



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GABRIEL BARBOSA ROCHA

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A CLÁUSULA
CONSTITUCIONAL DE DESEMPENHO DOS PARTIDOS
POLÍTICOS: DIÁLOGO COM AS ADIS 1.351-3 E 1.354-8 E
OUTRAS ANOTAÇÕES**

BRASÍLIA
2018

GABRIEL BARBOSA ROCHA

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE
DESEMPENHO DOS PARTIDOS POLÍTICOS: DIÁLOGO COM AS
ADIS 1.351-3 e 1.354-8/DF E OUTRAS ANOTAÇÕES**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção
do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito
da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Professor Doutor Jorge Octávio Lavocat
Galvão

BRASÍLIA
2018

GABRIEL BARBOSA ROCHA

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE
DESEMPENHO DOS PARTIDOS POLÍTICOS: DIÁLOGO COM AS
ADIS 1.351-3 e 1.354-8/DF E OUTRAS ANOTAÇÕES**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção
do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito
da Universidade de Brasília – UnB.

Banca Examinadora

Professor Orientador: Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão
Universidade de Brasília

Examinador: Prof. Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras
Universidade de Brasília

Examinador: Matheus Pimenta de Freitas Cardoso

Suplente: Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho
Universidade de Brasília

Brasília, 05 de dezembro de 2018

*À minha mãe e aos meus irmãos
Victor, Letícia e Lucas.*

*Também, a todos que fizeram esse
dia ser possível.*

“Ao vencedor, as batatas.”.

Rubião (Machado de Assis)

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo principal averiguar o contexto e os contornos da cláusula constitucional de desempenho dos partidos políticos, que, inserida pela Emenda Constitucional nº 97 no parágrafo terceiro do artigo 17 da Constituição Federal de 1988, condiciona os direitos de acesso aos recursos do fundo partidário e ao tempo no rádio e na televisão. A investigação se concretiza, essencialmente, por meio de um diálogo entre a inserção dessa nova cláusula de desempenho e a decisão proferida no julgamento conjunto das ADIs 1.351-3 e 1.354-8/DF, que declarou a inconstitucionalidade da cláusula prevista na Lei 9.096/95. Diante desses dois marcos essenciais à temática e considerada, ainda, a possibilidade de superação legislativa do precedente por via de emenda constitucional, verifica-se se os argumentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal naquela decisão teriam o condão de, de alguma forma, prejudicar a recepção do novel mecanismo constitucional. Busca-se, desse modo, concluir acerca da conformidade constitucional da reintrodução da cláusula de desempenho para os partidos políticos, contribuindo para o encerramento das controvérsias que impediram a legitimidade e a plena eficácia do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Eleitoral. Direito Partidário. Partidos políticos. Cláusula de desempenho. Fundo Partidário. Direito de antena. Propaganda partidária. Financiamento partidário. Supremo Tribunal Federal (STF).

ABSTRACT

The object of the present study is to analyze the context and the lines of the constitutional clause of political performance which as inserted by the Emenda Constitucional n. 97 into the third paragraph of the seventeenth article of the Brazilian Federal Constitution defines the right to access to the parties' public fund resources and to TV and radio broadcasting. Such investigation is proceeded to by means of the dialogue with the decision emitted in the opportunity of the joint trial of the Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1351-3 and 1354-8/DF which declared unconstitutional the clause of political performance created by the Lei 9.096/95. With regard to those both cornerstones of the subject and once yet considered the possibility of the Parliament's overcoming the case law by means of an Emenda Constitucional it is argued that the discussion upheld by the Supremo Tribunal Federal regarding that decision somehow jeopardized the reception of the more recent constitutional mechanism. Thus, we search to draw lines on the subject of the constitutional possibility of reintroducing the constitutional clause of political performance to political parties in the sense of contributing to the end of such controversy on the impediments to legitimacy and efficacy of that institute regarding the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Constitutional Law. Electoral Law. Political Parties Law. Political Party. Constitutional Clause of Political Performance. Parties' Public Fund. Broadcasting Rights. Political Propaganda. Partie's Financing. Brazilian Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 AS CLÁUSULAS DE DESEMPENHO NA EXPERIÊNCIA PARTIDÁRIA BRASILEIRA	15
1.1 Questões preliminares e conceituais	15
1.2 O sistema partidário brasileiro e os precedentes das cláusulas de desempenho até a Constituição de 1988	19
1.3 As sobrevividas da Constituição Federal de 1988 e da Lei dos Partidos Políticos	27
2 A CLÁUSULA DE DESEMPENHO DA LEI DOS PARTIDOS POLÍTICOS E O PRECEDENTE DAS ADINS 1.351-3 E 1.354-8/DF	35
2.1 Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 1.351-3 e 1.354-8/DF	38
2.2 Repercussões da declaração de inconstitucionalidade	49
3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS QUESTÕES DO PRECEDENTE E DA (NÃO) VINCULAÇÃO DO LEGISLADOR	51
4 A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE DESEMPENHO	59
4.1 A Emenda Constitucional nº 97 e a cláusula de desempenho ..	59
4.2 A respeito da realidade dos partidos políticos brasileiros: os pressupostos de fato da reversão legislativa em meio à reforma política	63
4.3 Anotações para uma releitura das razões e fundamentos da declaração de inconstitucionalidade	69
4.4 Panorama geral dos direitos de acesso aos recursos do fundo partidário e a tempo no rádio e na televisão: revisitando o modelo de financiamento dos partidos políticos	85

CONSIDERAÇÕES FINAIS 101

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 105

INTRODUÇÃO

Desde o início do regime democrático constitucional iniciado em 1988, importantes reformas têm sido promovidas sobre os mais variados aspectos da conjuntura política brasileira, a despeito de certa estabilidade institucional que parece se estar a vivenciar. Há quem argumente, por isso, encontrarmos-nos numa espécie de “agenda constituinte” (COUTO, 2006, p. 206)¹, imersos numa grande experimentação institucional (ROCHA; SILVA, 2015, p. 213).²

Com efeito, a dura realidade dos partidos políticos no Brasil - fragmentados, fragilizados e atolados numa profunda crise de representatividade e descrédito -, se faz incompatível com qualquer inércia e muito tem contribuído à pauta de grande parte dos debates, exigindo do legislador atenção especial e medidas de impacto capazes de contornar esse grave quadro.

A reforma política de 2017, alcançando a esfera constitucional, se ocupou, então, em reformular importantes questões da dinâmica do sistema partidário brasileiro e outras conexas de repercussão eleitoral.

Para se ilustrar, além da reforma constitucional realizada pela Emenda Constitucional nº 97, de que se trata a seguir, na esteira das alterações prévias promovidas pelas sucessivas reformas que vêm sendo promovidas na legislação infraconstitucional - Leis 11.300/2006, 12.034/2009, 12.875/2013, 12.891/2013, 13.165/2015 -, a minirreforma eleitoral de 2017, com as Leis nº 13.487 e 13.488, promoveu significativas inovações nas Leis nº 9.504/97 (Lei das Eleições) e 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos), como a criação do Fundo Eleitoral e o fim da propaganda partidária.

Outras pautas referentes ao financiamento público de campanha, à lista partidária fechada, ao sistema eleitoral distrital³, à fidelidade partidária e à publicidade e impulsionamento de conteúdos eleitorais na internet⁴, também foram ou têm sido objeto de variados projetos que,

¹ COUTO, Claudio Gonçalves. Emendas constitucionais. In: AVRITZER, Leonardo & ANASTASIA, Fátima (orgs.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2006. p. 206.

² ROCHA, Marta M. da; SILVA, Raquel G. da. *A agenda reforma política no Brasil: autores, objetivos, êxito e fracasso*. Revista Brasileira de Ciência Política, Brasília, nº 16, p. 213-246, jan./abr.2015.

³ O Projeto de Lei nº 9.212/2017, que prevê a mudança do sistema proporcional para o distrital misto (“distritão”) ainda não foi aprovado e não tem previsão para retornar ao debate. A tramitação da proposição encontra-se disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2163674>>. Acesso em: 03/12/2018.

⁴ A novidade foi introduzida pela Minirreforma Eleitoral (Lei 13.488), aprovada no ano passado. A norma prevê as modalidades de impulsionamento de conteúdo por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de internet (art. 57-B, inciso IV da Lei 9.504/97). Cf. BRASIL, Lei nº 13.488, de 6 de outubro de 2017.

num âmbito maior, pretendem avaliar e realizar uma verdadeira reestruturação no sistema político brasileiro.

Por essa amplitude, a reforma política que se tem promovido deve ser compreendida na sua acepção mais ampla, pois não tem se restringido a meras mudanças nas regras eleitoral ou partidárias, mas considerado e revisitado importantes aspectos da relação Executivo–Legislativo, de representatividade, questões governamentais (e de governabilidade) e também outras referentes ao modelo de administração pública brasileira⁵.

Dentre tantas modificações que têm sido realizadas nos últimos anos, a aprovação da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 292-A, convertida na Emenda Constitucional (EC) de nº 97, tem sido depósito de esperanças para reversão daquela realidade dos partidos políticos brasileiros.

A reforma constitucional trouxe importantes modificações na dinâmica dos partidos políticos no Brasil, como a reinserção da cláusula de desempenho no ordenamento jurídico brasileiro - desta vez no próprio § 3º do artigo 17 da Constituição Federal - ; o fim das coligações nos sistemas proporcionais de eleição⁶ e, também, mais uma hipótese de migração da legenda, para o caso específico de não serem alcançadas as condições mínimas exigidas pela cláusula desempenho.⁷

O caso da cláusula de desempenho em meio ao ordenamento jurídico brasileiro é bastante curioso e já foi objeto de análises e conclusões diversas, em diferentes momentos, tanto no Congresso Nacional quanto no Supremo Tribunal Federal (STF).

No último desses exames (2006), antes da sobrevinda da Emenda Constitucional nº 97, dispositivos previstos na Lei nº 9.096/95 que configuravam a chamada “cláusula de barreira” foram declarados inconstitucionais pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na ocasião do

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13488.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

⁵ A exemplo do Novo Regime Fiscal inaugurado pela Emenda Constitucional nº 95.

⁶ Previsto para 2020, conforme previsão do art. 2º da Emenda Constitucional nº 97: “Art. 2º A vedação à celebração de coligações nas eleições proporcionais, prevista no § 1º do art. 17 da Constituição Federal, aplicar-se-á a partir das eleições de 2020.”. Cf. BRASIL, Emenda Constitucional nº 97, de 4 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc97.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

⁷ Para o caso previsto no novo § 5º do artigo 17 da Constituição Federal: “§ 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.”. Cf. BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

juízo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 1.351-3 e 1.354-8/DF, ambas de relatoria do ministro Marco Aurélio.

Os efeitos práticos dessa decisão, no entanto, foram infelizes e contribuíram decisivamente para algo que já se fazia de forma desponderada e evidente: uma desenfreada multiplicação de partidos. Uma década depois, não houve alternativas ao Congresso Nacional que, partidariamente saturado, não pôde optar senão, novamente, por um mecanismo de potencial semelhante ao anterior, juridicamente rechaçado.

Desta feita, tendo sido fixado, previamente, um precedente em sede de controle abstrato pela Corte Constitucional e, sucessivamente, aprovada uma nova cláusula – que, embora constitucional, guarda alguma similaridade com a que lhe precedera –, o presente estudo tem como questionamento central a indagação quanto à existência de algum prejuízo, atávico daquela decisão, que poderia se pôr à recepção do novo mecanismo constitucional de modo a acometer sua legitimidade ou plena eficácia em meio ao sistema partidário brasileiro. Em outras palavras e em questionamento direto, os argumentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, naquela decisão, de algum modo prejudicam a recepção do novel mecanismo constitucional?

Boas razões podem levar a entender que não, a exemplo dos indicativos de mudança de entendimento por parte do próprio STF, aparentemente ciente das consequências de sua intervenção; também da nova configuração da cláusula de desempenho, pontual em se direcionar a determinados aspectos do sistema partidário; bem como dos novos parâmetros das eleições de 2018 no que concerne às sempre questionáveis nuances do modelo de financiamento público dos partidos em meio às campanhas.

Em que pese essas repercussões políticas, melhores conclusões não prescindem de uma releitura dos principais argumentos cristalizados naquele julgamento.

Respondendo àquele questionamento central, o presente estudo espera, como objetivo principal, concluir acerca da conformidade constitucional da nova cláusula de desempenho condicionante do acesso aos recursos do fundo partidário e ao tempo no rádio e na televisão, contribuindo para a segurança jurídica e pacífica consolidação do instituto no meio político.

Desse modo, englobando tantas questões de alta relevância, a patente especialidade que cerca a cláusula de desempenho, com potencial para promover um verdadeiro diálogo entre os poderes, merece todo o interesse e os esforços do presente estudo.

Ademais, considerando que a cláusula de desempenho ainda não teve por iniciada sua vigência, torna-se ainda mais pertinente encerrar, quanto logo, todas as controvérsias em torno

do mecanismo, sobretudo porque mecanismos dessa índole, em geral, costumam ser resistidos pelos atores políticos a ele submetidos.

Em relação às escolhas metodológicas da pesquisa, deve-se reconhecer a particularidade do objeto em análise proporciona algumas dificuldades: primeiro porque o mecanismo que se verifica guarda, por si só, alguma complexidade em sua configuração e funcionalidade; segundo porque uma abordagem completa da ampla gama de temas pertinentes à análise que se realiza não se faria possível de ser viabilizada em meio a um trabalho monográfico de conclusão de curso. Não obstante, tenta ser, o presente estudo, o mais circunspecto possível, perpassando questões essenciais que se põem à uma compreensão do “porquê” e de “como” se imporá o mecanismo em análise.

Para tanto, a pesquisa avança sobre o histórico do mecanismo na experiência brasileira sobre o ordenamento jurídico (Constituição, legislação, jurisprudência, etc.) e, também, sobre as dogmáticas de Direito Constitucional e Eleitoral. Adota-se, portanto, uma abordagem histórica e normativa, eminentemente qualitativa, a qual se realiza por meio de uma revisão bibliográfica e, principalmente, das leis e jurisprudência, restrita, porém, ao caso brasileiro.

Visando concluir acerca do problema lançado, a pesquisa encontra-se subdividida em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, será feita uma apresentação conceitual e comparada do instituto, seguida de uma retrospectiva e contextualização de outros mecanismos de controle e repercussão partidária no ordenamento jurídico brasileiro. Ao fim, serão compreendidas as opções e dinâmicas consolidadas na Constituição de 1988 em relação aos partidos políticos brasileiros, tudo de modo a compreender o modelo constitucional de partidos interpretado pelo Supremo Tribunal Federal naquele julgamento.

No segundo capítulo, será averiguada a cláusula de desempenho da Lei dos Partidos Políticos – Lei nº 9.096/95, bem como sua inconstitucionalidade declarada quando do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.351-3 e 1.354-8/DF. Serão enunciados os principais fundamentos do julgado e suscitadas algumas repercussões que dele restaram.

O terceiro capítulo, por sua vez, intermediando ambas as cláusulas de desempenho, será reservado para tecer alguns comentários acerca da não vinculação do legislador às decisões em sede de controle concentrado exercido pelo Supremo Tribunal Federal, ocasião em que se anuncia e se discute a possibilidade de superação legislativa do precedente, por parte do Congresso Nacional.

Finalmente, no quarto capítulo, será apresentada a cláusula constitucional de desempenho inserida no texto constitucional em meio à reforma política, bem como delineados os argumentos de fato e de direito pelos quais se lastreou o legislador-reformador por meio de uma releitura dos principais fundamentos daquela decisão pela inconstitucionalidade da cláusula anterior em vista dos termos do novel mecanismo. Ao fim, será retratado o panorama geral dos direitos de acesso ao fundo partidário e ao tempo no rádio e na televisão, concluindo-se, em seguida, acerca dos principais pontos abordados na presente investigação, em sede de considerações finais.

1 AS CLÁUSULAS DE DESEMPENHO NA EXPERIÊNCIA PARTIDÁRIA BRASILEIRA

1.1 Questões preliminares e conceituais

As *cláusulas de desempenho* não são criações propriamente brasileiras e vários países pelo mundo, a exemplo da Alemanha, Espanha, França⁸, Grécia, Itália, Suécia e Turquia, já se valeram desses instrumentos de controle/regulação dos partidos políticos em seus ordenamentos jurídicos, observadas as peculiaridades de cada cultura.⁹

O sistema eleitoral alemão talvez tenha proporcionado o protótipo mais notável desses mecanismos, tendo as cláusulas da Lei dos Partidos Políticos e da Constituição Federal de 1988 guardado alguma semelhança com o modelo em suas disposições.

Visando mitigar a intensa fragmentação partidária, favorecer a governabilidade e estabilidade do sistema político-partidário, bem como impedir o acesso de partidos extremistas, como os neonazistas, ao Parlamento Alemão¹⁰, a Lei eleitoral alemã previa que apenas as agremiações que ultrapassassem um percentual mínimo de 5% dos segundos votos válidos em nível nacional ou os que conquistassem pelo menos 3 mandatos majoritários em qualquer dos distritos da Alemanha participariam da distribuição das cadeiras do Parlamento.¹¹

⁸ A exemplo, na França, o sistema eleitoral de listas fechadas nos distritos exige que os partidos obtenham 5% dos votos para conquistar representatividade no Parlamento. Na Grécia, o mesmo direito se estende apenas aos partidos que obtenham 17% dos votos válidos nos Estados. Na Itália, por sua vez, uma das mais brandas (300 mil votos em âmbito estadual, ou seja, 1% dos votos), obtém representatividade o que eleger candidatos em pelo menos um distrito.

⁹ Como assentado pelos autores da PEC 282/2016, convertida na EC 97, os senadores Ricardo Ferraço e Aécio Neves, a cláusula de barreira vigora “em países de sólida tradição democrática, e impede até mesmo a posse dos representantes de partidos que não atinjam patamares mínimos de votação global.” Cf. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2118401>

¹⁰ Compreendida, pelo cientista político alemão Reinhold Zippelius, como consequência do modelo eleitoral proporcional, a fragmentação partidária era já considerada nociva à estabilidade do sistema político: “Foi sobretudo nisso que esteve a fraqueza do Estado de direito do sistema constitucional de Weimar, como depois também a da Quarta República francesa. A fragmentação partidária no parlamento provocada pelo direito de escrutínio proporcional conduziu a coligações sempre novas e a bloqueios devidos às coligações ou impediu no fundo a formação de um governo susceptível de maioria.”. Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. *Ciência Política*. São Paulo: Saraiva, 2016. Trad. António Francisco de Sousa, António Franco, p. 327.

¹¹ Em verdade, o sistema eleitoral alemão guarda alguma complexidade na compreensão de sua dinâmica e mecanismos. Das 598 cadeiras iniciais, metade (299) é eleita segundo sistema eleitoral majoritário uninominal, em que cada estado-membro alemão é dividido em pequenos distritos. Cada partido político concorre então com um único candidato em cada um dos distritos e os mais votados (a partir do princípio da maioria simples) são eleitos. As outras 299 cadeiras do Parlamento são eleitas segundo sistema eleitoral proporcional em listas fechadas apresentadas por cada partido político em âmbito estadual. Porém, para a distribuição das cadeiras do Parlamento pelo cálculo proporcional, eram considerados apenas os partidos que ultrapassassem a cláusula de barreira. Registre-se, por oportuno, que esses dois sistemas não são tratados de maneira isolada e autônoma, pois o cálculo das cadeiras submetidas ao sistema eleitoral proporcional sofre interferência direta das eleições distritais, o que aumenta a complexidade do sistema e provoca a existência dos mandatos excedentes. Cf. PONTES, Roberto; HOLTHE, Leo Oliveira van. *O sistema eleitoral alemão após a reforma de 2013 e a viabilidade de sua adoção no Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados/Consultoria Legislativa, 2015. p.5.

Tentou-se, também, estabelecer condições maiores para a subvenção das campanhas, em vista dos já elevados gastos, mas a Corte Constitucional entendeu que ocorreria violação ao princípio da igualdade de oportunidades, vez que impediria que os partidos de menor desempenho eleitoral tivessem acesso aos recursos públicos e financiamento do acesso à rádio e televisão. O percentual foi, então, fixado pelo legislador em 0,5% dos votos para o pagamento a título de indenização pelo desempenho dos partidos nas eleições (MENDES, 2015, p. 734).¹²

Ainda assim, em vista dos resultados das eleições recentes, pode-se concluir que o sistema alemão tem se estabilizado em torno de 6 grandes partidos (PONTES; HOLTHE, 2015, p. 21), o que indica, inclusive, certa eficácia dos mecanismos.¹³

Em outra experiência, no caso francês, os partidos recebiam a cada ano uma subvenção do Estado dividida em duas frações: uma primeira fixada em função do número de votos obtidos no primeiro turno das eleições legislativas (1,68 euros por voto), concedida independentemente do resultado da eleição; e uma segunda fração, paga apenas aos beneficiários da primeira fração, fixada em função do número de parlamentares (deputados e senadores) eleitos (TELLES, 2009, p. 383).¹⁴

Esse regime não se fez isento de críticas, vez que acabou por incentivar os partidos a multiplicarem suas candidaturas para o fim de receber maior montante, conturbando não apenas o sistema eleitoral, mas o próprio sistema político.

Por essa razão, passou a ser prevista uma cláusula de desempenho pela qual a primeira fração, atribuída em função dos resultados obtidos nas últimas eleições legislativas, seria reservada apenas aos partidos e agrupamentos políticos que tivessem atingido pelo menos 1% dos votos válidos, em pelo menos 50 circunscrições. Por consequência, a segunda fração também seria reservada aos partidos que cumprissem com os tais requisitos (TELLES, 2009, p. 385).¹⁵ Privilegiava-se o desempenho, e não as candidaturas.

As duas experiências ilustram bem a viabilização desses instrumentos para corrigir e evitar algumas distorções e disfuncionalidades constatáveis em casos de intensa fragmentação partidária.

¹² MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 734.

¹³ PONTES, Roberto; HOLTHE, Leo Oliveira van. *O sistema eleitoral alemão após a reforma de 2013 e a viabilidade de sua adoção no Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados/Consultoria Legislativa, 2015. p.21.

¹⁴ TELLES, Olivia R. da Silva. *Direito Eleitoral Comparado – Brasil, Estados Unidos, França*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 383

¹⁵ *Ibidem*, p. 385

Para que se possa prosseguir na contextualização e análise desses mecanismos na experiência brasileira, alguns conceitos devem ser, desde já, delineados.

Primeiramente, deve-se entender por *sistemas de partidos políticos* as formas e modalidades de coexistência de diversos partidos em um país (DUVERGER, 1980, p. 239)¹⁶, isto é, as formas com que essas entidades se organizam e se apresentam em um determinado país.

O termo *cláusula*, por sua vez, deve ser entendido como condição ou preceito que deve ser observado em determinada hipótese, categoria ou circunstância (AURÉLIO).¹⁷

No ordenamento jurídico, além da cláusula objeto do presente estudo, outras também se impõem aos partidos, repercutindo em vários aspectos que envolvem desde a formação até o funcionamento dos partidos, como a cláusula de nacionalidade para criação dos partidos políticos, a cláusula que determina a distribuição das cadeiras no Legislativo em função dos quocientes eleitorais e partidários¹⁸, a cláusula que distribui as sobras¹⁹, etc.

Em relação às cláusulas de desempenho, ou de barreira, as definições apresentadas pela doutrina brasileira, em geral, ainda remetem à cláusula da Lei dos Partidos Políticos, considerando toda a sua estrutura e extensão, que englobava aspectos relativos não só ao modelo de financiamento, mas também ao chamado funcionamento parlamentar dos partidos.

¹⁶ Conceito assim exposto pelo cientista político francês Maurice Duverger, desbravador de importantes estudos acerca do fenômeno partidário. Cf. DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 239. Também, numa conceituação mais dinâmica, Seiler define sistema partidário como um conjunto estruturado de relações, formado “ora pelas relações ora de oposição, ora de cooperação que existem entre os partidos políticos que agem no palco político de uma mesma sociedade política.” Cf. SEILER, Daniel-Louis. *Os partidos políticos*. Tradução de Maria Parreira Cordeiro. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 137.

¹⁷ Conforme Dicionário Online de Português – Aurélio. Consultado em: <<https://www.dicio.com.br/aurelio-2/>>. Acesso em: 03/12/2018.

¹⁸ A distribuição se dá em vista do *quociente partidário*, que por sua vez se dá em função do *quociente eleitoral*: o primeiro indica “o número de vagas alcançadas alcançado pelos partidos e é calculado pela divisão do número de votos conferidos ao partido, diretamente, ou a seus candidatos pelo quociente eleitoral”; o segundo, traduz o “índice de votos a ser obtido para a distribuição das vagas”, e é obtido mediante a divisão do número de votos válidos pelos lugares a preencher no órgão legislativo de sistema proporcional. Cf. MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 729.

¹⁹ A distribuição dos restos e das sobras se dá em decorrência do fato de, após a distribuição inicial, restarem vagas a serem preenchidas dentre os partidos sem que tenham votos suficientes para atingir o *quociente eleitoral*. No Código Eleitoral se estabelece que, para obtê-las, “adiciona-se mais um lugar aos que já foram obtidos por cada um dos partidos; depois, toma-se o número de votos válidos atribuídos a cada partido e divide-se por aquela soma; o primeiro lugar a preencher caberá ao partido que obtiver a maior média; repita-se a mesma operação tantas vezes quanto forem os lugares restantes que devem ser preenchidos, até sua total distribuição entre os diversos partidos.” (art. 109, do CE). Cf. BRASIL, Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

Muitas são, por conseguinte, pouco aproveitáveis para a consideração da nova cláusula inserida no § 3º do artigo 17 da Constituição Federal, que se distingue em importantes aspectos.²⁰

Em verdade, deve-se adiantar que cada cláusula merece ter um significado próprio, condizente com a singularidade de seus preceitos, vez que sua finalidade e sua funcionalidade se farão variáveis em função da própria configuração. Além do mais, deve-se considerar que cada qual poderá vir a ser conjugada com outros termos da legislação ou ordenamento, proporcionando inflexões ímpares no sistema eleitoral ou partidário sobre os quais incide.

Por isso, e em observância à própria cláusula constitucional que passa a ter vigência no ordenamento jurídico brasileiro para a legislatura de 2018, mostra-se adequado ajustar a conceituação delineada pelo constitucionalista Alexandre de Moraes, que se transcreve, otimizada, a seguir:

“Cláusula de desempenho” é o conjunto de normas jurídicas que estabelece um percentual ou número mínimo de apoio do eleitorado nas eleições para a Câmara dos Deputados (como por exemplo, a previsão já existente do quociente eleitoral) como requisito essencial para o regular funcionamento parlamentar” OU para o “gozo do direito à obtenção de recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e televisão (“direito de arena”) pelos Partidos Políticos, com a finalidade de garantir um controle qualitativo baseado na legitimidade e representatividade popular das agremiações partidárias para o fortalecimento da Democracia representativa.”²¹ (2013, n.p.)

Ademais, uma importante distinção merece ser costurada entre os conceitos de *cláusula de desempenho* e de *barreira*.

Muitos países adotam o que se chama por *cláusula de barreira*, mecanismo assim alcunhado por obstar, excluir ou barrar a existência ou regular desempenho de atividades partidárias ou prerrogativas, no mais das vezes estabelecidas pelos próprios documentos constitucionais, a determinados partidos que não logrem cumprir determinados requisitos.²² É o caso da exclusão da distribuição de cadeiras do Parlamento dos partidos que não atinjam

²⁰ Conforme conceituação obsoleta do Tribunal Superior Eleitoral, este tipo de cláusula é uma “norma que nega funcionamento parlamentar ao partido que não tenha alcançado determinado percentual de votos.”. (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2015).

²¹ MORAES, Alexandre de. *Cláusula de desempenho fortalece o sistema eleitoral*. Consultor Jurídico, 2013. n.p. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-08/justica-comentada-clausula-desempenho-fortalece-sistema-eleitoral>>. Acesso em: 03/12/2018.

²² O conceito de cláusula de barreira é assim definido por Katia de Carvalho: “Doutrinariamente, entende-se por cláusula de barreira a disposição normativa que nega, ou existência, ou representação parlamentar, ao partido que não tenha alcançado um determinado número ou percentual de votos.” Cf. CARVALHO, Kátia de. *Cláusula de barreira e funcionamento parlamentar*. Brasília: Câmara dos Deputados/Consultoria Legislativa, 2003. No dizer de Jairo Nicolau, a cláusula de desempenho pode ser conceituada como o mecanismo previsto em lei que estabelece um “patamar mínimo de votos que um partido necessita atingir para conseguir uma cadeira no Legislativo”. Cf. NICOLAU, Jairo. *Sistemas eleitorais*. 5. ed. São Paulo: FGV Editora, 2004.

determinado quociente de votos, que varia de 0,67% em países como a Holanda a 10% na Turquia, e fixado em 5% para o caso alemão, anteriormente mencionado.

Por outro lado, as cláusulas de desempenho dizem respeito, mais propriamente, ao condicionamento e/ou proporcionalidade da participação dos partidos na partilha ou acesso a determinadas prerrogativas partidárias, sem o condão de barrar ou impedir, diretamente, a própria existência ou atividade da agremiação que não atinja o percentual de votos exigido.

O intento principal dessas últimas não implica, diretamente, a diminuição do número de partidos existentes ou com representação no Congresso Nacional, sendo, por isso, inadequada a inclusão destas sob o mesmo manto conceitual das chamadas “de barreira”.

De todo oportuno, pois, o esclarecimento proferido por Marisa Amaro dos Reis, nesse estudo adotado e abaixo transcrito:

“(…) a denominação [cláusula de desempenho] não se confunde com a chamada cláusula de barreira (ou de exclusão), uma vez que esta, mais limitadora, impediria a própria existência da agremiação que não atingisse tal percentual de votos. Preferível, portanto, a primeira denominação, deixando para a expressão “barreira” apenas o seu sentido gramatical, como o obstáculo (percentual mínimo de votos) que precisa ser ultrapassado para que o partido político consiga uma vaga no Poder Legislativo. Assim, a cláusula objetiva, mais do que pura e simplesmente dificultar o acesso de pequenos partidos ao Legislativo, é um mecanismo de controle da quantidade (e qualidade) das agremiações partidárias mediante a exigência de um mínimo de representatividade e apoio nas urnas.”²³ (2014, p. 91 e 92)

No entanto, em que pese a relevância dessa distinção, é cediço que algumas finalidades se fazem comuns a ambas as espécies, especialmente quanto ao legítimo intento de coibir e evitar a pulverização dos representantes em um número elevado de partidos, que, de alguma maneira, concorre para o enfraquecimento das próprias agremiações partidárias, afetando, em última análise, a própria representatividade.

1.2 O sistema partidário brasileiro e os precedentes das cláusulas de desempenho até a Constituição de 1988

Marcado por uma série de discontinuidades, de onde se explica, em parte, a grave debilidade que hoje permeia a existência dessas organizações, o sistema partidário brasileiro é

²³ REIS, Marisa A. dos. *Cláusula de Desempenho e Fortalecimento dos Sistemas Representativo e Partidário no Brasil*. Estudos Eleitorais. EJE. V. 9, n. 1, p. 90-103, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/1594>>. Acesso em: 03/12/2018.

visto frequentemente como um caso de “subdesenvolvimento partidário.” (LAMOUNIER; MENEGUELLO, 1986, p. 10).²⁴

Trata-se de um sistema de veras sintomático, com uma história verdadeiramente acidentada.²⁵

Com frequência, a passagem de uma formação à outra envolveu variadas interpelações do poder central, seja por meio de irrupções mais agressivas – casos do Estado Novo, em 1937, e do Regime Militar de 1964 - , ou mesmo mais sutis, com a imposição de determinados mecanismos regulatórios que se prestavam a disciplinar questões de criação, financiamento e funcionamento dos partidos. O Estado Brasileiro, portanto, sempre se atentou em disciplinar e condicionar questões institucionais e sistêmicas dessas entidades.

Em se falando de institucionalização dos partidos políticos no Brasil, o primeiro passo mais efetivo talvez tenha se dado com o Código Eleitoral de 1950, Lei nº 1.164, que definiu importantes regras para a configuração e funcionamento das agremiações, dentre as quais o estabelecimento como pessoas jurídicas de direito público interno (art. 132), com pelo menos 50.000 eleitores distribuídos por cinco ou mais circunscrições eleitorais, com o mínimo de mil (eleitores) em cada uma; a aquisição de personalidade jurídica por meio de registro no Tribunal Superior (§ 2º do art. 132); e a obrigatoriedade de se adotarem programas e estatutos de sentido e alcance nacional (§ 1º do art. 132).²⁶

O Código, aliás, fora paradigmático no que concerne ao objeto do presente estudo: na altura parágrafo único do art. 148 do Código Eleitoral de 1950 se estabeleceu que o partido que não conseguisse eleger ao menos um representante para o Congresso Nacional, ou que não

²⁴ Bolívar Lamounier e Rachel Meneguello abordam com precisão tal debilidade considerando a problemática sucedânea de formações totalmente distintas, que, perdendo suas vitalidades e sendo preteridas ou mesmo violentadas, foram-se “sem deixar um rastro organizacional ou um fio simbólico que pudesse ser retomado na etapa seguinte.”. Cf. LAMOUNIER, Bolívar & MENEGUELLO, Rachel. *Partidos Políticos e Consolidação Democrática: O Caso Brasileiro*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986. p. 10.

²⁵ Sete formações partidárias são, em geral, apontadas pela doutrina: 1) a dualidade Liberais-Conservadores, do momento pós-independência às iminências da República, que veio a se consolidar em 1889; 2) a formação republicana com partidos-únicos estaduais, na Primeira República; 3) um pluripartidarismo um tanto pueril, de 1930 à sua interrupção pelo Estado Novo em 1937; 4) um pluripartidarismo mais autêntico iniciado em 1945 e extinto pelo regime militar em 1965; 5) o bipartidarismo artificial sustentado pelo regime militar, de 1965 a 1979; 6) um pluripartidarismo controlado, nos idos da reforma de 1979, pois centralizado nos partidos herdeiros da formação partidária militar; 7) e, por fim, um pluralismo ampliado, que se iniciou a partir da Emenda Constitucional nº 25, de 1985.

