

Organizador
Erick Wilson Pereira

**REFORMA POLÍTICA –
BRASIL REPÚBLICA**
Em homenagem ao Ministro Celso de Mello

Prefácio: Claudio Pacheco Prates Lamachia

Apresentação: Luiz Fux

CONSELHO FEDERAL

Brasília – DF, 2017

CLÁUSULA DE DESEMPENHO: PLURALISMO PARTIDÁRIO E GOVERNABILIDADE

Antonio Herman Benjamin*

SYS-1148043

RESUMO: O presente artigo aborda um dos temas da pauta da nova proposta da reforma político-eleitoral brasileira, qual seja, a introdução de *cláusula de desempenho* para agremiações obterem funcionamento parlamentar, direito de antena e acesso a recursos do Fundo Partidário. Após contextualização histórica e jurisprudencial, com destaque para o Direito Comparado, a experiência inicial do Brasil com a cláusula inserta no artigo 13 da Lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) e a atual crise de representatividade, conclui-se que os parâmetros e requisitos a serem observados na criação desse mecanismo devem levar em conta tanto a garantia de surgimento e sobrevivência dos partidos – pluralismo político e igualdade de chances, princípios de ordem constitucional – como, de outra parte, a governabilidade do País em sistema que, atualmente, é multifragmentado.

Palavras-chave: Cláusula de desempenho. Partidos políticos. Parâmetros e requisitos.

ABSTRACT: The present paper involves one of the themes about Brazilian political and electoral reform, which consists in introducing a *performance clause* for political parties to achieve a vacancy in Chamber of Deputies and access public resources (“Partisan Fund” and television and radio programs). The historical and jurisprudential analysis of the Comparative Law, the Brazilian Political Parties Law and the actual crisis of representation allow conclusion that the creation of a *performance clause* must attend to parameters and requirements that guarantee the growing and survival of political parties – observing political pluralism and equality of chances, principles inserted in Federal Constitution – and, simultaneously, the governability in context of a system that, nowadays, is fragmented.

Keywords: Accomplishment clause. Political parties. Parameters and requirements.

SUMÁRIO: 1 Partidos Políticos: contexto histórico e constitucional. 2 Cláusulas de barreira e de desempenho e Experiência Brasileira. 3 Cláusula de desempenho e governabilidade. 4. Conclusão.

Ministro do Superior Tribunal de Justiça e ex-Corregedor-Geral da Justiça Eleitoral.

1 PARTIDOS POLÍTICOS: CONTEXTO HISTÓRICO E CONSTITUCIONAL

Partidos políticos representam imprescindível peça-chave para consolidação do Estado Democrático de Direito e, em acepção ampla, constituem entidades formadas a partir de livre associação de pessoas, de modo organizado, visando exercer legitimamente o poder político-estatal, garantir o regular funcionamento do governo e, ainda, assegurar implementação e observância de direitos e garantias fundamentais¹.

O surgimento histórico das agremiações partidárias em solo brasileiro remonta ao ano de 1831², sob vigência da Constituição de 1824, com os Partidos Restaurador, Republicano e Liberal³.

Há consenso nos mais diversos meios – político, doutrinário e jurisprudencial – acerca do tortuoso caminho que percorreram – e, por que não, ainda percorrem nos dias atuais.

A partir da Constituição Federal de 1988, ganharam *status* equivalente ao papel que lhes é reservado para resguardar o regime democrático.

Referida envergadura é observada tanto no art. 1º, V, que estabelece o “pluralismo político” como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil⁴, como no art. 17, que, sob o Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – lhes assegura uma série de prerrogativas⁵, destacando-se autonomia para

¹ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 94-95.

² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 728-729.

³ Ainda acerca do tema, ressaltam os mencionados doutrinadores que “sob a Constituição do Império (1824), organizaram-se, após um início mais ou menos tumultuado, duas forças políticas: o Partido Liberal e o Partido Conservador (1837-1838), que dominaram a cena política do Segundo Império. Em 1862-1864, constituiu-se o Partido Progressista, decorrente da cisão de ala liberal do Partido Conservador. Em 1868, foi construído o novo Partido Liberal, que uniu progressistas e liberais radicais. Em 1870, fundou-se o Partido Republicano.

