravosa, o conceito de cláusula de barreira, para além de restringir o funcionamento parlamentar do partido, também afeta a representação daqueles que não atingiram o patamar mínimo de votos. Tem-se que, "os partidos que não obtiverem certa porcentagem de votos perdem a representação"³². Ademais, até então, no Brasil, os conceitos adotados (inclusive pelo legislativo) apenas afetam o funcionamento parlamentar.

A exigência de um percentual mínimo de votos ao funcionamento de agremiação pode ser feita em âmbito nacional ou mais restrito (estadual ou municipal). O efeito será sempre o empecilho à representação por partidos pequenos ou a coação de federação. Como no Brasil, em decorrência de vetor deontológico esculpido no art. 17, I, os partidos têm que ter caráter nacional, a cláusula de desempenho apenas pode ser instaurada em âmbito nacional, impedindo-se sua criação em nível regionalizado.

³⁰ CARVALHO, Kátia. **Cláusula de Barreira e Funcionamento Parlamentar, Estudo, Câmara dos Deputados**. Consultoria Legislativa: pp. 2-11, Fev. 2003, p. 3.

³¹ VIANA, João P. S. Leão - **Reforma Política: Cláusula de Barreira na Alemanha e no Brasil**, Porto Velho, 2006, págs. 34 - 109, pp. 34-35.

³² PORTO, Walter Costa, Revista Jurídica CONSULEX - Ano X nº 235 - out. 2006, p. 57.

A cláusula de barreira além de poder ser estabelecida com base em um determinado percentual de votos, igualmente pode ser alicerçada em um número determinado de filiados partidários. Não se considera essa última restrição como suficiente porque os filiados podem não ter uma militância ativa ou estarem apenas formalmente vinculados. Melhor termômetro para se aferir a legitimidade das agremiações é auscultar o seu número de votos em cada uma das eleições.

Podendo variar em seu sentido conceitual em razão das especificidades dos ordenamentos jurídicos, a cláusula de exclusão tem como principal justificativa o fato de que a proporcionalidade extrema conduz a um legislativo muito fragmentado, prejudicando a governabilidade.³³ Tem-se que um quadro partidário fragmentado, permissivo à criação de inúmeras agremiações, proporciona ao eleitor um cenário confuso, dificultando a própria *ratio essendi* dos partidos políticos, qual seja a organização do processo político. A existência de pequenas legendas, por vezes, consubstancia espaço à negociação de tempo de rádio e televisão.³⁴ Muitas delas funcionando exclusivamente como legendas de aluguel.

A elevação do número de partidos com representação parlamentar minúscula colmata a perda de densidade das representações dos maiores partidos, aumentando a fragmentação.³⁵ Ainda que os partidos optem pela fusão, o resultado virá acompanhado de patente instabilidade, haja vista que, uma vez formadas pelas próprias agremiações, por elas também poderão ser desfeitas a qualquer momento. Tal qual defende Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, no presidencialismo, a fragmentação partidária leva à inevitável fraqueza do próprio órgão legislativo, que, inclusive, pode ser facilmente atingido nas suas

³³ NICOLAU, Jairo. **Sistemas Eleitorais**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004, p. 51.

³⁴ CINTRA, Antonio Octavio – Estudo. **A Proposta de Reforma Política: Prós e Contras**. Câmara dos Deputados. Consultoria Legislativa. Brasília-DF: pp. 12-16, jan., 2005, pp. 13-14.

³⁵ TAVARES, José Antônio Giusti. **A Medição dos Partidos na Democracia Representativa Brasileira**. In: _____ (org). O Sistema Partidário na Consolidação da Democracia Brasileira. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 2003, pp. 332-343.

imunidades e competências.³⁶ A cláusula de barreira apresenta-se como uma tentativa para evitar a experiência de que, por falta de maioria no legislativo, as ações governamentais sejam constantemente impedidas ante a obstrução nos procedimentos que envolvem a função típica legislativa.

A instituição da cláusula de barreira repisa a premissa de que um partido político apenas deve ser criado quando obtiver amplo apoio na sociedade e represente uma corrente política preestabelecida. As cláusulas são postas com o *telos* de promover estabilidade no sistema eleitoral, negando representação às agremiações radicais, as criadas por minorias alternantes ou de aluguel – aquelas que, por preencherem os requisitos legais de formação partidária, ainda que sem representação real junto ao povo, são válidas e recebem os benefícios inerentes às associações políticas.

Nesse sentido, incontestemente que a cláusula de exclusão consubstancia mecanismo de aprimoramento do regime democrático, dotando-o de maior funcionalidade. A cláusula de barreira emerge como mecanismo eficiente na cessação da multiplicação descomedida de partidos políticos, sendo premente ao aperfeiçoamento da democracia.

Se a preocupação inicial era a proteção das minorias, o desenvolvimento do fenômeno democrático impôs que a criação abundante de agremiações políticas produzisse uma instabilidade que denega o ideal da própria *demokratia*. Um pluripartidarismo exagerado, com facilidade extrema para a criação de agremiações, incentivado ainda pela fragmentação político-ideológica, impede a formação de maiorias sólidas aptas a governar, fazendo com que pequenas agremiações tenham um poder excessivo de barganha sem amparo na realidade social, no que conduz à fragilização do regime democrático.

