

## **PARECER SOBRE CLÁUSULA DE EXCLUSÃO SUPERIOR A 5% DOS VOTOS**

### **Súmula**

A cláusula de exclusão contida no § 2º do art.109 do Código Eleitoral de 1965, compreendendo, em Alagoas, 11,1% dos votos partidários válidos,- vulnera gravemente não apenas o princípio da proporcionalidade e o sistema proporcional mas os princípios da igualdade do valor do voto e do pluralismo político, assegurados pela Constituição promulgada em 1988; e, por esse motivo, revogada por esta última, é nula, vazia e destituída de eficácia jurídica.

Há um consenso indisputado, na literatura internacional da ciência política e do direito eleitoral, de que, introduzidas em sistemas proporcionais, cláusulas de barreira superiores a 5% dos votos válidos na circunscrição ou no distrito geram efeitos de maioria e são, portanto, incompatíveis com o princípio da proporcionalidade da representação política, que a Constituição de 1988 consagra tão enfaticamente quanto a de 1946: de acordo com o artigo 56 da Carta de 46 os deputados deveriam ser eleitos "segundo o sistema de representação proporcional"; de acordo com o artigo 45, caput, da Lei Fundamental de 88, "pelo sistema proporcional".

O corolário desta proposição consiste em que tais cláusulas não poderiam ter sobrevivido à vigência da Constituição de 1988, simplesmente porque esta última não as recepcionou e, ao contrário, rejeitou-as, explicitamente, por força do artigo 45.

O Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha sustentou, em diferentes decisões ( BVerfGE 1, 209-256; 2, 383 e sgs.; 4, 1/40/143/380; 5, 85; 6,94, entre outras), que cláusulas de barreira que excedam a 5% dos votos são "incompatíveis, de fato, com o princípio de representação proporcional" e "com a igualdade de oportunidades dos partidos, constitucionalmente assegurada e, portanto, são inconstitucionais"<sup>1</sup>

### **Os fatos**

A coligação PRB/PT/PSC/PL/PRONA/PCdoB concorreu, em 2006, com candidatos à Câmara dos Deputados, pelo Estado de Alagoas, tendo obtido 152.049 votos, 9,13% dos votos válidos naquele colégio eleitoral, ao qual cabe eleger nove deputados federais.

---

<sup>1</sup> Dieter Nohlen, *Sistemas Electorales Del Mundo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, p.306.

Contudo, foi simplesmente eliminada do cálculo de distribuição das cadeiras legislativas, por decisão do Tribunal Regional Eleitoral daquele Estado, com fundamento no § 2º do art.109 do Código Eleitoral, que define o cociente eleitoral, 11,1% dos votos válidos em Alagoas, como requisito para que o partido ou a coligação participe da distribuição das cadeiras da Câmara dos Deputados que cabem àquele colégio eleitoral. Se a cláusula de exclusão não existisse, ou se – considerada nula em face dos princípios e da sistemática da Constituição de 1988, editada mais de duas décadas depois – não produzisse os seus efeitos, os resultados do escrutínio teriam sido decisivamente diferentes. Calculada a distribuição das cadeiras legislativas segundo a fórmula das mais fortes médias – que, importa assinalar, exerce por si mesma efeitos concentradores –, adotada pelos artigos 107,108 e 109, do Código eleitoral, aquela coligação teria eleito um deputado federal. Esse deputado seria João Caldas da Silva, que – exercendo à época o segundo mandato como deputado federal por Alagoas e ocupando meritoriamente a Quarta Secretaria da Câmara dos Deputados – fora o mais votado de sua coligação, com 34.314 votos

A tabela I compara os resultados da operação da fórmula das mais fortes médias, com e sem a cláusula de exclusão.