⁴ Rodrigo Martiniano Ayres Lins, em sua obra *Direito Eleitoral Descomplicado*, observa, com muita propriedade, que “a Constituição foi elaborada imediatamente após uma longa ditadura, em razão do que vários mecanismos foram nela introduzidos para se tentar evitar o retorno àquele regime. E o pluralismo político é um deles. Em razão disso, são aceitos e garantidos no Brasil os mais diversos tipos de partidos políticos, com respeito às suas ideologias, desde que, por evidente, eles também respeitem os princípios democráticos e, sobretudo, aqueles outros ligados ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. [...] É essencial o respeito às ideias e ao diálogo entre pessoas, políticos e partidos, inclusive como decorrência direta do próprio regime democrático.

⁵ Constituição Federal, art. 17:

“Capítulo V

DOS PARTIDOS POLÍTICOS

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:

definir estrutura interna e escolha de candidatos e coligações, direito a receber recursos do Fundo Partidário, acesso gratuito ao rádio e à televisão, e, por fim, funcionamento parlamentar⁶.

Apesar de inegável relevância histórica e política, não se desconhece a longínqua, mas também atual, crise de representatividade pela qual passam as agremiações, fomentada pelas mais diversas espécies de intercorrências: falta de ideologia (em estatuto ou no dia a dia no parlamento), uso das greis como meras plataformas pessoais, criação de partidos com variados – e duvidosos – propósitos, etc.

Ademais – mas, de novo, sem deixar de reconhecer seu caráter substantivo – é de suma importância ressaltar que as regras para formação de partidos e para direito às prerrogativas contidas no art. 17 da Constituição Federal não podem – e nem devem – ser absolutamente livres e desregradas, *sob pena de comprometer a governabilidade e, por conseguinte, as próprias instituições democráticas*.

Com efeito, o Tribunal Superior Eleitoral notícia que, atualmente, há 35 agremiações com estatutos registrados⁷, ao passo que mais de outras 30 encontram-se com pedidos em trâmite naquela Corte.

Em outras palavras, é salutar e necessário consignar que, ao mesmo tempo em que se impõe preservação dos partidos políticos como essenciais ao Estado Democrático de Direito, devem eles sujeitar-se a determinadas balizas, considerando inexistir direito absoluto em nosso ordenamento pátrio.

I – caráter nacional;

II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidades 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, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

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

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

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

O funcionamento parlamentar “compreende, dentre outros aspectos, a formação de bancada e a indicação da respectiva liderança, a participação no Colégio de Líderes (que auxilia na organização da pauta de votações), a participação nas Comissões parlamentares (proporcionalmente à representação partidária) etc” (RAMOS, Elival da Silva. O delineamento do estatuto dos partidos políticos na jurisprudência do supremo tribunal federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 54-72, mai. 2008. Disponível em: <<https://goo.gl/nth3Wd>>. Acesso em: 4 dez. 2016.

Disponível em: <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>. Acesso em: 27 nov. 2016.

2 CLÁUSULAS DE BARREIRA E DE DESEMPENHO E EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

A Constituição Federal e as leis eleitorais de regência vêm passando, ao longo de sua história, por inúmeras modificações que se convencionaram denominar “reformas” ou “minirreformas” político-eleitorais.

Focando apenas nos últimos dez anos, têm-se as Leis 11.306/2006, 12.034/2009, 12.875/2013, 12.891/2013 e 13.165/2015, além da LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), e, ainda, as ECs 52/2006 e 91/2016.

Essas “reformas” ou “minirreformas”, com todas as vênias dos que entendem em sentido diverso, nada mais representaram, ao fim e ao cabo, alterações tímidas e pontuais, principalmente relacionadas a regras de propaganda e de campanha, com raríssimas exceções.

A despeito de tentativas anteriores – frustradas, diga-se – de promover tratado que ao menos amenizasse essa crise de representatividade e que fomentasse a governabilidade, tramita atualmente no Congresso Nacional Proposta de Emenda à Constituição (PEC 36/2016), que, dentre inúmeros pontos relevantes⁸, traz à baila *cláusula de desempenho* para partidos políticos, conforme o seguinte texto base⁹:

Art. 17. [...]