³⁶ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1988**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Arts. 5º a 17. v. 2., São Paulo: Saraiva, 1989.

2 CLÁUSULA DE BARREIRA NO BRASIL

A normatização da cláusula de barreira no direito brasileiro começou com a Lei n. 1.164/50, que instituiu um novo Código Eleitoral. Exigia-se como requisito para que os partidos mantivessem existência válida, que eles tinham que obter, ao menos, o apoio de cinquenta mil eleitores, distribuídos por cinco ou mais circunscrições eleitorais, com o mínimo de mil eleitores em cada uma. A sanção pelo descumprimento era o cancelamento do registro.³⁷ Em 1965, o Ato Institucional n. 2 exigia a existência de cento e vinte deputados ou de vinte senadores eleitos, ato que diminuiu sobremaneira a quantidade de partidos políticos no Brasil e estabelecendo um sistema bipartidário.³⁸

A Constituição de 1967, por sua vez, trouxe a exigência de que a agremiação obtivesse dez por cento do eleitorado votante na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em dois terços dos Estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles, bem assim dez por cento de Deputados, em, pelo menos, um terço dos Estados, e dez por cento de Senadores.³⁹

A EC n. 1/69 apresentou a exigência do partido obter cinco por cento do eleitorado que houvesse votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados,

³⁷ Art. 132. Os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito público interno.

§ 1º Constituir-se-ão os partidos políticos de, pelo menos, cinquenta mil eleitores, distribuídos por cinco ou mais circunscrições eleitorais, com o mínimo de mil eleitores em cada uma, e adotarão programa e estatutos de sentido e alcance nacional.

³⁸ Art. 18 - Ficam extintos os atuais Partidos Políticos e cancelados os respectivos registros.

Parágrafo único - Para a organização dos novos Partidos são mantidas as exigências da Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965, e suas modificações.

³⁹ Art. 149 - A organização, o funcionamento e a extinção dos Partidos Políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios:

VII - exigência de dez por cento do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em dois terços dos Estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles, bem assim dez por cento de Deputados, em, pelo menos, um terço dos Estados, e dez por cento de Senadores;

distribuídos, pelo menos, em sete Estados-membros, com o mínimo de sete por cento em cada um deles⁴⁰.

Em seguida, a EC n. 11/78 exigia que os partidos obtivessem dez por cento do eleitorado que tivesse votado na última eleição geral, distribuídos em dois terços dos Estados-membros, com mínimo de sete por cento em cada um, além de dez por cento dos deputados em ao menos um terço dos Estados-membros e dez por cento dos senadores.⁴¹

Em 1985, a Constituição de 1967/1969 ainda foi alterada pela EC n. 25 que estabeleceu que não teria direito a representação no Senado e na Câmara o partido que não alcançasse apoio, expresso em votos, de três por cento do eleitorado em eleição para a Câmara em pelo menos cinco Estados-membros, com o mínimo de dois por cento do eleitorado de cada um deles. Em inovação, dispunha ainda que os eleitos por partidos que não obtivessem os percentuais exigidos teriam seus mandatos preservados, desde que optassem, no prazo de sessenta dias, por qualquer dos partidos remanescentes.⁴²

⁴⁰ Art. 152. A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios: [...] VII - exigência de cinco por cento do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos, pelo menos, em sete Estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles;

⁴¹ Art. 152 - A organização e o funcionamento dos partidos políticos, de acordo com o disposto neste artigo, serão regulados em lei federal.

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

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

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

⁴² Art. 152. É livre a criação de Partidos Políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a Soberania Nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana, observados os seguintes princípios:

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

A Constituição de 1988 não trouxe cláusula de barreira expressa.⁴³ No entanto, em 1995, o Congresso Nacional aprovou dispositivo posto na Lei n. 9.096, cuja cláusula de exclusão passaria a vigorar nas eleições de 2006. A regra condicionava que os partidos, em cada eleição para a Câmara dos Deputados, obtivesse 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.⁴⁴ O partido que não alcançasse o percentual não teria direito à indicação de titulares para as comissões, incluindo as Comissões Parlamentares de Inquérito, nem direito à liderança ou aos cargos na Mesa Diretora, também seriam restringidos o tempo de propaganda eleitoral gratuita em rede nacional de rádio e TV e o de acesso ao Fundo Partidário.

O art. 13 da Lei n. 9.096/95, porém, foi declarado, à unanimidade, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.⁴⁵ Sob o argumento de que prejudicaria os pequenos partidos, a Corte Suprema concluiu que a exigência de um piso de cinco por cento de votos, que teria de ser obtido por cada partido, feriria o princípio da isonomia.

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

⁴³ O deputado federal Nelson Jobim, na Revisão Constitucional de 1993, enviou parecer (n. 36) pretendendo a inclusão de cláusula de barreira no texto constitucional, não tendo obtido sucesso. Cite-se trecho: "as recentes discussões no Congresso Nacional em torno da Lei de Partidos indicam que é prudente estabelecermos um requisito mínimo para o registro dos partidos no Tribunal Superior Eleitoral. Desta forma, não se impede a livre criação de partidos, apenas se condiciona a participação em eleições a uma representatividade mínima, expressa mediante o apoio do eleitorado a ser definido em lei. (...) Realmente, não se justifica a representação, na Câmara dos Deputados, de um partido que não tenha obtido apoio de significativa parcela do eleitorado, como reflexo do interesse despertado por suas propostas. Tal preocupação se traduz, também, na intenção de erradicar as ditas 'legendas de aluguel', que desmoralizam nossas instituições políticas."