²⁶ Outras normas foram ainda estabelecidas quanto aos deveres partidários (arts. 141 e 142); à contabilidade e finança dos partidos (arts. 143 e 146); à suspensão de funcionamento e cancelamento do registro (arts. 147 a 150); propaganda partidária, etc. Cf. BRASIL. Lei nº 1.164, de 24 de julho de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L1164.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

obtivesse ao menos cinquenta mil votos, teria o registro cancelado.²⁷ Pela primeira vez em nossa legislação, se previa um mecanismo em formação e materialidade de cláusula condicionante da existência e do funcionamento dos partidos políticos, para além de requisitos impostos para formação e aquisição de personalidade jurídica.

Em que pese todas as novas disposições, o novo modelo regulatório não foi capaz de materializar o tão almejado ideal de (pluri)partidarismo a nível nacional. A despeito de uma certa proliferação de partidos, chegando a um total de 14²⁸, apenas três se destacaram em termos de relativa solidez naquele primeiro momento - PSD, PTB e UDN²⁹.

Realçada sobretudo pelo modelo de sistema eleitoral, à época já proporcional, essa pulverização dos partidos acabou por permitir a existência de uma ampla maioria de partidos de baixíssimo desempenho eleitoral e, nos demais momentos, de certa apatia e irrelevância política, trazendo à baila uma infinidade de problemas próprios de uma débil configuração multipartidária.³⁰ Por esses motivos, o sistema pluripartidário de 1945-1965, a despeito da inegável relevância de uma inédita coexistência de algumas poucas legendas em condições de se revezarem no poder, não avançou como se esperava no sentido de uma democratização substantiva, expandindo possibilidades na arena política e concretizando em maior grau a cidadania e soberania popular: a configuração desordenada viciou, com pesar, muitas virtudes desse primeiro modelo brasileiro realmente pluripartidário.³¹

²⁷ “Art. 148. Parágrafo único. Terá, por igual, cancelado o seu registro o partido que em eleições gerais não satisfizer uma destas duas condições: eleger, pelo menos, um representante no Congresso Nacional ou alcançar, em todo o país, cinquenta mil votos sob legenda.”

²⁸ Eram eles: Partido Social Democrático (PSD); União Democrática Nacional (UDN); Partido Trabalhista Brasileiro (PTB); Partido Social Progressista (PSP); Partido Republicano (PR); Partido Socialista Brasileiro (PSB); Partido Democrata Cristão (PDC); Partido Trabalhista Nacional (PTN); Partido de Representação Popular (PRP); Partido Libertador (PL); Partido Social Trabalhista (PST); Partido Republicano Trabalhista (PRT); Movimento Trabalhista Renovador (MTR); e Partido Comunista do Brasil (PCB).

²⁹ Partido Social Democrático, Partido Trabalhista Brasileiro e União Democrática Nacional.

³⁰ Numa análise mais crítica acerca desse fenômeno de proliferação partidária, aduz Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Já durante a vigência da Constituição de 1946 revelaram-se alguns vícios no sistema partidário brasileiro. O mais flagrante de todos é a tendência à multiplicação do número de partidos, que acarreta numerosas dificuldades para a governabilidade do País. Realmente, por um lado, dificulta a formação de maioria estável que apoie a atuação governamental e, por outro, obscurece a definição da vontade política do povo.” Cf. FERREIRA FILHO, Manoel G. *Curso de Direito Constitucional*. 40^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 114.

³¹ Nesse sentido, são as reflexões de Lamounier e Meneguello: “Essas características do período 1945-1964 sugerem uma reflexão. Há, realmente, uma distinção a ser feita. Uma coisa é a expansão da competição eleitoral através de partidos razoavelmente coesos, que transmitem aos eleitores recém-chegados à arena política uma identidade minimamente estável. Outra é a competição que se expande desordenadamente: na verdade uma instabilidade camaleônica marcada por uma proliferação de siglas, alas, correntes, alianças – para não mencionar o individualismo exacerbado, uma constante de nossa história parlamentar. Cf. LAMOUNIER, Bolívar & MENEGUELLO, Rachel. *Partidos Políticos e Consolidação Democrática: O Caso Brasileiro*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986. p. 53.

Sob a égide do regime militar imposto em 1964, o legislador ordinário se permitiu indicar novas diretrizes à configuração dos sistemas partidário e eleitoral - com as Leis nº 4.740/65 e 4.737/65 (Código Eleitoral) -, sem, no entanto, alterar de imediato o sistema pluripartidário vigente.

Com a aprovação da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei n. 4.740/65, previa-se, dentre outras disposições, que o partido, ainda pessoa jurídica de direito público interno (Art. 2º)³², constituir-se-ia, originariamente, de pelo menos 3% (três por cento) do eleitorado que votou na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em 11 (onze) ou mais Estados, com o mínimo de 2% (dois por cento) em cada um” (Art. 7º), termos ainda mais rígidos para a concretização do partido nacional.

Foram ditadas, também, as primeiras regras de financiamento das agremiações, instituindo um fundo especial de assistência financeira aos partidos, o Fundo Partidário, constituído de multas e penalidades eleitorais, recursos financeiros destinados por lei e doações particulares.

Pouco depois, no entanto, pela segunda vez na trajetória brasileira, os partidos políticos viessem a ser fustigados, desta vez pelo Ato Institucional nº 2, cujo artigo 18 extinguiu os “atuais partidos políticos, cancelando-lhes os respectivos registros”³³.

Nessa esteira autoritária, o posterior Ato Complementar nº 4, de 20 novembro de 1965, permitiu apenas “aos membros efetivos do Congresso Nacional, em número não inferior a 120 deputados e 20 senadores, a iniciativa de promover a criação, dentro do prazo de 45 dias, de organizações que terão, nos termos do presente ato, atribuições de partidos políticos, enquanto estes não se constituírem.”³⁴ Por isso, a própria denominação que assumiram as legendas criadas Aliança e Movimento, em vista da determinação do artigo 1º do Ato Complementar nº 4, pela qual as organizações teriam “atribuições de partidos políticos, enquanto estes não se constituírem”, demonstrava a precariedade e provisoriedade dessa entidades, destinadas a desaparecer e a concretizar uma típica prática dos regimes autoritários (SEILER, 2000, p. 30).³⁵

³² BRASIL, Lei nº 4.640, de 15 de julho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4740.html>. Acesso em: 03/12/2018. “Art. 2º da Lei 4.740/65. Os Partidos Políticos, pessoas jurídicas de direito público interno, destinam-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo.”

³³ BRASIL, Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

³⁴ BRASIL, Ato Complementar nº 4, de 20 de novembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ACP/acp-004-65.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

³⁵ Sobre essa prática, aponta Seiler: “De fato, toda vez que no mundo uma democracia cai sob os golpes de alguns militares fanfarrões ou de alguns partidos monopolistas, o primeiro ato instaurado pelos novos senhores é abolir os partidos políticos, ou reduzi-los ao papel de aparência quando querem assegurar uma face democrática a seu

Configurava-se, assim, o modelo bipartidário vigente durante os anos seguintes do regime (1965-1979).

Vindo a Constituição de 1967, esta separou capítulo próprio à matéria dos partidos, sem alterar o cenário partidário vigente. Tratou-se, dentre outras questões, de positivar a questão da atuação permanente, de revisitar as condições para constituição e existência de partidos políticos e proibir as coligações partidárias.

No que condiz à atuação permanente, preocupava-se o regime não apenas em superar a apatia dos partidos em momentos não eleitorais, tão criticada no sistema pluripartidário anterior, mas muito mais em manter o novo modelo bipartidário vigente, pelo qual se operava uma unificação desestimulante e sufocadora da oposição³⁶. A questão veio, por isso, a ser delineada no texto constitucional de 1967 (art. 149)³⁷, acompanhada do já estabelecido Fundo Partidário – destinado a subsidiar e manter as entidades provisórias existentes - e também do agravamento dos requisitos para registro de novos partidos. A título de condescendência com a questão partidária, o Regime, em verdade, se esforçou em ter sob guarda a organização dos partidos, prática não raras vezes constada em regimes autoritários centralizadores.³⁸

Já no que diz respeito à criação e existência dos partidos políticos, outro precedente da cláusula de desempenho se afigurou: agravando as exigências do art. 7º da Lei nº 4.740/65, o inciso VII do artigo 149 da Constituição de 1967 passou a prever, para a existência de um partido, a “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 como dez por cento de deputados, em, pelo menos, um terço dos Estados, e dez por cento de senadores.” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, art. 149, VII).

poder ilimitado.”. Cf. SEILER, Daniel-Louis. *Os partidos políticos*. Tradução de Maria Parreira Cordeiro. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 30.

³⁶ A unificação da oposição em torno de um Movimento oficial – Movimento Democrático Brasileiro – foi uma maneira eficaz de reduzi-las e assimilá-las à velha política anterior, sobretudo à *janguista* e suas precedentes, tão imiscuídas e denunciadas por práticas corporativistas, corruptivas e ideológicas.

³⁷ Como recorda Oscar Dias Correia: “Esse texto, fruto dos debates que, pessoalmente, o Presidente Castello Branco manteve com a Comissão que constituiu para a elaboração do anteprojeto da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, iria, em verdade, dar estrutura e efetividade à ação dos nossos partidos, porque os obrigavam a estabelecer planos e programas de atuação continuada, não restrita aos períodos de disputa eleitoral.”. Cf. CORREIA, Oscar. *Os partidos políticos na Quarta e Quinta República*. In: PEIXOTO, João Paulo M. (org.). *Partidos Políticos no Brasil*. Brasília: Instituto Tancredo Neves/Fundação Friederich Naumann, 1987. p. 51.

³⁸ Como aponta Seiler: “(...) como uma homenagem que o vício rende à virtude, pelo fato de muitos regimes autoritários esforçarem-se por manter, até mesmo por organizar, o simulacro do pluripartidarismo.”. (Cf. SEILER, Daniel-Louis. *Os partidos políticos*. Tradução de Maria Parreira Cordeiro. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 29.

Tal cláusula, no entanto, veio a ser mitigada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a qual passou a exigir apenas 5% do eleitorado da última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos pelo menos em sete Estados, com um mínimo de 7% em cada um deles.³⁹ Em 1978, com a Emenda Constitucional nº 11, cobrava-se os mesmos 5%, desta vez distribuídos em pelo menos nove Estados, com o mínimo de três por cento em cada um deles.⁴⁰

Muito embora não tenha sido posta em prática no regime ditatorial, a finalidade da cláusula de barreira era, indubitavelmente, inviabilizar o surgimento de agremiações oposicionistas, motivo pelo qual ganhou o instituto a pecha de mecanismo antidemocrático, inclusive quando veio a ser suscitado em redemocratização, como se verá.

O experimento bipartidário, contudo, nos primeiros anos da década de 1970, converteu-se em dificuldades para o próprio regime militar. A crescente do movimento oposicionista unificado sob o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), motivada pelo próprio desgaste do movimento situacionista da Aliança Renovadora Nacional (ARENA) em meio ao eleitorado, foi decisiva para o processo de abertura no plano político-eleitoral, culminando na reforma partidária de 1979. Em face dos clamores sociais e, sobretudo dos resultados eleitorais, viu-se o Governo instado a modificar, novamente, a estrutura eleitoral por meio da reorganização das organizações existentes pela Lei 6.767/79: saía de cena o antigo ARENA para dar lugar ao Partido Democrático Social (PDS), enquanto o MDB se transformaria no Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB). Os 2 partidos foram acompanhados ainda pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB); Partido Democrático Trabalhista (PDT); Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Popular (PP), depois absorvido pelo PMDB.

Nos primeiros anos dessa nova configuração, o PSD e o PMDB concentraram ainda boa parte do eleitorado, expressando certa continuidade do modelo bipartidário anterior.⁴¹ As

³⁹ BRASIL, Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 03/12/2018. “Art. 152. A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios: VII – a 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.”.

⁴⁰ BRASIL, Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-78.htm>. Acesso em 03/12/2018. “Art. 152. A organização e o funcionamento dos partidos políticos, de acordo com o disposto neste artigo, serão regulados em lei federal. 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 mínimo de 3% (três por cento) em cada um deles.”.

⁴¹ De um eleitorado composto por 58.616.588 eleitores, com um total de 17,29% de abstenção, o PDS angariou 17.775.738 votos e o PMDB 17.666.773. O PDT, com a terceira maior votação, apenas 2.394.723, PTB 1.829.055 e o PT 1.458.719

evidentes fissuras que marcavam as divergências internas desses partidos expressavam, contudo, a inevitável dissipação partidária que estava por vir.

Já nos idos dos anos 80, com as várias movimentações políticas e sociais que ocorriam à época – por muitos historiadores reduzidas aos movimentos “Diretas Já” - , uma reforma constitucional, promovida via Emenda Constitucional nº 25/85, alterou significativamente a organização política e partidária. Dentre as importantes mudanças adotava-se, enfim, (i) o sufrágio direto e a maioria absoluta para a eleição de Presidente da República (arts. 74 e 75); (ii) a capacidade eleitoral ativa do analfabeto (art. 150); (iii) a livre criação de partidos políticos (art. 152); e a reorganização dos anteriormente cancelados, extintos, cassados ou indeferidos (art. 6º da E.C. 25/85).⁴²

A Emenda, em seu art. 152, § 1º, fora também mais benevolente na previsão de uma cláusula: não suprimindo a existência dos partidos políticos, exigia, apenas para a representação no Senado Federal e na Câmara dos Deputados o apoio, expresso em votos, de três por cento do eleitorado, apurados em eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em, pelo menos, cinco Estados, com o mínimo de dois por cento do eleitorado em cada um deles. No § 2º, permitia-se aos eleitos por partidos que não obtivessem os percentuais exigidos preservar seus mandatos, “desde que optem, no prazo de sessenta dias, por qualquer dos partidos remanescentes.”⁴³

A reorganização dos partidos se deu primeiramente em vista das eleições municipais nas Capitais – que tiveram sua autonomia restabelecida – e nos municípios descaracterizados como de segurança nacional, nos quais foram habilitados, nos termos da Lei 7.332, de 1/7/1985,

⁴² BRASIL, Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc25-85.htm>. Acesso em 03/12/2018.

⁴³ “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: I - é assegurado ao cidadão o direito de associar-se livremente a Partido Político; II - é vedada a utilização pelos Partidos Políticos de organização paramilitar; III - é proibida a subordinação dos Partidos Políticos a entidade ou governo estrangeiros; IV - o Partido Político adquirirá personalidade jurídica mediante registro dos seus Estatutos no Tribunal Superior Eleitoral; V - a atuação dos Partidos Políticos deverá ser permanente e de âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos órgãos estaduais e municipais. § 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. § 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. § 3º Resguardados os princípios previstos no "caput" e itens deste artigo, lei federal estabelecerá normas sobre a criação, fusão, incorporação, extinção e fiscalização financeira dos Partidos Políticos e poderá dispor sobre regras gerais para a sua organização e funcionamento.".

mais vinte e cinco agremiações⁴⁴. As condições mínimas exigidas para essa habilitação facilitaram bastante um intenso fenômeno de pulverização partidária.⁴⁵

Os resultados eleitorais, todavia, demonstraram que grande parte das agremiações teve ainda um inexpressivo desempenho, sendo, nesses primeiros momentos, pouco efetivas em oxigenar e renovar o sistema partidário.

A crítica situação dos partidos políticos pôde ser retratada por importantes meios comunicativos da época⁴⁶. O contexto é também muito bem narrado pelo saudoso jurista Óscar Correia, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal e importante político nos anos anteriores ao regime militar:

“Com isso – doloroso é ter de afirmá-lo – ao lado de algumas poucas legendas que apresentaram viabilidade – mantiveram-se inúmeras legendas *opcionais*, para não dizer *de aluguel*, à espera dos que, descontentes com seus partidos, ou neles derrotados nas suas pretensões, facilmente a elas se acolham, sem nenhuma vinculação programática ou ideológica. Os males que anatematizaram nos antigos partidos e que levaram à sua extinção, pelo A.I. nº 2, estão presentes e multiplicados nas atuais agremiações habilitadas, que, em alguns casos, se constituem de autênticos núcleos familiares que preencheram as risíveis condições de habilitação e nada representam no plano geral.”⁴⁷ (1987, p. 64)

⁴⁴ Foram habilitadas as seguintes agremiações: Partido do Povo Brasileiro (PPB); Partido Comunista Brasileiro (PDB); Partido Democrata Cristão (PDC); Partido da Frente Liberal (PFL); Partido da Mobilização Nacional (PMN); Partido Humanista (PH); Partido Nacionalista (PN); Partido Social Cristão (PSC); Partido Comunista do Brasil (PCdoB); Partido Nacionalista Democrático (PND); Partido Municipalista Brasileiro (PMB); Partido Socialista Agrário e Renovador Trabalhista (PASART); Partido Liberal Brasileiro (PLB); Partido Democrático Independente (PDI); Partido Trabalhista Nacional (PTN); Partido da Juventude (PJ); Partido Reformador Trabalhista (PRT); Partido Liberal (PL); Partido Municipalista Comunitário (PMC); Partido Trabalhista Renovador (PTR); Partido Socialista (OS); Partido Socialista Brasileiro (PSB); Partido Renovador Progressista (PRP); Partido Renovador Progressista (PRP); Partido da Nova República (PNR); e Partido Comunitário Nacional (PCN).

⁴⁵ Como condições, por exemplo, um número de fundadores nunca inferior a 101 eleitores no gozo de seus direitos políticos, enquanto a Lei 1.164/50 (Código Eleitoral de 1950), por exemplo, exigia 50 mil.

⁴⁶ A exemplo da publicação “A Constituinte e os partidos”, do “*Estado de São Paulo*”, em 31 de janeiro de 1986: “Operam no País agremiações que façam jus à denominação de partidos políticos? Com fundamento na existência e no funcionamento deles, operou-se a autêntica revolução na teoria do sistema de representação popular. Onde a democracia atua a contento, hoje existem Estados e corpos sociais organizados em torno de partidos, gerando relações que vieram a incidir sobre todo o sistema constitucional, pela formação de vínculos de grupo que decorrem de afinidades de programas a cumprir quando a agremiação alcançar o governo, ou assentam em identidade de princípios que informam a ação para atingir o governo. Nada disso é o que registra a movimentação política no Brasil destes dias.” (A Constituinte e os Partidos. O Estado de São Paulo. 31 de janeiro de 1986.). Também, no Correio Braziliense, em nota publicada à p. 2, em 21 setembro de 1989: “ao menos duas dezenas dos partidos, que aí estão, só existem em função do tempo no rádio e na televisão. O histórico PTB tem como patrimônio maior os 10 minutos em que seu candidato fala do vale-transporte”. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/viewFile/59789/58118>>. Acesso em: 03/12/2018.

⁴⁷ CORREIA, Oscar. Os partidos políticos na Quarta e Quinta República. In: PEIXOTO, João Paulo M. (org.). *Partidos Políticos no Brasil*. Brasília: Instituto Tancredo Neves/Fundação Friederich Naumann, 1987. p. 64.

Passadas as eleições, era então esperado que o Congresso Nacional cuidasse de tratar da situação, porém, em sentido contrário, veio a Lei. 7.493/86 manter e regularizar para as eleições, pelo art. 5º, as siglas formadas e nada de relevante alterou na conjuntura.⁴⁸

A situação não veio a se alterar com a promulgação da Constituição de 1988 que, absorvendo os partidos políticos existentes, cristalizou um tratamento não raras vezes interpretado de forma protetiva e paternalista com o modelo político-partidário vigente.

Por todo o histórico exposto, restam boas razões a autores como David Samuels e Kevin Lucas (2011, p. 62) quando afirmam que a consolidação e a maturidade dos partidos políticos e dos sistemas partidários só poderiam ser consideradas “*à luz do sedimento acumulado através do desenvolvimento de longo prazo de um país.*”.⁴⁹

A continuidade dessa realidade dos partidos políticos com a Constituição de 1988 se deu, então, por uma significativa escolha feita pelo constituinte, da qual se trata a seguir.

1.3 As sobrevindas da Constituição Federal de 1988 e da Lei dos Partidos Políticos

Com o processo de redemocratização, iniciado algum tempo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, quase todo o sistema político passou por inovações em vista da reorganização política e administrativa do país⁵⁰, com a revisitação da soberania popular e de seus institutos afins e a ampliação da responsabilidade do Estado, ambas propostas subjacentes no próprio espírito da Constituição.

Alguns fatores foram determinantes para a firmação de um modelo de protagonismo e pluralismo partidário.

⁴⁸ BRASIL, Lei nº 7.593, de 17 de junho de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7493.htm>. Acesso em: 03/12/2018. “Art. 5º Poderão registrar candidatos e participar das eleições reguladas por esta lei, os Partidos Políticos com registro definitivo ou provisório, os Partidos Políticos em formação, habilitados na forma do artigo 2º da Lei nº 7.454, de 30 de dezembro de 1985, e as Coligações Partidárias.”.

⁴⁹ SAMUELS, David. J.; LUCAS, Kevin. A coerência ideológica do sistema partidário brasileiro, 1990-2009. In: POWER, Timothy & ZUCCO, César (Eds.). *O Congresso por ele mesmo* (reprint ed.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011. p. 62.

⁵⁰ Embora tenha a Constituição mantido, linhas gerais, algumas escolhas institucionais da Carta de 1946, mudanças importantes foram inauguradas, como o sistema de maioria absoluta em dois turnos para a escolha dos chefes do Executivo, inclusive para prefeitos em cidades com mais de 200 mil eleitores, mas mantiveram-se: um sistema presidencialista, com o chefe do Executivo eleito pelo voto direto; Congresso Nacional bicameral (Senado e Câmara dos Deputados); escolha dos deputados federais pelo sistema proporcional para mandato de quatro anos e dos senadores pelo sistema majoritário para mandatos de dois anos, reprodução do sistema de divisão de Poderes no âmbito estadual (com eleição direta dos governadores e das Assembleias) e municipal (com eleição direta dos prefeitos e das Câmaras Municipais), etc.

Primeiramente, a Constituição Federal de 1988 adotou sistemas eleitorais aplicáveis a situações diversas: sistemas majoritários para o Presidente da República (art. 77), governadores de estados (art. 28), prefeitos (art. 29, II) e senadores (Art. 46), sendo determinado o método de dois turnos aos cargos de chefia dos executivo federal, estadual e municipal; e proporcional para escolha de deputados federais (art. 45), deputados estaduais (art. 27) e vereadores (art. 29, IV).⁵¹

Também fora permitido, inicialmente pela Emenda nº 25/85 e depois pelo texto constitucional, que os partidos se coligassem tanto nas eleições proporcionais quanto nas disputas para o Executivo⁵², tendo variado ao longo do tempo unicamente a regra de “alinhamento” das coligações entre os diversos cargos.

No que diz respeito aos sistemas eleitorais, muitos são os indicadores que, sem prejuízo de outras determinantes, apontam para a relevância que têm na estruturação dos respectivos sistemas partidários⁵³.

A propósito desses interlaces entre esses sistemas, inclusive, proposições clássicas como as de Maurice Duverger se notabilizaram por defender que sistemas majoritários de um turno tendem a um dualismo de partidos e situações, enquanto sistemas majoritários de dois turnos e de representação proporcional rumam a um multipartidarismo. O cientista francês buscava, com o entendimento, compreender porque nas funções executivas - federal, estadual, distrital e municipal - de sistema majoritário se apresentavam, em geral, dualismos situação/oposição, enquanto nos Parlamentos de sistemas proporcionais várias frentes e partidos compoem Todos raramente coesos.⁵⁴

⁵¹ Como assinala Walter Costa Porto, citando uma percepção de um importante cientista político, Jean Blondel, acerca do peculiar sistema eleitoral brasileiro: “A lei eleitoral brasileira é original e merece ser descrita minuciosamente. É, com efeito, uma mistura de escrutínio uninominal e de representação proporcional, da qual há poucos exemplos através do mundo (...) Quanto aos postos do Executivo... é sempre utilizado o sistema majoritário simples (...) Mas, para a Câmara Federal, para as Câmaras dos Estados e para as Câmaras Municipais, o sistema é muito mais complexo.”. Cf. PORTO, Walter Cota. *Entraves à governabilidade no Brasil: do processo eleitoral à questão fundiária*. In: *Parcerias Estratégicas*. n.3. Junho, 1997. p 27.

⁵² Como recorda Jairo Nicolau: “Os legisladores do regime militar proibiram qualquer forma de coligação nas eleições legislativas (bem como nas disputas para o Executivo). Com a redemocratização do país, as coligações voltaram a ser permitidas.”. Cf. NICOLAU, Jairo. *Eleições no Brasil: do Império aos dias atuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 131.

⁵³ Como alerta José Afonso da Silva: “a ação dos sistemas de escrutínio poderia ser comparada à de um freio ou de um acelerador: certo regime eleitoral facilita a multiplicação dos partidos, provocada pela ação de outros fatores; outro regime lhe serve de obstáculo, etc. Mas os modos de escrutínio não têm papel propriamente de motor; são as realidades nacionais, as ideologias, e sobretudo as estruturas sócio-econômicas que têm, em geral, a ação mais decisiva a esse respeito.”. Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 412.

⁵⁴ Fornecendo bases iniciais a uma tipologia dos sistemas de partidos - que, inclusive, vem a ser reformulada por importantes autores que lhe precederam, como Sartori - , o célebre autor francês entendia que, de acordo com a combinação de determinados fatores, os partidos políticos se organizariam em sistemas de partido único

Com efeito, as afinidades entre sistemas eleitorais e sistemas partidários se devem principalmente ao fato de que ambos são importantes técnicas da própria democracia representativa.⁵⁵

No Brasil, o sistema proporcional em lista aberta para a Câmara dos Deputados e demais assembleias legislativas estaduais se baseia em critérios de proporcionalidade, próprios do modelo proporcional, de modo a possibilitar o preenchimento de cadeiras pelo maior número possível de partidos que obtiverem determinado desempenho eleitoral.

A técnica é, basicamente, uma distribuição de cadeiras entre as legendas em função da votação que obtivessem, não considerando apenas o número de votos atribuídos ao candidato, como no majoritário, mas todos os endereçados à agremiação/coligação. É o que explica Gilmar Mendes:

“O sistema proporcional permite, por sua vez, uma distribuição de vagas de acordo com o número de votos obtidos pelos candidatos e/ou partidos. Isso significa que os votos dados ao parlamentar ou ao partido serão computados para fins de definição do quociente eleitoral e do quociente partidário. (...). Semelhante sistema parece contemplar de forma mais ampla a igualdade do voto quanto ao resultado, pois valora, tanto quanto possível, as opções formuladas pelos eleitores.”⁵⁶ (2015, p. 722)

Nada obstante, a abertura desse sistema, diminuindo os fatores de exclusão e restrição de acesso à composição das Câmaras Baixas e visando maior representatividade partidária nesses órgãos, se fez condescendente com a construção de uma realidade multipartidarista, com uma ampla gama de partidos aptos a promoverem-se e locupletarem-se na ocupação e preenchimento dos órgãos políticos.

Por muito tempo, esse sistema eleitoral proporcional em lista aberta e com coligações, inclusive no sistema proporcional, se deu de forma completamente deturpada e diminuiu em

(unipartidário); de dois partidos (bipartidários); ou de três, quatro ou mais partidos (pluripartidários ou multipartidários). Na ótica de Duverger, os fatores gerais comuns a todos os países se dividem em três: “(...) fatores socioeconômicos, fatores ideológicos e fatores técnicos. Os primeiros concernem essencialmente à influência da estrutura das classes sociais sobre os partidos políticos: não é duvidoso que essa influência seja muito grande. (...). Em certa medida, as ideologias políticas correspondem, elas próprias, a posições de classes. Mas essa correspondência não é geral nem absoluta: as ideologias jamais são simples “epifenômenos” em relação à estrutura sócio-econômica, e algumas não guardam relações indiretas e secundárias com a situação de classe. O fator técnico essencial é o regime eleitoral. (...) Já se observou sua influência sobre certos aspectos da estrutura de partidos.”. Cf. DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. 2ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 240.

⁵⁵ Nas precisas palavras de Augusto Aras: “o sistema eleitoral e o sistema partidário compõem um todo coeso de fundamental importância na formação da democracia e na legitimação da representação política.”. Cf. ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: efetividade e aplicabilidade*. 1 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016. p. 125.

⁵⁶ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 10. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 722.

muitos aspectos a relevância político-eleitoral das agremiações ao lançar a disputa política a planos extrapartidários.⁵⁷ O legislador, aliás, sempre se atentou em equilibrar certas distorções e disfuncionalidades constatáveis na dinâmica desse sistema⁵⁸, embora, no mais das vezes, tenha se restringido à esfera eleitoral, sem maiores reflexos no tocante ao livre exercício da atividade partidária.

No que diz respeito propriamente ao sistema de partidos, o Constituinte optou por um modelo de organização pluripartidarista, isto é, deu-se a escolha e concretização de um arquétipo de democracia aberta e pluralmente partidária na realidade constitucional.⁵⁹

O principal método utilizado foi o formal, com a expressa constitucionalização de garantias como o pluripartidarismo, a liberdade, autonomia e isonomia (igualdade de chances) partidária, bem como a imposição de determinadas cláusulas como a preservação da soberania nacional, do regime democrático e preceitos outros de disciplina partidária comuns em vista de todas as ressalvas postas à relação partidos-poder.⁶⁰

Para esses temas foi reservado espaço específico no Capítulo V (Dos Partidos Políticos), do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), muito embora já do art. 5º (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) se possam extrair garantias à liberdade de associação partidária⁶¹. Embora tenha se restringido ao essencial, Constituição avançou no sentido de

⁵⁷ A planos suprapartidários, no caso das coligações, e, em vista do modelo de lista aberta, também a planos individuais, ante o personalismo que marca a atuação dessas legendas, como se verá adiante.

⁵⁸ Caso da cláusula de barreira específica do § 2 do artigo 109 do Código Eleitoral, que exclui da distribuição das cadeiras remanescentes, os partidos e coligações que não atinjam o quociente eleitoral. Também a Cláusula do artigo 108 do Código Eleitoral - disciplinada também no art. 148, parágrafo único da Resolução TSE nº 23.456/2015 - , que impõe que, dentre os partidos e coligações que atinjam o quociente eleitoral – preenchendo a cláusula do art. 109 do CE, os cargos “só poderão ser preenchidos por candidatos que obtiverem votação nominal superior a 10% do quociente eleitoral, de maneira a evitar-se que candidatos com votação muito baixa ocupem cadeiras no Parlamento. Assim, com essa cláusula do artigo 108 do Código Eleitoral, além de definir as regras e, portanto, os contornos legais do sistema proporcional, fixando o quociente eleitoral e o quociente partidário, o sistema de distribuição de mandatos por restos ou sobras etc., o legislador criou mais essa limitação ao funcionamento da agremiação partidária. Cf. BRASIL, Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

⁵⁹ Nesse sentido, José Afonso da Silva: “os constituintes optaram por um modelo de democracia representativa que tem como sujeitos principais os partidos políticos, que vão a ser os protagonistas quase exclusivos do jogo político, com temperos de princípios e instituições de participação direta dos cidadãos no processo decisório governamental”. Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 149-150.

⁶⁰ Veja-se o artigo 17 da Constituição Federal de 1988: “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I – caráter nacional; II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III – prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV – funcionamento parlamentar.”

⁶¹ A exemplo do inciso XVII: “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter militar.”. BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

melhor definir a natureza jurídica dos partidos políticos, enquadrando-os como pessoas jurídicas de direito privado (art. 17, § 2º)⁶².

Em patamar superior à essas tratativas, como fundamento da República (Art. 1º, inciso V), o pluralismo político adquiriu dimensão especial no ordenamento jurídico brasileiro, e de forma bastante especial em matéria partidária, fazendo irradiar, *ab initio*, diversos direitos condizentes com um cenário de ampla liberdade e abertura político-partidária.⁶³ Com clara influência do cintilante constitucionalismo social dos países ibéricos⁶⁴, é um princípio de dimensões globais e traz em si a possibilidade de uma expressão organizada, principalmente por meio de associações representativas no espaço público, das diferentes visões de mundo presentes na sociedade (MAUÉS, 1999, p. 14).⁶⁵ Subjaz nele, nas palavras de José Afonso da Silva (2000, p. 147), a opção por “*uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos*”⁶⁶, do que se origina, justamente, o problema da construção de um equilíbrio entre as múltiplas tensões.

Abrangendo variadas formas de expressão da opinião pública e de organização dos agentes políticos, esse princípio costuma se desenrolar no âmbito partidário em sua vertente pluripartidarista. Pelo mundo, desenvolveu-se em diversos graus, geralmente relacionados e classificados em função do número de partidos efetivos (bi, pluri ou multipartidaristas).

O Brasil, por todos esses fatores, além dos históricos, enraizou-se dessa formatação multipartidarista, englobando preceitos e pendores próprios que um tanto expansivos transcendem e muito definições meramente numéricas do princípio em voga. Deu-se assim a escolha por um modelo consensual de democracia⁶⁷, que, no caso brasileiro, bem se traduz no chamado *compromisso maximizador* (DIMOULIS, 2013, p. 25)⁶⁸.

⁶² Art. 17, § 2º. “Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

⁶³ São fundamentos da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito (Art. 1º): “I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.”

⁶⁴ Notável a influência exercida pelas Constituições Portuguesa de 1976 e Espanhola de 1978. Cf. MAUÉS, Antonio G. M. *Poder e Democracia: o pluralismo político na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 21.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 14.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.147.

⁶⁷ Arend contrasta esse modelo de democracia aos majoritários tendo em vista que o poder político e as possibilidades de influência sobre o governo se encontram de maneira menos concentrada, proporcionando arranjos como os sistemas federativos descentralizados, as coalizões multipartidárias e os sistemas multipartidários ou consensuais, dentre outros. Cf. LIJPHART, Arend. *Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Trad. Roberto Franco. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2003. p. 19.

⁶⁸ DRIMOULIS, Dimitri [et al.]. *Resiliência Constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. 1 ed, São Paulo: Direito GV, 2013. p. 25.