**TABELA I**

Eleições de 2006 para a Câmara dos Deputados em Alagoas: Apuração dos Votos com e sem o Parágrafo 2º do artigo 109 do Código Eleitoral

Partidos e Coligações	Votos Válidos	%	Número e % de Cadeiras	
			com cláusula de exclusão	sem cláusula de exclusão
PP/PTB/PFL/PMN/PV	517393	37,25	4 (44,44)	3 (33,33)
PMDB/PPS/PSDB/PTdoB	412456	29,69	3 (33,33)	3 (33,33)
PDT/PHS/PTC/PSB/PRP	280574	20,20	2 (22,22)	2 (22,22)
PRB/PT/PSC/PL/PRONA/PCdoB	152049	10,94	0	1 (11,12)
PSOL/PSTU/PCB	13879	0,99	0	0
PRTB	8891	0,64	0	0

PSDC	1406	0,10	0	0
PAN	1324	0,09	0	0
PTN	882	0,06	0	0
Totais	1.388.854	100	9 (100)	9 (100)

---

Cociente eleitoral: 154.317

A simples leitura da tabela revela dois fenômenos extremamente importantes.

A fórmula das médias mais fortes cumpriu perfeitamente, sem a cláusula de exclusão, a função para a qual se supunha necessária aquela cláusula, eliminando da representação congressional partidos e coligações sociológica e eleitoralmente irrelevantes, no caso quatro partidos e uma coligação partidária. A cláusula de exclusão é, portanto, desnecessária para os propósitos que a justificariam.

Por outro lado, a cláusula de exclusão subverteu os resultados da fórmula das mais fortes médias e, ao fazê-lo, violou claramente a decisão do eleitorado.

### **A cláusula de exclusão e seus efeitos**

A cláusula de exclusão – na República Federal da Alemanha denominada *sperrklausel*, cláusula de barreira – é o percentual mínimo de votos válidos que cada partido deve conquistar para ser admitido à representação política, participando do cálculo de distribuição proporcional das cadeiras legislativas. Trata-se de um patamar mínimo de votos, aquém do qual o partido é considerado não apenas eleitoral mas sociologicamente irrelevante, excluído da distribuição das cadeiras legislativas e, portanto, eliminado da representação parlamentar ou congressional.

Há um consenso na literatura técnica sobre os sistemas eleitorais de que a cláusulas de exclusão de 5% ou menos dos votos partidários válidos, especialmente quando em escala nacional ou em distritos eleitorais que elegem números elevados de representantes, são perfeitamente consistentes com a natureza e o bom funcionamento dos sistemas de representação proporcional.

Este foi também o entendimento de uma decisão histórica do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha.

Mas quer a literatura científica, quer a decisão da Corte Constitucional Alemã, concordam também que cláusulas de exclusão superiores a 5% ou/e aplicadas em distritos que elegem números reduzidos de representantes produzem efeitos majoritários e violam, portanto, o princípio e a prática da representação proporcional.

Este é, sem qualquer dúvida, o caso, no Brasil, de pelo menos onze unidades federativas – cada uma das quais elege oito deputados federais e em cada uma há uma cláusula de exclusão de 12,5%– e de Alagoas, que elege nove deputados federais com uma cláusula de exclusão de 11,1%, como se verá na Tabela III e no argumento que segue.

Desde o Código de 1935 (art.94), na escalada autoritária que conduziria ao Estado Novo, a lei eleitoral brasileira define o cociente eleitoral como cláusula de exclusão, eliminando do cálculo de distribuição das cadeiras legislativas os partidos cuja votação permanece aquém daquele valor.

O mesmo mecanismo reapareceu no limiar do regime constitucional de 1946, desempenhando um papel fundamental na estratégia de sobrevivência adaptativa e dissimulada do autoritarismo estadonovista e das forças políticas que até então o haviam sustentado. No epílogo da ditadura, o Código Eleitoral, editado pelo decreto-lei 7.586 em maio de 1945 e conhecido como Lei Agamenon, por referência ao

seu principal artífice, o ministro da justiça Agamenon Magalhães, estabeleceu que cada partido elegeria, nos pleitos proporcionais, todos os candidatos que obtivessem o cociente eleitoral e, além desses, pela legenda, na ordem decrescente da votação individual de cada um, tantos deputados quantos, somados aos primeiros, coubessem no cociente partidário. Entretanto, feitas essas operações, o sistema atribuía muito simplesmente as sobras eleitorais ao partido que tivesse "alcançado o maior número de votos, respeitada a ordem de votação nominal de seus candidatos" (art. 48), contendo, desse modo, uma cláusula implícita de exclusão que afastava da competição os partidos cujos votos não atingissem o cociente eleitoral ou partidário.

