

A CLÁUSULA DE BARREIRA SOB A ÓTICA DO ATIVISMO JUDICIAL: UM ESTUDO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.354-8 e 1.351-3

PETER PANUTTO¹

LUCAS TEODORO DINO²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. 2.1 *Judicial review*. 2.2 Tese da anulabilidade da norma inconstitucional. 2.3 Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. 3 ATIVISMO JUDICIAL. 4 CLÁUSULA DE BARREIRA. 4.1 Emenda Constitucional 97/2017. 4.2 Consequências práticas da cláusula de barreira. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: Este estudo versa sobre a atuação ativista pelo Supremo Tribunal Federal em decisões de controle concentrado de constitucionalidade, através de análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.354-8 e 1.351-3. Há exposição acerca das origens do controle de constitucionalidade e a utilização deste instituto no direito brasileiro, passando pela análise do ativismo judicial e como ele surge nos tribunais do país, em especial na Suprema Corte, sendo, por fim, explorada a cláusula de barreira e sua inserção no ordenamento jurídico, bem como as controvérsias acerca do modelo adotado pelo legislador. Ao final, são abordadas as consequências práticas deste instituto no cenário político atual do Brasil, concluindo-se que o ativismo judicial pode configurar contrassenso ao princípio da separação de poderes, elemento essencial para garantia de um estado democrático, e precisa encontrar limites para que não invada competência do Poder Legislativo.

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Professor da Graduação e do PPGD da PUC-Campinas. Pós-doutorando na Faculdade de Direito da USP. Advogado.

² Pós-graduando em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho na Escola Paulista de Direito. Bacharel em Direito pela PUC-Campinas. Advogado.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Cláusula de Barreira. Controle de Constitucionalidade. Lei dos Partidos Políticos. Supremo Tribunal Federal.

THE BARRIER CLAUSE UNDER THE OPTICAL OF JUDICIAL ACTIVISM: A STUDY OF DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY 1.354-8 e 1.351-3

ABSTRACT: This study deals with the activist action by the Federal Supreme Court in decisions that involve concentrated control of constitutionality, through analysis of Direct Actions of Unconstitutionality 1,354-8 and 1,351-3. There is an exposition about the origins of the constitutionality control and the use of this institute in Brazilian law, passing through the analysis of judicial activism and how it appears in the courts of the country, especially in the Supreme Court, being, finally, explored the barrier clause and its insertion in the legal system, as well as the controversies about the model adopted by the legislator, ending with the practical consequences of this institute in the current political scenario of Brazil. In conclusion, it can be seen that judicial activism may be contrary to the principle of separation of powers, an essential element to guarantee a democratic state, and must find limits so that it does not invade the competence of the Legislative Power.

KEYWORD: Judicial Activism; Barrier Clause; Constitutionality Control; Political Parties Law; Supreme Federal Court.

INTRODUÇÃO

Dentre as diversas normas presentes na Constituição Federal de 1988, a qual é fruto de um processo de redemocratização do estado brasileiro, está o Princípio da Separação dos Poderes, criado por Montesquieu, e que garante a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Tal princípio se relaciona com a tripartição dos poderes, que divide as funções a serem desempenhadas pelo Executivo, Legislativo e Judiciário, além de garantir um sistema de freios e contrapesos no qual os poderes sejam harmônicos e independentes, podendo atuar sem hierarquia entre si, cada qual no limite estabelecido pela Constituição.

No que diz respeito ao Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal exerce o papel de seu órgão máximo e, dentre todas as suas funções, assegura a correspondência dos atos normativos com a Constituição Federal, o que lhe garante o papel de guardião da Constituição. Aqui se prevê uma atividade jurisdicional, função típica do Poder Judiciário, denominada Controle de Constitucionalidade, de tal modo que não cabe ao Supremo criar norma constitucional, sob pena de ofender o Princípio da Separação dos Poderes ao invadir atribuição conferida ao Poder Legislativo.

Ocorre que há uma linha muito tênue entre o controle de constitucionalidade e a criação de normas constitucionais, sendo que não são raras as vezes em que se vê a Suprema Corte atuando com ativismo judicial, oportunidade na qual adota um comportamento atípico com a criação de normas, função típica do Poder Legislativo.

Há ainda os casos em que a Corte discute ato exarado pelo próprio Congresso sob o argumento de não haver nele uma compatibilidade com o texto constitucional, declarando-o inconstitucional para que não produza efeitos; vale destacar aqui que o Poder Judiciário age apenas quando é provocado, ou seja, não se trata de ativismo o ato de conduzir o processo, mas sim os limites da atuação jurisdicional.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição Federal é pressuposto de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico, visto que elas precisam estar em conformidade com a forma e o conteúdo estabelecidos pela Carta Magna, sob pena de serem consideradas nulas. Nada mais é do que uma salvaguarda do cumprimento de direitos fundamentais essenciais pelo legislador ordinário e pelo poder público, ou seja, uma espécie de limite - não absoluto - criado pelo próprio legislador constituinte a fim de evitar o manejo desnecessário das garantias estabelecidas por ele.