A Constituição Federal foi, por isso, expressa em garantir a liberdade plena de “criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos”, resguardadas determinadas “cláusulas gerais”, como a soberania nacional, o regime democrático e o próprio pluripartidarismo, e outros preceitos pelos quais, tácita ou expressamente, se atribuía à lei a ocupação em concretizá-los - como o caráter nacional; a proibição de recebimento de recursos financeiros ou de subordinação a estes; prestação de contas à Justiça Eleitoral; e funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

Assim, muito em vista daquele fundamento pluralista e da carência de normas infraconstitucionais disciplinadoras desses preceitos, as normas de repercussão partidária mantiveram-se bastante liberais, conforme recorda Jairo Nicolau:

“Para obter o registro provisório no Tribunal Superior Eleitoral, bastava que o partido apresentasse um programa e uma lista de 101 fundadores. Para a obtenção do registro definitivo as regras eram mais exigentes, mas essa distinção teve poucas consequências práticas, pois em todas as eleições realizadas no período (1985, 1986, 1988, 1989, 1990 e 1994) os partidos com registro provisório puderam apresentar candidatos. Sessenta e sete legendas o fizeram nessas eleições.”⁶⁹ (2012, p. 124)

No tocante ao funcionamento e atividades dos partidos, não haviam normas mais restritivas, não tendo o texto constitucional nem a legislação infraconstitucional contemplado, originariamente, quaisquer mecanismos similares às cláusulas de barreira ou de exclusão, mormente pela pecha herdada pelo seu manuseio quando em regime militar, remetendo, unicamente, à lei.

A opção por esse modelo se manteve em sede de Revisão Constitucional, prevista para após os primeiros cinco anos de promulgação da Constituição⁷⁰. Nesta feita, os constituintes derivados não chegaram a votar o relatório do então deputado Nelson Jobim, que pretendia instituir a condição do desempenho “para o fortalecimento dos partidos políticos e da democracia representativa no Brasil” (Parecer de nº 36).⁷¹

⁶⁹ NICOLAU, Jairo. *Eleições no Brasil: do Império aos dias atuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. P. 124.

⁷⁰ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. ADCT. “Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”.

⁷¹A condição restringiria a representação na Câmara dos Deputados aos partidos que obtivessem o apoio de no mínimo cinco por cento dos votos válidos, excluídos os brancos e os nulos, apurados em eleição geral e distribuídos em pelo menos um terço dos Estados, atingindo dois por cento em cada um deles. Cf. <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/arquivos-pdf/pdf/300188.pdf>>.

Deu-se, assim, a concretização de um modelo de acesso universal, pois por todos os partidos, a todas as prerrogativas públicas de estatura constitucional, a exemplo do funcionamento parlamentar, acesso ao Fundo Partidário e a tempo gratuito em rádio e televisão.

Desta feita, o financiamento público dessas últimas prerrogativas, do fundo partidário e da propaganda partidária em rádio e televisão, que noutras épocas assumiam finalidades legitimadoras do então sistema partidário vigente, transfigurou-se num vital pressuposto de um sistema que se afirma democrático, aberto, plural e assegurador de oportunidades e recursos a todos os partidos existentes.

Nesse cenário, desde 1994, quando superadas as amarras e continuidades do regime bipartidário anterior nos primeiros anos democráticos, o sistema partidário brasileiro teve como principal característica um expansivo e irrefletido multipartidarismo que subsiste, de certo modo, ainda nos dias atuais.⁷²

Ainda em 1995, após anos de discussão, essa conjuntura recebeu melhor ponderação por parte do legislador⁷³. Havia uma carência de uma legislação partidária ditada por um regime democrático, e condizente com os novos ares também democráticos sobrevividos com a Constituição Federal de 1988.

A Lei dos Partidos Políticos - Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 - se destinou, então, a regulamentar os todos os novos preceitos constitucionais sobre matéria partidária, impondo sua disciplina consideravelmente rígida em alguns, de acordo com o novo modelo regulatório que se propunha (NICOLAU, 2012, p. 124)⁷⁴. Foram revistas, por exemplo, as

⁷² Nesse sentido recorda Maria Tereza Sadek: “A facilidade para a criação de partidos torna os custos desta empreitada muito baixos, face aos benefícios garantidos por lei, o mais importante deles o acesso gratuito aos meios de comunicação. A rigor, não há nenhum impedimento de ordem legal, quer para a criação de partidos quer para a obtenção de representação no legislativo. Não existindo cifras mínimas para que uma legenda ou coligação possa ser representada no parlamento, tem-se uma exagerada fragmentação partidária. Dois fatores combinam-se, pois, para acentuar a fragmentação: a facilidade na criação de partidos e a ausência de qualquer limite mínimo para a obtenção de representação.”. Cf. SADEK, Maria Tereza. *Sistema Partidário Brasileiro: a debilidade institucional*. Instituto de Estudios Económicos, Sociais e Políticos, São Paulo: Working Paper n.72 Barcelona, 1993. n.p.

⁷³ Como recorda o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Velloso: “Em 1995, o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, então presidente do Tribunal Superior Eleitoral, convocou especialistas em Direito Eleitoral e em Informática para integrarem uma comissão para o estudo dos problemas eleitorais brasileiros; a comissão foi dividida em cinco subcomissões, sob a presidência dos Ministros do Tribunal Superior Eleitoral: sistemas políticos, processo eleitoral, partidos políticos, financiamento das eleições e informatização do processo eleitoral. O teor desse estudo foi encaminhado aos dirigentes dos três Poderes com o intuito de atualizar a legislação eleitoral nacional. O Congresso Nacional já vinha examinando a matéria e aprovando diversos projetos de leis relativas ao tema. Em 19 de setembro de 1995, o referido projeto foi convertido na Lei n. 9.096. Essa é a lei que regulamenta a criação das agremiações políticas.”. Cf. VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 84.

⁷⁴ Nesse sentido, afirma Jairo Nicolau: “A lei 9.096, lei que regulou a atividade dos partidos políticos, estabeleceu normas bem mais exigentes. Para obter registro definitivo, passou a ser necessário apresentar uma lista com milhares de assinaturas (pelo menos 0,5% dos votos válidos na última eleição para a Câmara dos Deputados, o

condições de criação, organização e funcionamento dos partidos políticos, a imposição de novos parâmetros à configuração do caráter nacional, e etc.

Com fundamento no art. 17, IV, da Constituição Federal, que assegura aos partidos políticos o “funcionamento parlamentar, de acordo com a lei”, surgiu, também, o modelo brasileiro de cláusula de desempenho condicionante do funcionamento parlamentar e dos direitos de acesso ao Fundo Partidário e a tempo em rádio e televisão.

O espírito da nova legislação foi assentado no relatório final da Comissão de Reforma:

“Como bem lembrou o Senador José Fogaça: “... devemos, num País como o Brasil, diante do cenário político-ideológico que se instituiu após a Assembleia Nacional Constituinte- que é caracterizado por um grande liberalismo político, pela liberalidade para criar partidos – manter essa liberdade. A Lei Orgânica mantém essa liberdade, mas exige dos partidos desempenho eleitoral. E desempenho eleitoral quer dizer uma coisa muito simples: povo. Quanto mais povo tem o partido, mais mérito terá: portanto, maiores serão os prêmios institucionais e estímulos que eles devem ter. Essa é a ideia, esse é o espírito da Lei Orgânica dos Partidos. Acho que temos que aprofundar e continuar nessa linha.”⁷⁵

Sem prejuízo das demais inovações, tal impetuosidade desse mecanismo, alcunhado de “cláusula de barreira”, que coube ao Supremo Tribunal Federal apreciar a constitucionalidade de seus preceitos, sendo declarado inconstitucional antes mesmo de exarar quaisquer efeitos no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.351-3 e 1.354-8/DF.

À época já 29 partidos detinham registro no Tribunal Superior Eleitoral e apenas sete preencheriam as novas condições legais para acesso às referidas prerrogativas.⁷⁶

Tratou-se, portanto, de uma norma muito criticada, especialmente pelos partidos pequenos, apelidados de nanicos, que recorreram à judicialização estratégica das disposições, levando, mais uma vez, ao Supremo Tribunal Federal, a competência para ditar a última palavra em assuntos próprios da seara política.⁷⁷

equivalente a 490 mil eleitores para os dados de 2010) oriundas de, pelo menos, nove estados (com mínimo 0,1% do total do comparecimento eleitoral de cada estado. Apenas três partidos obtiveram o registro depois que tais regras entraram em vigor.”. Cf. NICOLAU, Jairo. *Eleições no Brasil: do Império aos dias atuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 124.

⁷⁵ MACHADO, Sérgio. *Reforma Político Partidária*. Senado Federal. Relatório Final da Comissão Temporária Interna encarregada de estudar a reforma político-partidária. p 39. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496336/Reforma%20pol%C3%ADtico%20partid%C3%A1ria.pdf?sequence=1>>.

⁷⁶ Como se verá na análise do voto do ministro relator das ADIs 1.351-3 e 1.354-8/DF, Marco Aurélio Mello.

⁷⁷ Sobre os já conhecidos fenômenos de judicialização estratégica da política por partidos políticos, conferir os partidos dentro e fora do poder, cf. TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. *Os Partidos Dentro e Fora do Poder: A Judicialização como Resultado Contingente da Estratégia Política*. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 51, nº4, p.827, 2008. Cf. tb. CASTRO, Marcus F. de. *O STF e a judicialização da Política*. ANPOCS, 1997.

Com a fulminação do mecanismo, a nova legislação não pôde alcançar o intento no sentido de conter todo pendor expansivo por que se nutria o sistema de partidos vigente.

2 A CLÁUSULA DE DESEMPENHO DA LEI DOS PARTIDOS POLÍTICOS E O PRECEDENTE DAS ADINS 1.351-3 E 1.354-8/DF

A cláusula de desempenho da Lei 9.096/1995 foi paradigmática na experiência brasileira e, inspirada modelo alemão, se diferenciou bastante de outros dispositivos de índole similar que a precederam no ordenamento jurídico brasileiro.

O mecanismo se estruturava pelos seguintes dispositivos:

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

Art. 41. O Tribunal Superior Eleitoral, dentro de cinco dias, a contar da data do depósito a que se refere o § 1º do artigo anterior, fará a respectiva distribuição aos órgãos nacionais dos partidos, obedecendo aos seguintes critérios:

I - um por cento do total do Fundo Partidário será destacado para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral;

II - noventa e nove por cento do total do Fundo Partidário serão distribuídos aos partidos que tenham preenchido as condições do art. 13, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

Art. 48. O partido registrado no Tribunal Superior Eleitoral que não atenda ao disposto no art. 13 tem assegurada a realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de dois minutos.

Art. 49. O partido que atenda ao disposto no art. 13 tem assegurado:

I - a realização de um programa, em cadeia nacional e de um programa, em cadeia estadual em cada semestre, com a duração de vinte minutos cada;

II - a utilização do tempo total de quarenta minutos, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais.”⁷⁸

Tais regras tiverem eficácia projetada no tempo pelas previsões dos artigos 56 e 57 - hoje revogados pela Lei n. 13.165 de 2015 - e a plena vigência dos dispositivos se consolidaria

⁷⁸ BRASIL, Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

somente a partir da legislatura de 2007, considerando as eleições gerais ocorridas no ano de 2006. Até lá, o panorama dessas prerrogativas seria disciplinado nos seguintes termos:

“Art. 56. No período entre a data da publicação desta Lei e o início da próxima legislatura, será observado o seguinte:

I - fica assegurado o direito ao funcionamento parlamentar na Câmara dos Deputados ao partido que tenha elegido e mantenha filiados, no mínimo, três representantes de diferentes Estados; (Revogado pela Lei nº 13.165, de 2015)

II - a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados disporá sobre o funcionamento da representação partidária conferida, nesse período, ao partido que possua representação eleita ou filiada em número inferior ao disposto no inciso anterior; (Revogado pela Lei nº 13.165, de 2015)

III - ao partido que preencher as condições do inciso I é assegurada a realização anual de um programa, em cadeia nacional, com a duração de dez minutos; (Revogado pela Lei nº 13.165, de 2015)

IV - ao partido com representante na Câmara dos Deputados desde o início da Sessão Legislativa de 1995, fica assegurada a realização de um programa em cadeia nacional em cada semestre, com a duração de cinco minutos, não cumulativos com o tempo previsto no inciso III; (Revogado pela Lei nº 13.165, de 2015)

V - vinte e nove por cento do Fundo Partidário será destacado para distribuição a todos os partidos com estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, na proporção da representação parlamentar filiada no início da Sessão Legislativa de 1995. (Revogado pela Lei nº 11.459, de 2007)

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

I - direito a funcionamento parlamentar ao partido com registro definitivo de seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral até a data da publicação desta Lei que, a partir de sua fundação tenha concorrido ou venha a concorrer às eleições gerais para a Câmara dos Deputados, elegendo representante em duas eleições consecutivas (Revogado pela Lei nº 13.165, de 2015)

a) na Câmara dos Deputados, toda vez que eleger representante em, no mínimo, cinco Estados e obtiver um por cento dos votos apurados no País, não computados os brancos e os nulos; (Revogado pela Lei nº 13.165, de 2015)

b) nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras de Vereadores, toda vez que, atendida a exigência do inciso anterior, eleger representante para a respectiva Casa e obtiver um total de um por cento dos votos apurados na Circunscrição, não computados os brancos e os nulos; (Revogado pela Lei nº 13.165, de 2015)

II - vinte e nove por cento do Fundo Partidário será destacado para distribuição, aos Partidos que cumpram o disposto no art. 13 ou no inciso anterior, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados; (Revogado pela Lei nº 11.459, de 2007)

III - é assegurada, aos Partidos a que se refere o inciso I, observadas, no que couber, as disposições do Título IV: (Revogado pela Lei nº 13.165, de 2015)

a) a realização de um programa, em cadeia nacional, com duração de dez minutos por semestre (Revogado pela Lei nº 13.165, de 2015);

b) a utilização do tempo total de vinte minutos por semestre em inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais e de igual tempo nas emissoras dos Estados onde hajam atendido ao disposto no inciso I, b. (Revogado pela Lei nº 13.165, de 2015).”⁷⁹

Dessa maneira, ao instituir a cláusula de desempenho, em síntese, a Lei estabeleceu diferenciações no acesso e gozo do funcionamento parlamentar e do acesso e rateio dos recursos do fundo partidário e do tempo gratuito em rádio e televisão, estabelecendo, ainda, algumas regras intertemporais que modulavam a eficácia das disposições.

As disposições da cláusula se iniciavam no artigo 13, a tratar do funcionamento parlamentar, o qual seria restrito aos partidos que tivessem elegido representante para as Casas Legislativas e alcançado o desempenho mínimo de cinco por cento dos votos apurados na eleição para a Câmara dos Deputados, 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.

Essa primeira regra teria fundamento na referência à lei quando do asseguramento do funcionamento parlamentar pelo artigo 17, inciso IV, da Constituição Federal.

Seriam, de forma esquematizada, condições para o funcionamento parlamentar: a *(i)* a obtenção de 5% (cinco por cento) dos votos válidos para a Câmara dos Deputados, considerada a votação em todo o território nacional, afastados os brancos e os nulos; *(ii)* a distribuição desse percentual mínimo, em pelo menos um terço dos Estados brasileiros – 9 Estados; *(iii)* a conquista, em cada um dos nove Estados, da percentagem mínima de 2% (dois por cento).

Assim, o partido político que não obtivesse tais exigências não gozaria da prerrogativa, o que significaria a não formação de bancadas e de suas lideranças, com todas as repercussões que isso poderia causar, como a não participação em comissões parlamentares e o não exercício de cargos e funções nas casas Legislativas (MENDES, 2015, p. 733).⁸⁰

Essas condições se estenderiam, pelos artigos posteriores, aos direitos de acesso a recursos do fundo partidário e a tempo gratuito em rádio e televisão. O fundamento constitucional se daria em vista da antiga redação do § 3º da Constituição Federal. Ambas as prerrogativas são importantes questões relativas ao modelo de financiamento dos partidos políticos, como se verá.

⁷⁹ BRASIL, Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

⁸⁰ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 733.

No tocante ao Fundo Partidário, a divisão se daria em vista do seguinte critério: 1% do total do fundo seria dividido, igualmente, a todos os partidos com estatuto registrado no Tribunal Superior Eleitoral; os outros 99% seriam divididos apenas entre os partidos que atendessem às exigências para o funcionamento parlamentar, estabelecidas no artigo 13.

Já para o acesso gratuito ao rádio e à televisão, a lei assegurava ao partido que alcançasse os percentuais dispostos no artigo 13 a realização de dois programas por semestre, sendo um em cadeia nacional e outro em cadeia estadual, com vinte minutos cada, a totalizar o total de 40 minutos. Além disso, contariam também com quarenta minutos, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, tanto nas redes nacionais como nas estaduais. Aos partidos que não lograssem cumprir as condições para funcionamento parlamentar, seria garantida somente a realização de um único programa em cadeia nacional, por semestre, com duração de dois minutos.

Note-se, ainda, que o Congresso Nacional fora um tanto cauteloso e criterioso em assegurar um prazo de dez anos para a implementação e ajuste às novas regras. A cláusula de desempenho seria então aplicada, pela primeira vez, apenas nas eleições de 2007

Desta feita, dos termos da Lei dos Partidos Políticos, a cláusula de desempenho se estruturava em três frentes: (i) a primeira, por meio da imposição direta de determinadas condições ao funcionamento parlamentar, nos termos do artigo 13; (ii) a segunda, por remissão das tratativas do Fundo Partidário e do Direito de Antena às condições legais do funcionamento parlamentar estabelecidas no artigo 13 (artigos 48 e 49); e, a terceira, por estabelecimento de termos transitórios e progressivos no que diz respeito à vigência da nova disciplina das prerrogativas tratadas nas duas frentes anteriores.

Sobre essas frentes passam a ser trabalhadas as razões e os capítulos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do mecanismo em análise.

2.1 Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 1.351-3 e 1.354-8/DF

Do relatório consignado pelo ministro relator Marco Aurélio nos julgados, compunham o polo ativo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351-3/DF o Partido Comunista do Brasil – PC do B, o Partido Democrático Trabalhista – PDT, o Partido Socialista Brasileiro – PSB e o Partido Verde – PV. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.354-8, figurava como demandante o Partido Social Cristão – PSC.

A primeira ação, em síntese, requeria a declaração de inconstitucionalidade do artigo 13, com todas suas disposições condicionantes do funcionamento parlamentar; bem como dos artigos que remetessem a esse dispositivo, como os artigos 41, sobre o rateio do Fundo Partidário, e 49, sobre o acesso ao rádio e à televisão; e, também, dos artigos 56 e 57 (disposições finais e transitórias).

Para os partidos requerentes, os dispositivos se faziam incompatíveis com diversas garantias constitucionais, como o pluralismo político e democrático, a liberdade de associação, a liberdade e autonomia partidárias, a soberania popular e a promoção do bem de todos sem discriminação. Argumentou-se, também, ser irrazoável o estabelecimento dessas condições, afetando atividades e prerrogativas constitucionais para além da exigência do artigo 7º da Lei 9.096/95, que, por sua vez, já impunha suficiente a observância do caráter nacional dos partidos políticos.

A segunda ação concentrada, bastante similar à primeira, diferenciava-se pela circunscrição da arguição de inconstitucionalidade do artigo 57 ao seu inciso II, nada falando, ainda, sobre o artigo 48, que se referia ao acesso e realização de um programa em cadeia nacional pelos partidos que não alcançassem o patamar afigurado no artigo 13.

Houve, nesta última, pedido de liminar sob a justificativa de irreparável prejuízo aos partidos políticos atingidos pela lei, que, no entanto, restou indeferido por unanimidade.

Interessante notar que, nesse primeiro momento, ao analisar e negar o pedido de suspensão liminar do artigo 13 e ss. da Lei 9.096/95, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu se tratarem esses de “mecanismos de proteção para a própria convivência partidária, não podendo a abstração de a igualdade chegar ao ponto do estabelecimento de verdadeira balbúrdia na realização democrática do processo eleitoral”, motivo pelo qual o mecanismo não impedia “qualquer partido, grande ou pequeno, desde que habilitado perante a Justiça Eleitoral” de participar da “disputa eleitoral, em igualdade de condições, ressalvados o rateio dos recursos do fundo partidário e a utilização do horário gratuito de rádio e televisão” – o chamado “direito de antena”.

As duas ações foram julgadas em seu mérito apenas no dia 07 de dezembro de 2006, antes, porém, da plena vigência dos dispositivos, que, conforme disposições transitórias, se daria apenas para após a segunda eleição geral subsequente para a Câmara dos Deputados.

Algumas considerações assentadas na discussão acerca da matéria merecem a atenção do presente estudo.

Primeiramente, o ministro relator Marco Aurélio proferiu um voto bastante pragmático, embora tenha se iniciado por ventilar ditames e princípios constitucionais para o fim de ressaltar, desde o início, a sensibilidade jurídica e axiológica das questões postas.

Projetando a eficácia dos dispositivos sobre os partidos políticos existentes, o ministro concluiu, inicialmente, que apenas sete dos vinte e nove partidos existentes à época alcançariam ou suplantariam o patamar de cinco por cento dos votos para a Câmara dos Deputados, em todo o território nacional, distribuídos de tal forma a perfazer pelo menos dois por cento em cada qual de novos Estados, o que indicaria ser a cláusula assaz restritiva em seus termos.⁸¹

Ressaltou, também, que mecanismos da índole das cláusulas de barreira ou de desempenho sempre tiveram estatura e disciplina constitucional e a Constituição de 1988, em sentido oposto, com os “*novos ares constitucionais*” e “*os benfazejos ares democráticos*”⁸², além de não prever quaisquer mecanismos de tamanho potencial restritivo⁸³, proclamou valores como o pluralismo político, a soberania popular, a liberdade e autonomia dos partidos políticos, o pluripartidarismo e a proteção às minorias e etc., não classificando as agremiações em partidos de primeira ou segunda classes. É o que assenta em seu voto:

“O que se contém no artigo 17 da Carta Federal diz respeito a todo e qualquer partido político legitimamente constituído, não encerrando a norma maior a possibilidade de haver partidos de primeira e segunda classes, partidos de sonhos inimagináveis em termos de fortalecimento e partidos fadados a morrer de inanição, quer sob o ângulo da atividade concreta no Parlamento (funcionamento parlamentar), sem a qual é injustificável a existência jurídica, quer da necessária difusão do perfil junto ao eleitorado em geral, dado indispensável ao desenvolvimento relativo à adesão quando

⁸¹ Os dados expostos pelo ministro são esquematizados a seguir, destacados os sete partidos que atingiram os referidos percentuais: PT, PMDB, PSDB, PFL, PP, PSB e PDT:

Partido	Percentual								
PT	14,94%	PDT	5,10%	PSC	1,86%	PSDC	0,38%	PRTB	0,18%
PMDB	14,51%	PTB	4,72%	PSOL	1,23%	PTdoB	0,32%	PTN	0,16%
PSDB	13,76%	PL	4,35%	PRONA	0,97%	PAN	0,32%	PSTU	0,11%
PFL	10,88%	PPS	3,99%	PMN	0,94%	PRB	0,25%	PCB	0,05%
PP	7,11%	PV	3,65%	PTC	0,86%	PRP	0,25%	PCO	0,03%
PSB	6,20%	PCdoB	2,12%	PHS	0,46%	PSL	0,20%	/	/

⁸² Cf. voto do ministro Marco Aurélio. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3 e 1.354-8/DF. Tribunal Pleno, Rel Min Marco Aurélio, DJe 30.03.2007, fl. 46 do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 03/12/2018.

⁸³ Fez também menção ao insucesso da proposta de emenda constitucional de revisão que acrescia ao texto constitucional uma cláusula de barreira semelhante à ulterior prevista no artigo 13 da Lei 9.096/95, relatada pelo então deputado Nelson Jobim e já descrita anteriormente. Assim, a matéria acabou sendo preterida do arcabouço constitucional.

do sufrágio, quer visando, via fundo partidário, a recursos para fazer frente à impiedosa vida econômico-financeira.”.⁸⁴

Ademais, considerando a legítima preocupação com a proliferação dos partidos, entendeu que o “enxugamento do rol” de partidos deveria ocorrer única e automaticamente por meio do voto popular, de onde emana todo o poder.

Quanto à razoabilidade da medida em relação à proteção às minorias, o ministro Marco Aurélio, acompanhado pelos demais ministros do Plenário da Corte, considerou irrazoáveis tanto a negação do funcionamento parlamentar aos partidos minoritários, quanto as quotas (des)proporcionais do fundo partidário e do tempo em rádio e televisão, pois se estariam condenando os partidos minoritários a uma ditadura da maioria, de modo contrário à Constituição e ao Estado Democrático de Direito. Houve, no entanto, certa concentração dos argumentos em torno da primeira questão concernente ao funcionamento parlamentar, pois matriz da própria cláusula de desempenho.

No que tange ao funcionamento parlamentar, as argumentações partiram, primordialmente, das necessidades de proteção e representatividade das minorias, ressaltando-se, para tanto, algumas disposições constitucionais, a exemplo do § 1º do art. 58, localizado no Título IV (Da Organização dos Poderes), Capítulo I (Do Poder Legislativo), Seção VII (Das Comissões)⁸⁵, além de outras disposições, de modo a sugerir tratar-se o funcionamento parlamentar de prerrogativa essencial ao cumprimento de importantes atribuições constitucionalmente alocadas aos partidos.⁸⁶ É do voto do relator:

“Ainda sob o ângulo do pluripartidarismo, da representatividade dos diversos segmentos nacionais, é dado perceber a ênfase atribuída pela Carta Federal às minorias. No tocante às comissões permanente e temporárias da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o § 1º do artigo 58 do Diploma Maior assegura sem

⁸⁴ Cf. voto do ministro Marco Aurélio. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3 e 1.354-8/DF. Tribunal Pleno, Rel Min Marco Aurélio, DJe 30.03.2007, fl. 46 do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 03/12/2018.

⁸⁵ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03/12/2018. “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 1º. Na constituição das Mesas e de cada comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.”.

⁸⁶ Como em referência ao par 3º do artigo 58 da CF88: “Estabelece o § 3º do mesmo artigo 58 que a criação de comissão parlamentar de inquérito se faz mediante requerimento de um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal ou, se comissão mista, de ambas as Casas. A Constituição Federal atribuiu ainda legitimidade aos partidos políticos para provocarem a jurisdição constitucional concentrada, sendo suficiente, contar, para tanto, com um único representante em qualquer das Casas do Congresso.”.

distinguir, considerada a votação obtida, o número de eleitos, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.”.⁸⁷

O ministro, inclusive, observando a remessa que se faz pelo dispositivo mencionado aos Regimentos Internos do Congresso e das duas Casas, concluiu versar o preceito sobre “*algo compreendido no gênero funcionamento parlamentar*”, disciplina que estaria em “*sintonia com a Independência dos Poderes.*”

Tratando-se, então, de matéria concernente à cláusula pétreia, pois própria da separação dos poderes, em sua ótica não haveria a possibilidade de regulação da temática por meio lei formal, a qual, em seu processo de tramitação, permitiria a “intromissão” de outros poderes e/ou órgãos.⁸⁸ Conclui, então, o ministro:

“[...] presentes deputados necessariamente vinculados a certo partido, cuja existência civil e registro no Tribunal Superior Eleitoral sejam incontestáveis, a eles são aplicáveis, em termos de atividade parlamentar, as normas constantes do Regimento Interno. Fora isso é menosprezar a independência funcional da Casa Legislativa.”.⁸⁹

Destarte, seria o funcionamento parlamentar algo próprio do Poder Legislativo, assegurado pela Constituição e a ser tratado de forma independente, autônoma e regimentalmente por cada uma das Casas em que se daria.

Nessa toada, conclui o relator, a despeito da remissão pela própria Constituição à lei, no sentido de que o legislador ordinário não poderia exercer essa disciplina esvaziando os demais mandamentos constitucionais.⁹⁰

⁸⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3 e 1.354-8/DF. Tribunal Pleno, Rel Min Marco Aurélio, DJe 30.03.2007, fls. 47-48 do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em 03/12/2018.

⁸⁸ Ocasão em que cita, para tanto, o jurista Célio Borja: “Da independência do órgão colegiado do Poder Legislativo e da inviolabilidade de seus membros, no exercício do mandato, resulta a impossibilidade de lhes regular a conduta parlamentar por lei formal, dado que assim facultar-se-ia a intromissão de outra Casa e do Presidente da República em assunto entregue à autonomia de cada uma das Câmaras.”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3 e 1.354-8/DF. Tribunal Pleno, Rel Min Marco Aurélio, DJe 30.03.2007, fl. 49 do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em 03/12/2018.

⁸⁹ Cf. voto do ministro Marco Aurélio. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3 e 1.354-8/DF. Tribunal Pleno, Rel Min Marco Aurélio, DJe 30.03.2007, fl. 50 do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em 03/12/2018.

⁹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3 e 1.354-8/DF. Tribunal Pleno, Rel Min Marco Aurélio, DJe 30.03.2007, fl. 51 do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em 03/12/2018.

Ainda a respeito do funcionamento parlamentar, outras óticas puderam ser assentadas, como a exarada pela ministra Carmén Lucia, que, acompanhando o relator, argumentou que as referidas atividades parlamentares deveriam refletir a soberania popular versada no art. 14 da Constituição Republicana⁹¹; e também a exposta pelo ministro Eros Grau, que, ressaltando a igualdade do voto, questionou certo “totalitarismo” por parte do legislador.⁹²

Quanto ao fundo partidário e direito de antena, em síntese, foram considerados desproporcionais os termos da Lei 9.096/95 que ditavam a distribuição e partilha dos recursos do fundo partidário e tempo nos meios de comunicação, vez que não seria aceitável, sob o ângulo da razoabilidade, a concentração em sete partidos do montante de 99% do que viesse a ser arrecadado ao Fundo Partidário sendo que, aos vinte e nove partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, inclusos os sete já privilegiados, seria garantido o resto mínimo, de um por cento.

O mesmo enfoque é dado aos termos de distribuição do horário reservado à propaganda partidária, vez que os sete partidos que conseguiram atender aos requisitos legais teriam, por semestre, cada qual, vinte minutos em rede nacional e vinte minutos em rede estadual, bem como inserções nas duas cadeias, a totalizarem, em relação a cada uma, por semestre, quarenta minutos. Já os vinte e dois partidos de representação menor, aquém das rigorosas exigências legais, teriam, cada qual, dois minutos por semestre e unicamente em rede nacional, não contando com o tempo para inserções.

Pelo exposto, e retomando o fato de que a temática careceria de trato constitucional, o ministro encerra seu extenso voto com um discurso de proteção às minorias:

⁹¹ É do voto da Ministra Carmén Lúcia: “O voto começa na urna e continua quando eleito o candidato. Aí, sim, dá-se cumprimento ao artigo 17, quando chama atenção para o funcionamento parlamentar – algo sobre o qual os constitucionalistas, aliás, não se debruçaram tanto -, para saber se esse funcionamento parlamentar, na forma da lei, é o exercício de funções parlamentares ou se é o preenchimento dos cargos de função – função no sentido de cargo. (...) O que se quer é que tudo isso possa acontecer; que o partido consiga chegar a ter eleitores como chegue aos cargos postulados; e que o Parlamento funcione com todos os representantes do povo, já que o povo não tem candidatura avulsa, e, portanto, o partido, necessariamente, haverá de ser o caminho pelo qual se chega lá.” Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3 e 1.354-8/DF. Tribunal Pleno, Rel Min Marco Aurélio, DJe 30.03.2007, fl. 101 do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em 03/12/2018.

⁹² Assim se manifestou o ministro Eros Garau: “A lei, de modo oblíquo, reduz a representatividade dos deputados eleito por determinados partidos, como que cassando não apenas parcela de seus deveres de representação, mas ainda --- o que é mais grave --- parcela dos direitos políticos dos cidadãos e das cidadãs que os elegeram. Para ela, o voto direto a que respeita o artigo 14 da Constituição do Brasil não tem valor igual para todos. Uma lei com sabor de totalitarismo. Bem ao gosto dos que apoiaram a cassação de mandatos e de registro de partido político; bem ao gosto dos que, ao tempo da ditadura, contra ela não assumiram nenhum gesto senão o de apontar o dedo. Não apenas silenciaram delataram...”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3 e 1.354-8/DF. Tribunal Pleno, Rel Min Marco Aurélio, DJe 30.03.2007, fl. 102-B do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em 03/12/2018.

“Que fique ressaltado, em verdadeira profissão de fé, em verdadeiro alerta a desavisados, encontrar-se subjacente a toda essa discussão o ponto nevrálgico concernente à proteção dos direitos individuais e das minorias, que não se contrapõe aos princípios que regem o governo da maioria – cuja finalidade é o alcance do bem-estar público, a partir da vontade da maioria, desde que respeitados os direitos dos setores minoritários, não se constituindo, de forma alguma, em via de opressão destes últimos.”(...) “É de repetir até a exaustão, se preciso for: Democracia não é a ditadura da maioria! De tão óbvio, pode haver o risco de passar despercebido o fato de não subsistir o regime democrático sem a manutenção das minorias, sem a garantia da existência destas, preservados os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.”⁹³

Não foram melhor esclarecidas, no entanto, as margens de legitimidade ou competência e demais limites do legislador para tratar da matéria relativa às prerrogativas problematizadas.

De destacar, também, os argumentos assentados no voto do ministro Gilmar Mendes, que participou ativamente dos debates e fundamentou seu voto com importantes considerações de direito comparado, sobretudo do direito eleitoral alemão.

O ministro considerou que as restrições decorrentes do desempenho eleitoral do partido não são, a priori, inconstitucionais, no entanto a *fórmula* adotada pelo legislador ordinário teria se construído de modo inconciliável com os preceitos constitucionais.

Inicialmente, comparando-a com o modelo alemão, pelo qual a cláusula seria determinante para o alcance da própria representação no Parlamento, o ministro problematizou o fato de que a cláusula da Lei 9.096/95 se destinava a impedir o funcionamento parlamentar do partido, olvidando, também, o princípio da proporcionalidade e da representação das minorias. No entanto, mais adiante, delimitou a controvérsia apenas às proporções da cláusula, sugerindo a possibilidade de, mediante *fórmula* mais benevolente que a analisada, em patamares inferiores, delimitar o acesso a tais prerrogativas.⁹⁴

⁹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3 e 1.354-8/DF. Tribunal Pleno, Rel Min Marco Aurélio, DJe 30.03.2007, fl. 60 do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em 03/12/2018.