A preocupação estratégica da fórmula eleitoral que atribuía sem muita sutileza a totalidade dos assentos remanescentes ao partido majoritário, consistia em hiperdimensionar a representação parlamentar nacional e estadual do Partido Social Democrático, o PSD, que se constituía no ventre do Estado autoritário e que, essencialmente federativo, seria o elo capaz de fundir, pela via privilegiada dos interventores nos Estados, em um bloco único, flexível mas sólido, os interesses e a ação política dos estratos superiores do centralismo burocrático do Estado Novo, que permaneceria intacto e inalterado, e das oligarquias regionais mais importantes do país. Assim concebido, o partido majoritário asseguraria, através da redemocratização e da reconstitucionalização da ordem política, a sobrevivência adaptativa e a continuidade do sistema de poder da ditadura.

A fórmula eleitoral da lei Agamemnon exerceu sobre o processo eleitoral de dezembro de 45 um acentuado *efeito de maioria*, produzindo artificialmente, na linguagem de Douglas Rae, uma "maioria manufaturada de um só partido" que, conquistando 43% dos sufrágios,

obteve 53% dos assentos na Câmara dos Deputados e 54% da Assembléia Constituinte em seu conjunto.<sup>2</sup>

Em 1946, o Decreto-Lei 8835 previa a cassação do registro do partido que não tivesse obtido, nas eleições, pelo menos o mesmo número de votos do que o de eleitores que haviam sustentado o seu pedido de registro.

O Código Eleitoral de 1950 reteve a cláusula de exclusão do Código de 1945, prevendo, entretanto, a distribuição das cadeiras não ocupadas pelo cociente partidário, entre os partidos que o lograram, segundo a fórmula, ainda vigente, das maiores médias (art.59). Ainda assim, o art.148, § único, daquele Código introduzia um novo tipo de cláusula de exclusão: tratava-se não mais de afastar, do cálculo de distribuição das cadeiras legislativas, partido que concorre às eleições; mas de cancelar registro de partido, com fundamento no *desempenho* daquele em eleições já realizadas. Esse tipo de cláusula de exclusão, que afeta não apenas o acesso parlamentar mas a própria existência dos partidos, seria posteriormente adotado pelo regime militar, com a Lei Orgânica dos Partidos ( Lei 4740/65), a Constituição de 1967 e suas sucessivas emendas, de 1969, 1978 e 1985.

Enfim, o Código Eleitoral de 1965, ainda vigente, reiterou, em seu art. 109, § 2º, a adoção do cociente eleitoral como cláusula de exclusão.

No mesmo ano e mês, editou-se a Lei Orgânica dos Partidos que estabelece, como requisito para a existência do partido político, que este conte, inicialmente, com pelo menos 3% do eleitorado que votou na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em 11 ou mais Estados, com o mínimo de 2% em cada um deles (Lei 4740/65, art.7).

---

<sup>2</sup> Douglas W.Rae. *The Political Consequences of Electoral Laws*. New Haven. Yale University Press, 1967. pp.74-77.

Logo, a Constituição de 1967 passou a exigir um pesado requisito para a organização e funcionamento do partido político: ele deveria contar com 10% do eleitorado que houvesse votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em dois terços dos Estados, com o mínimo de 7% em cada um deles, bem como com 10% de deputados em pelo menos um terço dos Estados, e com 10% de senadores (art.149, VII).

Já a Emenda Constitucional n.1, de 1969 reduziu sensivelmente a magnitude da cláusula de 1967 para 5% do eleitorado que houvesse votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em pelo menos sete Estados, com o mínimo de 7% em cada um deles (art.152, VII).

No conjunto, a Emenda Constitucional n.11, de 1978, limitou ou flexibilizou aqueles requisitos, sob a forma de uma alternativa: filiação ao partido, como fundadores, de 10% de representantes na Câmara dos Deputados e no Senado, **ou** 5% do eleitorado que houvesse votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em pelo menos nove Estados, com o mínimo de 3% em cada um deles (art.1º. nova redação ao art. 152, § 2º, I e II).