Estes direitos fundamentais são importantes porque servem como pilar de uma sociedade ansiosa por mudança. Normalmente, as constituições são escritas após um período de conflitos significativos em determinado Estado. Na Espanha, por exemplo, foi escrita a Constituição de 1978 após o regime ditador de Francisco Franco, instaurado com o fim da Guerra Civil Espanhola de 1936. No Brasil, a Constituição de 1988 surgiu após o período de ditadura militar, instaurado com o golpe de estado em 1964. Os acontecimentos históricos relevantes são marco para criação de novos direitos que têm por objetivo evitar retrocesso social e por isso há preocupação em manter o texto constitucional e aperfeiçoá-lo apenas em benefício do desenvolvimento da nação.

A Constituição é norteadora de todas as demais normas de um ordenamento jurídico não podendo haver contradições ao seu texto, sendo considerada um “padrão jurídico fundamental”³ a ser seguido pelo legislador infraconstitucional e pelos operadores do direito. Desta premissa temos a indispensabilidade de haver um procedimento previsto na própria Carta Magna para apuração da conformidade das leis ordinárias sob a ótica constitucional.

O controle de constitucionalidade, portanto, pode ser classificado sucintamente em político ou judicial e em preventivo ou repressivo. O controle judicial, por sua vez, subdivide-se em difuso e concentrado para definir qual órgão do Poder Judiciário o exercerá. Não obstante esta forma mais simplificada, a doutrina costuma fazer uma divisão em três grandes modelos de controle: o francês, o americano e o austríaco.

Historicamente a fiscalização de constitucionalidade se desenvolveu em três grandes modelos de controle de constitucionalidade: o francês, denominado político, que originalmente não admitia o controle de constitucionalidade senão pelo próprio Parlamento; nos Estados Unidos da América, surgiu o modelo difuso, garantindo-se aos juízes em geral a defesa da Constituição; o concentrado, também denominado

³ TOMAZETTE, Marlon. A evolução histórica do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 70/2010. p. 109 – 142, Jan – Mar / 2010 apud DALLARI, Dalmo de Abreu. **O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. Ajuris, n. 4. Porto Alegre: Ajuris, 1977. p. 153.

austríaco, exercido mediante atuação exclusiva de uma Corte Constitucional, especificamente criada para este fim.⁴

Relacionado ao momento em que ocorre a verificação de adequação da lei com a Constituição, o controle preventivo serve para sanar ou barrar inconstitucionalidade em projetos de lei que ainda não foram sancionados, sendo exercido no Brasil pelas Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania, conforme art. 32, inc. III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e art. 101, inc. I, do Regimento Interno do Senado Federal, e pelo Presidente da República com seu poder de veto no todo ou em parte do projeto, conforme art. 66, §1º, da Constituição Federal. Já o controle repressivo é aquele que ocorre quando a lei já está em vigor ou em *vacatio legis*, prestando-se à declaração de nulidade do diploma legal ou de algum de seus dispositivos.

Quanto à classificação em político e judicial, especialmente no Brasil, e em âmbito federal, temos que o primeiro é exercido por agentes investidos através do voto: Deputados Federais, Senadores da República e Presidente da República, e o segundo por funcionários públicos admitidos através de concurso ou de indicação para exercício de função jurisdicional: juízes, desembargadores e ministros.

Outra divisão oportuna é a que separa a inconstitucionalidade em material e formal, sendo que a primeira presta-se a análise do conteúdo do ato impugnado e a segunda está ligada ao seu processo legislativo de sua criação, ou seja, à competência do órgão que o editou e aos requisitos procedimentais adotados, sendo que ambas geram o mesmo efeito quando não estão em conformidade com a norma fundamental: o da nulidade.

2.1 JUDICIAL REVIEW

⁴ PANUTTO, Peter. **Fiscalização de constitucionalidade**: modelos e evolução. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 79/2012, p. 233 – 253, Abr – Jun / 2012.

O caso *Marbury v. Madison* se consagrou como o primeiro precedente de controle de constitucionalidade efetivamente protagonizado, embora haja outros precedentes em períodos diversos da história e até mesmo na antiguidade, o caso norte-americano demonstra-se como “o que ganhou o mundo”.⁵

A decisão proferida pelo então presidente da corte, Marshall, no desenvolvimento de seu voto, foi no sentido de que aquele tribunal teria competência para julgar uma lei inconstitucional, pois todas as leis deveriam estar em conformidade com a Constituição e caberia ao Poder Judiciário o papel de intérprete final para assegurar cumprimento desta norma fundamental e suprema.