⁴⁴ Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.

⁴⁵ Vide ADIN's ns. 1.351-3 e 1.354-8. Rel. Min. Marco Aurélio.

Saliente-se que, na oportunidade, fora consignado que a inconstitucionalidade não reside na natureza da restrição à atividade dos partidos políticos, mas na proporção estabelecida pelo legislador pátrio. A Corte Constitucional assinalou que o modelo preconizado no Brasil não deixou espaço para atuação parlamentar das agremiações partidárias que não atingirem os percentuais exigidos.

Fora posto em sede de conclusão da fundamentação que o legislador pode estabelecer uma cláusula de desempenho que fixe, de forma proporcional, certo percentual de votação como requisito para que o partido político tenha direito não só ao funcionamento parlamentar, mas à própria eleição de representantes, ficando, porém, assegurado a todos os partidos, com observância do princípio da igualdade de chances, o acesso aos meios e recursos necessários para competir no prélio eleitoral seguinte, incluídos, nesse sentido, o acesso ao rádio e à televisão e aos recursos do fundo partidário.⁴⁶

O Supremo Tribunal Federal, em 2014, reiterou o posicionamento pela constitucionalidade da cláusula, tendo consignado que “A cláusula de barreira elege critério diferenciador de candidatos em perfeita consonância com os interesses protegidos pela Constituição”.⁴⁷ O Min. Dias Toffoli, no ano de 2015, quando na presidência do Tribunal Superior Eleitoral, também assinalou a constitucionalidade da adoção de cláusula de barreira, aduzindo a condição de que seja mantida a base proporcional, defendendo a instituição da cláusula de maneira gradual.⁴⁸

Nesse diapasão, o legislador infraconstitucional começou a instituir algumas restrições que não podem ser classificadas como cláusula de desempenho, mas tem o mesmo fator teleológico, garantir maior legitimidade a representação popular. A minirreforma eleitoral de 2015, Lei n. 13.165, determinou que apenas seriam eleitos os candidatos proporcionais que obtivessem ao menos dez por cento

⁴⁶ Cite-se que se trata de autos físicos. O conhecimento do teor do acórdão se deu no próprio Tribunal.

⁴⁷ STF. Plenário. RE 635739/AL, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 19/02/2014.

⁴⁸ Disponível em <http://www.tse.jus.br/imprensa/>. Acesso em 05/12/2016.

de votos do quociente eleitoral, evitando-se, dessa forma, que candidatos sem expressão, que foram eleitos exclusivamente em virtude de uma calda eleitoral, ocupassem assento no parlamento. Da mesma forma, o art. 7º, §1º, da Lei n. 9.096/95, sob redação conferida pela Lei n. 13.165, aumentou as exigências para o registro de partido político, ao determinar que só é admitido o registro daquelas agremiações que tenham caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove, no período de dois anos, o apoio de eleitores não filiados a partido político, correspondente a, pelo menos, 0,5% (cinco décimos por cento) dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de 0,1% (um décimo por cento) do eleitorado que haja votado em cada um deles.

3 A COMPATIBILIDADE DA CLÁUSULA DE BARREIRA COM AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A proliferação de partidos não decorre da hipercomplexidade social, haja vista que eles não se comportam como fonte de ressonância de determinados segmentos sociais, mas como forma de atender às demandas clientelistas de determinados segmentos da sociedade.⁴⁹

O sistema é disfuncional, apolítico e personalista. Disfuncional porque os partidos deixam de exercer a função para a qual foram criados, servir de elo catalizador do debate político em determinado contexto histórico, facilitando a manifestação da vontade de segmentos da sociedade. Muito difícil a busca do estabelecimento de consensos com a existência de quase quarenta partidos políticos.⁵⁰ Apolítico porque essas agremiações não são constituídas para a obtenção de determinados objetivos, mas somente para a obtenção e manutenção das estruturas de poder, no que afastam a população do debate político. Personalista porque muitas dessas

⁴⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I. Trad. Gustavo Bayer.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 66.

⁵⁰ Totalizando 35 partidos registrados no TSE. Lista extraída do site <http://www.tse.gov.br/>. Acesso em 02/12/2016.

entidades não são criadas para o estabelecimento de certos delineamentos para a sociedade, mas para assegurar espaço de atuação de algumas lideranças que passam a ser a figura central do debate, no que prevalece seus posicionamentos pessoais⁵¹.

Essa multiplicação excessiva de partidos impede discussões mais aprofundadas de questões complexas que merecem maior atenção, em razão da fragmentação de partidos, no que dificulta ainda mais a formação de consensos.⁵² Com essa multiplicidade exacerbada, esses agrupamentos políticos deixam de refletir opções pragmáticas para os problemas sociais, para cristalizarem a intenção de concretizar demandas casuísticas, no que colaboram para transformar o parlamento em um balcão de negócios. Com partidos consolidados, que defendem standards ideológicos claros, além da sociedade ter maior segurança nas políticas públicas implementadas, os consensos são obtidos mais facilmente porque além de poucos atores sociais, o substrato que permitem acordos também são mais claros, impedindo que os representantes sociais ultrapassem os seus próprios limites⁵³.