Finalmente, no ocaso do regime militar, a Emenda Constitucional n.25, de 1985, abrandou ainda mais, a cláusula de exclusão: só teria direito à representação no Senado e na Câmara dos Deputados o partido que tivesse logrado o voto de pelo menos 3% do eleitorado em eleição para a Câmara dos Deputados, distribuídos em pelo menos cinco Estados, com o mínimo de 2% do eleitorado de cada um deles. E ainda acrescentava um parágrafo que permitia aos eleitos por partido que não tivesse cumprido aquele requisito preservarem os seus mandatos optando por qualquer dos partidos remanescentes (art.1º, nova redação ao art.152, §§ 1º e 2º).

Ainda assim, embora consistentes com o regime autoritário e com o bipartidarismo coercitivo, as cláusulas de exclusão estatuídas pelas Emendas Constitucionais de 1978 e de 1985 jamais foram aplicadas: no primeiro caso, a Emenda Constitucional n. 22, de 1982, dispôs que a cláusula não se aplicaria às eleições imediatamente subsequentes; no segundo, a própria Emenda que estabeleceu a cláusula dispôs pela sua não aplicação às eleições do ano seguinte.

Esses dados evidenciam que, embora pertença à continuidade da tradição política brasileira, a cláusula de exclusão não tem sido percebida como legítima, ao menos pelos próprios legisladores, incluídos evidentemente os legisladores constituintes.

Se todos os textos constitucionais precedentes haviam consagrado a cláusula de exclusão, embora com valores cada vez menores; e se, ao mesmo tempo, a sua aplicação era sempre postergada – é forçoso concluir pela existência de um consenso contra aquela cláusula.

Dois fatos possuem extrema importância a respeito.

Apesar das pressões do Poder Executivo, por meio da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, em favor da introdução da cláusula de barreira no texto constitucional – o Congresso Constituinte recusou a idéia. E o silêncio do texto constitucional deriva claramente da nítida compreensão, por parte dos Constituintes, de que, adotada, aquela cláusula agrediria princípios fundamentais da Constituição.

E significativamente, durante a Revisão Constitucional de 1993, o Parecer n. 36, de Nelson Jobim, tentando reintroduzir a cláusula de exclusão que a Constituição simplesmente rejeitara, não foi sequer votado pelo Congresso Revisor.

Enfim, apesar da confusão, conceitual e de linguagem, difundida quanto à matéria, o artigo 13 da lei 9096/95, a Lei dos

Partidos Políticos – que regula o artigo 17, IV, da Constituição Federal – não instituiu qualquer cláusula de exclusão. Introduziu, apenas, restrições e limitações ao desempenho parlamentar dos partidos, cuja constitucionalidade pode ou deve ser questionada, mas não constitui, neste passo, matéria *sub judice*.

Carl Friedrich afirma que a cláusula de exclusão executa “a sentença de morte” aos pequenos partidos e que, por esse motivo, deve ser questionada a sua natureza “verdadeiramente democrática”.<sup>3</sup>

E, avançando mais nessa direção, Giovanni Sartori entende que, em princípio, na conversão dos votos partidários em cadeiras legislativas partidárias, a cláusula de exclusão exerce um claro efeito concentrador quanto ao sistema partidário, reduzindo o número de partidos que integram o sistema partidário parlamentar, ou congressual, em relação ao número daqueles que integram o sistema partidário eleitoral, em prejuízo não apenas da proporcionalidade da representação política mas da própria sobrevivência de partidos que, embora não se incluam entre os grandes, são quer sociológica, quer eleitoralmente relevantes.<sup>4</sup>

Contudo, o autor deste Parecer tem sustentado e ora sustenta, a esse respeito, um argumento bem mais circunspeto.

Efetivamente, com ou sem cláusula de exclusão, e qualquer que seja a precisão da fórmula de alocação das cadeiras legislativas entre os partidos, a magnitude da circunscrição – definida simplesmente pelo **número de representantes que elege** – tem efeitos notáveis não apenas quanto à proporcionalidade por partidos entre votos e cadeiras legislativas mas quanto ao próprio número de partidos.