⁹⁴ “Tenho para mim que, entre nós, tivesse o legislador encontrado uma fórmula para fixar de fato uma cláusula de barreira semelhante, ainda que em patamares inferiores, talvez não estivéssemos tendo essa discussão. Acredito que se trataria de uma fórmula constitucional. É possível, sim, ao legislador – não precisaria elevar a questão para o patamar da legislação constitucional – estabelecer uma cláusula de barreira.” (fl. 86). E também na passagem em que recorda: “De certa forma, o modelo proporcional já dá ensejo a alguma limitação quando estabelece o quociente eleitoral, a distribuição dos mandatos pela sobra – cláusula específica dizendo que só aquele que consegue o quociente eleitoral obtém a disputa dos mandatos pelos restos ou sobras -; portanto, já há uma cláusula semelhante na regulação, na concretização do modelo proporcional. Então, parece-me que isso é possível de se fazer entre nós. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3 e 1.354-8/DF. Tribunal Pleno, Rel Min Marco Aurélio, DJe 30.03.2007, fl. 116 do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em 03/12/2018.

O ministro estabeleceu, então, duas razões principais para a conclusão pela inadequação da via eleita.

A primeira razão foi o comprometimento, *in totum*, do funcionamento parlamentar, que seria negado às instituições ou agremiações partidárias que não cumprissem com as condições ao artigo 13, sem se deixar qualquer espaço ou ressalva, mesmo que tivessem obtido expressivos desempenhos eleitorais, numa violação clara do próprio princípio da proporcionalidade ou da *reserva legal proporcional* (MENDES, 2015, p. 734).⁹⁵

A segunda razão remetia à questão da *igualdade de oportunidades*, princípio que seria integrante da ordem constitucional brasileira e componente do modelo democrático e pluripartidário, mas que restaria lesado tanto no que diz respeito aos termos da distribuição do fundo partidário como no que concerne aos da distribuição dos horário de TV e Rádio.

Abordando esse último princípio, assenta o ministro Gilmar Mendes:

“O princípio da igualdade entre os partidos políticos é fundamental para a adequada atuação dessas instituições no complexo processo democrático. Impõe-se, por isso, uma *neutralidade* do Estado em face das instituições partidárias, exigência essa que se revela tão importante quanto difícil de ser implementada. A importância do princípio da igualdade está em que sem a sua observância não haverá possibilidade de estabelecer uma concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, o que acabará por comprometer a essência do próprio processo democrático.”⁹⁶

Assim, e somando um importante conceito a respeito da *neutralidade do Estado*, uma outra face do princípio em questão, a igualdade de oportunidades foi devidamente compreendida em seus aspectos formal (jurídico), com a não-influência e sustentação da desigualdade por parte do Estado (a própria neutralidade, portanto), e material (fático), pelo qual se espera uma atuação positiva do Estado a promover de forma efetiva essa igualdade.

Tais aspectos serviram de base, como bem ressaltou o ministro, para o desenvolvimento da construção jurisprudencial do princípio originária do *Tribunal Constitucional Federal da*

⁹⁵ Em seu curso de Direito Constitucional, o mesmo comparativo é feito: “O modelo brasileiro – ao contrário do alemão, que está mais para uma cláusula de barreira mesmo, pois o partido que não alcançar o percentual não tem mandato algum – não deixou qualquer espaço para atuação partidária, negando, por completo, o funcionamento parlamentar, o que evidenciou para o Tribunal uma violação ao princípio da proporcionalidade, na qualidade de *princípio da reserva legal proporcional (Voberhalt des verhältnismässigen Gesetzes)*. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 734.

⁹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3 e 1.354-8/DF. Tribunal Pleno, Rel. Min Marco Aurélio, DJe 30.03.2007, fl. 129 do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em 03/12/2018.

Alemanha, em 1952, pela qual converteu-se a “igualdade de chances” em princípio constitucional autônomo, para além do princípio da igualdade eleitoral, assegurando aos partidos mais que um mero tratamento igualitário por parte do Poder Público, mas também toda uma conjuntura propícia ao desenvolvimento de seus programas e atividades em condições de efetiva igualdade.

Por outro lado, cabe registrar que esse mesmo Tribunal considerou que o tratamento absolutamente igualitário levaria, também, a uma completa distorção da concorrência, sendo uma manifesta afronta ao princípio da neutralidade que deveria ser observado pelo Poder Público em relação a todos os partidos. Daí a opção e legitimidade do critério de desempenho dos partidos políticos. É do voto do ministro:

“Como já ressaltado, a gradação da igualdade de chances, tal como desenvolvida pelo Tribunal Constitucional (alemão) e assente na Lei dos Partidos (§ 5º), há de levar em conta a “significação do partido”. Esta deve corresponder à sua participação na formação da vontade política. E o critério fundamental para aferição do grau de influência na vontade política é fornecido, basicamente, pelo desempenho eleitoral.”⁹⁷

No entanto, mesmo apontando, com tais bases comparativas, para a possibilidade do estabelecimento de critérios como o desempenho para os partidos políticos, o ministro conclui que, para além da lesão ao princípio da reserva legal proporcional quando da negação total do funcionamento parlamentar a determinados partidos, haveria também lesão ao princípio da igualdade entre os partidos políticos com a drástica limitação ao acesso dos partidos políticos ao rádio e televisão e aos recursos do fundo partidário.

Por fim, houve ainda uma problematização mais abrangente do funcionamento do sistema eleitoral proporcional brasileiro, inclusive quanto à questão da fidelidade partidária - à época ainda sob o entendimento anterior exarado no Mandado de Segurança nº 20.297, de

⁹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3 e 1.354-8/DF. Tribunal Pleno, Rel. Min Marco Aurélio, DJe 30.03.2007, fl. 136 do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em 03/12/2018.

1991⁹⁸ - , razão pela qual a preocupação do legislador se faria legítima⁹⁹, embora não a medida adotada, em suas proporções. A matéria foi assentada em *obter dictum*¹⁰⁰ pelo ministro Gilmar Mendes.¹⁰¹

No contexto dessa crise e de uma necessária reforma política, o ministro defendeu ser perfeitamente possível a instituição de cláusulas fundadas no desempenho eleitoral do partido político que versem não apenas sobre o funcionamento parlamentar, mas também sobre a própria eleição do representante. Entretanto, deveria assegurar a todos os partidos os meios e os recursos necessários para participar das eleições, em observância ao princípio da igualdade de chances.

No entender do ministro, portanto, houve apenas um equívoco quanto às proporções da cláusula de barreira lançada, que poderia ter como consequências a anulação da efetividade da atuação do partido como bancada específica e a acentuação do desvirtuamento da fidelidade

⁹⁸ Que consagrou o entendimento segundo o qual a infidelidade partidária não teria repercussão sobre o mandato exercido. O princípio estancado no art. 17, § 1º tinha ainda, na ocasião, alcance bastante restrito ao campo administrativo, interno, e regulava apenas as relações entre filiado e partido, de sorte que ao mandatário não só era dado contrariar a orientação da agremiação pela qual foi eleito, como até mesmo abandoná-la, sem que isso implicasse perda do mandato. Esta foi a tese inicialmente acolhida pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o MS nº 20.927-5, em 11 de outubro de 1989, relatado pelo Ministro Moreira Alves (*DJ* 15-4-1994, P. 8061), vindo a ser revertida apenas no julgamento conjunto dos MS 26.602, 26.503 e 26.604/DF, que confirmou o teor da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, de 27 de março de 2007 e reconheceu o mandato como instrumento de representação partidária (doutrina do mandato representativo partidário), estabelecendo o dever de respeito pelos representantes aos compromissos programáticos da representação partidária a qual estão vinculados.

⁹⁹ “É claro, como também já disse o Relator, que as preocupações do legislador são legítimas. O nosso sistema proporcional, consagrado a partir de 1932, vem dando sinais de alguma exaustão. A crise política que aí está bem o demonstra. E acredito que nós aqui estamos inclusive desafiados a repensar esse modelo a partir da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3 e 1.354-8/DF. Tribunal Pleno, Rel Min Marco Aurélio, DJe 30.03.2007, fl. 89 do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em 03/12/2018.

¹⁰⁰ O significado de *obter dictum* é bem esclarecido por Fredie Didier “O *obter dictum* (*obter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão.”. Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 444.

¹⁰¹ O Ministro Gilmar Mendes faz alusão, em *obter dictum*, à necessidade de rever a questão da repercussão da infidelidade partidária sobre o mandato: “Nessa perspectiva, não parece fazer qualquer sentido do prisma jurídico e político que o eventual eleito possa simplesmente desvincular-se dos vínculos partidários originalmente estabelecidos, carregando um mandato obtido em um sistema no qual se destaca o voto atribuído à agremiação partidária a que está afiliado para outra legenda. Essa é uma *obter dictum*, apenas tendo em vista o móvel que determinou essa cláusula do artigo 13.”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3 e 1.354-8/DF. Tribunal Pleno, Rel Min Marco Aurélio, DJe 30.03.2007, fls. 93-94 do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em 03/12/2018.

partidária, o que poderia agravar os problemas postos.¹⁰² É a conclusão pela inconstitucionalidade:

“Por todos esses motivos, não tenho nenhuma dúvida sobre a inconstitucionalidade da “cláusula de barreira à brasileira. A inconstitucionalidade não reside na natureza desse tipo de restrição à atividade dos partidos políticos, mas na forma e, portanto, na proporção estabelecida pelo legislador brasileiro. Não se deixou qualquer espaço para a atuação parlamentar das agremiações partidárias que não atingiram os percentuais exigidos pelo art. 13 da Lei 9.096/95 e que, contraditoriamente, podem eleger um cabedal expressivo de representantes. O modelo é patológico na medida em que impede o funcionamento parlamentar do partido, mas não afeta a própria eleição do representante.”¹⁰³

De registro, também, o questionamento do ministro César Peluso quanto à inconveniência prática e ideológica de consequências naturais desses termos legais - como eventuais fusões de siglas totalmente heterogêneas ou mesmo contrapostas¹⁰⁴ -, além de determinadas críticas mais figurativas realizadas pelos demais ministros - para o ministro Carlos Ayres Britto, tratava-se de uma verdadeira “*cláusula de caveira*”, vez que cavava o abismo, “*o fosso de qualquer possibilidade*”; para o eminente ministro Sepúlveda Pertence, a cláusula “*não mata: deixa morrer*”, e garantia apenas o acesso ao “*corredor da morte*.”

O Plenário teve que lidar, ainda, com problema do vácuo normativo que seria gerado pela declaração de inconstitucionalidade.

No regime anterior à LOPP, tinha-se que 20% do fundo partidário seria rateado em partes iguais aos partidos, enquanto os outros 80% se dariam proporcionalmente à

¹⁰² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3 e 1.354-8/DF. Tribunal Pleno, Rel Min Marco Aurélio, DJe 30.03.2007, fl. 162 do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em 03/12/2018.

¹⁰³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3 e 1.354-8/DF. Tribunal Pleno, Rel Min Marco Aurélio, DJe 30.03.2007, fl. 161 do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em 03/12/2018.

¹⁰⁴ Cf. voto do Ministro César Peluso: “E, mais do que isso, sequer do ponto de vista prático, qual a conveniência em manter as restrições que levariam – como têm levado, segundo dizem – a fusões de heterogeneidades. O que fará um deputado filiado ao Partido Verde em partido que não guarde espaço nenhum para preocupações ambientais, ecológicas etc.? Ou, então, que lugar poderia ocupar o candidato de um partido socialista ou o candidato de um partido comunista em partido que não tem a mesma ligação ideológica – pode ter até aversão e, provavelmente, reconheça que são partidos de ideias obsoletas etc.? É exatamente a fusão desses heterogêneos que não constrói nada para a democracia. Só alimenta um jogo falso da vida parlamentar que, depois, conduz a desvios graves.”. Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3 e 1.354-8/DF. Tribunal Pleno, Rel Min Marco Aurélio, DJe 30.03.2007, fl. 111 do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em 03/12/2018.

representação na Câmara dos Deputados. Essas normas, porém, não poderiam ser restabelecidas por conta da revogação expressa ocorrida com a nova lei.

Com a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.096/95, os ministros acordaram ser necessária uma interpretação conforme à Constituição a ser dada ao artigo 57 para preencher o vácuo normativo mediante o afastamento dos limites temporais do dispositivo transitório.

Foram, então, declarados inconstitucionais os artigos 13 e suas repercussões, sendo assentado que, enquanto o legislador não editasse outra norma que atendesse aos princípios do pluralismo, da liberdade de criação dos partidos e etc., continuaria em vigor a disposição transitória do art. 57, sem as limitações temporais, para evitar vazio normativo. Assim, ao invés da reserva de noventa e nove por cento para os partidos de melhor desempenho, ficariam os mesmos 29% (vinte e nove por cento) que vigoraram pelos 10 anos de vigência da Lei, a título de disposição transitória. Deu-se, dessa maneira, interpretação conforme aos artigos 56 e 57.

Em síntese, dentre os principais argumentos para a declaração da inconstitucionalidade da cláusula de barreira da Lei 9.096/95 encontram-se (i) a defesa do pluralismo político, como fundamento da República Federativa (art. 1º, inciso IV) e da proteção das minorias; (ii) a questão da igualdade de oportunidades; (iii) os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e reserva legal proporcional; (iv) a defesa da soberania popular e da igualdade de sufrágio (Art. 14) e a (v) liberdade e autonomia dos partidos políticos (art. 17), tendo sido suscitada, ainda, a (vi) cláusula da separação dos poderes no que concerne ao funcionamento parlamentar. Haveriam, portanto, vários vícios formais e materiais.

O Tribunal, por unanimidade, julgou, procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995: do art. 13; da expressão “obedecendo aos seguintes critérios” contida no art. 41, assim como dos incisos I e II deste artigo; do art. 48; da expressão “que atenda ao disposto no art. 13 contida no art. 49; e da expressão “no art. 13 ou” contida no inciso II do art. 57.

2.2 Repercussões da declaração de inconstitucionalidade

A reforma do § 3º da Constituição Republicana pôs em evidência o fato de que as discussões em torno do mecanismo, em verdade, nunca se encerraram.

Coincidentemente, grande parte das discussões partiu, em primeiro lugar, da própria declaração de inconstitucionalidade que se destinava a solucionar a controvérsia, isso porque, não obstante a profundidade dos argumentos lançados pelos ministros, a posição não foi suficientemente clara quanto à possibilidade e legitimidade de eventuais outras cláusulas de barreira ou de desempenho no ordenamento jurídico brasileiro.

Alguns ministros, comedidamente, indicaram pela possibilidade da instituição de cláusulas de desempenho eleitoral, como o relator e os ministros Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertente, embora cada um à sua maneira. O primeiro deles, inclusive, vinculou essa hipótese à constitucional.

Apenas o ministro Gilmar Mendes se manifestou de forma mais clara quanto à possibilidade de instituição desses mecanismos, inclusive mediante lei ordinária, tendo direcionado seu voto pela inconstitucionalidade em virtude das proporções da cláusula analisada, que negava determinadas prerrogativas partidária de modo totalitário, no caso do funcionamento parlamentar, ou de maneira desproporcional, nos casos do fundo partidário e direito de propaganda.

Os demais não teceram qualquer argumentação quanto à possibilidade da existência desses mecanismos, dentre eles os ministros Eros Grau – que, inclusive, refutou enfaticamente a índole do mecanismo –, Carlos Britto, Carmén Lúcia e a ministra presidente Ellen Gracie.

Restou, nesta enseada, uma grande obscuridade no que diz respeito às margens da inconstitucionalidade e limites ao legislador.

Fato é que, logo após a decisão, foi apresentada, pelo senador Marco Maciel, uma Proposta de Emenda à Constituição - PEC nº 02/07 - que visava, justamente, restabelecer o conteúdo do dispositivo impugnado pelo STF, porém por meio de emenda à Constituição - a justificativa fundava-se na superação do vício formal da cláusula anterior, uma vez alçada a matéria a nível constitucional. A Proposta, no entanto, restou devolvida ao autor por carências formais que impediram sua tramitação¹⁰⁵, embora não estivesse fundamentada na melhor das interpretações acerca do real dispositivo configurado pela decisão do Supremo Tribunal Federal.

Acontece que a realidade dos partidos políticos brasileiros, sempre a multiplicar suas mazelas e demonstrar fraquezas, motivou o legislador na insistência em incluir na reforma

¹⁰⁵ A tramitação da proposta se encontra disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=340382>>. Acesso em 03/12/2018.

política a revisitação do modelo de sistema partidário financiado pelo Estado Brasileiro e, por isso, em sequência, várias outras propostas foram submetidas ao crivo dos representantes no Congresso Nacional, dentre elas a resultante na Emenda Constitucional 97, que restabeleceu, em nova configuração, o mecanismo da cláusula de desempenho.

Em verdade, nos últimos anos, a própria Corte, com sua nova composição, já vinha sinalizando uma mudança de entendimento, bastante diferente daquele julgamento.¹⁰⁶

Destarte, tendo sido aprovada uma nova cláusula de desempenho, de natureza e configuração similar à anteriormente declarada inconstitucional pelo precedente, indaga-se pela existência de alguma questão prejudicial que eventualmente possa se impor à recepção do novo mecanismo constitucional.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS QUESTÕES DO PRECEDENTE E DA (NÃO) VINCULAÇÃO DO LEGISLADOR

Para que se compreenda o peso e as repercussões daquela decisão na temática relativa às cláusulas de desempenho, faz-se necessário tecer algumas considerações a respeito da firmiação do precedente e de eventual vinculação do legislador para com o mesmo.

Conceitualmente, em sentido amplo, o *precedente judicial* pode ser compreendido como a decisão judicial configurada para a solução de determinado caso concreto, cujos elementos normativos podem vir a servir como diretriz para o julgamento posterior de casos semelhantes (DIDIER, 2015, p. 441).¹⁰⁷

A respeito da configuração do precedente, ensina José Rogério Cruz e Tucci:

¹⁰⁶ A respeito da cláusula de desempenho, assim se manifestou Gilmar Mendes, em suas considerações sobre a reforma política: “A decisão parecia inadequada, do ponto de vista do momento institucional em que vivíamos, o que levou certa parcela da sociedade a emitir juízo sobre o tribunal, tachando-o de órgão político. Observe-se que o STF tem enorme responsabilidade política. Quem define limites de poderes têm uma atividade eminentemente política, mas quem detém esse poder precisa ter uma noção dos limites dos seus poderes. Assim, em razão de alguma incongruência organizacional da Corte, rejeitamos a medida cautelar solicitada nos autos da ADI nº 1.354, em 7 de fevereiro de 1996, e julgamos procedente a ação. Isto se deu quando o novo modelo político estava prestes a ser implantado.”. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Considerações sobre a Reforma política. In: MULHOLLAND, Timothy; RENNÓ, Lúcio L..(Coorg). *A reforma política em questão*. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2008. p. 79.

¹⁰⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 441.

“[...] todo precedente é composto de duas partes distinta: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório.”¹⁰⁸ (2004, p.15)

Por outro lado, em sentido estrito, o precedente pode também ser concebido como as próprias razões da decisão (*ratio decidendi*), isto é, os fundamentos jurídicos essenciais que sustentam determinada decisão, os motivos e as opções hermenêuticas cristalizadas na sentença que indicam a direção de determinado julgado.

Estas interessam ao presente estudo por revestirem-se de caráter obrigatório e, por essa particularidade, se põem como questões prejudiciais a pretensas análises acerca da conformidade constitucional da nova e constitucional cláusula de desempenho.

Sabe-se, também, que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado – Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) ou Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)¹⁰⁹ – possuem eficácia geral (*erga omnes*) e vinculante, conforme previsão da própria Constituição Federal na altura do § 2º do art. 102:

“§ 2º. As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”¹¹⁰

Ficam, assim, os particulares e os órgãos das funções executivas e judiciárias vinculados ao entendimento firmado.

No entanto, ao Poder Legislativo, no exercício de sua função típica de legislar, argumenta-se não se estender tal vinculação, podendo o legislador, em tese, editar nova lei com o mesmo conteúdo do que fora declarado inconstitucional pelo STF. Não caberia, ainda, o manejo de eventual reclamação à Corte julgadora em vista da possibilidade de renovação do próprio controle de constitucionalidade a ser exercido.

Sobre essas importantes questões, o Supremo Tribunal Federal, em 2015, proferiu uma respeitável decisão no julgamento da ADI nº 5.105/DF, que se lastreou nas mais essenciais e

¹⁰⁸ TUCCI, José Rogério C. e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004. p.15.

¹⁰⁹ No caso da ADPF, a previsão se encontra prevista no art. 10, § 3º da Lei nº 9.882/99. Cf. BRASIL, Lei nº 9.882, de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9882.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

¹¹⁰ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

modernas discussões a respeito da teoria dos diálogos institucionais e da relação entre os Poderes.

A controvérsia submetida a julgamento versava, em síntese, sobre a impugnação de determinadas disposições da então recente Lei 12.875/2013 que se destinavam a superar legislativamente a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 47, § 2º, II, da Lei nº 9.504/97, nas ADIs 4.430 e 4.795/DF, ambas de relatoria do eminente Ministro Dias Toffoli.

Na ocasião dessas duas últimas ações diretas, ADIs 4.430 e 4.795/DF, o Plenário havia dado interpretação conforme ao dispositivo da Lei das Eleições no sentido de resguardar aos partidos novos, *i.e.*, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão. A nova lei - Lei 12.875/2013 - em sentido contrário, subtraía das novas legendas, novamente, o acesso aos recursos do fundo e ao direito de antena.

Travou-se, então, o seguinte questionamento levantado pelo relator: em que medida a reação do Congresso Nacional, no sentido de contrariar e superar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, se revelava legítima em vista da complexa e dialógica estruturação institucional dos Poderes desenhada pela Constituição?"

O substancioso e acurado relatório do ministro Luiz Fux notabilizou-se por receber todos os elogios dos demais ministros e por abordar com profundidade e excelência a nobre discussão que se punha, fundamentando-se com o que há de mais moderno no Direito Constitucional Contemporâneo (FUX; FRAZÃO, 2016, p. 27).¹¹¹

O voto foi estruturado em duas partes principais: na primeira, foi construída uma premissa teórica que considera importantes bases da teoria dos diálogos institucionais, colacionando-se os principais argumentos e expoentes, nacionais e estrangeiros, a respeito das possibilidades e condicionantes do fenômeno da superação legislativa¹¹²; na segunda, fez-se uma análise acerca da reação legislativa impugnada, pela qual se concluiu, ao final, por sua ilegitimidade em vista da ausência de justificação idônea a amparar a reversão jurisprudencial,

¹¹¹ FRAZÃO, Carlos Eduardo. Reversões legislativas à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria eleitoral: direito de antena e fundo partidário e a Teoria dos Diálogos Institucionais. In: FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos paradigmas do direito eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 27.

¹¹² Cf. capítulo II do voto ministro Fux: "II – Breves reflexões acerca dos limites e possibilidades de superação legislativa dos precedentes do Supremo Tribunal Federal: a teoria dos diálogos institucionais". BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105 /DF. Tribunal Pleno, Rel Min Luiz Fux, DJe 1º.10.2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em 03/12/2018.

uma vez que o Congresso Nacional não logrou êxito em demonstrar o desacerto do pronunciamento judicial que se tentou superar.¹¹³

Inicialmente, deparando-se com a revisão judicial de ações legislativas, o ministro lança como pressuposto sua competência e legitimidade para o exercício do controle de constitucionalidade, inclusive nas hipóteses de emenda constitucional, manifestação típica do poder constituinte reformador, circunstância que poderia *corrobora o modelo juriscêntrico de hermenêutica constitucional*.”¹¹⁴

No entanto, esse modelo centrado na função jurisdicional é de plano refutado pelo ministro, premissa que se reproduz nos termos literais:

“Sucede que, a despeito desse arranjo, não se pode advogar que o arquétipo constitucional pátrio erigiu um modelo de supremacia judicial em sentido forte (ou material), de vez que, além de equivocada, sob a ótica descritiva, não se afigura desejável, sob o ângulo prescritivo.”¹¹⁵

Diversos outros casos de reversão legislativa a decisões do Supremo Tribunal Federal foram, então, devidamente colacionados, ilustrando-se hipóteses em que esse fenômeno se deu tanto por emenda constitucional quanto por lei ordinária. Buscou-se esclarecer que essas práticas exemplificadoras do que se chama por *ativismo congressional*, que envolvem uma atuação mais intensa por parte do Congresso Nacional nos assuntos constitucionais, mais que legítimas, são comuns na realidade institucional brasileira, e até desejáveis, observadas, é claro, as diretrizes constitucionais.

Dentre os precedentes, rememorando um entendimento firmado em *obter disctum* pelo ministro Gilmar Mendes quando da declaração de inconstitucionalidade de determinados preceitos da Lei 10.628/2002 na ADI nº 2.797/DF, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, que se encerrou por condenar justamente uma dessas tentativas por parte do legislador, registrou o ministro Luiz Fux:

¹¹³ Cf. capítulo III do voto: “III - A inconstitucionalidade da reação legislativa. Ausência de justificação idônea a amparar a reversão jurisprudencial”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105/DF. Tribunal Pleno, Rel Min Luiz Fux, DJe 1º.10.2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em 03/12/2018.

¹¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105 /DF. Tribunal Pleno, Rel Min Luiz Fux, DJe 1º.10.2015, fls. 16-17. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em 03/12/2018.

¹¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105 /DF. Tribunal Pleno, Rel Min Luiz Fux, DJe 1º.10.2015, fls. 16-17. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em 03/12/2018.

“[...] o efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade não atinge o legislador, razão por que o espaço de conformação legislativa não pode, em qualquer hipótese, ser considerado “ato injurioso” ao Tribunal. Alinhando-se à crítica expendida pelo Min. Eros Grau, asseverou, ainda, (...), que o Poder Legislativo é também intérprete autêntico da Constituição, admitindo, expressamente, a possibilidade de, “eventualmente, superar o entendimento anterior ou provocar um novo pronunciamento da Corte via nova proposta.”.¹¹⁶

Dos casos analisados, bem como das discussões travadas pelo Supremo Tribunal Federal em cada uma das demandas, o ministro indicou três conclusões principais: (i) primeiramente, o fato de que o Tribunal não subtrai, a princípio, a *possibilidade de correção legislativa* pelo constituinte reformador ou legislador ordinário; (ii) no caso reversão jurisprudencial por meio de emenda constitucional, a invalidação judicial desta somente poderia ocorrer nas estritas hipóteses de inobservância dos limites preconizados pelo art. 60, e seus §§, da Constituição; (iii) e, no caso de reversão jurisprudencial por lei ordinária, excetuadas as situações de ofensa direta ao texto constitucional, o fato de que a Corte deve e tem adotado um comportamento de auto-restrição e de maior deferência às opções políticas do legislador. Assim, inexistiria, em tese e na prática, qualquer supremacia judicial numa acepção mais literal.

O ministro cita, ainda, as brilhantes lições dos professores Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, que merecem reprodução, na íntegra, em virtude das esclarecidas premissas que também se adotam no presente estudo:

“Como antes ressaltado, as decisões do STF em matéria constitucional são insuscetíveis de invalidação pelas instâncias políticas. Isso, porém, não impede, no nosso entendimento, que seja editada uma nova lei, com conteúdo similar àquela que foi declarada inconstitucional. Essa posição pode ser derivada do próprio texto constitucional, que não estendeu ao Poder Legislativo os efeitos vinculantes das decisões proferidas pelo STF no controle de constitucionalidade (art. 102, § 2º, e art. 103-A, da Constituição). Se o fato ocorrer, é muito provável que a nova lei seja também declarada inconstitucional. Mas o resultado pode ser diferente. O STF pode e deve refletir sobre os argumentos adicionais fornecidos pelo Parlamento ou debatidos pela opinião pública para dar suporte ao novo ato normativo, e não ignorá-los, tomando a nova medida legislativa como afronta à sua autoridade. Nesse ínterim, além da possibilidade de alteração de posicionamento de alguns ministros, pode haver também a mudança na composição da Corte, com reflexões no resultado do julgamento. (...) O que foi dito acima vale para o controle de constitucionalidade das leis em geral, mas é ainda mais pertinente em relação às emendas constitucionais. Não é incomum, no Brasil, que o Congresso aprove emenda constitucional como reação a alguma decisão proferida pelo STF no controle de constitucionalidade com a qual não se conforme. Nessa hipótese, não caberia, a princípio, falar em atentado à suposta prerrogativa da Corte de dar a última palavra sobre a interpretação constitucional,

¹¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105 /DF. Tribunal Pleno, Rel Min Luiz Fux, DJe 1º.10.2015, fl. 22. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em 03/12/2018.

porque a reforma da Constituição se volta à alteração do próprio texto normativo interpretado. Porém, sabe-se que as emendas estão sujeitas a limites materiais – as cláusulas pétreas – cuja observância também pode ser fiscalizada pela jurisdição constitucional. (...) Em se tratando de emenda constitucional, aprovada por maioria qualificada, a posição do STF deve ser de atenção e deferência ainda maior à interpretação constitucional adotada pelo Congresso. Isso, é óbvio, não inibe o controle jurisdicional de constitucionalidade sobre a medida contrária à orientação anterior da Corte, mas impõe um maior comedimento no seu exercício.”¹¹⁷ (2014, p. 409)

Numa síntese, resta das premissas lançadas no brilhante voto do ministro Luiz Fux e da própria evolução da teoria dos diálogos institucionais, a lição de que o Supremo Tribunal Federal não detém o monopólio do exercício da interpretação da Constituição, podendo – e até devendo – o legislador, na medida de sua legitimidade (limitações formais), das circunstâncias (limitações temporais) e da natureza dos direitos e preceitos constitucionais envolvidos (limitações materiais), partilhar desse exercício hermenêutico, ainda que tenha a Corte firmado algum entendimento sobre o assunto.

Assim, defende-se como premissa, devidamente, que ao legislador se reconheça legitimidade para interpretar a Constituição. Essa ideia é muito bem ressaltada, em outra passagem, por Cláudio Pereira e Daniel Sarmento:

“[...] a interpretação legislativa da Constituição é essencialmente relevante, uma vez que os parlamentares são agentes eleitos pelo povo, perante o qual são responsáveis. Portanto, ao reconhecer o papel de destaque o Legislativo na interpretação constitucional, atribui-se ao povo a possibilidade de influir politicamente na definição de sentido da sua Constituição e de participar do equacionamento dos temas controvertidos sobre os quais se debruça a hermenêutica constitucional. Pela sua representatividade política, o Legislativo tem, inclusive, uma especial capacidade para captar mudanças nos valores sociais da comunidade, o que o qualifica como agente no processo de mutação constitucional.”¹¹⁸ (2014, p. 350)

Em relação ao Supremo Tribunal Federal, como assinala Frazão (2016, p. 27-59), em consideração, também, à relatoria do ministro Luiz Fux, com efeito, o arranjo institucional sustentado pela Constituição confere ao STF a prerrogativa de dar a *última palavra* em matéria de interpretação da Carta de 1988, mas essa franquia deve ser compreendida apenas como uma *última palavra provisória*, ou formal¹¹⁹, inclusive para o próprio Tribunal, que pode vir a

¹¹⁷ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 409

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 350.

¹¹⁹ FRAZÃO, Carlos Eduardo. Reversões legislativas à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria eleitoral: direito de antena e fundo partidário e a Teoria dos Diálogos Institucionais. In: FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos paradigmas do direito eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.31.

evoluir em seu próprio entendimento chegando e chegar a nova interpretação. Não se deseja que o Tribunal, num crasso equívoco, retenha para si o monopólio da interpretação constitucional, asfixiando poderes igualmente legítimos para exercício hermenêutico e aviltando o equilíbrio que se espera por parte dos agentes políticos no arranjo institucional.

Por isso, se espera do STF, em situações de reversão frontal sua à jurisprudência, uma atuação prudente e comedida no exercício da revisão judicial, sobretudo por repercutir direta e duplamente na esfera de liberdade de conformação do legislador.

De outro lado, se espera do Congresso Nacional, como bem assentado por Gilmar Mendes (2008, p. 82) e anteriormente entendido como premissa, o desempenho de “seu importante papel na formulação das questões de interesse nacional e de participação nas discussões que devam conduzir o nosso complexo processo democrático”.¹²⁰ Cabe ao Congresso Nacional agir de forma eficaz para organizar, reorganizar e bem definir as matérias, especialmente quando demandado pelo próprio texto constitucional.

Sucedo que, na especialidade dos casos de reversão jurisprudencial por via legislativa, como se demonstrou, se espera do Congresso Nacional, também, o cumprimento do seu ônus argumentativo de demonstrar que os pressupostos de fato e de direito não mais se encontram presentes ou mesmo comprovar eventual(is) equívoco(s) do pronunciamento a ser superado pela nova legislação.

Essas exigências argumentativas teriam variação conforme a matéria posta em discussão, e em observância aos *limites* já tratados anteriormente. Em se tratando de emenda, em vista de ter sido alterada a própria Constituição e, por isso, o próprio parâmetro formal da revisão judicial a ser exercida, se exigiria, especificamente como pressupostos de direito, a observância das chamadas limitações materiais ou *cláusulas pétreas*.

Nesse mesmo sentido, e consideradas as premissas, conclui o ministro:

“À luz dessas premissas, forçoso reconhecer que, *prima facie*, o legislador pode, por emenda constitucional ou lei ordinária, superar a jurisprudência, reclamando, a depender do instrumento normativo que veicular a reversão, posturas distintas do Supremo Tribunal Federal. Se veiculada por emenda, há a alteração formal do texto constitucional, modificando, bem por isso, o próprio parâmetro que amparava a jurisprudência do Tribunal. Não bastasse, o fundamento de validade último das normas infraconstitucionais também passa a ser outro. Nessas situações, como dito, a invalidade da emenda somente poderá ocorrer, assim, nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da Constituição (i.e., limites formais, circunstanciais e

¹²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Considerações sobre a Reforma política. In: MULHOLLAND, Timothy; RENNÓ, Lúcio L..(Coorg). *A reforma política em questão*. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2008. p. 82.

materiais), endossando, em particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais.”¹²¹

Por fim, deve-se notar que, não obstante todas as premissas lançadas, afirma-se, em determinadas hipóteses, a definitividade da interpretação pelo STF frente ao legislador, como nos casos em que se faz necessário o resguardo da competência, autoridade e responsabilidade da própria Corte em relação aos seus julgados e também nos que asseguram a observância de determinadas óbices constitucionais eventualmente ignoradas pelo legislador (materiais ou circunstanciais) quando da reversão legislativa.