A importância dos partidos políticos é que eles são uma forma de racionalização e de catalisar as decisões políticas. Atuando cada um deles dentro dos parâmetros ofertados pelos seus ditames ideológicos, a sociedade pode compreender de forma muito mais clara as discussões políticas, de forma que a população será correligionária daquela agremiação que melhor apresentar suas propostas.

⁵¹ “O que dá essência à democracia é o fato de o poder residir no povo. Toda democracia, para ser tal, repousa na vontade popular no que tange à fonte e exercício do poder, em oposição aos regimes autocráticos em que o poder emana do chefe, do caudilho, do ditador”. DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 133.

⁵² VIANA, Severino Coelho. **A SAGA DOS PARTIDOS POLÍTICOS**. Disponível em: Acesso em: 25/08/2006.

⁵³ GROSSI, Paolo. “**Il Diritto Tra Norma e Applicazione. Il Ruolo Del Giurista Nell’Attuale Societa’Italiana**”. In: Inaugurazione Dei Corsi D’Insegnamento Dell’anno Accademico. 2001-2002. Firenze: Università Degli Studi, 2002. P. 27.

A cláusula de barreira não impede a multiplicidade de partidos políticos, somente impõe requisitos para que eles possam dispor de todas as prerrogativas agasalhadas em nível normativo. Sua existência resta imaculada, apenas não obterão a prerrogativa de receber fundo partidário e de utilizar o direito de antena. Ademais, também lhes foi impedido o pleno exercício de atividades parlamentares, como por exemplo, não têm o direito a cargo de liderança, indicação de relatoria de projetos, participação em comissão permanente, participação na Mesa Diretora, entre outras.

Insufismável, que com a vigência da cláusula de barreira haveria uma maior dificuldade de se criar novos partidos. E não haveria nenhum anátema ao regime democrático, pois, a sua adjetivação positiva não é baseada na quantidade de partidos, haja vista que o seu quantum numérico não permite a ilação de uma melhor eficácia na auscultação popular. Se houver o surgimento de uma nova corrente de percepção da realidade, realmente amparada por setores da população, os requisitos mínimos da cláusula de barreira serão facilmente alcançados⁵⁴.

A existência de poucos partidos não significa uma diminuição na escolha e na representação da vida democrática. Não se pode defender que toda a vida política esteja aprisionada na vivência partidária, como se as agremiações políticas fossem a única forma de vida de discussão dos destinos da polis. Hodiernamente, as discussões realizadas nas redes sociais, a despeito de várias aberrações, possibilitam a concretização de uma *Ágora* virtual tal qual a existente no período clássico da democracia ateniense. Muito menos se pode negar o papel desempenhado pelas organizações da sociedade civil aparelhada como fonte catalizadora das demandas da população.

A cláusula de barreira não sufoca a democracia porque os partidos políticos não podem ser confundidos com a forma de organização política através do substrato

⁵⁴ Os sistemas multipartidários são, por definição, fragmentadores do poder representativo, demandando coalizões majoritárias para promovê-la. Os governos multipartidários seriam mais instáveis do que os bipartidários, independentemente deles serem parlamentaristas ou presidencialistas, unicamerais ou bicamerais, fragilizando o ideal democrático. DUVERGER, Maurice *Les Partis Politiques*. In: *Conférences du Lundi*. Université de Bordeaux. Bordeaux: Ed. Delmas, 1946, pp. 21-32.

popular, pois esses entes de taxionomia privada são elos de captação da vontade popular, mas, nunca podem ser enquadrados como pitonisas exclusivas dos destinos da cidadania. São um dos instrumentos de manifestação popular, mas não detém o seu monopólio.

A alegação de que os eleitores ficariam sem opção política em razão das restrições impostas pela cláusula de barreira, com a diminuição dos partidos políticos existentes, mostra-se destituída de parâmetro fático. Como o percentual de dois ou três por cento significa um piso, qualquer corrente política no Brasil que apresente um mínimo de legitimidade conseguiria o mencionado percentual⁵⁵.

O amplo espectro ideológico que permeiam nossa "aldeia global" igualmente seria refletido no sistema partidário brasileiro, ultrapassando facilmente os estorvos da cláusula de barreira em razão de sua inserção na sociedade, apenas vedando a existência de "condomínios de interesses políticos" que apenas contribuem para a densificação do gap entre a sociedade e os partidos. Outrossim, mesmo aqueles partidos que não conseguissem o mencionado requisito, não haveria o cerceamento de suas atividades parlamentares, mas apenas uma mitigação de sua extensão, no que em nada impediria o exercício da representação de seus eleitores.