---

<sup>3</sup> Carl J. Friedrich. *Constitutional Government and Democracy. Theory and Practice in Europe and America*. Blaisdell Publishing. New York-London, 1964, p. 291.

<sup>4</sup> Giovanni Sartori. *Partidos e Sistemas Partidários*. Ed. Universidade de Brasília, Brasília, 1982, p. 123; *Elementos de Teoría Política*. Alianza Editorial, Madrid, 1992, p. 258, n. 35.

Fórmulas proporcionais mais precisas produzem maior proporcionalidade, embora não necessariamente maior número de partidos. Fórmulas proporcionais menos precisas concentram o sistema partidário e reduzem o número de partidos. Distritos de magnitude elevada viabilizam maior proporcionalidade e permitem a eleição de maior número de partidos. Distritos de magnitude reduzida exercem efeitos concentradores quanto ao sistema partidário e redutores quanto ao número de partidos.

Em obra publicada em 1994, concluí que

“Dentro de certos limites a cláusula de exclusão não só é consistente com a representação proporcional como nela introduz um elemento, em alguns casos essencial, capaz de contrabalançar a tendência – que, no sistema eleitoral, resulta da combinação entre a magnitude da circunscrição e a precisão da fórmula de distribuição das cadeiras legislativas entre os partidos – a povoar a representação parlamentar de partidos muito pequenos, sociológica e politicamente irrelevantes. Além de certo limite, que o Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha fixou em 5% sobre a totalidade dos votos nacionais, (...) a cláusula de exclusão torna-se incompatível com a representação proporcional, tendendo a produzir efeitos de maioria.”<sup>5</sup>

Efetivamente, o Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha concluiu que, embora seja incompatível com o princípio da representação proporcional, uma barreira legal que tenha como limite máximo 5% dos votos é capaz de permitir aos sistemas proporcionais conciliarem e integrarem o cumprimento de duas funções ao mesmo

---

<sup>5</sup> José Antônio Giusti Tavares. *Sistemas Eleitorais nas Democracias Contemporâneas. Teoria, Instituições, Estratégia*. Editora Relume Dumará, Rio de Janeiro, 1995, pp. 46-47.

tempo essenciais e contraditórias: eleger um parlamento que represente, proporcionalmente à força social e política de cada um, todos os projetos relevantes, e, ao mesmo tempo, assegurar a coesão, a homogeneidade e a solidez de uma base parlamentar de constituição e apoio ao governo. Mas, como observou Dieter Nohlen, além desse limite superior, o Tribunal “se opôs a qualquer mudança que pudesse fortalecer ‘o efeito de estrangimento’ do sistema eleitoral, como incompatível com o princípio da representação proporcional”.<sup>6</sup>

Combinando três variáveis fundamentais – a maior ou menor magnitude do distrito, a maior ou menor precisão da fórmula alocativa e o impacto maior ou menor da cláusula de exclusão – todo sistema eleitoral proporcional ocupa uma posição específica em um continuum de sistemas que parte da mais rigorosa proporcionalidade possível à maior e mais concentradora desproporcionalidade na conversão de votos para partidos e para candidatos em cadeiras legislativas e em representantes para esses partidos. Entretanto, movimentando-se na direção concentradora, o sistema atinge em dado momento um limiar a partir do qual passa a produzir efeitos de maioria. As mudanças de grau convertem-se em uma mudança de natureza: o sistema deixa de ser proporcional e se converte em sistema majoritário.

Concretamente, em sistemas eleitorais com distritos de magnitude suficientemente elevada – em regra, aqueles que elegem quinze ou mais representantes –, que empregam fórmulas proporcionais mais precisas de conversão de votos partidários em cadeiras legislativas partidárias, o recurso a cláusulas de exclusão de 5% ou menos é compatível com o princípio e com resultados proporcionais.