Considerando o caso da ADI 5.105/DF como uma dessas hipóteses, o ministro relator entendeu não ter sido legítima a edição dos dispositivos arguidos por terem colidido frontalmente com a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal sem que o legislador tivesse se desincumbido do ônus de trazer aos autos novos argumentos ou pelo menos demonstrado o equívoco do posicionamento da Corte em razão de determinadas questões fáticas ou axiológicas.

No caso, o Plenário do STF, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º da Lei 12.875/2013, que, ao promoverem alterações nas Leis 9.096/1995 e 9.504/1997, restringia, aos partidos considerados novos, qualquer acesso aos recursos do Fundo Partidário, bem como qualquer tempo destinado a propaganda eleitoral.

Por coincidência, tratou-se também, em tese e na prática, de um julgado protecionista, sob o ponto de vista que dos partidos, aos direitos de acesso aos direitos de fundo partidário e de antena, como se verá adiante.

Diante das discussões assentadas, bem como do questionamento lançado no capítulo 2 acerca de eventual prejudicialidade do precedente sobre nova cláusula constitucional, serão verificadas, no último capítulo, as circunstâncias de fato e de direito pelas quais se deu a opção do legislador, concluindo-se, em sequência, pela conformidade constitucional, ou não, do novo mecanismo.

¹²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105 /DF. Tribunal Pleno, Rel Min Luiz Fux, DJe 1º.10.2015, fl. 30. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em 03/12/2018.

4 A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE DESEMPENHO

4.1 A Emenda Constitucional nº 97 e a cláusula de desempenho

Como se introduziu, a crise de representatividade e o crescente descrédito por que passam as instituições político-partidárias no Brasil têm gerado variadas discussões que são pautadas com alguma prioridade no já bastante alongado processo de reforma política e eleitoral que se realiza.

Dos inúmeros debates a nível político, acadêmico e até mesmo jurisdicional, algumas propostas têm sido convertidas em alterações legislativas e, por conseguinte, alterado a própria dinâmica de algumas entidades e organizações que a ela se submetem no espaço político, a exemplo dos partidos políticos.¹²²

Dentre as tantas modificações que têm sido realizadas nos últimos anos, a aprovação da Proposta de Emenda à Constituição nº 292-A, convertida na Emenda Constitucional de nº 97, retoca importantes questões de repercussão constitucional no âmbito dos partidos políticos e da dinâmica eleitoral.

Em síntese, argumentam os autores da PEC ser o mecanismo fundamental para a consolidação do quadro partidário brasileiro, hoje bastante disperso, sustentando que, dentre outros problemas, as perspectivas de agravamento da pulverização de partidos políticos no Congresso Nacional, sem que novas medidas de fortalecimento ou de compensação sejam eficazmente implementadas, criaria dificuldades ainda maiores para o já mau-funcionamento do Poder Legislativo e contribuiria para piorar ainda mais o descompasso que existe entre a opinião pública e seus representantes.¹²³

Além da cláusula de desempenho, outras importantes alterações foram promovidas, como o fim das coligações no método eleitoral proporcional¹²⁴ e a possibilidade de migração,

¹²² Pautas referentes ao financiamento público de campanha, à lista partidária fechada e à fidelidade partidária têm sido objeto de variados projetos que, num âmbito maior, pretendem realizar uma grande reestruturação no sistema político brasileiro. No entanto, até agora, apenas quatro pontos prosperaram: a cláusula de desempenho, um fundo de financiamento eleitoral de 1,7 bilhão de reais, a possibilidade do candidato se autofinanciar e a autorização para a publicidade na internet, ainda que com limitações. O fim das coligações para eleições proporcionais ficou só para 2020. A mudança do sistema proporcional para o distrital misto, ou para o “distritão”, ainda não aprovada e não tem previsão de retornar ao debate.

¹²³ Cf. relatório final da PEC 282. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=52BB630C9CB5BF81F914824A5F6F834C.proposicoesWebExterno1?codeor=1541803&filename=Tramitacao-PEC+282/2016>. Acesso em: 03/12/2018.

¹²⁴ Antes, os partidos podiam celebrar coligações tanto no sistema majoritário quanto no proporcional. Com a aprovação da EC 97, ficou definido que, a partir das eleições de 2020, será proibida a celebração de Coligações

pelos parlamentares, da sigla na hipótese específica de não ser alcançada a cláusula de desempenho por eventual baixo desempenho eleitoral do partido nas eleições¹²⁵. Combinaram-se, oportunamente, reformas nos âmbitos eleitorais e partidários.

São os termos da EC 97, destinada alterar a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão – em destaque - e dispor sobre regras de transição:

“As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

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

"Art. 17. § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

§ 3º 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 eleito 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." (Nova Redação).

Art. 2º A vedação à celebração de coligações nas eleições proporcionais, prevista no § 1º do art. 17 da Constituição Federal, aplicar-se-á a partir das eleições de 2020.

proporcionais para a disputa de cargos do Poder Legislativo (nova redação § 1º do artigo 17 da Constituição Federal).

¹²⁵ Ou seja, uma nova hipótese de justa causa para a mudança de partido político, por parte de membro do Poder Legislativo. Em síntese, o novo § 5º da Constituição Federal autoriza a filiação a outro partido que tenha alcançado os percentuais exigidos, sem perda do mandato, de um candidato que tenha sido eleito, mas cujo partido não alcance o percentual mínimo de votos para alcance das prerrogativas garantidas o § 3 (fundo partidário e propaganda gratuita em rádio e televisão). Tal permissão se deve à possibilidade de que, a despeito do desempenho da legenda, um candidato tenha votação suficiente para atingir o quociente eleitoral, que é o cálculo definido pela Lei Eleitoral – 9.504/97 - para determinar quais e quantos deputados serão eleitos.

Art. 3º O disposto no § 3º do art. 17 da Constituição Federal quanto ao acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão aplicar-se-á a partir das eleições de 2030.

Parágrafo único. Terão acesso aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão os partidos políticos que:

I - na legislatura seguinte às eleições de 2018:

- a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou
- b) tiverem eleito pelo menos nove Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação;

II - na legislatura seguinte às eleições de 2022:

- a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 2% (dois por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou
- b) tiverem eleito pelo menos onze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação;

III - na legislatura seguinte às eleições de 2026:

- a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 2,5% (dois e meio por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou
- b) tiverem eleito pelo menos treze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

Art. 4º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.”¹²⁶

Com a nova redação dada ao § 3º, do artigo 17 da Constituição Federal, para prever a cláusula constitucional de desempenho, somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e televisão, na forma da lei, os partidos políticos que 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 que tiverem eleito pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

¹²⁶ BRASIL, Emenda Constitucional nº 97, de 4 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc97.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

Há, desta feita, requisitos alternativos para a conferência dos direitos previstos - a recursos do fundo partidário (direito de assistência financeira) e acesso gratuito ao rádio e televisão (direito de antena): ou se atinge um percentual mínimo de votos nas condições exigidas ou se contabiliza um mínimo de representantes eleitos na Câmara dos Deputados no respectivo mínimo de unidades da Federação - , o que guarda ainda mais proporcionalidade à nova configuração.

Ademais, até 2030, os percentuais serão impostos apenas gradativamente.

Inicialmente, já a partir de 2019, serão exigidos o mínimo de 1,5% dos votos válidos nas eleições de 2018 para a Câmara dos Deputados, tendo ainda a necessidade de serem distribuídos em pelo menos 1/3 das unidades da federação, com um mínimo de 1% dos votos válidos em cada uma delas ou tiverem elegido pelo menos nove deputados federais, igualmente distribuídos entre os Estados.

Nas eleições seguintes, em 2022, a exigência aumentará para 2% dos votos válidos para deputado federal, distribuídos nos mesmos um terço, com o mínimo de 1% em cada um deles, ou tiverem elegido pelo menos 11 deputados federais, em pelo menos 9 Estados.

Em 2026, o acesso dependerá de 2,5% dos votos válidos, em um terço dos Estados com o mínimo de 1,5% em cada um deles, ou ainda um mínimo de 13 deputados, em pelo menos 9 Estados.

Por último, nas eleições de 2030, a cláusula vai exigir o mínimo de 3% dos votos válidos, distribuídos em um terço dos Estados com o mínimo de 2% em cada um deles, ou, pelo menos, a eleição de 15 deputados, sempre observados os requisitos de distribuição.

Como se vê, o critério para condicionamento das matérias adotado na nova configuração é, ainda, o desempenho eleitoral, similarmente à cláusula de desempenho da Lei dos Partidos Políticos, porém, o mesmo se estende, dessa vez, apenas ao fundo partidário e acesso gratuito a rádio e televisão, matérias relativas ao modelo de financiamento público dos partidos, e em termos mais proporcionais.

Em vista das controversas questões jurídicas suscitadas no precedente analisado e considerando as questões de fato e de direito pelas quais se baseia a opção do legislador, realiza-se uma releitura de todas essas questões em face da cláusula constitucional de desempenho para que se possa, enfim, assegurar, de forma plena, a legitimidade e eficácia do mecanismo no ordenamento jurídico brasileiro.

4.2 A respeito da realidade dos partidos políticos brasileiros: os pressupostos de fato da reversão legislativa em meio à reforma política

O cotejo a ser feito quanto à cláusula de desempenho não pode se desgarrar das questões fáticas e políticas que nela subjazem, especialmente quanto à realidade com que se apresenta o sistema partidário brasileiro.

Atualmente 35 partidos políticos têm seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, estando aptos, dentre outras atividades, a lançar candidatos para disputar eleições e, pelo menos até o final dessa legislatura (2018) a adentrarem na partilha dos recursos do Fundo Partidário e do tempo em rádio e televisão.¹²⁷ Outros 73 se encontram em processo de formação, isto é, já devidamente registrados em cartório, um dos requisitos iniciais para a criação de um partido no país.¹²⁸

Somente nos últimos 12 anos, passados da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da cláusula legal, numericamente 6 partidos se somaram aos 29 já existentes, ou seja, um acréscimo de aproximadamente 1/5 dos partidos em pouco menos da metade da vigência dos poucos 30 anos da Constituição Federal.

Em relação aos partidos políticos no Congresso Nacional, nas eleições gerais de 2014, dos 35 (trinta e cinco) partidos políticos, 28 (vinte-oito) conseguiram eleger representantes na Câmara dos Deputados¹²⁹. Destes, 25 (vinte e cinco) terminarão a atual legislatura com alguma

¹²⁷ São eles: Partido dos Trabalhadores – PT; Movimento Democrático Brasileiro – MDB; Partido Democrático Trabalhista – PDT; Partido Trabalhista Brasileiro – PTB; Democratas – DEM; Partido Comunista do Brasil – PCdoB; Partido Socialista Brasileiro – PSB; Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB; Partido Trabalhista Cristão – PTC; Partido Social Cristão – PSC; Partido da Mobilização Nacional – PMN; Partido Republicano Progressista – PRP; Partido Popular Socialista – PPS; Partido Verde – PV; AVANTE; Partido Progressista – PP; Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados – PSTU; Partido Comunista Brasileiro – PCB; Partido Renovador Trabalhista Brasileiro – PRTB; Partido Humanista da Solidariedade – PHS; Partido da Democracia Cristã – DC; Partido da Causa Operária – PCO; PODEMOS – PODE; Partido Social Liberal – PSL; Partido Republicano Brasileiro – PRB; Partido Socialismo e Liberdade – PSOL; Partido da República – PR; Partido Social Democrático – PSD; Partido Pátria Livre – PPL; Patriota – PATRI; Partido Republicano da Ordem Social – PROS; Solidariedade – SD; Partido Novo – NOVO; Rede Sustentabilidade – REDE e Partido da Mulher Brasileira – PMB. Lista disponível em: <<https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>>. Acesso em: 03/12/2018.

¹²⁸ Levantamento este realizado pelo Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Janeiro/brasil-tem-73-partidos-em-processo-de-formacao>>. Acesso em: 03/12/2018.

¹²⁹ Dados que constam no portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/deputados/pesquisa/bancadas/bancada-na-eleicao>>. Acesso em: 03/12/2018.

representação, se organizando em 22 bancadas parlamentares.¹³⁰ No Senado Federal, os mandatos encontram-se atualmente distribuídos dentre 18 (dezoito) partidos.¹³¹

Nas últimas eleições gerais de 2018, os números são ainda mais alarmantes, pois 30 (trinta) partidos obtiveram representação na Câmara dos Deputados, um recorde. Para a legislatura seguinte, as maiores bancadas serão compostas por 56 e 52 deputados, respectivamente, do Partido dos Trabalhadores – PT e do Partido Social Liberal – PSL, que disputaram o segundo turno das eleições gerais para a Presidência da República.¹³² No Senado Federal, os mandatos serão distribuídos dentre 21 (vinte-um) partidos¹³³.

Levando-se como parâmetro de análise a atual distribuição dos partidos na Câmara dos Deputados, a maior das bancadas é atualmente composta por três partidos - PP, PODEMOS e AVANTE -, sendo representada por 70 deputados federais. Dentre os partidos, o Partido dos Trabalhadores (PT), agremiação com maior representação no órgão legislativo, tem apenas 61 deputados, aproximadamente 12% dos 513 membros do órgão; o MDB, partido que encerra 2018 chefiando o Poder-Executivo e que historicamente detém alta representação nas Casas Legislativas, detém apenas 51 deputados, equivalente a 10%.¹³⁴

Não obstante a significância desses dados, algumas cautelas devem ser adotadas, vez que o simples número total (abstrato) de agremiações não necessariamente expressa a realidade de coexistência de partidos de diversos tamanhos no órgão político, com níveis de influência e de efetiva atividade um tanto distintos.¹³⁵

Desse modo, de acordo desenvolvida por Markku Laakso e Rein Taagepera (1979) - exposta e trabalhada nos estudos de Arend Lipjhart¹³⁶ -, que se propõe a informar a quantidade de partidos efetivos num Parlamento, tomando em consideração os diferentes tamanhos e

¹³⁰ Dados que constam no portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/deputados/pesquisa/bancadas>>. Acesso em: 03/12/2018.

¹³¹ Dados que constam no portal do Senado Federal. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/tablet/senadoresporpartido>>. Acesso em: 03/12/2018.

¹³² Dados disponíveis no sítio eletrônico do TSE. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/votacao-e-resultados/resultados-eleicoes-2018>>. Acesso em: 03/12/2018.

¹³³ Dados que constam no portal do Senado Federal. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/10/08/composicao-do-senado-salta-de-15-para-21-partidos-em-2019>>. Acesso em: 03/12/2018.

¹³⁴ Para o alcance da maioria, formam a base do Governo, embora com alguma incerteza diante da volatilidade dos interesses políticos, aproximadamente 15 partidos políticos – MDB, PSDB, PP, PR, PSD, DEM, PRTB, SD, PSC, PPS, PROS, AV, PEN, SL, PRP.

¹³⁵ Pois alguns poucos partidos podem concentrar boa parte da representação do órgão, pouco restando à maioria. Nesse sentido, cf. LIJPHART, Arend. *Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Trad. Roberto Franco. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2003. p. 89.

¹³⁶ LIJPHART, Arend. *Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Trad. Roberto Franco. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2003.

desempenhos eleitorais das agremiações, o Estadão Dados concluiu que a distribuição dos mandatos na Câmara dos Deputados para o de 2015 equivalia, aproximadamente, a uma atuação efetiva por 13 partidos, número este bastante elevado e que mantém o Brasil na liderança, desde 2002, num ranking que considera níveis de fragmentação partidária nos Parlamentos de mais de 130 países.

Alinhando-se à metodologia, dos 28 partidos que obtiveram, em 2014, representação na Câmara dos Deputados, quase metade (treze) obteve um notável desempenho eleitoral, granjeando considerável parcela do órgão legislativo.¹³⁷ *Contrario sensu*, tem-se, também, que, dos 28, 15 (quinze) partidos - mais da metade - teriam por inexpressivos ou deficitários seus desempenhos eleitorais.

Há, portanto, uma ampla distribuição de cadeiras dos órgãos legislativos dentre um número considerável de partido; porém essa distribuição, essa equação, em nada tem se dado de forma igualitária ou equilibrada, mas sim de maneira completamente díspar, pouco condizente com o fetiche que se argumenta em teses mais idealizadoras do multipartidarismo.

De fato, analisando a realidade brasileira, a maioria dos partidos políticos tem tido não apenas reduzido desempenho eleitoral, mas uma atuação política questionável, tendo como sustentáculo, unicamente, uma curadoria estatal ocupada em lhes fornecer certas garantias de sobrevivência, como as que decorriam das agora superadas regras abertas de financiamento público, que se garantiam a todos os partidos políticos. Poucos são os partidos que, a despeito dos baixíssimos desempenhos eleitorais, representam legítimas posições políticas.

Para além da mística plural dos números, essa ampla gama de partidos frágeis tem contribuído para polarizar ainda mais o sistema político, agravando várias questões políticas, tanto de índole eleitoral quanto governamental, a exemplo das já bastante problematizadas coligações e coalizões. São muitas as ressalvas que se contrapõem aos benefícios de um sistema partidário numericamente bem dividido, mas excessivamente segmentado.¹³⁸

¹³⁷ Para fins comparativos, a Argentina, embora tenha mais partidos representados na Câmara – 34 contra 28 do Brasil – obteve um índice de fragmentação menor, pois o partido do governo conseguiu 46% das cadeiras e as 15 menores legendas, somadas, conquistaram apenas 6% das vagas. No Brasil, o partido mais votado, PT, obteve apenas 13,4% das vagas, pouco menos que as 15 menores siglas somadas (13,2%). Cf. <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tem-a-camara-mais-fragmentada-em-todo-o-mundo-imp-1631324>>. Acesso em: 03/12/2019.

¹³⁸ Variadas críticas foram registradas por diversos autores, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que argumenta: “a multiplicidade extrema de partidos é inconveniente, pior, é contraproducente. Em primeiro lugar, porque esfarinha a vontade popular, impedindo a identificação da decisão do povo. Em segundo lugar, porque enfraquece o governo baseado forçosamente numa coligação contraditória. Em terceiro lugar, porque estimula as diversidades ideológicas e sublinha as divergências em vez dos pontos de contato.”. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel G. *Curso de Direito Constitucional*. 40^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 134-135. Por sua vez, também

Quanto à governabilidade, por exemplo, a doutrina política argumenta que a coexistência de um número significativo de partidos desempenhando funções políticas é capaz de onerar em muitos aspectos o sistema presidencialista de governo. É possível, aliás, ir além, vez que uma estruturação partidária excessivamente plural sempre se apresentou capaz de onerar e prejudicar qualquer sistema de governo, e não apenas o presidencialista de coalizão.¹³⁹

Em se falando do modelo de governo adotado pelo Brasil, notoriamente designado por Abranches como de presidencialismo de coalizão (1988, p. 5-33)¹⁴⁰ por caracterizar-se pela presença de um artifício - a coalizão - que historicamente tem sido a solução para o problema do governismo, tanto em sistemas presidencialistas quanto em parlamentaristas, nas mais diversas experiências mundo afora, tem-se que, quanto maior o número de partidos na Câmara Baixa (ou Parlamento unicameral), menor será o número de Cadeiras do partido do presidente na Câmara dos deputados, sendo, por isso, maior a necessidade da coalizão (POWER, 2011, p. 136).¹⁴¹ Além do mais, um excessivo número de partidos, além de aumentar a necessidade do artifício da coalizão, é, ao mesmo tempo, capaz de torná-lo um tanto problemático, pois quanto maior há de ser a coalizão, mais difícil, onerosa e incongruente ela se torna.

A questão, entretanto, se enquadra mais dentre as consequências que dos pressupostos desse estudo. Pede-se vênias apenas para anotar que, para além das importantes e legítimas discussões que se propõem a remodelar o modelo brasileiro de governo¹⁴², deve-se questionar, em primeiro lugar, a existência e subsistência de certos fatores e estímulos irracionais

José Jairo Gomes: “O excesso de partidos políticos provoca instabilidade no poder, haja vista que fragmenta em demasia as forças políticas, impedindo a formação de maiorias sólidas e consistentes. Não contanto com maioria no Parlamento, o governante é impelido a realizar inúmeros acordos – muitos deles inconfessáveis – para manter a governabilidade e a estabilidade política, de maneira a implantar as medidas e as políticas públicas entendidas como necessárias ou adequadas ao país. A história recente do Brasil revela a verdade dessa assertiva.”. Cf. GOMES, José J. *Direito Eleitoral*. 13. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 143.

¹³⁹ Visualizando essa problemática também em sistemas parlamentaristas, assim discorre Paulo Bonavides: “No sistema parlamentar do moderno Estado partidário, o multipartidismo conduz inevitavelmente aos governos de coligação, com gabinetes de composição heterogênea, sem rumos políticos coerentes, sujeitos portanto pela variação de propósitos a uma instabilidade manifesta. Não obstante, esses governos por sua natureza mesma são dos mais sensíveis aos reclamos da opinião pública. (...) No sistema presidencial, indica-se ordinariamente a pulverização partidária como fator de enfraquecimento do regime, determinando-lhe, não raro, o colapso.” Cf. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 392.

¹⁴⁰ ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*. v. 31. Dados, 1988. p. 5 – 33.

¹⁴¹ Cf. POWER, Timothy J. O presidencialismo de coalizão na visão dos parlamentares brasileiros. In: POWER, Timothy; ZUCCO, César (Eds.). *O Congresso por ele mesmo* (reprint ed.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011. P. 136.

¹⁴² Cf. Proposta de Emenda à Constituição que trata sobre o semiparlamentarismo, proposta originariamente pelo Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://cdn.oantagonista.net/uploads/2017/12/PEC-Gilmar-Mendes-3.pdf>>. Acesso em: 03/12/2018.

mantenedores dessa quadra partidária fragmentada e débil, sob pena de ineficácia da revitalização que se propõe acerca do sistema de governo ou do próprio sistema político.

A problemática mais tormentosa, em verdade, parece ser a inautenticidade das legendas partidárias brasileiras, pela qual se confrontam mais diretamente as querelas relativas às desvantagens de uma configuração excessivamente multipartidária.

Como se mencionou anteriormente, há muito se denuncia o fato de que, no Brasil, muitas agremiações não representam legítimas posições políticas, mas simplesmente estruturas, sem programas consistentes ou ideologias definidas e, por isso, inautênticas, inverídicas, constituídas simplesmente como máquinas de “*indicar candidatos, recrutar eleitores e captar votos*”. (GOMES, 2017, p. 154).¹⁴³ Em meio à população, inclusive, há um sentimento – plenamente justificável – de que os partidos políticos representam apenas vis interesses pessoais ou corporativos em detrimento de seu compromisso essencial com a soberania popular e com o interesse público.

Essa inautenticidade se sobressai da existência de vários inconvenientes já bastante denunciados pela doutrina, como a inconsistência dos programas partidários; a incoerência ideológica dentre as agremiações que se organizam em sistema - ou em artifícios como coalizões, coligações e outros blocos suprapartidários (REIS, 2014, p. 98)¹⁴⁴ –, com a configuração de uma quadra partidária artificial e um tanto nebulosa (SAMUELS; LUCAS, 2011, p. 99)¹⁴⁵; e o manifesto personalismo que marca e impede a consolidação dos partidos¹⁴⁶.

¹⁴³ GOMES, José J. *Direito Eleitoral*. 13. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. Pág. 124.

¹⁴⁴ Como bem ressalta Marisa Amaro dos Reis: “Na tentativa de amenizar o problema da governabilidade (ou da ausência dela), formam-se coalizões dentro das casas legislativas que, fatalmente, são desfeitas ou alteradas conforme interesses momentâneos, o que leva à instabilidade. Igualmente, a formação de coligações em período eleitoral é feita e desfeita de toda maneira. As pequenas agremiações, por registrarem candidatura de personalidades conhecidas como “puxadores de votos”, são utilizadas como verdadeiras legendas de aluguel. Acabam, assim, conquistando vagas à custa de um só candidato ou por meio de alianças momentâneas, e não pela divulgação de programas de governo, propostas e ideais.” Cf. REIS, Marisa A. dos. *Cláusula de Desempenho e Fortalecimento dos Sistemas Representativo e Partidário no Brasil*. Estudos Eleitorais. EJE. v. 9, n. 1. Jan.-abr. 2014. p. 98.

¹⁴⁵ Como acentuado em pertinente análise do quadro ideológico-partidário brasileiro: “Concluindo, nossos resultados fortemente sugerem que ver um mapa ideológico claro no nebuloso sistema partidário brasileiro é nada mais que wishful thinking.” Cf. SAMUELS, David. J.; LUCAS, Kevin. A coerência ideológica do sistema partidário brasileiro, 1990-2009. In: POWER, Timothy & ZUCCO, Cesar. (Eds.). *O Congresso por ele mesmo* (reprint ed.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011. p. 99.

¹⁴⁶ A despeito de sobrepostos juridicamente, em vista do já assentado conceito de mandato representativo partidário, os partidos não se sobrepõem de fato aos mandatários individuais, que continuam a usufruir de práticas personalistas no exercício do mandato e das atividades eleitorais. Há de se questionar, aliás, o modelo de sistema eleitoral proporcional, que, em lista aberta, contribui e muito para esse nefasto personalismo, vez que os próprios partidos, visando alcançar determinado desempenho eleitoral, preferem investir no desempenho de candidatos individuais. Na prática, é no nome de cada um deles que o eleitor deposita seus votos, razão pela qual na prática são preteridos tanto programas quanto partidos. Valendo-se da crítica de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “O elemento pessoal continua a pesar e não raro a preponderar. Mormente hoje, quando os meios audiovisuais de

Com todas as inconsistências que envolvem os processos de formação (desprogramada), organização (incongruente) e atuação (personalista), a fragilidade das agremiações se acentua de forma descomedida num cenário de excessiva fragmentação dos partidos.

Especificamente em relação aos candidatos e mandatários individuais, por exemplo, cercados de inúmeras ofertas e possibilidades de legendas, estes se sobrepõem aos partidos ainda mais ante a possibilidade de escolha, dificultando a ensejada relação de fidelidade entre o candidato e a legenda; os partidos, em contrapartida, se vêm completamente reféns daqueles, recorrendo unicamente à ação de granjeá-los por meio da oferta quadros e propostas mais vantajosas. Uma vez travadas as disputas dentre os próprios partidos, o troca-troca partidário entre os candidatos é uma das sequelas mais naturais.¹⁴⁷ Não raro algum partido se vê lesado e preterido nesse maléfico jogo político.¹⁴⁸

A baixíssima representatividade é, também, outra consequência natural de todas essas máculas, sendo também bastante agravada pelo cenário de fragmentação que impõe sérias dificuldades à compreensão e alinhamento por parte dos eleitores.¹⁴⁹

A propósito, em interessante levantamento acerca dos níveis de alinhamento partidário na América Latina, Gimenes aponta para dificuldade que se impõe ao eleitor advinda de uma configuração multipartidária:

“[...] quanto mais elevado o número de partidos nas disputas eleitorais e nos parlamentos, maiores as dificuldades dos eleitores para diferenciar as legendas e o custo para a escolha, especialmente entre aqueles com menores recursos cognitivos. Tal situação constituiria (...) denominada “dilema do rico”, que consistiria na dificuldade dos eleitores à escolha em contextos eleitorais complexos, com grande

comunicação de massa valorizam as personalidades em detrimento das ideias. No Brasil, especialmente, é generalizado o desapareço pelos programas partidários, visto como mero *blábláblá*, que ninguém, inclusive os candidatos, leva a sério. A política brasileira é uma disputa personalista; vale mais o candidato que o partido.” Cf. FERREIRA FILHO, Manoel G. *Curso de Direito Constitucional*. 40^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 156.

¹⁴⁷ Quase um quarto dos deputados migrou de legenda na chamada janela partidária. Cf. <<http://radiopovo.com.br/povopombal/janela-partidaria-um-quarto-dos-deputados-federais-mudou-de-partido-no-atual-mandato/>>.

¹⁴⁸ A exemplo do caso do Partido da Mulher Brasileira (PMB), que perdeu 20 deputados federais para outros 11 partidos, numa única janela. Cf. <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Abril/plenario-nega-pedido-do-pmb-para-anular-desfiliacoes-de-20-deputados-federais>>.

¹⁴⁹ Várias pesquisas de opinião têm revelado um aumento no número de eleitores que não se identificam com partido algum, a exemplo da pesquisa realizada pela agência Hello Research sobre a posição política dos brasileiros. Divulgada no dia 17 de junho de 2015, ela informa que aproximadamente 40% dos entrevistados – que, no total, chegaram a mil pessoas, de 70 cidades, de todas as regiões do Brasil – não possuem uma posição ideológica definida, ou seja, não se definem como sendo de esquerda, direita ou centro (ÉPOCA NEGÓCIOS, 2015. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Resultados/noticia/2015/06/41-dos-brasileiros-nao-sabem-definir-sua-orientacao-politica.html>>). Ainda assim, dentre as várias constatações da pesquisa, a que mais impressiona é a de que 67% dos entrevistados não têm preferência por nenhum partido político brasileiro, bem como 64% afirmam não ter simpatia por partido algum. Cf. <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2016/02/DIR-28-04.pdf>>. Ambos os links acessados em: 03/12/2018.

número de opções (oferta) de legendas e de candidaturas, o que, no pior cenário, pode conduzir à não decisão.”.¹⁵⁰ (2017, p. 66)

Assim, é importante assumir, a essa altura, que todos esses problemas e debilidades que se constatarem na quadra partidária podem guardar bons fundamentos na realidade e natureza do regime democrático, que, exigindo sempre atuação múltipla e realidade dividida, fracionada, padece do mal da própria dispersão, com todos os riscos de desorganização, enfraquecimento e instabilidade, ainda que, em todo caso, sejam menos graves que concentrações autoritárias típicas de regimes autocráticos.

Eis, portanto, o cenário fático por que optou o legislador, novamente, por inserir uma cláusula de desempenho condicionante do acesso pelos partidos políticos a determinados recursos financeiros assegurados pelo Estado.

Diante do exposto, deve-se ter em vista, aliás, a possibilidade de ter o poder constituinte originário, bem como o legislador ordinário, em sede de Lei dos Partidos Políticos, se antecipado em permitir ou concretizar justamente a conformação dessa esperada e preocupante realidade partidária que hoje se apresenta.

Por outro lado, deve-se questionar ao STF se também já não lhe era previsível, naquela ocasião – declaração de inconstitucionalidade da cláusula de desempenho -, o agravamento dessa configuração fragmentada, fragilizada e vulnerável, de modo a ter sido possível uma outra interpretação a respeito da cláusula de desempenho impugnada.

4.3 Anotações para uma releitura das razões e fundamentos da declaração de inconstitucionalidade

Haja vista aquela realidade dos partidos políticos brasileiros, o intento principal da cláusula constitucional de desempenho, numa perspectiva pragmática, só pode ser o de servir como um mecanismo eficaz de controle e racionalização do compromisso do Estado para com essas organizações.

A propósito desses métodos de controle dos partidos, duas modalidades são, em geral, apresentadas pela doutrina: os métodos *quantitativo* e *qualitativo*. Sobre eles esclarece José Afonso da Silva:

¹⁵⁰ GIMENES, Éder R. *Eleitores e partidos políticos na América Latina*. 1 ed. Curitiba: Appris, 2017. p. 66.

“O primeiro limita as provisões legais para o reconhecimento de um partido político ao cumprimento de exigências formais (carta orgânica, declaração de princípios, plataforma eleitoral) e à reunião de certa quantidade de filiados ou membros, cujo número se estabelece em uma proporção fixa sobre o total do corpo eleitoral do distrito ou do país (nos Estados federais e nos Estados unitários, respectivamente). (...) O segundo avança outras exigências, somando, às anteriores, a necessidade da conformidade ideológica das postulações do partido com os fins do Estado constitucional em que o há de reconhecer como tal.”¹⁵¹ (2000, p. 403)

Na Constituição Federal de 1988, ao tempo em que se asseguram diretrizes essenciais aos partidos, como a liberdade e a autonomia partidária pelo artigo 17, esses controles são, também, exercidos com alguma clareza por meio da imposição de determinadas cláusulas de observância obrigatória pelas agremiações. São as disposições do artigo 17 da Constituição:

“Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I – caráter nacional;

II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III – prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV – funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais (...).

§ 2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 3º Omissis.

§ 4º É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.”¹⁵²

Acontece que, justamente em vista desses importantes princípios positivados pelo constituinte – liberdade e autonomia partidária –, o controle quantitativo não pode ser exercido de modo a extinguir ou cancelar o registro de partidos legitimamente criados conforme as formalidades legais. Noutras palavras, não se permite uma interferência direta mais agressiva na estrutura vigente do sistema de partidos, mas apenas no que concerne a determinados

¹⁵¹ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 403.

¹⁵² BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

aspectos relativos à dinâmica ou funcionamento das legendas, observadas as diretrizes constitucionais.

Por outro lado, é cediço também que nenhuma liberdade é absoluta no Estado Democrático de Direito, vedando-se, por exemplo, a formação de agremiações que consistam em organização paramilitar (art. 17, inciso II, § 4º da CF/88), numa clara hipótese de controle qualitativo das agremiações, além, igualmente, das cláusulas referentes à soberania nacional, regime democrático, pluripartidarismo e direitos fundamentais da pessoa humana (caput).