Da mesma forma, ela não enfraquece o pluralismo político, garantia fundamental insofismável da democracia brasileira. Como mencionamos anteriormente, as restrições impostas não constitui um acinte ao pluralismo político, pois todas as correntes políticas que tenham respaldo na sociedade facilmente obterão o percentual exigido.⁵⁶ Outrossim, o campo de incidência da garantia do pluralismo político não concede a prerrogativa de representação de feudos na vida parlamentar. O seu campo de incidência refere-se na outorga de prerrogativas para que a sociedade possa comungar da vertente política que lhe seja mais

⁵⁵ DIAZ, Elias. **Legalidad- legitimidade en el socialismo democrático**. Espanha: Editorial Civitas S.A., 1978, p. 120.

⁵⁶ MAFFETTONE, Sebastiano. **Rawls, Orizzonte di Tolleranza**. Disponível em: <http://lgxserver.uniba.it/lei/rassegna/0211271.htm>. Acesso em: 27/05/2015.

alvissareira, manifestando sua opinião e realizando o proselitismo político que considerar mais pertinente aos seus anseios. Em nenhum momento, a sua extensão conceitual permite a ilação de que o pluralismo político apenas restar-se-á configurado com a representação de núcleos políticos, com legitimidade rarefeita, em agremiações partidárias que gozem de benesses públicas, como fundo partidário ou direito de antena. Seu conceito ontológico liga-se a liberdade de professar as mais variadas matizes ideológicas, expressando seus posicionamentos sem sofrerem qualquer tipo de discriminação. Esse direito fundamental concretiza-se em vários locus republicanos, plasmando-se em toda a vida social. Portanto, pluralismo político não pode ser confundido com o direito de uma disseminação exacerbada de partidos políticos, muitos dos quais denominados de "legendas de aluguel"⁵⁷.

As minorias podem conseguir representatividade de outras formas, sem essa proliferação danosa de partidos políticos. Os anseios desses grupos podem ser melhor protegidos através de outros atores sociais, como as organizações não governamentais, entidades religiosas, sindicatos, corporações, movimentos civis, enfim, através de todas as entidades da sociedade civil⁵⁸.

O maior número de partidos políticos não garante o emponderamento de minorias, muito pelo contrário. Essas agremiações minúsculas representam muito mais interesses de grupos políticos, em sua grande maioria, sem que tenham amparo em segmentos sociais estabelecidos ou que sustentem opções políticas exequíveis para os caminhos da sociedade. Nascem para a disputa de poder no seu sentido maquiavélico mais puro, onde os fins justificam os meios, sem se importar com os

⁵⁷ Ponderando acerca do conceito de legendas de aluguel, Thales Cerqueira sintetiza: "Como é o caso dos partidos pequenos, que são criados com o escopo exclusivo de promover a venda para as grandes legendas do tempo que lhes é reservado no rádio e na TV, por meio de coligações casuísticas ("a ocasião faz o ladrão"), provocando com isso a diminuição do número de partidos". CERQUEIRA, Thales T.P.L. Pádua. Revista Jurídica CONSULEX - Ano X nº 235 - out. 2006, pp. 24 – 32, p. 26.

⁵⁸ FRANCESCH, Juan Luis Perez. *El Gobierno*. 2 ed., Madrid: Tecnos, 1996. P. 73.

reais interesses da sociedade⁵⁹. Na verdade, as minorias excluídas continuam sendo mantidas longe de todo o sistema político.

Os partidos políticos ideológicos, com larga tradição histórica, como o PC do B e o PCB não podem servir de desculpas para essa exacerbada proliferação de partidos políticos porque sua nódoa ao desenvolvimento da democracia é muito maior do que a sua contribuição ao enriquecimento do debate político. Eles poderiam continuar a existir, seja sem as prerrogativas estatais ou em uma federação de partidos. Como, teoricamente, sua contribuição advém da ontologia de seus postulados, sua participação no debate estaria assegurada a despeito de sua inserção ou não no establishment estatal. Assegurar a liberdade de sua organização, a livre expressão de suas convicções e impedir discriminação a seus posicionamentos, mostra-se como garantias eficazes para lhes consolidar o papel desempenhado na sociedade.

O fato de os partidos que não alcançarem o percentual exigido pela cláusula de barreira ficarem sem a possibilidade de receber dinheiro público ou exercer o direito de antena não significa um acinte ao Estado Democrático de Direito, pois não se configuram como garantias fundamentais.⁶⁰ Claro que são duas prerrogativas que muito ajudam na consolidação e fortalecimentos desses atores sociais, contudo, não são requisitos inexoráveis para a sua existência. Se eles buscam representar demandas de setores organizados da sociedade, com legitimidade social, podem exercer esse *mister* de forma livre, inclusive com os mandatários eleitos exercendo soberanamente o seu mandato. Outrossim, o dinheiro público é sacrossanto, ou seja, não se configura como escasso, devendo ser despendido em necessidades mais prementes. Portanto, o erário somente pode ser empregado para partidos políticos que tenham um mínimo de organicidade, exercendo com eficácia o seu *mister*.

⁵⁹ MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Penguin Classics, 2010.

⁶⁰ MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **As Novas Tendências do Direito Constitucional**. Trad. Candido Motta Filho. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1933. P. 45.