## **TABELA II**

### Valores da Cláusula de Exclusão de Nível Nacional

---

<sup>6</sup> Dieter Nohlen. “Two Incompatible Principles of Representation”, In Arend Lijphart and Bernard Grofman. *Choosing an Electoral System. Issues and Alternatives*. Praeger. New York, 1984, p.89.

em 27 Sistemas Eleitorais Proporcionais ou Mistos

Suíça: não possui cláusula de exclusão	Noruega: 4
Japão: idem	Suécia:4 Ucrânia: 4
Hungria: idem	República Federal da Alemanha: 5
Peru: idem	*França: 5
Coréia: idem	Nova Zelândia: 5
*Venezuela: 0.55	República Tcheca: 5
Holanda: 0,67	Rússia: 5
Israel: 1,5	Tailândia: 5
Dinamarca: 2	Taiwan: 5 * Bélgica: 5,5
México: 2	Polônia: 7
*Áustria: 2,5	*Grécia: 17 (para partidos) e 30 (para coligações)
Espanha: 3	
Eslovênia: 3	
Romênia: 3	

**NOTA.** Os dados sem asterisco referem-se ao período 1996-2001 e encontram-se em Pippa Norris. *Electoral Reform & Fragmented Multipartyism. The Mechanical and Psychological Effects of Electoral Systems on Party Systems.* In: International Conference Political Reform in Brazil in Comparative Perspective, Rio de Janeiro, 2002,. Quanto aos países assinalados em asterisco, os dados referem-se aos anos 80 e encontram-se Rein Taagepera & Matthew Soberg Shugart. *Seats and Votes. The Effects and Determinants os Electoral Systems.* Yale University Press. New Haven & London, 1989, Table 12.1, pp. 136-137.

Com algumas diferenças menores, o argumento pertence rigorosamente, a Dieter Nohlen, do qual afirmou o Ministro Nelson Jobim “que talvez seja o maior especialista do mundo em matéria de sistemas eleitorais”.<sup>7</sup>

Significativamente, na tabela II, entre 27 sistemas proporcionais ou mistos, cinco não empregam cláusula de exclusão e os demais empregam-na em nível nacional, isto é, em princípio, em circunscrições de magnitude elevada. Doze empregam cláusulas de exclusão menores do que 5%, sete empregam cláusulas de exclusão de 5% e apenas três empregam cláusulas de exclusão superiores a 5%: nos casos da Bélgica, da Polônia e da Grécia, o sistema eleitoral responde a situações excepcionais; e na Grécia, em particular, reflete a anomalia da alternância e da combinação entre instabilidade política e ditadura.

Entretanto, se a uma circunscrição de magnitude muito reduzida, na qual a distribuição das cadeiras legislativas se faz por uma fórmula pelo menos discretamente concentradora, adiciona-se uma cláusula de exclusão excessivamente elevada, por exemplo, superior a 10% - o resultado estará fora do alcance de qualquer compreensão racional, aproximando-se mais da fraude do que de qualquer arquitetura institucional. Este é precisamente o caso de Alagoas, um colégio que elege nove deputados federais pela fórmula da mais forte média e no qual o cociente eleitoral, tomado como cláusula de exclusão, é de 11,1%.

Percebe-se claramente o padrão insólito e iníquo da cláusula de exclusão em Alagoas, quando examinado na perspectiva de sua comparação não apenas com as democracias proporcionalistas da

---

<sup>7</sup> Dieter Nohlen. *Sistemas Electorales del Mundo*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981; *Sistemas Electorales y Partidos Políticos*. Fondo de Cultura Económica. México, 1994.

Europa e do mundo mas com os colégios eleitorais estaduais brasileiros de maior magnitude, o que se pode fazer recorrendo às tabelas II e III.

Afastando-se estranhamente da prática clássica e contemporânea das democracias proporcionalistas, o Brasil adota o cociente como cláusula de exclusão, de modo que funcionam, no sistema eleitoral brasileiro, 27 cláusulas de exclusão de tamanhos desiguais, uma em cada colégio eleitoral estadual e uma no Distrito Federal.