Ainda, a própria criação das organizações, com a aquisição de personalidade jurídica, é condicionada a registro junto ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas da Capital Federal (art. 8º da LOPP). A agremiação deve, também, submeter seu estatuto a registro no Tribunal Superior Eleitoral (art. 17, §2º da CF/88), demonstrando o preenchimento e observância dos preceitos dispostos no artigo 17 da CF/88 e disciplinados em lei, para, após, poderem, dentre outras atividades, participar do processo eleitoral (art. 4º da Lei nº 9.504/97); receber recursos do Fundo Partidário e do direito de acesso gratuito ao rádio e à televisão (Lei 9.096/95, art. 7º, § 2º)¹⁵³; usar, com exclusividade, de sua denominação, sigla e símbolos, proibindo-se a utilização, por outra entidade partidária, de variações que induzam o eleitor ao erro ou confusão (art. 2º, § 3º da Lei nº 9.096/95); etc.

No entanto, mesmo em meio a tantas restrições à essa fundamental atividade associativa e política, sem o mecanismo da cláusula de desempenho o número de partidos políticos continuou a crescer significativamente, demonstrando alguma incapacidade do modelo normativo vigente em apresentar resultados mais concretos ao ensejo de fortalecimento das legendas até então existentes.

Não parece, por isso, merecer respaldo a argumentação alinhada pelo relator das ADIs 1.3513 e 1.354-8/DF no sentido de uma suficiência da disciplina imposta na Lei 9.096/95 para a configuração, por exemplo, do caráter nacional, entendendo pela irrazoabilidade da imposição de outras exigências, ainda que para garantir o cumprimento *a posteriori*, i.e. , para além do momento da criação, do próprio preceito nacionalista.

Com as vênias desse estudo, entende-se que, antes mesmo da reforma constitucional - em vista da ponderação que a própria Constituição já realizava em face da liberdade partidária

¹⁵³ BRASIL, Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096.htm>. Acesso em: 03/12/2018. “Art. 7º, § 2º. Só o partido que tenha registrado seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral pode participar do processo eleitoral, receber recursos do Fundo Partidário e ter acesso gratuito ao rádio e à televisão, nos termos fixados nesta Lei.”

– já se mostrava razoável o estabelecimento de instrumentos quantitativos de controle do exercício de determinadas prerrogativas partidárias, sobretudo se, baseados em critério de desempenho eleitoral, tivessem por finalidade disciplinar e concretizar os próprios preceitos constitucionais impostos ao livre exercício da atividade partidária, como o caráter nacional, ou observar determinadas remissões feitas pelo texto magno à competência do legislador ordinário em disciplinar a matéria, como a feita pela antiga redação do § 3º do artigo 17.¹⁵⁴

Os demais óbices levantados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento, são, evidentemente, as razões principais da decisão pela inconstitucionalidade e se expressam por meio de determinadas questões formais - ausência de tratamento da matéria por via constitucional - e materiais – pluralismo político, igualdade de oportunidades, razoabilidade e proporcionalidade – que serão a seguir relidas.

A consideração dessas questões, todavia, em especial dos princípios do pluralismo político e da igualdade de oportunidades, merece ser feita em vista da nova configuração (constitucional) do mecanismo, sob pena de incorrer-se numa excessiva argumentação principiológica, inadequada em se falando de uma atuação definitivamente pragmática por parte do legislador.

Quanto às questões formais suscitadas na declaração de inconstitucionalidade, observa-se que, com a inserção da cláusula no próprio texto constitucional mediante emenda, foi, enfim, suprida a carência de tratamento constitucional da matéria. Em que pese não ser verdadeiramente um bom negócio a constitucionalização dessa espécie de política público-partidária¹⁵⁵, trata-se, agora, de uma cláusula constitucional de desempenho, em conformidade com a cultura constitucionalizante.

¹⁵⁴ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 03/12/2018. “Art.17. § 3º. Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão na forma da lei.”.

¹⁵⁵ Nesse sentido argumenta Cláudio Gonçalves Couto: “A constitucionalização de políticas públicas estringe a liberdade de governos e maiorias parlamentares estritas para implementar suas agendas. A modificação de qualquer dispositivo da Carta exige maiorias ampliadas de 3/5 dos legisladores na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, em suas votações em cada Casa, sendo que qualquer modificação efetuada por uma delas naquilo decidido pela outra obriga a uma nova apreciação do ponto alterado, até haver concordância. Isto requer coalizões parlamentares ampliadas, bem mais onerosas do que as normalmente necessárias para que os partidos eleitoralmente vencedores sustentem seus governos e implementem suas agendas.”. Cf. COUTO, Claudio G. Emendas constitucionais. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (orgs.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2006. p. 205.

Sucedo que, para além da superação das questões meramente formais, houve também uma alteração no próprio parâmetro de controle de constitucionalidade, o que implica repercussões também nas demais questões materiais.

A respeito destas, primeiramente, observa-se que a cláusula constitucional se absteve de disciplinar o *funcionamento parlamentar*, que, como se pôde constatar da decisão do STF, foi um dos pilares da impugnação do mecanismo em vista da negação que se dava a determinados partidos, por completo, de atividades parlamentares essenciais ao livre exercício das atividades partidárias e à própria representação, em especial das minorias.

A nova extensão do mecanismo, portanto, se presta apenas a ditar regras de financiamento público dos partidos, que se dá essencialmente por meio do acesso aos recursos fundo partidário e do tempo gratuito em rádio e televisão.

Com isso, além das discussões relativas aos direitos de acesso e desempenho, por parte das agremiações, das atividades parlamentares, puderam ser superados, ainda, outros graves óbices arguidos, como os referentes à soberania popular e igualdade de sufrágio, à representação das minorias no Congresso Nacional e à cláusula de separação dos poderes.

Quanto ao *pluralismo político*, como se introduziu no capítulo 1, sabe-se que a Constituição Federal o prevê já em seu artigo primeiro, dentre os fundamentos da República Federativa. (art. 1º, inciso V)¹⁵⁶, idealizando um cenário de multiplicidade político-partidária.

Afora as considerações já dispensadas anteriormente, é importante ressaltar que a leitura desse fundamento não deve ser realizada em contornos mais absolutos, nem diminuídos a qualquer acepção meramente quantitativa.

Primeiro porque se trata de um princípio e, por isso, não tem sua aplicação condicionada à regra do tudo ou nada, mas sim a da ponderação e aplicação otimizada. Trata-se, portanto, de um mandado de otimização, e não de uma regra.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Afirma o texto que a República Federativa do Brasil tem como base “I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.”. Cf. BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

¹⁵⁷ Delineando as diferenças entre regras e princípios, discorre Ronald Dworkin: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (...) Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (...) aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.”. Cf. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 38-42.

Segundo porque nunca se fez bom negócio a sustentação de um sistema político bastante fragmentado, com uma excessiva abertura das instituições como um todo, para além dos partidos, aos inúmeros interesses que se põem em jogo.¹⁵⁸ A aplicação do princípio do pluralismo político ou partidário, sem quaisquer ressalvas, permite excessos e agrava dificuldades no funcionamento e fiscalização das próprias agremiações, estimulando o nascimento de partidos desprovidos de qualquer base ideológica ou programática e, por conseguinte, males e desvios de finalidade no desempenho das importantes atribuições constitucionais que a eles se incumbem.

Uma concepção meramente quantitativa do princípio em análise, se condiz, em tese, com a ideia de Estado Democrático de Direito, sobretudo pela grande superstição numérica que se guarda no conceito de democracia, não tem, na prática, sido concretizada ou apresentado bons resultados em meio ao sistema representativo. Nesse sentido, pôde discorrer Lênio Streck:

“Da mesma forma que, em relação à detenção do poder político quando então se pretendeu a sua distribuição o mais amplamente possível, fazendo desaparecer o poder oligárquico, no qual uma determinada elite controla a cena pública, o que se observa é que, no máximo, o que se obteve foi a multiplicação de elites que visam à dominação política e que concorrem entre si.”¹⁵⁹ (2014, p. 117)

Destarte, a diretriz lançada pelo princípio não pode dar ensejo a um pluralismo ou pluripartidarismo desenfreado, impossibilitado de quaisquer ressalvas ou contenções e conformações de seu pendor expansivo.

Além disso, o artifício que se estuda em nada teria o condão de esvaziar os conceitos de “pluralismo político”, muito menos numa concepção numérica: o termo “pluri” (do latim *plus*, *pluris*, *mais*, *maior*, *muitos*, *vários*), certamente, não restaria prejudicado ou revogado por uma mera contenção do fomento que se dá por parte do próprio Estado, especialmente se esta contenção se der em prol da funcionalidade do próprio sistema pluralizado, assegurando alguma efetividade aos já variados partidos políticos existentes.

¹⁵⁸ Nesse sentido a ressalva registrada pelo consagrado jurista alemão Reinhold Zippelius, em suas considerações sobre o “pluralismo como perturbação”: “É essa “tolerância estrutural” que, por um lado, faz surgir o Estado da “sociedade aberta” como forma de organização civilizada do Homem; por outro lado coloca este Estado numa posição de capacidade de reação reduzida perante a disposição de poderes internos e externos para o recurso impiedoso à violência”. “Os êxitos de Hitler no seu trato com os adversários políticos internos e externos forneceram disso um modelo, que, por vezes serve, ainda hoje, de ensinamento para a vontade de poder político intransigente.”. Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. *Ciência Política*. Trad. António Francisco de Sousa, António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 375.

¹⁵⁹ STRECK, Lênio L.; MORAIS, Jose Luis B. de. *Ciência política e teoria do estado*. 8ªed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 117.

A respeito da compatibilidade da cláusula constitucional de desempenho com o pluralismo político, discorre Marisa Amaro dos Reis:

“Portanto, o estabelecimento de uma cláusula de desempenho razoável, agora por meio de emenda constitucional, em nada fere o princípio do pluripartidarismo que, segundo seu significado maior, não implica multipartidarismo sem qualquer controle. Uma norma bem elaborada não prejudica a igualdade devida às agremiações, já que tratamentos diferenciados não são necessariamente contrários à Constituição; são, de fato, por ela permitidos. Partidos bem organizados, programáticos e estruturados em ideologias definidas certamente ainda terão possibilidade de se manter, de se desenvolver e evoluir. A adoção da cláusula de desempenho, com a devida vênua às vozes em sentido contrário, não mina a possibilidade de operação dos pequenos – nem dos grandes – partidos, nem frustra a sua expansão futura. Tampouco fortalece os partidos dominantes, como pode parecer a princípio, mas sim aqueles mais programáticos, além de induzir os demais a buscar meios legítimos de conquista do apoio popular. Qualquer agremiação registrada, portanto, poderá continuar a divulgar suas ideias, registrar candidatos e participar das campanhas e dos pleitos. (...) De fato, diminuir a participação nos recursos do Fundo Partidário e no tempo gratuito no rádio e TV não significa impedir a criação de novos partidos ou a existência, manutenção e participação na vida política daquele que não ultrapassou a cláusula.”¹⁶⁰ (2014, p. 98)

Com efeito, como já ressaltado anteriormente, o mecanismo não tem o condão de impedir a criação, existência e funcionamento dos partidos políticos, não tendo qualquer repercussão direta na estruturação do sistema partidário vigente.

Não há, também, quaisquer comprovações, considerando os novos padrões econômicos das eleições de 2018¹⁶¹, no sentido de que a adoção desses critérios de desempenho para o acesso dos partidos às prerrogativas financeiras de natureza pública impactaria frontalmente a estrutura do sistema partidário vigente ou levariam determinados partidos às ruínas. Tais consequências, aliás, não são sequer o objetivo periférico do legislador em sua opção pelo mecanismo, muito mais preocupado em racionalizar os estímulos que o próprio Estado fornece em sua missão democrática de assegurar uma realidade politicamente plural, como se verá adiante.

Ademais, a abstenção da nova cláusula em tratar do funcionamento parlamentar é bem mais conveniente às minorias que o modelo anterior, respeitando o pluralismo político também na composição e funcionamento dos órgãos políticos.¹⁶²

¹⁶⁰ REIS, Marisa A. dos. *Cláusula de Desempenho e Fortalecimento dos Sistemas Representativo e Partidário no Brasil*. Estudos Eleitorais. EJE. v. 9, n. 1. Jan.-abr. 2014. p. 98.

¹⁶¹ Em que alguns partidos que cresceram substancialmente no cenário político abriram mão de vultosos recursos públicos como o Fundo Eleitoral, a exemplo do PSL e do NOVO. Cf. <<https://www.destakjornal.com.br/brasil/eleicoes-2018/detalhe/partido-novo-abre-mao-do-fundo-eleitoral>>.

¹⁶² Embora se possa questionar se há, realmente, uma equivalência entre minorias partidárias e minorias políticas. Nesse sentido parte a crítica de Paulo Bonavides: “Enfim, é o sistema multipartidário acoimado de emprestar aos

O postulado da *igualdade de chances*, por sua vez, devidamente suscitado como fundamento para a impugnação da antiga cláusula, traduz, na matéria, o princípio basilar da isonomia.¹⁶³

Em vista das variadas dimensões abarcadas por tal princípio – vedação ao arbítrio, igualdade proporcional, etc. -, uma análise mais aprofundada desse mandamento demandaria uma pesquisa própria e especializada, cujos apontamentos que se permitem aqui fazer estão bem aquém.

Em linhas gerais, originário do direito alemão para a seara eleitoral, o princípio da igualdade de oportunidades ou de chances, hoje reconhecidamente autônomo, reclama, um cenário de igualdade de possibilidades e uma postura de neutralidade do Estado em face dos agentes políticos no espaço político (partidos, coligações, bancadas, etc.), de forma a evitar cenários que favoreçam alguns em detrimento de outros.¹⁶⁴

O princípio adquire total relevância na ordem jurídica e democrática, conforme já ressaltado no voto do ministro Gilmar Mendes,¹⁶⁵ sendo conexo a outros importantes direitos e garantias constitucionais asseguradas aos partidos políticos, como a liberdade e autonomia partidária.

Em outra perspectiva, Eneida Desiree, citando Óscar Sánchez Muñoz, assenta, ainda, outras dimensões da igualdade de oportunidades, inclusive uma negativa, que se põe ao legislador impedindo a positivação de fatores de diferenciação entre os agentes que poderiam levar a desequilíbrios na disputa:

“No Direito espanhol, Óscar Sánchez Muñoz extrai do princípio da igualdade de oportunidades na disputa eleitoral duas implicações. A primeira se refere ao acesso à competição eleitoral, que impõe um princípio geral de liberdade para a apresentação de candidaturas, fundamentado também no pluralismo político e na liberdade de

pequenos partidos influência política desproporcionada e incompatível com a modestíssima força eleitoral de que dispõem, mormente quando surgem eles por fiel de nas competições pelo poder.”. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 392.

¹⁶³ Debatido também, com algum afinco e a título de *igualdade política e econômica*, na ADI 4.650/DF, julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas aos partidos políticos.

¹⁶⁴ Cf. Cap. III. Princípios Eleitorais. In.: FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos paradigmas do direito eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 119.

¹⁶⁵ A relevância também é ressaltada em seu Curso de Direito Constitucional: “O princípio da igualdade entre os partidos é fundamental para a adequada atuação dessas instituições no complexo democrático. Impõe-se, por isso, uma *neutralidade* do Estado em face das instituições partidárias, exigência essa que se revela tão importante quanto difícil de ser implementada. A importância do princípio da igualdade está em que sem a sua observância não haverá possibilidade de se estabelecer uma concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, o que acabará por comprometer a essência do próprio processo democrático.”. Cf. MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 10. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 767.

criação dos partidos. Em segundo lugar, o princípio implica restrições à liberdade de atuação dos candidatos. Além disso, o autor aponta uma dimensão negativa da igualdade de oportunidades, que exige a identificação pelo legislador democrático dos fatores de diferenciação que podem levar ao desequilíbrio indevido na disputa, relacionados com o uso do poder político (que sofre limitação absoluta, em face do mandato de estrita neutralidade dos poderes públicos), com o poder econômico e com o poder midiático, e uma dimensão positiva, que impõe a compensação da diferença de situação dos candidatos em relação aos fatores tidos como irrelevantes para a disputa.”¹⁶⁶ (2010, p. 248)

Portanto, em vista dos preceitos que dele decorrem, bem como dessa dimensão negativa que se põe ao legislador, poderia se questionar quanto à legitimidade de se estabelecerem critérios diferenciadores no acesso às prerrogativas relativas ao financiamento público dos partidos, questão que guarda, aliás, alguma litigiosidade no direito eleitoral brasileiro.¹⁶⁷

Como se assentou anteriormente, a construção jurisprudencial do princípio pelo Tribunal Constitucional Alemão engloba uma *acepção formal*, que pode ser entendida como a não influência ou promoção, por parte do Estado, de um cenário desigualdade, e uma *material*, pela qual se espera uma atuação positiva do Estado em promover, de forma efetiva, um cenário de igualdade fática entre os agentes políticos.¹⁶⁸

Assim, a posição da Corte Constitucional Alemã ultrapassou a perspectiva meramente formal, estabelecendo um grau mínimo de igualdade material entre os partidos, sobretudo no exercício de determinadas prerrogativas, a ser alcançado por meio de uma gradação, que se manifestaria pelo desempenho eleitoral dos partidos.¹⁶⁹ Mais que uma simples igualdade formal perante o ordenamento jurídico, buscou-se uma igualdade material.

¹⁶⁶ DESIREE, Eneida. *Princípios constitucionais eleitorais*. Dissertação de doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2010. p. 248. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/22321/Tese_Eneida_Desiree_Salgado.pdf;jsessionid=24F60EB65F81281609B3392D65BC5FE8?sequence=1>. Acesso em: 03/12/2018.

¹⁶⁷ Além das ADIns 1.351-3 e 1.354-8, o STF já se debruçou sobre questões jurídicas envolvendo restrição ao acesso dos partidos a tais prerrogativas na ADI 5.105/DF.

¹⁶⁸ Cf. voto do ministro Gilmar Mendes: “Inicialmente, perfilhou o Tribunal Constitucional orientação que preconizava aplicação estritamente formal do princípio de “igualdade de chances”. Todavia, ao apreciar controvérsia sobre a distribuição de horário para transmissão radiofônica, introduziu o 2º Senado da Corte Constitucional o conceito de “igualdade de chances gradual” – abgestufte Chancengleichheit, de acordo com a “significação do Partido”. Considerou-se, dentre outros aspectos, que o tratamento absolutamente igualitário levaria uma completa distorção da concorrência, configurando a equiparação legal das diferentes possibilidades (faktische Chancen) manifesta afronta ao princípio da neutralidade que deveria ser observado pelo Poder Público em relação a todos os partidos.”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3 e 1.354-8/DF. Tribunal Pleno, Rel Min Marco Aurélio, DJe 30.03.2007, fl. 133 do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 03/12/2018.

¹⁶⁹ Como registrado pelo ministro Gilmar Mendes: “Como já ressaltado, a gradação da igualdade de chances, tal como desenvolvida pelo Tribunal Constitucional e assente na Lei dos Partidos (§5), há de levar em conta a “significação do partido”. Esta deve corresponder à sua participação na formação da vontade política (...). E o critério fundamental para aferição do grau de influência na vontade política é fornecido, basicamente, pelo

No entanto, se a igualdade meramente jurídica não se fazia satisfatória, a absoluta igualdade material se faria também inadequada, uma vez que desestimularia a própria concorrência, lesando a ideia de neutralidade do Estado que se idealiza.

Estabeleceu-se, desse modo, o critério de desempenho eleitoral, que mostrava alguma pertinência e legitimidade para o estabelecimento dessas diferenciações e preservaria a própria essência e dinâmica do sistema democrático.¹⁷⁰

Todavia, ainda assim, ressalvas foram postas à imposição desse modelo gradativo, vez que se exigiam garantias mínimas a todos os partidos no exercício dos direitos de propaganda e de disseminação dos conteúdos programáticos, como bem ressalta Gilmar Mendes:

“Uma radical gradação do direito de igualdade de chances acabaria por converter-se em uma autêntica garantia do *status quo*. Daí ter-se consolidado na jurisprudência constitucional alemã orientação que assegura a todos os partícipes do prélio eleitoral, pelo menos, uma “adequada e eficaz propaganda.”¹⁷¹ (2015, p. 771)

Entretanto, no tocante ao financiamento, o Tribunal Constitucional Alemão parece ter se norteado mesmo por critérios de proporcionalidade, indicando ser possível o estabelecimento dos critérios - em vista do reconhecimento de um certo perigo de os partidos adentrarem nas eleições em vista de interesses meramente econômicos -, em que pese apenas em termos proporcionais.¹⁷²

Nessa esteira, concluindo-se pela razoabilidade do critério de desempenho eleitoral, é o voto do ministro Gilmar Mendes:

desempenho eleitoral.” Cf. MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 10. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 771.

¹⁷⁰ Como também é defendido por Gilmar Mendes: “Eventual gradação do direito de igualdade de chances há de efetivar-se com a observância de critério capaz de preservar a própria seriedade do sistema democrático e pluripartidário.” Cf. MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 10. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 771.

¹⁷¹ Cf. MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 10. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 771.

¹⁷² Cf. voto ministro Gilmar: “No tocante ao “reembolso das despesas eleitorais, há de se reconhecer o perigo de alguns grupos fragmentários tomarem parte do pleito tão-somente em virtude da subvenção pública. A votação mínima que legitima a concessão do “reembolso das despesas eleitorais” somente há de ser fixada tendo em vista as relações concretas fornecidas pelas eleições parlamentares. O número de eleitores correspondia, naquelas eleições, a cerca de 38 milhões; o número de votantes, 33,4 milhões. Nessas condições, se se considerar a média de participação nas eleições, um partido deveria obter cerca de 835.000 votos para atingir o percentual de 2,5% legalmente exigido. Tal exigência, como prova de seriedade dos esforços eleitorais, não parece razoável. (...) Em face da referida decisão, não restou ao legislador outra alternativa senão a de fixar em 0,5% o aludido percentual mínimo.”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3 e 1.354-8/DF. Tribunal Pleno, Rel Min Marco Aurélio, DJe 30.03.2007, fl. 139 do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 03/12/2018.

“A adoção de critério fundado no desempenho eleitoral dos partidos não é, por si só, abusiva. Em verdade, tal como expressamente reconhecido pela Corte Constitucional, não viola o princípio de igualdade a adoção pela lei do fator de desempenho eleitoral para os fins de definir o grau ou a dimensão de determinadas prerrogativas das agremiações partidárias.”¹⁷³

Anote-se, ainda, que, justamente sobre aquelas duas acepções que indicam o conteúdo do princípio da igualdade de chances, formal e material, o ministro Gilmar Mendes constata duas dificuldades à aplicação do postulado:

“Não se pode ignorar, no entanto, que, tal como apontado, a aplicação da igualdade de chances encontra dificuldades de ordem jurídica e fática. Do prisma jurídico, não há dúvida de que o postulado da igualdade de chances incide sobre uma variedade significativa de *objetos*. E, do ponto de vista fático, impende constatar que o Estado, que deve conduzir-se de forma neutra, é, ao mesmo tempo, partidariamente ocupado.”¹⁷⁴

Por isso, sem desconsiderar a juridicidade e normatividade desse princípio no ordenamento jurídico-constitucional, devem ser observadas as objeções fáticas e jurídicas que se põem à invocação do princípio da igualdade de oportunidades, *in casu*, respectivamente, a realidade partidariamente ocupada do Estado Brasileiro e a complexidade dos direitos de acesso dos partidos às prerrogativas de acesso ao fundo partidário e tempo gratuito em rádio e televisão.

Quanto às objeções jurídicas, o conteúdo material do princípio da igualdade não está normativamente determinado a nível constitucional – em verdade sequer é previsto expressamente no caso brasileiro - e pressupõe um plano normativo de incidência sobre o qual irradiam seus preceitos isonômicos, englobando vários objetos.¹⁷⁵

¹⁷³BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3 e 1.354-8/DF. Tribunal Pleno, Rel Min Marco Aurélio, DJe 30.03.2007, fl. 181 do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 03/12/2018.

¹⁷⁴BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3 e 1.354-8/DF. Tribunal Pleno, Rel Min Marco Aurélio, DJe 30.03.2007, fl. 141 do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 03/12/2018.

¹⁷⁵ Nesse sentido é, também, a abordagem de um estudo feito acerca da aplicação do princípio da igualdade de oportunidades pelo Tribunal Constitucional Português em determinados acórdãos que versavam sobre cortes salariais no sector público: “Nele não se trata de uma delimitação normativa de características pessoais do indivíduo (vida, integridade do corpo e do espírito) ou da sua inserção na sociedade (autonomia individual) cujo âmbito seja determinado ou determinável a nível constitucional, e que, por isso mesmo, seja susceptível de ser afetado pelo legislador. O conteúdo material do princípio da igualdade só é aferível no plano da ordenação normativa da realidade, pressupondo sempre, portanto, a intervenção do legislador. Cf. PEREIRA, Ravi Afonso. Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público. p. 317-370. In: *Revista Española de Derecho Constitucional* ISSN: 0211-5743, n. 98, 2013. p. 360-361. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4391806.pdf>>. Acesso em: 03/12/2018.

Desse modo, observa-se que a aplicação do princípio da igualdade pressupõe a atuação do legislador, que pode ser analisada, ainda, conjugando-se juízos de proporcionalidade e razoabilidade. Nessa toada, esclarece Laura Nunes Vicente, acerca da construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Português quanto ao princípio:

“Já no que ao princípio da igualdade diz respeito, o Tribunal tem-se pronunciado não raras vezes no sentido de considerar a igualdade jurídica como uma igualdade proporcional, o que se traduz numa obrigatoriedade de diferenciação de tratamentos materialmente fundada: “A igualdade não é, porém, igualitarismo. É, antes, igualdade proporcional. Exige que se tratem por igual as situações substancialmente iguais e que, a situações substancialmente desiguais, se dê tratamento desigual, mas proporcionado.”.¹⁷⁶(2014, p. 44)

Além disso, os objetos sobre os quais poderia denunciar alguma inobservância – os direitos de acesso ao fundo partidário e direito de antena – têm regramento normativo complexo, pelo qual se faria inviável fazer juízos por meio desse valor considerando, unicamente, as disposições que se dão a nível constitucional.

No entanto, pode-se adiantar da análise do princípio que, por determinadas razões impostas por lei, seria possível, *prima facie*, dispensar aos partidos políticos algum tratamento desigual ou anti-isonômico, principalmente atendendo a critérios de desempenho; porém este *discrímen*, essa diferença, somente poderia ocorrer em vista de determinados parâmetros de proporcionalidade.

No mais, como se argumentou, a leitura do princípio no caso da cláusula de desempenho merece ser realizada em vista de outros parâmetros, como a proporcionalidade e a razoabilidade, bem como considerar o panorama normativo e prático dos direitos de acesso a recursos do fundo partidário e a tempo gratuito em rádio e televisão, objetos sobre os quais incide e reclama concretização de alguma equidade.

Quanto às objeções fáticas, ao passo em que se argumenta encontrar o estado compromissado com inúmeros partidos, inclusive em aspectos financeiros, a realidade desses partidos compromissados tem se dado de forma absolutamente desigual e desordenada e a fragmentação dos partidos, como se viu, tem levado apenas a um a um nivelamento por baixo, medíocre, configurando uma situação teratológica de “equidade na miserabilidade”.

¹⁷⁶ VICENTE, Laura N. *O princípio da proporcionalidade. Uma nova abordagem em tempos de pluralismo*. Instituto Jurídico. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014. p. 44. Disponível em: <https://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/premios/pub_1_ms/numero1_pms.pdf>. Acesso em: 03/12/2018.

Portanto, para além do questionamento, registrado em abstrato pelo ministro Gilmar Mendes, quanto à neutralidade de um Estado partidariamente ocupado, pode-se questionar ainda, concretamente, o quanto tem sido realmente interessante ter um Estado completamente ocupado com todos esses partidos, principalmente sob o ponto de vista financeiro, por sustentar e fomentar um quadro partidário bastante sintomático.

O princípio da igualdade de oportunidades, pelo exposto, não merece ser invocado como um fim em si mesmo, de modo obstaculizar quaisquer medidas a serem adotadas pelo legislador, sem qualquer juízo de proporcionalidade ou razoabilidade, sob pena de configurar-se, o próprio princípio, num mecanismo principiológico de sustentação de um *status quo*, que é, definitivamente, o que mais se quer superar.

Em termos de *proporcionalidade*, nota-se que o posicionamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal a considerou como fator decisivo para o entendimento pela inconstitucionalidade da configuração anterior da cláusula de desempenho.

Assim, se esperava da nova cláusula uma configuração mais branda, com exigências mais razoáveis e ponderadas, ou seja, sem repercussões práticas mais estrondosas¹⁷⁷, e que se instalasse de forma gradual (TOFFOLI, 2015).¹⁷⁸

As linhas gerais do conceito de proporcionalidade podem ser apresentadas por Reinhold Zippelius:

“De acordo com a concepção liberal, só se pode restringir a liberdade dos indivíduos na medida em que os fins prioritários da comunidade o exijam. Cada um deve ficar tão livre no Estado quanto possível. (...) A esta ideia correspondem hoje os princípios da *proporcionalidade* e da *proibição do excesso*. O primeiro requer que os custos e benefícios das ingerências estatais se encontrem numa relação adequada entre si, isto é, que os benefícios de uma ingerência prevaleçam sobre os seus custos. A esse respeito, deve-se tomar em conta não só abstractamente o peso e o número dos interesses a ponderar, mas também o grau de probabilidade e a intensidade com que os interesses são favorecidos ou prejudicados; é óbvio que uma ingerência inadequada é inútil e, por isso, não proporcional. A proibição do excesso exige que também, dentro do quadro assim delimitado, não se exceda a medida necessária de uma ofensa da liberdade e dos interesses. Se, portanto, estiverem à escolha diversas ingerências, das quais cada uma tomada por si esteja numa relação adequada ao benefício

¹⁷⁷ Recorde-se que, nos moldes da cláusula anterior, dos 29 partidos, apenas 7 cumpriram com os requisitos, conforme demonstrado pelo ministro Marco Aurélio.

¹⁷⁸ Nesse sentido, nas palavras do Ministro Dias Toffoli, presidente do TSE, a “restituição de uma cláusula de barreira com a manutenção da base proporcional é necessária, desde que ela seja instituída de maneira gradual, novamente como fora no passado” (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2015). Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2015/Marco/presidente-do-tse-defende-nova-clausula-de-barreira-para-conter-a-criacao-de-partidos-politicos>>.

pretendido, deve escolher-se de entre elas a que afete menos as liberdades e os interesses opostos.”¹⁷⁹ (2016, p. 449)

No entanto, há, nos entendimentos atuais, alguma imprecisão nos conceitos acima alinhavados.

Embora o próprio STF, não raras vezes, as dê como sinônimas em suas aplicações práticas, a doutrina constitucional moderna costuma fazer distinções entre os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade.

Sobre o conceito de proporcionalidade e razoabilidade, discorrem Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

“Em que pese a existência destas divergências, há um razoável consenso sobre a aplicabilidade da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sobre a sua estrutura, calcada nos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, (...). Um ato estatal qualquer só será considerado compatível com o princípio da proporcionalidade se satisfizer, simultaneamente, aos três subprincípios, que devem ser empregados seguindo um percurso preestabelecido.”¹⁸⁰ (2014, p. 471-472)

Em linhas gerais, o princípio da proporcionalidade se concretiza da seguinte forma: primeiramente se analisa a adequação por meio da observação dos fins seguidos pelo Estado, que devem ser legítimos, bem como dos meios adotados, que devem ser aptos para o alcance da finalidade; após, pelo subprincípio da necessidade, analisa-se se, dentre as diversas medidas possíveis que promovam com a mesma intensidade uma determinada finalidade, foi adotada a menos gravosa; e, por fim, pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, exige-se uma demonstração do custo-benefício entre a medida adotada e o fim legítimo a ser alcançado. Cada um dos subprincípios envolve, ainda, algumas operações intelectuais próprias (SARMENTO; SOUZA NETO, 2014, p. 472-482).¹⁸¹

As dimensões do princípio também merecem uma análise mais concreta em vista dos termos da nova cláusula em vista da realidade dos partidos políticos, no entanto, numa análise mais rasa, é possível perceber, desde logo, uma maior proporcionalidade da nova cláusula em ser bem menos restritiva que a anterior.

¹⁷⁹ ZIPPELIUS, Reinhold. *Ciência Política*. Trad. António Francisco de Sousa, António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 449.

¹⁸⁰ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio P. de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 471-472.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 472-482.

Naquela, os partidos precisavam atingir, nas eleições para a Câmara dos Deputados, 5% (cinco por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço dos Estados, com o mínimo de dois por cento em cada um deles. Além de restringir o acesso ao fundo e ao tempo de propaganda, a cláusula da Lei 9.096/95 também restringia a atuação parlamentar, como se demonstrou ser um dos principais fundamentos da declaração de inconstitucionalidade.

A nova cláusula, por sua vez, restrita à matéria pertinente ao financiamento dos partidos políticos, exige, para o acesso a essas prerrogativas, um percentual que varia de 1,5 (um e meio) a 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço, com o mínimo de 1 (um) a 2% (dois por cento) em cada um deles, havendo a possibilidade de acesso, ainda, em caso de se elegerem 9 (nove) a quinze (quinze) deputados, em pelo menos um terço dos Estados.¹⁸²

Ainda em comparativo, a cláusula da Lei 9.096/95 dava um prazo de 2 legislaturas – 8 anos – para que as forças políticas tivessem, após a redemocratização do Brasil, a possibilidade de se ajustarem às condições; porém os percentuais seriam impostos de uma só vez a partir de 2006. As disposições transitórias do novel mecanismo, por sua vez, preveem uma gradação paulatina nos percentuais, de eleição pra eleição – 2018, 2022, 2026, 2030 -, por um longo período que se estenderá por 12 (doze) anos, até 2030.