4 A NÃO VIOLAÇÃO AO SISTEMA PROPORCIONAL

Para Marcel Prélot, um sistema de representação proporcional pretende assegurar a diversidade de opiniões, garantido aos eleitores um número de lugares no Parlamento proporcional às suas respectivas forças.⁶¹ Para Hans Kelsen, chama-se proporcional o sistema quando a distribuição dos mandatos é perfeita de maneira que o número de representantes em cada circunscrição eleitoral seja dividido em atenção ao número de cidadãos. Aduz que o fato de esse sistema favorecer a formação de diversos partidos minúsculos impõe a necessidade de superação das diferenças entre os grupos em prol da união por um bem comum maior da esfera do eleitorado para a do parlamento.⁶²

Segundo Francisco Dirceu Barros, pelo sistema proporcional resta assegurada a representação aos diferentes partidos políticos, correspondendo à força numérica de cada um. Objetiva-se fazer do Parlamento uma caixa de ressonância verossímil ao quadro político nacional (regional ou local, quando nas esferas estadual e municipal)⁶³.

Hodiernamente o sistema proporcional no Brasil tem fulcro no art. 45 da CRFB/88, que estabelece para as eleições dos representantes parlamentares do povo, aplicando-se, por simetria, nas esferas federal, estadual e municipal.⁶⁴ O sistema proporcional consubstancia aparelho que busca correspondência entre a proporção de votos obtidos e o número de cadeiras existentes⁶⁵.

Concebido para refletir os diversos pensamentos e tendências vigorantes no meio social, o sistema proporcional propõe a distribuição das vagas existentes nas casas legislativas entre as múltiplas entidades políticas, tornando equilibrada a busca

⁶¹ PRÉLOT, Marcel. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1961, p.71.

⁶² KELSEN, Hans. **A democracia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 71 e 72.

⁶³ BARROS, Francisco Dirceu. **Direito eleitoral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p.220

⁶⁴ Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

⁶⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Eleições gerais de 2010**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 9.

pelo poder e propiciando a representação de grupos minoritários. O voto tem caráter duplo. Votar no candidato significa escolher o partido ao qual está filiado, sendo possível votar apenas na agremiação, digitando na urna o número do partido. Isto é, trata-se de sistema que não considera apenas o número de votos atribuídos ao candidato, mas também os endereçados à agremiação⁶⁶.

Resta garantida às minorias a defesa contra os abusos das majorias. Ademais, como concebido por Norberto Bobbio, o sistema proporcional pode trazer como seu espectro a instabilidade do governo⁶⁷. No mesmo sentido, Schumpeter afirma que a representação proporcional possibilita a todas as classes sociais terem uma oportunidade no governo. Por outro lado, também tem o poder de impedir que a democracia acarrete governos destituídos de legitimidade, no que provoca tensão entre as forças políticas. Para evitar esse efeito, as atribuições do Estado devem ser transferidas aos grupos que disponham de um apoio eleitoral consistente, possibilitando as condições necessárias de governabilidade⁶⁸.

Nesse sentido, o maior controle do número de partidos políticos tem o condão de garantir melhor densidade ao sistema proporcional, reduzindo seus espectros negativos, em virtude de que é o próprio eleitorado quem exclui ou inclui as legendas partidárias com assento parlamentar;⁶⁹ e que o conceito de sistema proporcional reconhece que os partidos que não alcançarem a votação mínima não terão representatividade, a despeito de terem obtido votações expressivas⁷⁰.

⁶⁶ GOMES, Jose Jairo. **Direito eleitoral**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 110-111.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 1176.

⁶⁸ SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo y democracia**: Barcelona: Folio, 1984, pp. 346-348.

⁶⁹ NICOLAU, Jairo; RODRIGUES, Leôncio Martins; LESSA, Renato; MACHADO, Sérgio. (Org.) DIRCEU, José e IANONI, Marcus. **Reforma Política: Instituições e Democracia no Brasil atual**. São Paulo. Fundação Perseu Abramo, out. 99, pp. 29 - 33.

⁷⁰ CAETANO, Flávio Crocce. GOMES, Wilton Luis Silva. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Quartier, 2006, p. 18/19.

Dessa forma, o estabelecimento da cláusula de barreira não se configura como uma afronta ao modelo proporcional, muito pelo contrário, representa um instrumental que aperfeiçoa esse sistema, permitindo que as minorias possam ser representadas no parlamento e que a multiplicidade de partidos não se torne um aspecto deletério ao funcionamento da democracia. Por outro lado, com a impossibilidade de coligação para as eleições proporcionais, também proposta na mesma PEC que trata da cláusula de desempenho, haverá um aperfeiçoamento desse sistema, pois as deturpações de votos provocados pelas coligações deixarão de existir, sem que o voto dado para um partido possa migrar para outro.

5 ANOTAÇÕES A REFORMA POLÍTICA QUE INSTITUIU A CLÁUSULA DE BARREIRA

No dia 23 de novembro de 2016, o Senado Federal aprovou em segundo turno, por 69 votos a favor e nove contra, a PEC n. 36/2016, da reforma política, que instituiu a cláusula de barreira no regime democrático brasileiro.⁷¹

A partir de sua entrada em vigor apenas os partidos que obtiverem no mínimo 2% dos votos nas eleições gerais de 2018, distribuídos em, pelo menos, 14 unidades da Federação, com um mínimo de 2% dos votos válidos em cada uma delas; e 3% nas eleições de 2022, distribuídos em, pelo menos, 14 unidades da Federação, com um mínimo de 2% dos votos válidos em cada uma delas; poderão ter funcionamento parlamentar, direito de antena e acesso ao fundo partidário. As agremiações que não superarem os pisos eleitorais exigidos terão os seus mandatos garantidos, todavia, em decorrência do baixo número de votos obtidos por suas legendas, não terão direito a prerrogativa de estrutura parlamentar, ao fundo partidário e a utilização do direito de antena.