§ 2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral, e *terão direito a funcionamento parlamentar aqueles que obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo 3% (três por cento) dos votos válidos¹⁰, distribuídos em pelo menos 14 (quatorze) unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma destas.*

§ 3º *Somente os partidos políticos com funcionamento parlamentar terão direito a estrutura própria e funcional nas casas legislativas, participarão da distribuição dos recursos do fundo partidário e terão acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.*

[...]

⁸ Ressaltem-se, por exemplo, as propostas de fim de coligações e também do instituto da reeleição para cargos majoritários (introduzido pela EC 16/97).

⁹ Considerada a data de 30/11/2016.

¹⁰ Prevê-se norma transitória para as Eleições 2018, diminuindo-se esse percentual para 2%.

§ 6º Ao eleito por partido sem direito a *funcionamento parlamentar* é assegurado o mandato e facultada a filiação, sem perda do mandato, a outro partido que tenha direito a funcionamento parlamentar, não sendo essa filiação considerada para fins de distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao rádio e à televisão.

Art. 17-A. Partidos políticos com afinidade ideológica e programática poderão unir-se em federação, que terá os mesmos direitos e atribuições regimentais dos partidos nas casas legislativas e deverá atuar com identidade política única, resguardada a autonomia estatutária dos partidos que a compõe.

§ 1º Será considerado para fins de obtenção do direito a funcionamento parlamentar o somatório dos votos válidos recebidos pelos partidos integrantes da federação nas eleições para a Câmara dos Deputados.

O termo *cláusula de desempenho*, que em termos técnicos não se confunde com *cláusula de barreira*¹¹, significa patamar mínimo de votos necessários a fim de que o partido político assegure ao menos uma cadeira no âmbito do Poder Legislativo¹².

Além disso, ao se debater a necessidade de fixação da *cláusula de desempenho* no regime político-partidário brasileiro, usualmente menciona-se o art. 13 da Lei 9.096/95¹³ (Lei dos Partidos Políticos), cujo texto foi declarado inconstitucional pelo c. Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs 1.351 e 1.354, em 2007, abarcando-se ainda outros dispositivos da referida Lei associados ao tema¹⁴.

Marisa Amaro dos Reis, em artigo intitulado *Cláusula de Desempenho e Fortalecimento dos Sistemas Representativo e Partidário no Brasil*, ressalta que “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.

NICOLAU, Jairo. **Sistemas Eleitorais**. 6. ed. São Paulo: FGV Editora, 2012.

“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”.

Extraí-se do resultado do julgamento: “O Tribunal, à unanimidade, julgou procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995: artigo 13; a expressão ‘obedecendo aos seguintes critérios’, contida no *caput* do artigo 41; incisos I e II do mesmo artigo 41; artigo 48; a expressão ‘que atenda ao disposto no art. 13’, contida no *caput* do artigo 49, com redução de texto; *caput* dos artigos 56 e 57, com interpretação que elimina de tais dispositivos as limitações temporais neles constantes, até que sobrevenha disposição legislativa a respeito; e a expressão ‘no art. 13’, constante no inciso II do artigo 57. Também por unanimidade, julgou improcedente a ação no que se refere ao inciso II do artigo 56”.

O art. 13 estabelecia que o direito de funcionamento parlamentar assegurava-se apenas aos partidos que obtivessem, em cada eleição para a Câmara dos Deputados, no mínimo 5% de votos apurados (exceto os em branco e nulos), distribuídos em um terço das unidades da Federação, com ao menos 2% do total em cada uma delas.

Por sua vez, os outros dispositivos tidos como inconstitucionais prescreviam que as agremiações que se enquadrassem nesse requisito teriam direito a rateio de 99% de recursos do Fundo Partidário e, de outra parte, 20 minutos semestrais para programas em cadeia nacional e estadual de rádio e televisão, além de inserções no total de 40, também semestrais. Já os partidos que não preenchessem o pressuposto do art. 13 estariam fadados a receber apenas *1% do Fundo* (em participação igualitária com os demais) e *dois minutos de programas semestrais*.