### **TABELA III**

#### Os Estados Brasileiros e o Distrito Federal Segundo o Número de Cadeiras na Câmara dos Deputados e o Valor Relativo do Cociente e Cláusula de Exclusão

Roraima 8 - 12,5%	Mato Grosso 8 - 12,5%	Pará 17 - 5,9%
Distrito Federal 8 -12,5%	Rondônia 8 - 12,5%	Ceará 22 - 4,5%
Rio Grande do Norte 8-12,5%	Alagoas 9 - 11,1%	Pernambuco 25 - 4,0%
Acre 8 - 12,5%	Espírito Santo 10 - 10,0%	Paraná 30 - 3,3%
Mato Grosso do Sul 8-12,5%	Piauí 10 - 10,0%	Rio Grande do Sul 31- 3,2%
Sergipe 8 - 12,5%	Paraíba 12 - 8,3%	Bahia 39 - 2,6%
Amapá 8 - 12,5%	Santa Catarina 16 - 6,2%	Rio de Janeiro 46 2,2
Amazonas 8 - 12,5%	Goiás 17 - 5,9%	Minas Gerais 53 - 1,9%
Tocantins 8 - 12,5%	Maranhão 18 - 5,9%	São Paulo 70 - 1,4%

Verifica-se pela tabela III que, no Brasil, apenas os oito colégios eleitorais estaduais de magnitude mais elevada, que elegem entre 22 e 70 representantes, possuem cláusulas de exclusão inferiores ao parâmetro internacional de 5%; e, entre eles, os dois maiores têm exclusão diminutas, ineficazes e irrelevantes. Mas em onze estados que elegem o mínimo constitucional de oito representantes a cláusula de exclusão passa a ser de 12,5%, duas vezes e meia superior ao do parâmetro de 5%, introduzido pela República Federal da Alemanha e consensualmente admitido por um bom número de democracias

proporcionalistas. Em Alagoas, que elege nove representantes, a cláusula de exclusão é de 11,1%.

À medida em que diminui a magnitude da circunscrição, eleva-se rapidamente a cláusula de exclusão e, com ela, os efeitos de concentração do sistema partidário e de exclusão de partidos menores.

Nos Estados que elegem doze representantes ou menos, a combinação entre a (1) magnitude distrital reduzida, (2) o valor extremamente elevado do cociente e (3) a definição dele como cláusula de barreira praticamente inviabiliza a *concorrência eleitoral de partidos* que, embora possuam certa expressão nacional, contam com menor, ainda que não negligenciável, representatividade local ou regional. A política nestes Estados fica confinada a dois ou três “grandes” partidos” satelitizados pelas oligarquias dominantes.

### **O § 2º do art.109 do Código Eleitoral e a Constituição de 1988**

No caso em apreço, a cláusula de exclusão, contida no 2º do art.109 do Código Eleitoral, simplesmente elimina da distribuição das cadeiras os partidos que não lograram o cociente eleitoral, esterilizando-lhes e desprezando-lhes os votos. Rigorosamente, não transfere esses votos para os partidos que lograram os cocientes. Simplesmente os faz desaparecer; mas, ao fazê-lo, assegura, aos candidatos dos partidos que atingiram o cociente partidário, um número maior de cadeiras do que aquele que teriam obtido com o simples valor do cociente. Ou seja, cada partido que não obtém o cociente eleva, ao custo da esterilização de seus próprios votos, o valor do voto dos partidos que atingiram o cociente. Esse artifício gera acentuada desproporção, por partidos, entre votos e cadeiras legislativas, em benefício da redução radical do número de partidos parlamentares frente ao número de partidos que competem no sistema eleitoral. Com ele, portanto, a concentração do sistema

partidário parlamentar em relação ao sistema partidário eleitoral produz-se ao custo da desigualdade do direito de voto.

O funcionamento de uma cláusula de exclusão de 11,1%, previsto no §2º do art.109 do Código Eleitoral de 1965, em um distrito eleitoral de magnitude reduzida, no qual a fórmula da mais forte média já exerce efeito concentrador, destrói claramente não apenas a representação proporcional, mas o princípio da igualdade quanto ao valor do voto, e compromete, no distrito, o pluripartidarismo, que constitui um componente importante do pluralismo político, predicado pela Constituição de 1988 (art.1º, V) como um de seus princípios fundamentais.

Acerca do pluripartidarismo, é importante compreender que não basta a liberdade ao pluripartidarismo no cenário eleitoral; e, novamente, só um sistema de representação proporcional é capaz de viabilizar a conversão do pluripartidarismo societário, que compete em eleições periódicas, em pluripartidarismo parlamentar, que, com a diversidade que lhe é intrínseca, constitui a base da democracia deliberativa moderna.