Outrossim, não apenas em termos é a nova cláusula de desempenho mais proporcional, vez que tende, de acordo com os novos termos, a se projetar, inicialmente, de forma mais comedida que anterior, atingindo negativamente menos partidos que a antiga cláusula legal.¹⁸³

Considerando os novos contornos da cláusula de desempenho frente as questões de direito suscitadas na decisão, acima tratadas, pôde discorrer Gilmar Mendes:

“Portanto, a referida cláusula de barreira, além de não causar ruptura à legislatura em vigor (necessária segurança jurídica), se apresenta escalonada em quatro legislaturas, com critérios aparentemente proporcionais e sem abandonar, a princípio, a ideia de igualdade de chances em relação às agremiações representativas de minorias, sobretudo porque a reforma eleitoral de 2017 extinguiu a propaganda partidária no rádio e na televisão (Lei nº 13.487/2017, o que já revela um maior equilíbrio em períodos não eleitorais, bem como permitiu que os partidos políticos que não alcançaram o quociente eleitoral possam participar das sobras de cadeiras nas

¹⁸² Na ótica do professor Walber Agra, da Universidade Federal de Pernambuco, a cláusula aprovada foi tímida. “É um passo acanhado. Deveria ser de 3% para se chegar a 5%. E imediatamente impedir as coligações. Essa proliferação de partidos é responsável por parte dos problemas enfrentados pelo nosso presidencialismo de cooptação, termo usado pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso”, afirmou. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/05/politica/1507159758_109957.html>. Acesso em: 03/12/2018.

¹⁸³ Conforme levantamento realizado pelo G1, apenas 14 partidos seriam atingidos, de início. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/10/09/14-partidos-devem-ser-enquadrados-na-clausula-de-barreira-e-ficar-sem-fundo-partidario-e-tempo-de-tv.ghtml>>. Acesso em: 03/12/2018.

eleições, permitindo uma nova oportunidade em disputar uma vaga no Legislativo (Lei nº 13.488/2017). E ainda: a Emenda Constitucional nº 97/2017 eliminou as coligações para os cargos disputados pelo critério proporcional a partir das eleições de 2020, garantindo uma maior competitividade entre as agremiações que verdadeiramente pretendem disputar cadeiras nas Casas Legislativas em nome de segmentos da sociedade. Com efeito, a nova regra da cláusula de barreira, associada às recentes reformas eleitorais, revela um maior equilíbrio e estabilidade ao sistema político brasileiro, na medida em que respeita a segurança jurídica e prestigia o princípio da igualdade de chances entre os competidores da disputa eleitoral.”¹⁸⁴ (2018, p. 71)

Por último, quanto à *razoabilidade*, pode-se, aqui, empregar o sentido de *proibição do excesso*, anteriormente afastado do delineamento da proporcionalidade – muito embora a proporcionalidade, na prática, por vários ângulos, equivalha àquela essa acepção.

Há um razoável consenso na doutrina no sentido de que a razoabilidade se volta à questão da contenção do arbítrio estatal, embora englobe, também, outras noções bastante vagas e abstratas em torno das ideias de bom senso, racionalidade e justiça. Não resta, ao fim, um preciso conceito de razoabilidade, pelo qual se possa fazer análises mais criteriosas.

Em relação aos meios por que se concretiza a cláusula de desempenho, como se viu, o parâmetro cristalizado na configuração da cláusula é o próprio desempenho. Sobre ele já se fizeram análises bastante criteriosas no próprio julgamento, porém deve-se recordar que o mesmo é base principal de dinâmicas basilares do sistema político-eleitoral, como a própria representatividade. Não há, portanto, qualquer irrazoabilidade quanto ao critério de desempenho eleitoral.

Quanto aos direitos partidários sobre os quais incide o desempenho, analisados a seguir, tratam-se, como se já definiu, de matérias relativas ao financiamento público dos partidos e, por isso, tem-se assegurada alguma legitimidade ao legislador em conformá-las e racionalizá-las seus exercícios - como já se dá em sede de legislação ordinária, como se verá. Tratando-se, agora, de disciplina constitucional, submetida a crivo qualificado por parte do Congresso Nacional, não há que se cogitar por quaisquer arbitrariedades.

No que diz respeito à finalidade, o sistema partidário carece de medidas urgentes e eficazes que possam oxigená-lo, demovê-lo desse situacionismo promíscuo gerando alguma competitividade sadia entre os partidos em buscar representatividade e desempenho, para além do cultivo de recursos financeiros que certa e continuamente lhes estavam à disposição.

¹⁸⁴ MENDES, Gilmar F. Apresentação do direito eleitoral brasileiro – Financiamento de campanha, cláusula de barreira, fidelidade partidária e reeleição. In: COSTA, Daniel Castro G. da et al. (Coord.). *Direito Eleitoral comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 71.

4.4 Panorama geral dos direitos de acesso aos recursos do fundo partidário e a tempo no rádio e na televisão: revisitando o modelo de financiamento dos partidos políticos

Este último tópico se dedica aos direitos sobre os quais passa a incidir a cláusula constitucional de desempenho dos partidos políticos.

Por bastante tempo os partidos políticos detiveram natureza de entidades públicas no ordenamento jurídico brasileiro¹⁸⁵, tendo esse tratamento sido alterado apenas com as sobrevindas da Constituição de 1988¹⁸⁶ da Lei 9.096/95.

Hoje, detêm natureza jurídica de direito privado (art. 1º da Lei 9.096/95¹⁸⁷ e art. 44, do Código Civil – Lei.10.406/2002¹⁸⁸), em que pese funcionalidade e finalidades eminentemente públicas.

Sucedem que, justamente em vista da natureza privada dessas organizações, muito se questiona o fato de terem o sustento econômico e o financiamento das atividades dessas organizações se transformado em deveres do Estado em várias experiências pelo mundo.¹⁸⁹ No caso brasileiro, ante toda aquela realidade, tal modelo tem se tornado ainda mais questionável.

¹⁸⁵ Como se previa no artigo 2º da Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971, com redação dada pela Lei 6.767/79: Art. 2º Os partidos políticos, pessoas jurídicas de direito público interno, destinam-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos humanos fundamentais, definidos na Constituição. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5682.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

¹⁸⁶ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 03/12/2018. “Art. 17. § 2º. Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.”.

¹⁸⁷ BRASIL, Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096.htm>. Acesso em: 03/12/2018. “Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.”.

¹⁸⁸ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03/12/2018. “Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: V – os partidos políticos.”.

¹⁸⁹ Canotilho, por exemplo, entende ser materialmente justo o financiamento das campanhas eleitorais – chamado *financiamento estadual imediato* - dado o seu importante contributo para a formação da vontade política. Não emprega a mesma ótica, no entanto, para o que chama por *financiamento estadual mediato*, pelo qual se atribuem subsídios aos partidos pela mera representação no parlamento: “Se o financiamento público dos partidos solidifica a sua posição perante influências externas (o que é mais duvidoso) nem por isso os subsídios orçamentais deixam de constituir uma inversão do próprio princípio democrático: a formação da vontade do povo para os órgãos do estado e não destes para o povo. (...) Admitido que seja o financiamento estadual dos partidos, impõe-se ainda discutir vários problemas: (1) Qual o destinatário do financiamento? Se optar pelo modelo norte americano, o financiamento reverterá a favor do candidato; se o modelo escolhido for o europeu, as subvenções financeiras destinar-se-ão aos partidos; se se aderir a um critério misto (Canadá) as subvenções financeiras beneficiarão simultaneamente os partidos e os candidatos. (2) O que é que se deve financiar? Trata-se agora de saber se o financiamento se deve limitar às campanhas eleitorais ou se a institucionalização do financiamento público se deve alargar às atividades normais dos partidos. Neste último sentido pode argumentar-se com o fato de o cumprimento

Fato é que financiamento público dos partidos virou um modelo globalmente adotado¹⁹⁰, sobretudo em vista da problemática do desalinhamento partidário, do qual se teme uma falência geral dos partidos, e de outros argumentos também ligados à igualdade de oportunidades aos partidos e à necessidade de dissuadi-los, de alguma forma, dos interesses econômicos.¹⁹¹

Afora as notórias controvérsias, várias experiências consideram-no uma questão pressuposta ao livre exercício da própria atividade partidária. Porém, longe de ser um modelo perfeito, carece mesmo de contínua atenção por parte do legislador e do Poder Judiciário em vários aspectos.

No Brasil, adotou-se o chamado modelo *misto* de financiamento dos partidos, que contempla tanto a transferência de recursos públicos quanto a utilização de recursos privados: os primeiros repassados mediante distribuição do Fundo Especial de Assistência aos Partidos Políticos (Fundo Partidário), previsto na Lei n. 9.096/95; os segundos constituídos, em geral, por doações privadas de pessoas físicas, comercialização de bens e de eventos, etc.

Entretanto, numa acepção mais ampla, também devem ser considerados como integrantes do financiamento público os custos decorrentes do exercício do *direito de antena*, que se dá com a realização de propagandas partidárias gratuitas para os partidos, mas oneradas à União por meio de compensação tributária garantida às emissoras de rádio e televisão que

das funções constitucionalmente atribuídas aos partidos não se limita aos períodos eleitorais (assim na Itália, Áustria, Espanha, Portugal.) (3) Quais, dentre os partidos e candidatos, devem beneficiar das subvenções financeiras? A questão reconduz-se à escolha de um critério selectivo dos beneficiários do financiamento. Um dos critérios possíveis é o da representação parlamentar (Finlândia, Dinamarca, Espanha, Portugal), segundo o qual só a partidos com representação parlamentar podem beneficiar-se do financiamento público. A repartição far-se-à tendo em conta o número de mandatos ou o número de votos. Este critério – eis aqui a objecção principal – pode conduzir à rigidificação e petrificação do sistema partidário. Outro critério toma como base, para atribuição de subvenções, o *número de votos obtidos*, financiando-se os candidatos ou partidos que tenham obtido uma determinada percentagem de votos (Estados Unidos, Canadá, Alemanha). Em alguns países, utiliza-se um critério misto: representação parlamentar e percentagem de votos. Isto conduz ao financiamento dos partidos com representação parlamentar, e outra parte em função do número de votos obtidos por cada um deles (Áustria, Itália, Suécia). É também o sistema misto que hoje se encontra legalmente consagrado em Portugal.” Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 321-322.

¹⁹⁰ Em pesquisa que considera mais de 100 países democráticos, 75% contavam com financiamento público. Cf. BRAGA, Maria do Socorro S.; BOURDOUKAN, Adla. *Partidos Políticos no Brasil: organização partidária, competição eleitoral e financiamento público*. In: *Perspectivas*, São Paulo. V. 35, p.117-148, jan./jun. 2009.

¹⁹¹ Como assinala José Jairo Gomes: “Tema assaz controvertido é o atinente ao financiamento de partidos políticos. Dada sua relevância para o regime democrático-representativo e, sobretudo, a influência que exercem nas ações governamentais, muitos entendem que o custeio deveria ser exclusivamente público, vedando-se o privado. Argumenta-se que neste último estaria uma das fontes da corrupção endêmica e de todas as mazelas da nossa política e Administração Pública, o que, certamente, constitui rematado exagero retórico.” Cf. GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 114.

veiculem, em horário especial, tais conteúdos (LOPP, art. 45 cumulado com o art. 52, parágrafo único).¹⁹²

Diz-se, por isso, que o financiamento público dos partidos, em sentido estrito¹⁹³, pode se dar de forma direta, pelo fundo partidário, e/ou indireta, pelo custeamento das propagandas partidárias nos meios de comunicação. Por outro lado, em sentido amplo, apenas para registro, o financiamento público pode englobar também o financiamento público das campanhas eleitorais e da propaganda eleitoral, questões que estão para além dos objetos da cláusula de desempenho que compõem o financiamento público dos partidos em sentido estrito.

Anote-se que atualmente são vedadas as doações privadas realizadas por pessoas jurídicas aos partidos, proibição que se estende tanto para o financiamento usual dos partidos (em sentido estrito) como para o financiamento das campanhas eleitorais, admitindo-se apenas doações por pessoas físicas. Tal entendimento se deu em sede de ação direta – ADI 4.650/DF -, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade de dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas aos partidos políticos.¹⁹⁴

Proibiu-se, naquela ocasião, a principal fonte de renda da grande maioria dos partidos e meio, até então, fundamental para a definição de grandes ou pequenos partidos.¹⁹⁵

Para as eleições seguintes, a publicização das campanhas eleitorais foi a alternativa escolhida pelo legislador e, ao que parece, avalizada pelo STF em sua decisão: para colmatar o vácuo gerado pela proibição, criou-se o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (Fundo Eleitoral), engenho bastante controverso numa época de intensa contestação dos maus fins que, não raro, se destinam os recursos públicos nas mais variadas frentes do Estado Brasileiro.

Em meio ao contexto de contingenciamento dos gastos públicos em decorrência do Novo Regime Fiscal (NRF) introduzido pela Emenda Constitucional n. 95 e o Fundo Eleitoral, estimado em 1,7 bilhão para 2018, foi considerado despesa obrigatória por expressa previsão

¹⁹² Ainda José Jairo Gomes, a respeito do direito de antena: “Em verdade, a gratuidade é apenas para as agremiações, pois a propaganda partidária é custeada pela União, já que às emissoras é assegurado o direito à compensação fiscal pela cessão do horário”. Cf. GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 115.

¹⁹³ Que se distingue do chamado financiamento político, que engloba o financiamento de campanha eleitoral.

¹⁹⁴ Cf. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=300015>>. Acesso em: 03/12/2018.

¹⁹⁵ Cerca de 97% dos recursos das campanhas dos três principais candidatos à Presidência da República em 2014 foram financiados por pessoas jurídicas. Cf. <<https://www.jota.info/eleicoes-2018/doacoes-eleitorais-o-que-pode-16052018>>. Acesso em: 03/12/2018.

da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), em vista das eleições gerais realizadas em outubro deste ano¹⁹⁶.

Para fins de distinção com o Fundo Partidário, anote-se que o Fundo eleitoral é destinado a subsidiar as agremiações partidárias em meio à campanha eleitoral, tendo sido inserido no artigo 16-C da Lei das Eleições pela Lei nº 13.487/2017, a qual estabelece sua constituição por: a) dotações orçamentárias da União em ano eleitoral, em valor ao menos equivalente ao definido pelo TSE, a cada eleição (tendo por parâmetro a compensação fiscal que as emissoras de rádio e tv receberam pela divulgação da propaganda partidária em 2016 e 2017); b) 30% dos recursos reservados às emendas parlamentares de bancada de execução obrigatória (as chamadas emendas impositivas). Tem sua distribuição prevista nos seguintes termos: 2% igualmente entre todos os partidos; 35% entre os partidos com ao menos um deputado na Câmara; 48% entre os partidos na proporção do número de deputados na Câmara em 28 de agosto de 2017 e 15% entre os partidos na proporção do número de senadores em 28 de agosto de 2017.¹⁹⁷ É garantido, portanto, a todos os partidos políticos com estatuto registrado no Tribunal Superior Eleitoral, sem qualquer vinculação à cláusula constitucional de desempenho¹⁹⁸, e movimentou valores expressivos por parte dos principais partidos políticos, talvez até desnecessários considerando o sucesso das eleições por um Partido que sequer figurava entre os maiores beneficiados.¹⁹⁹

Sucedo que, para além das campanhas eleitorais, também o Fundo Partidário adquiriu relevância maior com aquela decisão do Supremo Tribunal Federal, que veda doações realizáveis por pessoas jurídicas.

Este é, portanto, o cenário geral dos chamados direitos partidários que aqui são investigados, objetos centrais da cláusula constitucional de desempenho vez que se tornaram meios fundamentais ao modelo de financiamento dos partidos políticos. O cenário específico de cada um dos direitos será visto mais adiante.

¹⁹⁶ A distribuição realizada pelo Tribunal Superior Eleitoral encontra-se disponível no sítio eletrônico do Tribunal. Cf. <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/prestacao-de-contas-1/fundo-especial-de-financiamento-de-campanha-efec>>. Acesso em: 03/12/2018.

¹⁹⁷ Cf. <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Maio/tse-aprova-criterios-para-distribuicao-do-fundo-eleitoral>>. Acesso em: 03/12/2018.

¹⁹⁸ Assentado em 1,716 bilhão para as eleições em 2018, todos os partidos com estatuto devidamente registrado no TSE receberam, de pronto, 980.571 reais, independentemente das demais distribuições proporcionais à representatividade nos órgãos congressuais.

¹⁹⁹ Conforme dados do TSE, o Partido Social Liberal recebeu a quantia exata de R\$ 9.203.060,51, valor bem aquém dos maiores beneficiários.

É preciso considerar, ainda que brevemente, a realidade normativa e fática do exercício dessas prerrogativas, isto é, o cenário específico de cada uma delas, até para que se possa compreender “como” e “o porquê” da nova dinâmica que se impõe com cláusula constitucional de desempenho, bem como concluir acerca dos fundamentos anteriormente suscitados quanto à legitimidade constitucional da cláusula.

Em relação à disciplina normativa infraconstitucional de ambas as prerrogativas, deve-se adiantar que se trata de um regramento já assaz restritivo, que se inicia desde a exigência e comprovação de caráter nacional (art. 7º, da Lei 9.096/95), como já se expôs anteriormente, até vinculações finalísticas a respeito do exercício desses direitos.

O Fundo Partidário é constituído por recursos públicos destinados aos partidos políticos para que possam realizar suas atividades tanto em anos eleitorais, macroeleitorais, como em anos que não há eleições, micro eleitorais (VELLOSO; AGRA, 2009, p. 102).²⁰⁰ Desse modo, distingue-se do Fundo Eleitoral por desvincular-se do fim eleitoral, estando ligado à manutenção usual das atividades partidárias.

Os registros históricos apontam que a Lei 4.740, de 1965, foi pioneira no que concerne a regras mais substanciais de financiamento dos partidos políticos: por ela se previu um *fundo especial de assistência financeira aos partidos políticos*, constituído das multas e penalidades aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas, dos recursos financeiros que lhes fossem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual, e de doações particulares (art. 60, Lei 4.740/65). A distribuição se daria na forma de 20% de seus recursos para todos os partidos políticos e 80% para os partidos que tivessem representação na Câmara, proporcionalmente ao número de deputados (art. 62, da mesma lei).²⁰¹

Entretanto, pouco mais de três meses depois, o Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965, extinguiu os 13 partidos que estavam em funcionamento e instaurou compulsoriamente um sistema bipartidário, que teria fim apenas em 1979. Letra quase morta, a lei foi revogada pela Lei 5.682, de 1971, que manteve inicialmente os critérios de distribuição do fundo partidário.

²⁰⁰ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 102.

²⁰¹ BRASIL, Lei n. 4740, de 15 de julho de 1965. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4740.htm>. Acesso em: 03/12/2018. “Art. 62. O Tribunal Superior Eleitoral, dentro de 30 (trinta) dias, a contar da data do depósito a que se refere o § 2º do artigo anterior, fará a respectiva distribuição aos diretórios nacionais do partido, obedecendo ao seguinte critério: I – 20% (vinte por cento) do total do fundo partidário será destacado para entrega, em partes iguais, a todos os partidos; II – 80% (oitenta por cento) será distribuído proporcionalmente ao número de mandatários que tiverem na Câmara dos Deputados. § 1º Nos cálculos de proporção a que alude este artigo, tomar-se-á por base a filiação partidária que constar na diplomação dos candidatos eleitos.”.

Em 1979, com o fim do modelo bipartidarista, a Lei 6.767/79 aumentou a parcela de recursos do fundo destinada aos partidos que obtivessem representação na Câmara dos Deputados de 80% para 90%, numa tentativa inicial de concentrar os recursos dentre as legendas que continuavam do antigo regime.²⁰² Em 1981, esse critério de distribuição foi novamente modificado para a totalidade do fundo partidário ser distribuída apenas dentre os partidos que tivessem representação na Câmara, proporcionalmente ao número de deputados.²⁰³

Após algumas modificações promovidas pelo legislador e pela jurisprudência, a Lei 5.682/71 veio a ser substituída apenas em 1995 pela Lei n 9.096, ainda hoje em vigor, que ampliou significativamente as fontes de financiamento partidário. A chegada da nova legislação é assim retratada:

“A Lei dos Partidos políticos de 1995 trouxe uma grande novidade para o fundo partidário: o acréscimo de dotações orçamentárias da união às demais fontes de recursos – que são as multas e penalidades, doações e recursos destinados por lei. As dotações orçamentárias, que vinculam o montante total do fundo partidário ao número de eleitores, são responsáveis pela maior parte dos recursos do fundo partidário – nos últimos dez anos, o percentual de recursos provenientes de dotações orçamentárias variou de 78% a quase 95% dos recursos totais do fundo (...).”²⁰⁴(BRAGA; BOURDOUKAN, 2009, p. 128)

Ficaram, então, como fontes principais do Fundo, os recursos provenientes de multa e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas; dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por RS 0,35 (trinca

²⁰² BRASIL, Lei nº 6767, de 20 de dezembro de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6767.htm>. Acesso em: 03/12/2018. “Art. 97. I – 10% (dez por cento) do total do Fundo Partidário serão destacados para entrega, em partes iguais aos partidos em funcionamento; II – 90% (noventa por cento) serão distribuídos proporcionalmente ao número de mandatários que tiverem na Câmara dos Deputados.”.

²⁰³ BRASIL, Lei nº 6.937, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L6937.htm>. Acesso em: 03/12/2018. “Art. 3º. Os recursos do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos correspondentes ao saldo de 1979 e os efetivamente arrecadados em 1980, inclusive as importâncias resultantes do excesso de arrecadação, serão distribuídos pelo Tribunal Superior Eleitoral aos Diretórios Nacionais dos Partidos, observando o disposto no § 1º deste artigo. § 1º. Os recursos mencionados no caput deste artigo serão: I - Divididos em tantas cotas quantos forem os membros da Câmara dos Deputados; II – Distribuídos aos partidos políticos, após o seu registro definitivo, na proporção de sua representação na referida Câmara. § 2º. Na distribuição dos recursos a que se refere este artigo não se aplicarão os incisos I e II do art. 97 da Lei n. 5.682, de 21 de julho de 1971, salvo quanto à sua proporcionalidade da representação na Câmara dos Deputados.”.

²⁰⁴Cf. BRAGA, Maria do Socorro S.; BOURDOUKAN, Adla. Partidos Políticos no Brasil: organização partidária, competição eleitoral e financiamento público. In: Perspectivas, São Paulo. V. 35, p.117-148, jan./jun. 2009. p. 128.

e cinco centavos de real), em valores de agosto de 1995; doações de pessoas físicas (ADI 4.650/DF), e ainda outros recursos previstos por lei. (art. 38, da Lei 9.096/95)²⁰⁵.

A Lei 9.096/95, no artigo 44, restringiu, por outro lado, a discricionariedade dos partidos para aplicação das verbas recebidas pelo Fundo Partidário:

“Art. 44. Os recursos oriundos do fundo partidário serão aplicados:

- (I) na manutenção das sedes e serviços do partido, permitido o pagamento de pessoal, a qualquer título, observado, do total recebido:
 - (a) 50% (cinquenta por cento) para o órgão nacional;
 - (b) 60% (sessenta por cento) para cada órgão estadual e municipal;
- (II) na propaganda doutrinária e política;
- (III) no alistamento e campanhas eleitorais – vetado, depois, PELA LEI 13.487
- (IV) na criação e manutenção de instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política, sendo esta aplicação de, no mínimo, vinte por cento do total recebido;
- (V) na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, criados e mantidos pela secretaria da mulher do respectivo partido político ou, inexistindo a secretaria, pelo instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política de que trata o inciso IV, conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (inciso por cento) do total; - (Inciso com redação determinada pela Lei n. 13.165, de 29-9-2915.)
- (VI) no pagamento de mensalidades, anuidades e congêneres devidos a organismos partidários internacionais que se destinem ao apoio à pesquisa, aos quais seja o partido político regularmente filiado - (Inciso com redação determinada pela Lei n. 13.165, de 29-9-2915.)
- (VII) no pagamento de despesas com alimentação, incluindo restaurantes e lanchonetes.”²⁰⁶

Trata-se, desse modo, de uma prerrogativa com exercício e vinculado²⁰⁷ e, precisamente por isso, as despesas custeadas pelos recursos do fundo devem ser discriminadas na prestação

²⁰⁵ BRASIL, Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

²⁰⁶ BRASIL, Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

²⁰⁷ Anote-se que o Tribunal Superior Eleitoral, em sede de Consulta, recentemente proferiu entendimento acerca da possibilidade de destinação de recursos excedentes do fundo para campanhas eleitorais. Cf. <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Maio/tse-confirma-que-recursos-dos-fundos-eleitoral-e-partidario-podem-ser-utilizados-em-campanhas>>. Acesso em: 03/12/2018.

de contas partidária, em todos os níveis, até para facilitar o controle da Justiça Eleitoral, que, por sua vez, pode investigar a qualquer tempo a destinação de tais recursos.

Observe-se, ainda, que em vista daquele incremento do fundo partidário, a nova legislação partidária fora um tanto restritiva: considerando a realidade partidária vigente, bem como os novos estímulos econômicos para o desenvolvimento de atividades partidárias, o legislador certamente se antecipou em conter possíveis influxos negativos na estruturação dos partidos a nível sistêmico. Por isso, o espírito da legislação, como se assentou anteriormente, era justamente o de privilegiar o desempenho.

Assim, na altura do artigo 41, incisos I e II, em sua redação original, fora prevista a distribuição pelo TSE dos recursos do Fundo Partidário, cuja fração absolutamente majoritária (99%) se submeteria a condições de desempenho delineadas no artigo 13. As disposições, como se viu, foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das ADIs 1.351-3 e 1.354-8, antes mesmo de entrarem em vigor.

Vigeram, no entanto, as disposições transitórias, pelas quais se previu, inicialmente, que 29% do fundo partidário deveriam ser destacados para distribuição aos partidos com estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, *na proporção da representação parlamentar* filiada no início da Sessão Legislativa de 1995 (lei 9.096, art. 56).²⁰⁸

Na legislatura subsequente, 29% do Fundo Partidário foram destacados para distribuição aos partidos que cumpriram o disposto no art. 13 ou no inciso anterior, *na proporção dos votos* obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados (lei 9.096, art. 57), enquanto os 71% por cento foram distribuídos de acordo com o previsto no artigo 41, ou seja, 99% proporcionalmente ao número de deputados dos partidos que cumprissem as condições do artigo 13, e 1% para os demais partidos.

Nesse ponto, vale o registro dessa mudança na distribuição dos recursos do fundo partidário em sede de disposição transitória:

“(…) entre 1965 e 1994 o critério de distribuição da maior parte dos recursos do fundo estava baseado no número de cadeiras por partido, enquanto a partir de 1995 o critério de distribuição da maior parcela de recursos passou a ser atrelado ao número de votos conquistados na eleição anterior. Ambos são critérios concentradores, mas a diferença é que no primeiro caso o efeito da fórmula eleitoral soma-se ao efeito do critério

²⁰⁸ BRASIL, Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

distributivo, aprofundando essa concentração de recursos nas mãos dos maiores partidos.”.²⁰⁹ (BRAGA; BOURDOUKAN, 2009, p. 145)

Como se viu, em vista do vácuo normativo quanto à distribuição do fundo partidário a ser gerado pela declaração de inconstitucionalidade, os ministros acordaram pela extensão da vigência da regra de transição do art. 57.

À época, quase 2/3 dos recursos do Fundo eram divididos, basicamente, dentre os 4 maiores partidos, e absoluta maioria à apenas 9 partidos políticos (BRAGA; BOURDOUKAN, 2009, p. 136).²¹⁰

Após a decisão do STF, foi aprovada, ainda, a Lei n.11.459, de 2007, que incluiu na Lei dos Partidos Políticos o art. 41-A, trazendo novos termos da distribuição dos recursos do Fundo Partidário: apenas 5% (cinco por cento) do total do Fundo Partidário deveria ser destacado para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; os 95% (noventa e cinco por cento) restantes do total do Fundo Partidário deveriam ser distribuído a eles na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, desconsideradas as mudanças de filiação partidária, nos termos da Lei 12.875, de 30 de outubro de 2013.²¹¹

Os percentuais encontram-se, ainda, em vigor, a despeito das alterações promovidas pelas Leis 12.875/2013 – declarada inconstitucional pela ADI 5.105/DF em ponto que restringia o acesso dos partidos novos ao Fundo Partidário²¹², como já se ventilou no capítulo 3, em discussão paralela concernente ao fenômeno da superação legislativa - e 13.165/2015.

Com esses critérios, dos valores anuais do fundo partidário naquele ano (2013) - R\$ 155.385.856,31, entre duodécimos e multas - divididos entre 26 partidos, pouco mais da metade (51,22%) foi dividida entre os quatro (até então) maiores partidos - PSDB, DEM, PMDB e PT (BRAGA; BOURDOUKAN, 2009, p. 137).²¹³

²⁰⁹ BRAGA, Maria do Socorro S.; BOURDOUKAN, Adla. Partidos Políticos no Brasil: organização partidária, competição eleitoral e financiamento público. In: *Perspectivas*, São Paulo. V. 35, p.117-148, jan./jun. 2009. Pág. 145.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 136.

²¹¹ BRASIL, Lei n. 11.459, de 21 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11459.htm>. Acesso em: 03/12/2018. “Art. 1º. A Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 41-A: “Art. 41-A. 5% (cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral e 95% (noventa e cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão distribuídos a eles na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.”

²¹² Cf. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=300922>>. Acesso em: 03/12/2018.

²¹³ Cf. BRAGA, Maria do Socorro S.; BOURDOUKAN, Adla. *Partidos Políticos no Brasil: organização partidária, competição eleitoral e financiamento público*. In: *Perspectivas*, São Paulo. V. 35, p.117-148, jan./jun. 2009. p. 137.

Em 2018, os 5 primeiros partidos detiveram, ainda, aproximadamente 48% do Fundo Partidário; porém muitos partidos pequenos, com representação insignificante e inexpressivo desempenho eleitoral, receberam montantes expressivos, em sua maioria injustificáveis considerando as pífias contribuições para o cenário político.

Foi a distribuição das primeiras parcelas (duodécimos), em fevereiro de 2018, relativamente ao mês de janeiro, num total de R\$ 62.955.007,26:

Partidos x número de Deputados eleitos em 2014 x Duodécimos de Jan/2018:

Partido	Deputados Eleitos (2014)	Duodécimo Jan/2018	Partido	Deputados Eleitos (2014)	Duodécimo Jan/2018	Partido	Deputados Eleitos (2014)	Duodécimo Jan/2018
PT	68	R\$ 8.426.611,88	PSC	13	R\$ 1.654.858,83	Rede	0	R\$ 390.420,44
MDB	65	R\$ 6.912.612,54	PV	8	R\$ 1.220.190,11	PSDC	2	R\$ 363.256,98
PSDB	54	R\$ 7.119.745,15	PSOL	5	R\$ 1.200.499,18	PMN	3	R\$ 351.003,05
PP	38	R\$ 4.172.965,91	PCdoB	10	R\$ 1.186.328,26	PTC	2	R\$ 278.657,26
PSB	34	R\$ 4.070.222,95	Pros	11	R\$ 1.152.963,91	PSTU	0	R\$ 212.496,49
PSD	36	R\$ 3.879.903,56	PPS	10	R\$ 734.075,43	PPL	0	R\$ 182.533,36
PR	34	R\$ 3.668.955,38	PHS	5	R\$ 691.329,71	PCB	0	R\$ 135.401,67
PRB	21	R\$ 2.900.700,90	Avante*	1	R\$ 582.010,21	PCO	0	R\$ 101.129,27
DEM	21	R\$ 2.685.372,37	Pode**	4	R\$ 551.799,60	Novo	0	R\$ 92.899,70
PTB	25	R\$ 2.454.731,36	PSL	1	R\$ 537.708,64	PMB	0	R\$ 92.899,70
PDT	20	R\$ 2.212.519,21	PEN	2	R\$ 516.772,71	PRTB	1	-
SD	15	R\$ 1.777.012,87	PRP	3	R\$ 444.418,67			

Para fins de registro, a Lei Orçamentária Anual de 2018 previu a distribuição de um total R\$ 888.735.090,00 às legendas políticas com registro no TSE, sendo que aproximadamente R\$ 780 milhões se deram na forma de duodécimos e mais R\$ 108 milhões a título de multas e penalidades aplicadas nos termos do Código Eleitoral.²¹⁴

Encarando os dados, é possível concluir que houve, ainda, uma certa concentração dos recursos do Fundo Partidário, como historicamente tem acontecido. No entanto, é possível também constatar que 23 partidos, mais da metade, com diminuta ou quase nula significância no cenário político-partidário, receberam, aproximadamente, 20% dos recursos do Fundo Partidário.

O que realmente preocupa, no entanto, é o estímulo e a possibilidade de que os partidos subsistam unicamente em vista dessas subvenções, as quais não são, ao fim, convertidas numa significativa representatividade. Esses recursos, públicos - bem sejam ditos -, podem estar, em muitos casos, sustentando meros esqueletos, e não programas, ideias, convicções.

²¹⁴Os dados se encontram disponíveis no portal eletrônico do TSE. Cf. <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Fevereiro/fundo-partidario-distribuiu-mais-de-r-62-milhoes-em-duodecimos-aos-partidos-em-janeiro>>. Acesso em: 03/12/2018.

Com a Emenda Constitucional, só participarão da distribuição prevista em lei os partidos que preencherem as condições da cláusula, isto é, que obtenham um desempenho minimamente razoável que justifiquem o auxílio financeiro custeado pelos cofres públicos.

Por sua vez, o acesso à rádio e televisão, chamado *direito de antena*, em virtude da eficiência comunicativa, é importante meio de propagação da propaganda política, e pode se dar para o exercício das propagandas partidária e eleitoral. Distinguindo as espécies, esclarecem Carlos Mário Velloso e Walber Agra:

“A propaganda eleitoral difere da propaganda partidária, que possui o objetivo de explicar as ideias das agremiações e procurar adesões a seus pontos de vista ideológicos. Ambas são espécies do gênero propaganda política, que abrange períodos eleitorais e períodos não-eleitorais, consistindo em todas as manifestações em que os cidadãos expõem seus pontos de vista acerca do manuseio da coisa pública. Enquanto a primeira se realiza em momentos pré-eleitorais, com vistas a conquistar o maior número possível de votos nos pleitos, a segunda tem constância permanente, buscando de forma contínua divulgar as ideias da agremiação, para cooptar mais militantes e simpatizantes. São regulamentadas também por instrumentos normativos diversos: a primeira encontra disposição na Lei n. 9.504/97 (Lei das Eleições) e a segunda se alicerça na Lei n.9.096/95.”²¹⁵(2009, p. 149)

Noutras palavras, essa modalidade de propaganda política consistia na divulgação, pelas transmissoras de rádio e televisão, de temas pertinentes unicamente aos interesses programáticos dos partidos políticos, em período e na forma prevista em lei, preponderando a mensagem partidária para a finalidade de angariar simpatizantes ou difundir as realizações do quadro.