Leitura superficial do *decisum* exarado pela c. Suprema Corte poderia ensejar conclusão prematura de não ser possível introduzir *cláusula de desempenho* para partidos políticos.

Todavia, o que se veda é fixar parâmetros absolutamente desproporcionais que impliquem verdadeira morte por inanição de entes partidários.

Essa desproporcionalidade irradia-se sob dois ângulos: supressão total de funcionamento parlamentar de partidos que venham a eleger mandatários pelo sistema proporcional¹⁵ e, ainda, a já citada distribuição de tempo de propaganda partidária mediante transmissões radiofônicas e televisivas. Retira-se o direito das minorias e ofendem-se os princípios da *proporcionalidade* e da *igualdade de chances*.

No tocante ao funcionamento parlamentar, o art. 58, § 1º, da Constituição Federal é expresso ao dispor que, na criação “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*”.

Em outras palavras, e levando-se em conta o princípio da proporcionalidade, se o próprio texto constitucional garante a todos os partidos com representantes eleitos acesso a comissões permanentes e temporárias, não pode-

¹⁵ O e. Ministro Marco Aurélio, relator da ADI 1.351, ressalta com clareza que “a cláusula constitucional a remeter o funcionamento parlamentar, as balizas deste, a preceito legal [...] não pode ser tomada a ponto de admitir-se que a lei inviabilize, por completo, o dito funcionamento, acabando com as bancadas dos partidos minoritários e impedindo os respectivos deputados de comporem a Mesa Diretiva e as comissões, em flagrante contrariedade à disposição do § 1º do artigo 58 da Constituição Federal, no que sinaliza, em bom vernáculo, a necessidade de ambas Mesa e comissões – serem integradas, se houver possibilidade física, de forma proporcional, pelos partidos e blocos parlamentares existentes na Casa, vale dizer, que tenham deputados eleitos”.

ria o legislador ordinário simplesmente negar funcionamento parlamentar, em absoluto, às agremiações menores.

Quanto ao direito de antena e de recursos do Fundo Partidário, a *cláusula de barreira*, tal como fixada no art. 13 da Lei dos Partidos Políticos, revela-se ainda mais grave, na medida em que não “apenas” compromete a sobrevivência das agremiações nas Casas Legislativas – nesta hipótese, ao menos a grei almejou eleger parlamentar de seus quadros – como em especial seu próprio nascimento e desenvolvimento, provocando manutenção do *status quo* das maiorias e verdadeira erradicação das minorias.

No ponto, cabe ao legislador estabelecer critérios que assegurem a *igualdade de chances* entre as agremiações.

Os e. professores Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁶, após rebuscado estudo das origens de referido princípio na Alemanha do século XX, assinalam que a *igualdade de chances*, ao mesmo tempo em que deve se pautar pelo desempenho eleitoral das agremiações no prélio, “há de efetivar-se com a observância de critério capaz de preservar a própria seriedade do sistema democrático e pluripartidário”¹⁷.

No mesmo sentido, o e. Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento da ADI 1.351, consignou que “a *cláusula de barreira*, tal como posta, atinge profundamente a garantia essencial, inerente a uma democracia representativa, que é a garantia de que as minorias encontrem efetiva expressão no plano político, sob pena de instaurar-se uma ditadura da maioria, sobretudo quando se estabelece, como no caso, restrições draconianas, irrazoáveis, desproporcionais para o acesso ao Fundo Partidário e ao tempo no rádio e na televisão”.

A e. Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, complementou o raciocínio com oração curta, porém enfática, ao assentar que “a minoria de hoje tem de ter espaço para ser a maioria de amanhã”.

O tênue equilíbrio entre *igualdade de chances* e resultado das urnas deve ser observado com rigor. Se, de fato, por certo prisma, descabe assegurar indiscriminadamente a todo e qualquer partido, de forma igualitária em absoluto, direito de antena e de recebimento de recursos públicos apenas por ter estatuto registrado no Tribunal Superior Eleitoral, sob pena de comprometer o próprio regime democrático a partir do surgimento de legendas com interesses escusos, de outra parte – e frise-se com a necessária relevância – *é inconstitucional fixar parâmetros desproporcionais que ocasionem, a passos lentos, a morte do ente parti-*

¹⁶ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 735-738.