Dieter Nohlen afirma com propriedade que proporcionalidade e maioria são dois princípios antitéticos e irreconciliáveis de representação política.

A máxima da representação proporcional é a de one man, one vote, a cada eleitor um voto com igual valor. Pertence à natureza dos sistemas proporcionais contabilizar e valorizar igualmente todos, ou tendencialmente todos, os votos, com o propósito de assegurar voz e voto efetivos, no parlamento, à maior diversidade possível de tendências e projetos em que se divide a sociedade.

A máxima da representação majoritária é the-first-past-the-post, o primeiro pretere os demais, ou ainda, the winner takes all, o partido vencedor arrebatava todas as cadeiras disputadas. O sistema

majoritário considera apenas os votos do partido vencedor e despreza todos os demais, ainda que, se houver mais de dois partidos, os votos esterilizados sejam a maioria. E, a não ser em sociedades com tradição e cultura bipartidárias, sistemas majoritários exercem graves efeitos de exclusão política.

O corolário desta comparação consiste em que o preceito do artigo 14 da Constituição, "voto direto e secreto, com valor igual para todos", só pode ser assegurado pela representação proporcional, pois o patamar mínimo e crucial da igualdade do valor do voto consiste, precisamente, em que todos os votos sejam considerados e contabilizados.

Em suma, os princípios da proporcionalidade na relação entre votos e cadeiras legislativas por partidos e da igualdade quanto ao valor do voto encontram-se íntima e indissolúvelmente correlacionados entre si e ambos constituem valores fundamentais consagrados pela Constituição de 1988.

Como o Código Eleitoral *sub judice* foi editado na vigência da Constituição de 1946, importa comparar a concepção daquela com a atual acerca do sistema eleitoral.

A Constituição de 1946 estabelecia, em seu art. 134, " a representação proporcional dos partidos políticos nacionais, na forma que a lei estabelecer ". Tratava-se de um preceito laxo, que delegava ao legislador infra-constitucional a faculdade e o poder de prover a arquitetura institucional do sistema eleitoral.

A Constituição de 1988 dispõe, no artigo 45, que " A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional, em cada Estado e Território e no Distrito Federal." Trata-se de uma norma precisa, que estatui o *sistema proporcional* e não abre qualquer espaço para combinação ou variação que comprometa a sua natureza.

Ao eleger o termo *sistema proporcional* – em vez de apenas *representação proporcional*, entregando a faculdade e o poder da arquitetura institucional ao legislador ordinário, como fizera a Constituição de 1946 – a Constituição de 1988 confia ainda ao legislador um imenso espaço de liberdade na arquitetura dos sistema eleitoral: este pode escolher entre um espectro de sistemas mais ou menos proporcionais, ou mesmo, recorrendo a múltiplas combinações entre seus elementos, edificar um novo sistema proporcional; mas não pode escolher um sistema não proporcional ou, mais precisamente, introduzir em um sistema proporcional elemento que perverta a natureza proporcional que a Constituição lhe predicou.

A arquitetura do sistema proporcional penetrou tão sistematicamente o espírito da Constituição de 88, que esta assegura, na composição das Mesas e das diferentes Comissões do Congresso Nacional e de cada uma de suas Casas, “a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa” ou de ambas ( artigo 58 e parágrafos ).

A questão em apreço, como todas as outras concernentes ao princípio e ao sistema de representação proporcional, não envolve apenas utilidade e interesse públicos, que podem e devem ser dimensionados para o futuro. É também questão de justiça, que envolve lesão atual ou iminente a direitos não apenas da coligação e do candidato que ela elegeu mas, sobretudo, dos eleitores, cujos votos foram simplesmente desprezados, em clara violação ao princípio retor da representação proporcional e da lógica do sistema proporcional. Requer, portanto, para evitar males irreparáveis, a combinação de reflexão e urgência, que só as decisões judiciais podem prover.

Em Porto Alegre, 10 de novembro de 2006

José Antônio Giusti Tavares

POLIS - Pesquisa e Assessoria em Instituições Políticas e Governo