Dessa forma, os partidos no Brasil serão divididos entre aqueles que atingiram a cláusula de desempenho e aqueles que não conseguiram. Não resta a menor dúvida que é um *capitis diminutio* para aqueles que não conseguiram o número mínimo de votos, mas, indubitavelmente, uma medida necessária para um melhor

⁷¹ Em virtude da temática abordada, apenas será analisada a questão da cláusula de barreira.

funcionamento da democracia. Em cada período de quatro anos, as agremiações que desejarem obter a plenitude de suas prerrogativas terão que obter o mencionado piso, demonstrando que ostentam um patamar mínimo de representação social.

A opção do legislador reformador foi bastante comedida, em razão de que as alterações ocorrerão em um período de seis anos e de forma gradual, obrigando-se primeiramente um mínimo de 2% e apenas posteriormente um piso de 3%. Como o número mínimo de votos determinado não se mostra exacerbado, as agremiações que ostentarem um mínimo de legitimidade alcançarão sem problemas o quantum necessário.

Para os partidos que não conseguirem alcançar o patamar mínimo de votos, instituiu-se a possibilidade de que eles possam se reunir em uma federação de partidos, irmanando seus esforços para que possam conseguir ultrapassar a cláusula de barreira. Essa federação deve ser composta por agremiações que apresentem afinidades programáticas, funcionando como uma unidade política única, resguardada a autonomia estatutária de cada uma das legendas. Para terem direito a plenitude das prerrogativas partidárias, a soma de votos dados a essas agremiações deve ultrapassar o mínimo estabelecido na cláusula de barreira. Depois da deliberação do diretório nacional, o partido pode integrar qualquer federação desde que o pedido seja registrado no Tribunal Superior Eleitoral até a véspera do prazo das filiações partidárias às eleições federais.

Conseguindo a federação superar a cláusula de barreira, as agremiações que a compõem terão assegurados o direito ao funcionamento parlamentar, aos valores oriundos do fundo partidário, conforme o quociente de votos obtidos por cada um deles para a Câmara dos Deputados, e ao tempo da propaganda eleitoral, proporcional ao número de deputados eleitos pela federação. Configurando-se como uma entidade provisória, qualquer partido poderá deixá-la, no que acarretará no imediato cancelamento dos repasses do fundo partidário e no impedimento do acesso gratuito partidário e eleitoral ao rádio e à televisão, que serão redistribuídos para os outros partidos com funcionamento parlamentar.

Além disso, a mencionada PEC acabou com a possibilidade dos partidos realizarem coligações para as eleições proporcionais, a partir das eleições de 2022. A proibição de coligações nos pleitos proporcionais não pode ser confundida como uma cláusula de barreira de forma própria, contudo, constitui-se como uma restrição para a multiplicação de legendas sem consolidação social. A possibilidade de existência da federação de partidos torna a prerrogativa de coligação nas eleições proporcionais uma excrecência porque permite uma severa distorção do princípio da proporcionalidade e do próprio fator teleológico da cláusula de barreira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto anteriormente, mostra-se apodítico chegar a conclusão de que o modelo de cláusula de barreira proposta pelo parlamento não se inquina de nenhum tipo de inconstitucionalidade. Quanto ao seu aspecto substancial, meritório, não se vê qualquer mácula ao funcionamento das instituições democráticas, já que a urgência de sua criação se deve ao fato de que hodiernamente o alto número de partidos no Brasil, destituídos de base social, constitui-se em uma grave anomalia que estorva diretamente a governabilidade.

Sua inclusão na realidade jurídica se mostra muito alvissareira porque além de potencializar a utilização de recursos públicos, permitirá que o Poder Legislativo possa exercer sua função de caixa de ressonância da sociedade, fazendo com que os partidos políticos tenham representatividade social e assim possam ensejar um debate claro sobre as formas de construção de políticas públicas.

AGRA, Walber de Moura; NETO, Emiliane Priscilla Alencastro. A cláusula de barreira como instrumento de aperfeiçoamento da democracia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoeopolitica - ISSN 1980-7791

REFÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito eleitoral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição de 1988: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Arts. 5º a 17. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 11ª ed. Brasília: UNB, 1998.

_____. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAETANO, Flávio Crocce; GOMES, Wilton Luis Silva. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Quartier, 2006.

CARVALHO, Kátia. **Cláusula de Barreira e Funcionamento Parlamentar, Estudo, Câmara dos Deputados**. Consultoria Legislativa: pp. 2-11, Fev. 2003.

CERQUEIRA, Thales T.P.L. Pádua. **Revista Jurídica CONSULEX** - Ano X nº 235 - out. pp. 24 - 32, 2006.