¹⁷ Ibid., p. 739.

dário ao se garantirem ínfimos recursos e exposição na mídia em comparação com outros já estabelecidos.

Ultrapassado esse óbice e admitindo-se a criação de *cláusula de desempenho*, é de se acrescentar que referida regra já existe em outros países.

O exemplo mais conhecido é o da Alemanha¹⁸, em que atualmente a *cláusula de desempenho* se encontra no patamar de 5%.

Roberto Carlos Martins Pontes e Leo Oliveira van Holthe, após traçarem panorama histórico da *cláusula de desempenho* nesse país europeu, examinaram o resultado da eleição ocorrida em 2013, em que somente cinco de 34 agremiações participaram da distribuição de cadeiras no Parlamento:

Para a maioria da doutrina, a grande causa da concentração do sistema partidário alemão em um pequeno número de agremiações foi a aplicação da cláusula de barreira.

A partir dos resultados das eleições recentes, pode-se concluir que o sistema alemão já se estabilizou em torno de 6 grandes partidos (CDU, CSU, SPD, Partido Verde, “A Esquerda” e Partido Liberal – FDP).

Nas eleições parlamentares realizadas desde a reunificação alemã de 1990, a média histórica de desconsideração de votos dados a partidos políticos pequenos pela cláusula de barreira gira em torno de 5%. Contudo, nas eleições de 2013, uma taxa inédita e surpreendente de 15% dos segundos votos válidos em toda a Alemanha (dados por mais de 7 milhões de eleitores) foram simplesmente desconsiderados na distribuição das cadeiras do Bundestag, vez que foram dados a partidos políticos que não lograram alcançar a cláusula de desempenho.

Na prática, dos 34 partidos políticos que participaram do pleito de 2013, 29 não alcançaram a cláusula de barreira. Em consequência, apenas 5 partidos (CDU, CSU, SPD, o Partido Verde e A Esquerda) participaram da distribuição de cadeiras do Parlamento alemão.

Entre os partidos que ficaram de fora, destacam-se:

a) o tradicional partido liberal alemão (Freie Demokratis-

¹⁸ PONTES, Roberto Carlos Martins; VAN HOLTHE, Leo Oliveira. **O Sistema Eleitoral Alemão Após a Reforma de 2013 e a Viabilidade de Sua Adoção no Brasil**, 2015. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema6/2015_1531-sistema-eleitoral-alemao-leo-van-holthe-e-roberto-pontes >. Acesso em: 4 dez. 2016.

che Partei – FDP), que obteve 4,8% dos segundos votos válidos;

b) os recentes partidos “Alternativa para a Alemanha” (Alternative für Deutschland – AfD), com 4,7%; e “Partido Pirata” (Piratenpartei Deutschland), com 2,2%.

Tanto o ineditismo do patamar de 15% de votos desconhecidos, como o fato de o tradicional partido liberal alemão (FDP) ter ficado de fora do Bundestag, provocaram questionamentos quanto à legitimidade desse instituto, baseados nos argumentos de que o sistema eleitoral alemão já estaria estabilizado e a cláusula de 5% se mostraria excessiva para os dias atuais.

Na França¹⁹, as agremiações – em sistema de listas fechadas – também necessitam de 5% de votos para conquistar representatividade.

Na Itália²⁰, requer-se obtenção de 1% de votos e que o partido venha a eleger representante em ao menos um distrito.

De outra parte, na Suécia²¹, há mescla de requisitos: a agremiação supera a *cláusula de desempenho* caso obtenha mais de 4% do total de votos *ou* consiga eleger candidato em ao menos 12% dos distritos.

Espanha, República Tcheca, Polônia e Hungria²² adotam percentuais que variam entre 3% e 5% de votos válidos.

O exame perfunctório desses casos vem a reforçar a conclusão de que a fórmula antes existente no direito brasileiro foi declarada inconstitucional não por ser inadmissível ou imprópria em nosso sistema jurídico, mas por absoluta desproporcionalidade das regras outrora estabelecidas²³.