Para a propaganda partidária, objeto da cláusula de desempenho, o acesso era subsidiado integralmente pela União (parágrafo único do artigo 52 da Lei n. 9.096/95 – hoje revogado), mediante compensação fiscal às emissoras de rádio e televisão que cedessem horário nos termos da lei. Diz-se que “era”, porque a propaganda partidária restou revogada pela Lei 13.487/2017, em meio a minirreforma eleitoral.

A antiga redação do § 3º da Constituição Federal, que garantia o acesso a ambos os direitos – de acesso ao fundo partidário e a tempo em rádio e televisão - era sumária em remir o direito de acesso dos partidos ao rádio e à televisão à forma da lei.

A matéria era disciplinada pelo artigo 45 da Lei n. 9.096/95, que determinava:

²¹⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 149.

“Art. 45. A propaganda partidária gratuita, gravada ou ao vivo, efetuada mediante transmissão por rádio e televisão será realizadas entre as dezenove horas e trinta minutos e as vinte e duas horas para, com exclusividade:

I – difundir os programas partidários;

II – transmitir mensagens aos filiados sobre a execução do programa partidário, dos eventos com este relacionados e das atividades congressuais do partido;

III – divulgar a posição do partido em relação a temas político-comunitários;

IV – promover e difundir a participação política feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento) do programa e das inserções a que se refere o art. 49 (Incluso pela Lei 13.164, de 29-9-2015).”²¹⁶

O modo de exercício era muito bem ressaltado por Carlos Mário Velloso e Walber Agra:

“A propaganda partidária pode ser realizada através de transmissões intercalares, que variam de trinta segundos a um minuto, e contínuas, em bloco, de vinte minutos. As transmissões intercalares, vinculadas em cadeia nacional ou estadual, são feitas em inserções de trinta segundos e um minuto, no intervalo da programação normal das emissoras. Esse tipo de propaganda se mostra como uma das mais eficientes porque não fere interrupção na programação normal, o que evita que o telespectador desligue o rádio ou a televisão ou mude de canal (art. 46, § 1º, da LOPP). Essas inserções na programação das emissoras eram determinadas pelo Tribunal Superior Eleitoral quando solicitadas por órgãos de direção nacional de partido e pelo Tribunais Regionais Eleitorais, quando solicitadas por órgãos de direção estadual (art. 46, § 2º, LOPP).”²¹⁷(2009, p. 106)

A despeito desses complexos termos, a lei era bastante clara quanto à destinação da propaganda partidária, sob pena de, em caso de conversão à promoção pessoal ou a vedados fins eleitorais - dispostos no parágrafo primeiro do artigo 45 – ter por atestado o cometimento de desvio de finalidade, sujeitando o infrator à perda do tempo e transmissão pela duração correspondente.

Todavia, a despeito da clareza desses termos, o exercício da propaganda partidária, não raras vezes, tangenciava fins eleitorais, antecipando candidaturas e promovendo determinado Governo ou personalidades, sendo inúmeras as representações que chegavam ao Tribunal Superior Eleitoral.

O artigo 48 da Lei dos Partidos Políticos – declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal -, já estudado, assegurava ainda às legendas que não possuísem funcionamento parlamentar a realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre,

²¹⁶ BRASIL, Lei nº 9.096/95, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

²¹⁷ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 106.

com a duração máxima de dois minutos. Aos partidos com funcionamento parlamentar (os que cumpriam a cláusula de desempenho dita inconstitucional, com 5% dos votos válidos nas últimas eleições parlamentares, distribuídos em, pelo menos, 1/3 dos Estados, com um mínimo de 2% do total de cada um deles – art. 13) assegurava-se a realização de um programa em cadeia nacional e de um programa em cadeia estadual, em cada semestre, com duração de vinte minutos cada (Lei n.9.096/95, art. 49, I) e, ainda, a utilização do tempo de quarenta minutos por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais (Lei n. 9.096/95, art. 49, II).²¹⁸

A ideia era a mesma que se pressupunha em relação ao Fundo Partidário: privilegiava-se os partidos com significativo desempenho eleitoral, em detrimento daqueles que tivessem apenas registro no Tribunal Superior Eleitoral, mas não passou pelo crivo do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado.

Após a decisão, a Lei n.13.165/2015 introduziu nova redação no art. 49 da Lei n. 9.096/95 e para o acesso ao rádio e à televisão passou a ser exigido da agremiação partidária a eleição de ao menos um representante no Congresso Nacional. Considerando o número de Deputados Federais, a referida legislação assim dividia o tempo: i) um programa por semestre de cinco minutos cada, para os partidos que tenham eleito até quatro Deputados Federais (inciso I, a); ii) um programa por semestre de dez minutos cada, para os partidos que tenham eleito cinco ou mais Deputados Federais (inc. I, b); iii) inserções de 30 segundos ou um minuto em cada semestre totalizando dez minutos, para os partidos que tenham eleito até nove Deputados Federais (inc II, a); iv) inserções de 30 segundos ou um minuto em cada semestre totalizando vinte minutos, para os partidos que tenham eleito dez ou mais deputados federais (inc. II, b).²¹⁹

Registre-se que também a propaganda eleitoral ganhou novos contornos e os horários reservados à propaganda em cada eleição passaram a ser distribuídos entre todos os partidos e coligações que tivessem candidato e representação na Câmara dos Deputados, procedendo-se a divisão conforme a nova redação dada pela Lei n. 13.165/2015 ao § 2º do artigo 47 da Lei das Eleições - Lei n. 9.504/97:

- a) 90% distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, no caso de coligação para eleições majoritárias, o resultado da soma do número de representantes dos seis maiores partidos que a

²¹⁸ BRASIL, Lei nº 9.096/95, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

²¹⁹ BRASIL, Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

integrem e, nos casos das coligações para eleições proporcionais, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integrem (inc. I);

b) “10% distribuídos igualmente (inc. II).

Aquele novo tratamento legal, portanto, aparentava termos bem mais proporcionais que a redação dos artigos declarados inconstitucionais e vigeu até o ano de 2017²²⁰, quando se deu a revogação da propaganda partidária pela Lei 13.487/2017²²¹.

Para além da discussão quanto à inconstitucionalidade da medida legislativa que pôs fim à propaganda partidária, muitos já a criticava pela enfadonha prática de repetição de discursos vazios ou dissimulados, retóricos, forjados por, politicamente, decrépitos dirigentes partidários, já manjados pela comunidade em geral

Esta foi apenas uma das medidas da chamada minirreforma eleitoral, que alterou importantes disposições das três principais leis eleitorais - Código Eleitoral, Lei nº 9.504/95 e Lei nº 9.096/9 – e renderá, ainda, muitas discussões por parte dos doutrinadores e da jurisprudência.

Com as atenções voltadas à nova dinâmica legal, se arrefeceram as discussões quanto ao condicionamento da propaganda partidária pela cláusula constitucional de desempenho.

Feito o panorama normativo geral das prerrogativas em análise, deve-se entender que a opção do constituinte se deu em vista do questionável traquejo por que se davam esses direitos.

No mais das vezes, ambas as prerrogativas eram apropriadas por determinados grupos políticos e instrumentalizadas para fins que extrapolam o próprio programa partidário: tinha-se um Fundo Partidário, em vários casos, utilizado para sustentar apenas determinados grupos políticos, e não legítimos programas políticos ou ideologias representativas de verdadeiras movimentações sociais; bem como um custeamento do direito de antena bastante oneroso a vários partidos, cujo pouco tempo concedido a muitos deles era, em geral, ou incompetentemente inutilizado ou utilizado como negociata pela prática que passou a qualificar muitas das legendas em coligação como “de aluguel”.

²²⁰ A última distribuição realizada se deu em 2017, conforme o último calendário publicado pelo TSE. Cf. <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/propaganda-partidaria-primeiro-segundo-semester-dez-2017>>. Acesso em: 03/12/2018.

²²¹ BRASIL, Lei 13.487, de 6 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13487.htm>. Acesso em: 03/12/2018. “Art. 5º Ficam revogados, a partir do dia 1º de janeiro subsequente à publicação desta Lei, os arts. 45, 46, 47, 48 e 49 e o parágrafo único do art. 52 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.”

Como oportunamente censurado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, era prática comum, por exemplo, no exercício da propaganda partidária:

“Esse “tempo” no rádio e na televisão é uma verdadeira moeda. Por meio dele, os partidos, sobretudo os pequenos, barganham com outros, obtendo vantagens para seus dirigentes nos acordos de escolha de candidatos, por exemplo, a de Vices, ou de suplentes de Senador, ou para a composição de futuro ministério ou secretariado.”²²² (2015, p. 147)

Nesse sentido também reconheceu o ministro Luís Roberto Barroso, em reflexões paralelas registradas no julgamento da (in)aplicabilidade da tese da fidelidade partidária para eleições majoritárias – ADI 5.081/DF²²³:

“[...] pela multiplicação de partidos de baixa consistência ideológica e nenhuma identificação popular. Surgem, assim, as chamadas legendas de aluguel, que recebem dinheiro do Fundo Partidário – isto é, recursos predominantemente públicos - e têm acesso a tempo gratuito de televisão. O dinheiro do fundo é frequentemente apropriado privadamente e o tempo de televisão é negociado com outros partidos maiores, em coligações oportunistas e não em função de ideias. A política, nesse modelo, afasta-se do interesse público e vira um negócio privado.”. (STF – ADI nº 5.081/DF – Pleno – Rel. Min Luís Roberto Barroso – j. 27-5-2015).

Portanto, jaziam as justificativas para serem assegurados vultosos recursos públicos aos partidos políticos, universalmente, sem a cobrança, em contrapartida, de alguma efetividade da conversão desses subsídios em partidos programáticos.

Traduzindo, com precisão, a ótica do presente estudo, é o posicionamento de Alexandre Moraes (2013) acerca da razoabilidade da cláusula de desempenho frente a realidade dessas prerrogativas:

“Não há qualquer exagero nos critérios estabelecidos, que guardam total razoabilidade com a necessidade de fortalecimento da democracia representativa consagrada constitucionalmente no parágrafo único do artigo 1º, sendo mais do que necessário abandonarmos posturas paternalistas e demagógicas e acreditarmos no filtro democrático feito pelo povo, enquanto conjunto de eleitores que periodicamente escolhe seus representantes e concede seus votos a agremiações políticas, que somente por meio do batismo da soberania popular passam a adquirir representatividade e se legitimam a representar-nos Nada justifica a obrigatoriedade do contribuinte brasileiro sustentar inúmeras agremiações partidárias e seus respectivos dirigentes, por meio da

²²² Cf. FERREIRA FILHO, Manoel G. *Curso de Direito Constitucional*. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 147.

²²³ Na ocasião, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que não se aplica aos cargos do sistema majoritário de eleição (prefeito, governador, senador e presidente da República) a regra de perda do mandato em favor do partido, por infidelidade partidária, referente aos cargos do sistema proporcional (vereadores, deputados estaduais, distritais e federais). A decisão, unânime, se deu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.081/DF, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso. Cf. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=292424>>. Acesso em: 03/12/2018.

distribuição dos recursos do fundo partidário a grupos sem qualquer representatividade e legitimidade, em face do diminuto número de votos obtidos nas eleições. Nada justifica, também, a invasão obrigatória que os brasileiros sofrem mensalmente em suas residências por meio do acesso gratuito ao rádio e televisão desses partidos políticos que não lograram o êxito mínimo nas últimas eleições em virtude do povo ter repudiado suas ideias por meio do sufrágio universal e do voto secreto. A distribuição dos recursos do fundo partidário e a concessão do ‘direito de arena’ a todos os partidos políticos, mesmo que proporcionalmente, mas sem a exigência de um mínimo de apoio dos eleitores não é razoável e representa um escárnio à Democracia, constituindo verdadeiro incentivo à criação de ‘legendas de aluguel’ e ‘profissionais das eleições’, que vivem tão somente desses recursos e aumentam vertiginosamente o fosso existente entre representantes e representados, corroendo os pilares da República.”²²⁴

Dessa forma, não há porque se cogitar de suprimir do legislador a legitimidade para conformação legislativa desses direitos ou porque se concluir por quaisquer excessos na opção pelo mecanismo da cláusula de desempenho, como configurado, sobretudo em vista da patente necessidade de se revisitar o modelo de financiamento dos partidos políticos, debate essencial à revitalização dos partidos políticos brasileiros e talvez uma das principais pautas da reforma político-administrativa, ao lado e conexas à discussão acerca da necessidade de contenção e racionalização dos gastos públicos.

Com a cláusula de desempenho que se defende, os partidos políticos terão que, na prática, sobreviver não apenas com recursos, mas, principalmente, com bases programáticas e ideológicas capazes de convencerem a população da conveniência de suas premissas e da possibilidade de se concretizarem como projetos políticos realizáveis e transformadores.

Para tanto, espera-se o reconhecimento da plena legitimidade das novas disposições acerca do acesso, pelos partidos, ao fundo partidário e ao tempo em rádio e televisão para que se proceda à plena eficácia novo modelo de financiamento dos partidos políticos, estruturado em razão do padrão que melhor expressa a representatividade e significância das agremiações no cenário político: o desempenho eleitoral.

Nada mais legítimo que um controle político-financeiro a ser exercido por meio da soberania popular.

²²⁴ MORAES, Alexandre de. *Cláusula de desempenho fortalece o sistema eleitoral*. Consultor Jurídico, 2013. n.p. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-08/justica-comentada-clausula-desempenho-fortalece-sistema-eleitoral>>. Acesso em: 03/12/2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intento principal deste estudo foi analisar a cláusula constitucional de desempenho como uma reação do legislador que, embora tardia, se propôs a pôr um ponto final nas controvérsias e convicções que impediram o reconhecimento da legitimidade e também da eficácia do mecanismo no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, foi alinhavado um raciocínio que considerou desde a pecha autoritária herdada dos dispositivos semelhantes que a precederam, passou pela cláusula de desempenho da Lei dos Partidos Políticos – Lei 9.096/95 - declarada inconstitucional nas ADIs 1.351-3 e 1.354-8/DF, e findou com a análise da novel cláusula constitucional, inserida no § 3º da Constituição Federal em meio a um processo de reforma política que teve como uma das pautas principais a revitalização do sistema partidário brasileiro.

Considerando os fundamentos principais da declaração pela inconstitucionalidade dos dispositivos da cláusula da Lei 9.096/95, analisados no segundo capítulo – ausência de tratamento constitucional da matéria, pluralismo político, igualdade de oportunidades, proporcionalidade e razoabilidade - , a pesquisa partiu do questionamento acerca da existência de eventuais obstáculos, herdados daquela decisão, que poderiam ser colocados à recepção da nova cláusula constitucional de desempenho.

No terceiro capítulo, intermediando ambas as cláusulas, restou assentado não haver óbices para a atuação conformativa do legislador em meio à matéria sobre a qual tenha o Supremo Tribunal Federal fixado algum entendimento em sede de controle concentrado. Seria possível – e até comum – a ocorrência do fenômeno da superação legislativa do precedente, a depender das circunstâncias de fato e de direito pelas quais reagiu o legislador.

Analisando a reação do Congresso Nacional, no quarto e último capítulo, e considerando o histórico e a frequência do debate na experiência brasileira, pode-se concluir, aliás, a esta altura, que houve, por parte do legislador, um verdadeiro *ativismo congressional* em torno da matéria, para além de eventual *ativismo judicial* que tenha ocorrido quando judicializada essa questão propriamente política.

Destarte, acerca dessa reação, como se viu, a Emenda Constitucional nº 97 combinou, oportunamente, reformas nos âmbitos eleitoral e partidário, harmonizando o fim das coligações no sistema proporcional com a cláusula de desempenho para os partidos políticos.

Dos termos desta última inovação, foi possível perceber, à primeira vista, alguma semelhança entre as cláusulas, embora, como se demonstrou, as distinções sejam decisivas para a análise pela conformidade constitucional da nova configuração.

Observando, inicialmente, as circunstâncias de fato por que se deu a opção pelo objeto de estudo, apresentou-se um contexto de verdadeira crise dos partidos políticos brasileiros, que veio se agravando desde a decisão do Supremo Tribunal Federal. Assim, em meio à reforma política, foi possível compreender a escolha do legislador pela reinserção do mecanismo, em novos moldes.

Passando às questões de direito, destacadas as razões assentadas no segundo capítulo quanto à inconstitucionalidade da cláusula-paradigma, concluiu-se não haver fundamentos para, por si sós, sem outros juízos de proporcionalidade e razoabilidade quanto à nova configuração, serem capazes de impugnar a legitimidade e a eficácia deste que, como oportunamente defendido, deve se dar de forma plena.

Como se viu, as novas regras serão aplicadas, progressivamente, a partir das legislaturas de 2019, 2023, 2027 e 2031, todas em proporções mais razoáveis que a cláusula impugnada. Além disso, os requisitos impostos para o acesso aos recursos do fundo partidário e ao tempo gratuito em rádio e televisão não são cumulativos, mas alternativos – ou se atinge o percentual mínimo de votos ou se contabiliza o mínimo de representantes eleitos na Câmara dos Deputados no respectivo mínimo de unidades da Federação - , o que guarda ainda mais proporcionalidade à nova configuração.

Numa última análise acerca daqueles fundamentos, retomando em, especial, a cláusula de igualdade de oportunidades, pode-se concluir que o mandamento resta plenamente observado, vez que o novo mecanismo age justamente em prol daquele ideal de neutralidade anteriormente assentado - do Estado para com os partidos políticos - , ao delimitar a sempre questionável relação de clientelismo que se estabelece entre ambos. No mais, a extinção da propaganda partidária encerra, por ora, maiores discussões em torno do mecanismo no que tange à igualdade de chances. A cláusula de desempenho vem, pois, para reformular importantes aspectos dessa relação Estado-partidos.

Aprofundando-se nas matérias da cláusula de desempenho, isto é, considerando as dinâmicas normativa e fática do fundo partidário e do direito de antena, buscou-se compreender, ainda, porque o legislador insistiu e elegeu justamente essas matérias para repercutir positivamente sobre o sistema partidário brasileiro.

Considerando o cenário de ambas as prerrogativas públicas, custosas ao erário público, percebe-se que o fato de terem sido devidas unicamente em vista da existência das agremiações beneficiadas – mero registro no Tribunal Superior Eleitoral lhes dava acesso a ambas - , sem a exigência de quaisquer outras condições ou justificativas, configurou um verdadeiro fomento à incompetência e um desestímulo ao desempenho de atuações políticas mais sólidas por parte dos partidos.

Esse modelo de acesso universal, a todos os partidos se fez, por bastante tempo, uma carta branca ao mau uso daquelas custosas prerrogativas e às nefastas e dissimuladas práticas que se distanciam e muito do interesse público. Não haviam, portanto, mais justificativas para o sustento desse modelo paternalista e indulgente com um sistema partidário disfuncional, que pouco retribui em termos de representatividade.

Conclui-se, desse modo, ter sido absolutamente razoável e necessária a intervenção do legislador para revisitar o modelo de financiamento dos partidos.

Devem ser amenizadas, portanto, eventuais óticas perfunctórias que enxerguem ou atribuam uma pecha autoritária ou papel supressivo à cláusula de desempenho em relação aos partidos existentes, possibilitando a compreensão pela função racionalizadora, que o mecanismo efetivamente tem, do tratamento e da postura estatal para com os partidos políticos.

O estudo aponta, ainda, não apenas no sentido de ter ocorrido uma mera superação legislativa do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, mas, sobretudo, de uma plena observância daquela decisão, vez que o Congresso Nacional, finalmente, conseguiu estabelecer um ponto ótimo para a matéria, com base em diretrizes determinadas pelo próprio STF.

Mais que uma superação, houve, portanto, uma conformação do mecanismo aos fundamentos principais daquela decisão.

Por isso, do STF se espera consciência do peso de sua última interpelação e também da necessidade de avaliar as relevantes medidas.

Por fim, a despeito dos indicativos de mudança na orientação do Supremo Tribunal Federal, em vista da nova composição do Plenário, bem como do consequencialismo que não raro se adota na Corte em vista das circunstâncias políticas, a pesquisa considerou ser importante, ainda assim, a realização de novos estudos que possam convergir pela legitimidade

e conformidade constitucional da cláusula de modo a se antecipar em encerrar, quanto logo, as controvérsias em torno desse mecanismo, que se inicia em vigência a partir de 2019.

Conclui-se ser a nova cláusula constitucional de desempenho, portanto, um legítimo controle político-financeiro lastreado na soberania popular, razão pela qual a ela deve ser conferida plena legitimidade e eficácia, de modo a só assim permitir, enfim, alguma estabilidade aos partidos políticos brasileiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, v. 31, n. 1, pág. 5 – 33. 1988.

ARAS, Augusto. Fidelidade partidária: efetividade e aplicabilidade. GZ Editora. 1 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Ciência Política*. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRAGA, Maria do Socorro Sousa; BOURDOUKAN, Adla. Partidos Políticos no Brasil: organização partidária, competição eleitoral e financiamento público. In: *Perspectivas*, São Paulo. V. 35, p.117-148, jan./jun. 2009.

BRASIL. Ato Complementar nº 4, de 20 de novembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ACP/acp-004-65.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

BRASIL, Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

BRASIL, Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-78.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

BRASIL, Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc25-85.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

BRASIL, Lei nº 4.640, de 15 de julho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4740.html>. Acesso em: 03/12/2018.

BRASIL, Lei nº 5.682, de 21 de julho de 197. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5682.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

BRASIL, Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

BRASIL, Lei nº 11.459, de 21 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11459.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

BRASIL, Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm>. Acesso em: 03/12/2018.

BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional n. 282, de 2016. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=52BB630C9CB5BF81F914824A5F6F834C.proposicoesWebExterno1?codteor=1541803&filename=Tramita cao-PEC+282/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=52BB630C9CB5BF81F914824A5F6F834C.proposicoesWebExterno1?codteor=1541803&filename=Tramita%20cao-PEC+282/2016)>. Acesso em: 03/12/2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº 9212/2017. Altera a legislação eleitoral para instituir o voto distrital misto nas eleições proporcionais. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1626744&filename=PL+9212/2017>. Acesso em: 03/12/2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Bancada das Eleições. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/deputados/liderancas-partidarias/bancadas/bancada-na-eleicao>>. Acesso em: 03/12/2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Lideranças e Bancadas. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/deputados/liderancas-partidarias/bancadas>>. Acesso em: 03/12/2018.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Bauru: Edipro, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARVALHO, Kátia de. *Cláusula de barreira e funcionamento parlamentar*. Brasília: Câmara dos Deputados/Consultoria Legislativa: Estudo, 2003. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/arquivos-pdf/pdf/300188.pdf>>. Acesso em: 03/12/2018.

CASTRO, M.F. de., *O STF e a judicialização da Política*. ANPOCS, 1997

CORREIA, Oscar. Os partidos políticos na Quarta e Quinta República. In: PEIXOTO, João Paulo M. (org.). *Partidos Políticos no Brasil*. Brasília: Instituto Tancredo Neves/Fundação Friederich Naumann, 1987.

COUTO, Claudio G. (2006). Emendas constitucionais. In: AVRITZER, Leonardo & ANASTASIA, Fátima (orgs.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora da UFMG.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; MACHADO, Thaís Mudadu Carmona. O Sistema partidário brasileiro e a democracia: um estudo sobre o número de partidos políticos. In: *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*. n.28. Belo Horizonte: 2016. p. 41-47. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2016/02/DIR-28-04.pdf>>. Acesso: 03/12/2018.

DESIREE, Eneida. *Princípios constitucionais eleitorais*. Dissertação de doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2010. Disponível em:

<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/22321/Tese_Eneida_Desiree_Salgado.pdf;jsessionid=24F60EB65F81281609B3392D65BC5FE8?sequence=1>. Acesso em: 03/12/2018.

DESTAK JORNAL. Partido Novo abre mão do Fundo Eleitoral. *Destak Jornal* [online], 25 outubro 2018. Disponível em: <<https://www.destakjornal.com.br/brasil/eicoes-2018/detalhe/partido-novo-abre-mao-do-fundo-eleitoral>>. Acesso em: 03/12/2018.

Dicionário Online de Português – Aurélio. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/aurelio-2/>>. Acesso em: 03/12/2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 10. Ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DRIMOULIS, Dimitri [et al]. *Resiliência Constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. 1 ed, São Paulo: Direito GV, 2013. Pág. 25. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudo-resiliencia-constitucional-fgv.pdf>

DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. 2^a ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 202. Pág. 38-42.

EL PAÍS. Cláusula de desempenho ameaça 14 dos 35 partidos brasileiros. *El país* [online], 9 outubro 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/05/politica/1507159758_109957.html >. Acesso em: 03/12/2018.

ÉPOCA NEGÓCIOS. GLOBO. Pesquisa: 41% dos brasileiros não sabem definir sua orientação política. *Época negócios*. 17 junho 2018. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Resultados/noticia/2015/06/41-dos-brasileiros-nao-sabem-definir-sua-orientacao-politica.html>>. Acesso em: 03/12/2018.

ESTADÃO, Pesquisa. Brasil tem a Câmara mais fragmentada em todo o mundo. *Estadão* [online], 8 fevereiro 2015. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tem-a-camara-mais-fragmentada-em-todo-o-mundo-imp-,1631324>> Acesso em: 03/12/2018.

EXAME. Abril. Janela partidária: mais de 15% dos deputados federais mudaram de partido. *Exame* [online], 14 abril 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/janela-partidaria-mais-de-15-dos-deputados-mudaram-de-partido/>>. Acesso em: 03/12/2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 40^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *História e teoria dos partidos políticos no Brasil*. 2. Ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1974.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos paradigmas do direito eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GIMENES, Éder Rodrigo. *Eleitores e partidos políticos na América Latina*. 1 ed. Curitiba: Appris, 2017.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

LAMOUNIER, Bolívar & MENEGUELLO, Rachel. *Partidos Políticos e Consolidação Democrática: O Caso Brasileiro*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.

LIJPHART, Arend. *Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Trad. Roberto Franco. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2003.

MACHADO, Sérgio. *Reforma Político Partidária*. Senado Federal. Relatório Final da Comissão Temporária Interna encarregada de estudar a reforma político-partidária. p 39. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496336/Reforma%20pol%C3%ADtico%20partid%C3%A1ria.pdf?sequence=1>. Acesso: 03/12/2018.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. *Poder e Democracia: o pluralismo político na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação do direito eleitoral brasileiro – Financiamento de campanha, cláusula de barreira, fidelidade partidária e reeleição. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da et al. (Coord.). *Direito Eleitoral comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Pág. 61-81.

_____. Considerações sobre a Reforma política. In: MULHOLLAND, Timothy; RENNÓ, Lúcio L.(Coorg). *A reforma política em questão*. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2008. p. 79.

_____; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Ofício “s” n. 79, de 2017. Disponível em: <https://cdn.oantagonista.net/uploads/2017/12/PEC-Gilmar-Mendes-3.pdf>. Acesso em: 03/12/2018.

MORAES, Alexandre de. *Cláusula de desempenho fortalece o sistema eleitoral*. Consultor Jurídico, 2013. n.p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-08/justica-comentada-clausula-desempenho-fortalece-sistema-eleitoral>. Acesso: 03/12/2018.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. *Introdução à história dos partidos políticos brasileiros*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

NICOLAU, Jairo. *Eleições no Brasil: do Império aos dias atuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

_____. *Sistemas Eleitorais*. 6. Ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012.

PEIXOTO, João Paulo M.(org.). *Partidos Políticos no Brasil*. Instituto Tancredo Neves. Fundação Friederich Naumann: 1987.

PEREIRA, Ravi Afonso. Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público. p. 317-370. In: *Revista Española de Derecho Constitucional* ISSN: 0211-5743, n. 98, 2013. p. 360-361. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4391806.pdf>>. Acesso em: 03/12/2018.

PONTES, Roberto; HOLTHE, Leo Oliveira van. *O sistema eleitoral alemão após a reforma de 2013 e a viabilidade de sua adoção no Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados/Consultoria Legislativa, 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema6/2015_1531-sistema-eleitoral-alemao-leo-van-holthe-e-roberto-pontes>. Acesso em: 03/12/2018.

PORTO, Walter Cota. Entraves à governabilidade no Brasil: do processo eleitoral à questão fundiária. In: *Parcerias Estratégicas* n. 3. Junho, 1997. Disponível em: <http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/viewFile/17/17>. Acesso em: 03/12/2018.

POWER, Timothy J. O presidencialismo de coalizão na visão dos parlamentares brasileiros. In: POWER & ZUCCO (Eds.). *O Congresso por ele mesmo* (reprint ed.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

REIS, Marisa A. dos. Cláusula de Desempenho e Fortalecimento dos Sistemas Representativo e Partidário no Brasil. *Estudos Eleitorais*. EJE. V. 9, n. 1. Janeiro/abril 2014. P. 90-103. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/1594/clausula_desempenho_sistema_partidario_reis?sequence=1>. Acesso em: 03/12/2018.

ROCHA, Marta Mendes da; SILVA, Raquel Gonçalves da. A agenda reforma política no Brasil: autores, objetivos, êxito e fracasso (1988-2010). *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº16. Brasília, jan. – abr. de 2015, pp. 213-246. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n16/0103-3352-rbcpol-16-00213.pdf>>. Acesso em: 03/12/2018.

ROLLO, Alberto. *Reforma Política: uma visão pragmática*. Organizador: Alberto Rollo. São Paulo: Iglu, 2007.

SADEK, Maria Tereza. *Sistema Partidário Brasileiro: a debilidade institucional*. Instituto de Estudios Económicos, Sociais e Políticos, São Paulo: Working Paper n.72 Barcelona, 1993.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Eleitorais*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SAMUELS, David. J. & LUCAS, Kevin. A coerência ideológica do sistema partidário brasileiro, 1990-2009. In: POWER, Timothy & ZUCCO, Cesar (Eds.). *O Congresso por ele mesmo* (reprint ed.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SEILER, Daniel-Louis. *Os partidos políticos*. Tradução de Maria Parreira Cordeiro. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

SENADO FEDERAL. Composição do Senado salta de 15 para 21 partidos em 2019. *Senado notícias* [online], 8 outubro 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/10/08/composicao-do-senado-salta-de-15-para-21-partidos-em-2019>>. Acesso em: 03/12/2018.

SENADO FEDERAL. Senadores por partido. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/tablet/senadoresporpartido>>. Acesso em: 03/12/2018.

SILVA, José Afonso da. A Constituição Brasileira e a reforma política. In: *Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 8ªed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5.081/DF. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Noticiada em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=292424>>. Acesso: 03/12/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3 e 1.354-8/DF. Tribunal Pleno, Rel Min Marco Aurélio, DJe 30.03.2007, fl. 46 do acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 03/12/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF conclui julgamento sobre financiamento de campanhas eleitorais. 17 setembro 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=300015>. Acesso em: 03/12/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF invalida regras que restringem acesso de novos partidos ao Fundo Partidário e à propaganda eleitoral. 1 outubro 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=300922>>. Acesso em: 03/12/2018.

TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. Os Partidos Dentro e Fora do Poder: A Judicialização como Resultado Contingente da Estratégia Política. *Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, Vol. 51, nº4, 2008.

TEIXEIRA, Matheus. Doações eleitorais: o que é e o que não é permitido no pleito de 2018. 16 maio 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/eleicoes-2018/doacoes-eleitorais-o-que-pode-16052018>> Acesso em:

TELLES, Olivia Raposo da Silva. *Direito Eleitoral Comparado – Brasil, Estados Unidos, França*. São Paulo: Saraiva, 2009.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Brasil tem 73 partidos em processo de formação. 24 janeiro 2018. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Janeiro/brasil-tem-73-partidos-em-processo-de-formacao>>. Acesso em: 03/12/2018.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Distribuição do tempo para propaganda partidária. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/propaganda-partidaria-primeiro-segundo-semester-dez-2017>>. Acesso em: 03/12/2018.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Fundo Partidário distribuiu mais de R\$ 62 milhões em duodécimos aos partidos em janeiro. 16 fevereiro 2018. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Fevereiro/fundo-partidario-distribuiu-mais-de-r-62-milhoes-em-duodecimos-aos-partidos-em-janeiro>>. Acesso em: 03/12/2018.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Negado pedido do PMB para anular desfilições de 20 deputados federais. 5 abril 2018. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Abril/plenario-nega-pedido-do-pmb-para-anular-desfiliacoes-de-20-deputados-federais>>. Acesso em: 03/12/2018.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Partidos Políticos registrados no TSE. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>>. Acesso em: 03/12/2018.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Prestação de Contas do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) nas Eleições Gerais de 2018. 27 agosto 2018. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/prestacao-de-contas-1/fundo-especial-de-financiamento-de-campanha-fefc>>. Acesso em: 03/12/2018.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Resultado das Eleições Gerais de 2018. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/votacao-e-resultados/resultados-eleicoes-2018>>. Acesso em: 03/12/2018.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. TSE confirma que recursos dos fundos Eleitoral e Partidário podem ser utilizados em campanhas. 3 maio 2018. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Maio/tse-confirma-que-recursos-dos-fundos-eleitoral-e-partidario-podem-ser-utilizados-em-campanhas>>. Acesso em: 03/12/2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VENAGLIA, Guilherme. Fundação eleitoral representa 95% de receitas dos principais presidenciais. ABRIL. *Veja* [online], 14 setembro 2018. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/fundao-eleitoral-representa-95-de-receitas-dos-principais-presidenciais/>>. Acesso em: 03/12/2018.

VICENTE, Laura Nunes. *O Princípio da proporcionalidade. Uma nova abordagem em tempos de pluralismo*. Prémio Doutor Marcono e Sousa. Coimbra: Instituto Jurídico/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014. Disponível em: <https://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/premios/pub_1_ms/numero1_pms.pdf>. Acesso em: 03/12/2018.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Ciência Política*. Trad. António Francisco de Sousa, António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016.