CINTRA, Antonio Octavio. Estudo. **A Proposta de Reforma Política: Prós e Contras**. Câmara dos Deputados. Consultoria Legislativa. Brasília-DF: pp. 12-16, jan., 2005.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DIAZ, Elias. **Legalidad- legitimidade en el socialismo democrático**. Espanha: Editorial Civitas S.A., 1978.

DUVERGER, Maurice. Les Partis Politiques. In: **Conférences du Lundi**. Université de Bordeaux. Bordeaux: Ed. Delmas, 1946.

AGRA, Walber de Moura; NETO, Emiliane Priscilla Alencastro. A cláusula de barreira como instrumento de aperfeiçoamento da democracia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

_____. **Os Partidos Políticos**. Rio de Janeiro: Zahar/UnB, 1980.

FERES JÚNIOR, João; POIBREBINSCHI, Thamy. **Teoria Política Contemporânea**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os partidos políticos nas constituições democráticas**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1966.

FLEISCHER, David. **Reforma Política no Brasil: os partidos políticos em questão**. In: Timothy Mulholland, Lúcio R. Rennó, organizadores; Antônio Octávio Cintra, Dóris de Faria, Tania Costa, coorganizadores. In: Reforma política em questão. Brasília: Editora Universidade de Brasília, p. 163-190. 2008.

FRANCESCH, Juan Luis Perez. **El Gobierno**. 2 ed., Madrid: Tecnos, 1996.

GARRORENA MORALES, **Á. Algunas sugerencias para renovar la función de control**. In: F. PAU I VALL (coord.), Parlamento y control del Gobierno: V Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos. Pamplona, Aranzadi, 1998.

GOMES, Jose Jairo. **Direito eleitoral**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GROSSI, Paolo. **“Il Diritto Tra Norma e Applicazione. Il Ruolo Del Giurista Nell’Attuale Societa’Italiana”**. In: Inaugurazione Dei Corsi D’Insegnamento Dell’anno Accademico. 2001-2002. Firenze: Università Degli Studi, 2002.

HAYEK, Friedrich August. **Individualism and Economic Order**. Indiana: Gateway Editions, 1948.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

KATZ, Richard; CROTTY, William (Ed.). **Handbook of Party Politics**. London: Sage, 2006.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **A teoria geral do direito e do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

AGRA, Walber de Moura; NETO, Emiliane Priscilla Alencastro. A cláusula de barreira como instrumento de aperfeiçoamento da democracia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

_____. **Esencia y valor de la democracia.** Oviedo: KRK Ediciones, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I.** Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MAFFETTONE, Sebastiano. **Rawls, Orizzonte di Tolleranza.** Disponível em: <http://lgxserver.uniba.it/lei/rassegna/0211271.htm>. Acesso em: 27/11/2016.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe.** São Paulo: Penguin Classics, 2010.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **As Novas Tendências do Direito Constitucional.** Trad. Candido Motta Filho. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1933.

MULLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique.** Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

NICOLAU, Jairo; RODRIGUES, Leôncio Martins; LESSA, Renato; MACHADO, Sérgio. (Org.) DIRCEU, José e IANONI, Marcus. **Reforma Política: Instituições e Democracia no Brasil atual.** São Paulo. Fundação Perseu Abramo, out. 1999.

NICOLAU, Jairo. **Sistemas Eleitorais.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

OPPO, Anna. **Partidos Políticos.** In: Dicionário de política. 5ª ed. Brasília: UnB, 1999.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Eleições gerais de 2010.** São Paulo: Atlas, 2010, p. 9.

PORTO, Walter Costa. **Revista Jurídica CONSULEX** - Ano X nº 235 - out. 2006.

PRÉLOT, Marcel. **Institutions politiques et droit constitutionnel.** Paris: Dalloz, 1961.

RABELLO FILHO, Benjamin Alves. **Partidos políticos no Brasil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

AGRA, Walber de Moura; NETO, Emiliane Priscilla Alencastro. A cláusula de barreira como instrumento de aperfeiçoamento da democracia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

REALE JÚNIOR, Miguel. **Casos de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Du contrat social**. Paris: Gallimard, 1993.

SARTRE, Jean-Paul. **A Náusea**. Tradução de Rita Braga. 10 Impressão. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2000.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo y democracia**: Barcelona: Folio, 1984.

TAVARES, José Antônio Giusti. **A Medição dos Partidos na Democracia Representativa Brasileira**. In: O Sistema Partidário na Consolidação da Democracia Brasileira. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 2003.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1951.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de direito eleitoral**. São Paulo: Saraiva, 2016.

VIANA, João P. S. Leão - **Reforma Política: Cláusula de Barreira na Alemanha e no Brasil**, Porto Velho, págs. 34 – 109, 2006.

VIANA, Severino Coelho. **A SAGA DOS PARTIDOS POLÍTICOS**. Disponível em: Acesso em: 25/08/2006.

VIRGA, Pietro. **Liberta giuridica e diritti fondamentali**. Milano: Giufrè, 1977.

WARE, Alan. **Political Parties and Party Systems**. Oxford: OUP, 1996.

WEBER, Max. **Economia e societá**. Milano: Comunitá, 1961.

Submetido em: junho/2017

Aprovado em: julho/2017