Nesse contexto, é de se ressaltar, em um primeiro momento, que a Proposta de Emenda à Constituição (PEC 36/2016), ao estabelecer que “somente os partidos políticos com funcionamento parlamentar terão direito a estrutura própria e funcional nas casas legislativas, participarão da distribuição dos recur-

¹⁹ REIS, Maria Amaro dos. **Cláusula de Desempenho e Fortalecimento dos Sistemas Representativo e Partidário no Brasil**, 2014. Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/1594/clausula_desempenho_sistema_partidario_reis?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 27 nov. 2016.

²⁰ REIS, 2014, loc. cit.

²¹ REIS, 2014, loc. cit.

²² REIS, 2014, loc. cit.

²³ A propósito, o vigente Código Eleitoral de 1965 traz em seu bojo uma espécie de *cláusula de desempenho*, denominada quociente eleitoral, nos termos do art. 106, *in verbis*: “determina-se o quociente eleitoral dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior”.

sos do fundo partidário e terão acesso gratuito ao rádio e à televisão”, deve ser vista com ressalva, embora preveja possibilidade de partidos menores formarem *federações*²⁴, porquanto mais uma vez se estaria a afastar incidência do princípio da *igualdade de chances*.

Em suma, a introdução de *cláusula de desempenho* no direito brasileiro há de observar duas etapas. A primeira, com base no princípio da *igualdade de chances*, a fim de assegurar aos partidos políticos recursos minimamente razoáveis à sua sobrevivência, sejam eles financeiros ou relativos ao seu espaço na mídia. A segunda deve compreender mecanismos que lhes permitam, a partir da eleição de representantes de seus quadros, possuir voz ativa nas Casas Legislativas.

3 CLÁUSULA DE DESEMPENHO E GOVERNABILIDADE

A fixação de *cláusula de desempenho* no ordenamento jurídico brasileiro, além de observar os parâmetros de proporcionalidade delimitados no capítulo anterior, não pode se distanciar de outro aspecto fundamental ao Estado Democrático de Direito: a *governabilidade*.

No direito alemão, ao se inserir a *cláusula de desempenho* objetivou-se – além de afastar a ascensão de agremiações extremistas, especialmente diante da traumática experiência com o nazismo – assegurar que a fragmentação partidária não viesse a comprometer a estabilidade governamental, como bem consignam Roberto Carlos Martins Pontes e Leo Oliveira van Holthe²⁵:

[...] A inserção de uma cláusula de barreira no Código Eleitoral alemão de 1949 buscou evitar novas situações de grande fragmentação partidária, a exemplo da ocorrida nos anos 1920 (em que até 17 partidos chegaram a estar representados no Parlamento, inviabilizando a formação de maiorias governamentais estáveis) e que, entre outros fatores, motivaram a derrocada da República de Weimar e a ascensão do nazismo.

²⁴ “Art. 17-A. Partidos políticos com afinidade ideológica e programática poderão unir-se em federação, que terá os mesmos direitos e atribuições regimentais dos partidos nas casas legislativas e deverá atuar com identidade política única, resguardada a autonomia estatutária dos partidos que a compõe.

§ 1º Será considerado para fins de obtenção do direito a funcionamento parlamentar o somatório dos votos válidos recebidos pelos partidos integrantes da federação nas eleições para a Câmara dos Deputados”.

²⁵ PONTES, Roberto Carlos Martins; VAN HOLTHE, Leo Oliveira. **O Sistema Eleitoral Alemão Após a Reforma de 2013 e a Viabilidade de Sua Adoção no Brasil**, 2015. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema6/2015_1531-sistema-eleitoral-alemao-leo-van-holthe-e-roberto-pontes. Acesso em 4 dez. 2016.

Para evitar tais situações, bem como impedir o acesso de partidos extremistas (ex.: neonazistas) ao Parlamento e favorecer a governabilidade e a estabilidade do sistema político, o sistema eleitoral alemão previu que apenas os partidos que ultrapassem a cláusula de barreira (consistente no desempenho mínimo de 5% dos segundos votos válidos em nível nacional ou a conquista de pelo menos 3 mandatos majoritários em qualquer dos distritos da Alemanha) participam da distribuição das cadeiras do Parlamento. [...]

Em relação ao entendimento da Corte Constitucional alemã sobre o tema, em decisão datada de 23 de janeiro de 1957, esse Tribunal considerou a cláusula de barreira compatível com a Constituição, tendo em vista que a traumática experiência histórica alemã vivida na época da República de Weimar indicava que a estabilidade do sistema político e a formação de governos estáveis seriam valores maiores em relação à exata proporcionalidade da vontade política dos eleitores. Rejeitou-se, à época, a alegação de que a cláusula de barreira violaria o direito das minorias de participarem do Parlamento.

De fato, a cisão das Casas Legislativas em inúmeras bases partidárias dificulta sobremaneira a formação de coalizões e a tomada de decisões essenciais ao desenvolvimento do País.

Essa dificuldade também é observada em estudo desenvolvido por Pipa Norris, da Universidade de Havard²⁶, que, em acréscimo à natural instabilidade de um sistema multipartidarista fragmentado, consigna também o caráter quase personalíssimo das agremiações que se concentra em seus principais líderes.

Do mesmo modo, o multipartidarismo no parlamento compromete sobremaneira o plano de governo, implica mais negociações de emendas parlamentares em troca de apoio legislativo e resulta em crises de governabilidade quando o chefe do Poder Executivo enfrenta decréscimo de popularidade perante o eleitorado. Confira-se:

Debates about constitutional reform in Brazil have surfaced on many occasions due to the classic difficulties of governability in

²⁶ NORRIS, Pipa. **Electoral Reform & Fragmented Multipartyism The mechanical and psychological effects of electoral systems on party systems**, 2002. Disponível em: <https://www.hks.harvard.edu/fs/pnorris/Acrobat/Brazil%20Electoral%20Reform.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2016.

a political system combining a fragmented multiparty system with personalistic and undisciplined parties, the separation of executive-legislative powers, and vigorous state federalism. Parties-in-government should function as the glue that binds together the federal executive and legislature horizontally, while parties-as-organizations should link members of Congress with local activists and voting supporters vertically, but in Brazil these institutions commonly fail for many reasons. As Scott Mainwaring notes, in principle Brazilian presidents have sweeping formal constitution powers to set the policy agenda and yet in practice they have only limited ability to implement their legislative program, due to lack of partisan support in Congress. Since 1950, no popularly elected president has enjoyed a Congressional majority, mainly because concurrent elections generate weak Presidential coattails. To secure support for their policy proposals, Presidents have attempted to build multiparty coalitions within Congress; used patronage appointments and financial resources to get the backing of individual legislators; and attempted to circumvent Congress when implemented policies by decree and by bureaucratic agencies. Catchall, fluid, and personalistic Congressional parties do support popular presidents in temporary alliances, but these coalitions disintegrate when presidents fall from public esteem in difficult times. Weak party discipline in Congress, and minimal accountability of elected members to grassroots party members or local constituents, generates few effective sanctions if politicians cast legislative votes contrary to the party line, or if they switch party affiliations and cross the floor. The use of compulsory (mandatory) voting laws means politicians have little incentive to develop local party organizations for get-out-the-vote drives. Presidential campaigns revolve primarily around the personalities of alternative leaders, rather than involving serious and sustained debate about substantive policy issues and each party's collective programmatic platform. Attempts to introduce other electoral reforms have had only mixed success, including those regulating campaign finance and introducing gender quotas into the candidate nomination process. As a result of divided government and the weaknesses of parties, Brazilian democracy has frequently experienced legislative-executive stalemate and policymaking logjams,

generating what has been termed 'deadlocked democracy', or a crisis of governability.

Many believe that the electoral system contributes towards and help maintain fragmented multipartyism. The Brazilian electoral system, adopted in the 1988 constitution, uses open party list PR (with preferential voting) in elections held every four years for the Congress, with 513 seats in 27 electoral districts (states) in the lower house and seats allocated by the d'Hondt highest averages electoral formula. Electoral thresholds in qualifying for a seat operate at district (state) not national level. The party system exhibits all the classic characteristics of fragmented multipartyism. The November 1998 Congressional elections resulted in a five-party coalition government, with no party winning more than one fifth of the vote, and the entry into Congress of sixteen parties. Using the Laakso and Taagepera (1979) measure of the effective number of parliamentary parties (ENPP), the 1998 Congressional election generated a remarkably high ENPP of 7.13; in comparison only a few other democracies have registered greater party fragmentation in recent elections, and these have usually been plural societies with deep ethno-political cleavages, exemplified by Belgium and Israel. Presidential and Vice Presidential contests use the majoritarian 2nd Ballot runoff electoral system with concurrent 4-year fixed-term elections.

Assim, a cláusula de desempenho em debate no Congresso Nacional também deve levar em conta um mínimo de governabilidade, sob ponto de vista pragmático, que viabilize o desenvolvimento de plano de governo.

4 CONCLUSÃO

A fixação de *cláusula de desempenho* no direito brasileiro, em substituição à criticada – e inconstitucional – *cláusula de barreira* do art. 13 da Lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos), deve levar em conta dois parâmetros fundamentais à viabilidade do sistema político e de governo brasileiros, equilibrando, em sua formulação, o nascimento e a sobrevivência formal e material de agremiações e, de outra parte, governabilidade que permita o desenvolvimento do país.

O primeiro desses parâmetros – nascimento e sobrevivência de partidos – há de observar o princípio fundamental do pluralismo político, a teor do art.

1º, V, da Constituição Federal, e, ainda, *proporcionalidade e igualdade de chances* a fim de que novas agremiações tenham acesso a recursos do Fundo Partidário e direito de antena, viabilizando-se também funcionamento parlamentar caso venham a eleger representantes.

Por sua vez, a segunda baliza consiste em assegurar a governabilidade, propiciando-se condições mínimas para efetiva execução de plano de governo que permita o desenvolvimento do País.

A despeito da extrema relevância desses aspectos, é necessário observar que a criação de *cláusula de desempenho*, por si só, é incapaz de solucionar as lacunas e deficiências do atual sistema político brasileiro.

Em outras palavras, a *cláusula de desempenho* deve constituir mais um dentre inúmeros temas inerentes ao debate da reforma política, destacando-se o sistema de listas, as coligações partidárias, o voto distrital e o número de representantes de cada unidade da Federação na Câmara dos Deputados²⁷.

É a partir desses mecanismos, em conjunto, que o sistema político-eleitoral brasileiro poderá obter verdadeiro avanço em sua formulação, com consequências diretas e benéficas à população.

Em conclusão, a *cláusula de desempenho*, somada a outros mecanismos, é requisito essencial à governabilidade e sua criação deve se distanciar do norte anterior da Lei dos Partidos Políticos e se aproximar dos princípios e garantias constitucionais que pautam as agremiações partidárias.

REFERÊNCIAS

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LINS, Rodrigo Martiniano Ayres. **Direito Eleitoral Descomplicado**. 2. ed. Rio de Janeiro : Ferreira, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 728-729.

NICOLAU, Jairo. **Sistemas Eleitorais**, 6. ed. São Paulo: FGV Editora, 2012.

²⁷ Trata-se de preocupação também externada pelo e. Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da ADI 1.351.

NORRIS, Pipa. **Electoral Reform & Fragmented Multipartyism The mechanical and psychological effects of electoral systems on party systems**, 2002. Disponível em: <https://www.hks.harvard.edu/fs/pnorris/Acrobat/Brazil%20Electoral%20Reform.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2016.

PONTES, Roberto Carlos Martins; VAN HOLTHE, Leo Oliveira. **O Sistema Eleitoral Alemão Após a Reforma de 2013 e a Viabilidade de Sua Adoção no Brasil**, 2015. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema6/2015_1531-sistema-eleitoral-alemao-leo-van-holthe-e-roberto-pontes. Acesso em: 4 dez. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **O Delineamento do Estatuto dos Partidos Políticos na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/41526/40876>. Acesso em: 4 dez. 2016.

REIS, Maria Amaro dos. **Cláusula de Desempenho e Fortalecimento dos Sistemas Representativo e Partidário no Brasil**, 2014. Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/1594/clausula_desempenho_sistema_partidario_reis?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 27 nov. 2016.