Afirmou em seu voto também que “um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”⁶, declarando, portanto, que os efeitos da decisão que declara uma norma como inconstitucional são *ex tunc*, ou seja, possui retroatividade, e *erga omnes*, ou seja, alcança a todos.

2.2 TESE DA ANULABILIDADE DA NORMA INCONSTITUCIONAL

Hans Kelsen tinha entendimento divergente de Marshall e, ao inserir o controle de constitucionalidade na Áustria, impôs que esta atividade seria constitucional e não judicial, ou seja, uma norma poderia ser declarada inconstitucional apenas pela corte designada para tal função, não estando necessariamente dentro do Poder Judiciário.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 27.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 27.

Defendeu também a tese de que a decisão que declarasse uma lei inconstitucional geraria tão somente a anulabilidade dos atos praticados, o que significa dizer que os efeitos seriam *ex nunc*, sem retroagir⁷.

Kelsen também entendia que a lei deveria ser considerada válida até o julgamento de inconstitucionalidade pela Corte Constitucional, pois aquele que desobedecesse a norma correria o risco de que ela fosse julgada constitucional. Desta forma, estaria, portanto, atuando de forma ilegal⁸, de tal modo que até mesmo os juízes estariam submetidos à espera da decisão pela Corte Constitucional.

Citando García de Enterría, Luís Roberto Barroso demonstra a razão histórica para este modelo: “Kelsen queria com isso evitar um governo de juízes, numa época que havia certa revolta dos juízes contra a lei. [...] Proibindo os juízes de deixar de aplicar as leis, procurava submeter a jurisdição à legislação e à primazia do Parlamento.”⁹

2.3 SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição Federal brasileira adota dois mecanismos para a realização do controle judicial de constitucionalidade: o controle difuso e o controle abstrato (ou concentrado).

O controle difuso de constitucionalidade – também chamado de controle constitucional por via incidental –, inspirado na doutrina de Marshall, é aquele exercido em qualquer instância do Poder Judiciário por juízes, desembargadores

⁷ VILELA, Maristela Brandão. **Sobe a Inconstitucionalidade das Leis**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 15/1996, p. 169 – 183, Abr – Jun / 1996.

⁸ KELSEN, Hans, 1881-1973. **Jurisdição constitucional** / Hans Kelsen; introdução e revisão técnica. Sérgio Sérvulo da Cunha. - São Paulo: Martini Pontes, 2003. p. 326.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45.

ou ministros ao analisarem uma lide que invoque como tese do autor ou do réu a inconstitucionalidade de um ato ou de parte dele.

A decisão no controle incidental tem apenas efeito *inter partes*, porquanto a constitucionalidade não é o assunto principal discutido na lide, mas sim uma prejudicial à solução do conflito. Outra peculiaridade é que, de acordo com o art. 504, do Código de Processo Civil de 2015, a parte da sentença que declara inconstitucionalidade sequer é coberta pela coisa julgada, pois se trata dos motivos (razões) da decisão e não de sua parte dispositiva¹⁰.

Esta forma de controle de constitucionalidade pode ser suscitada pelo autor ou réu, exequente ou executado, bem como por terceiro interessado ou pelo Ministério Público na qualidade de parte ou de *custos legis*. O magistrado também pode conhecer de ofício a inconstitucionalidade de norma utilizada por uma das partes para sustentar sua tese.

A necessidade, porém, de existência de um caso ou controvérsia real não importa dizer que o juiz seja forçado a aguardar a alegação das partes para se manifestar sobre a eficácia da lei em face da Carta Constitucional. [...] Efetivamente, só uma demanda real dá ensejo ao pronunciamento dos juízes, mas, instaurado o processo, não está a justiça subordinada à alegação da parte para julgar inaplicável à hipótese a lei inconstitucional.¹¹

Por fim, no controle incidental pode-se reconhecer a desconformidade tanto de leis federais, estaduais e municipais em relação à Constituição, bem como qualquer outro ato normativo, como portarias e resoluções. Neste controle inexistente o fenômeno da preclusão, razão pela qual pode ser alegada a inconstitucionalidade até mesmo em sede recursal.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional** / Ingo Wolfgang Salet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 957.

¹¹ AURÉLIO, Marco. Voto proferido no Recurso Extraordinário 630.147 do Distrito Federal em 23 de setembro de 2010 apud BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Edição “Revista Forense”, 1999, p. 133.

Diferentemente do que ocorre no controle difuso, aqui o objeto principal da ação é a declaração de inconstitucionalidade de uma norma ou de parte dela, buscando-se o pronunciamento acerca da própria lei. É chamado de abstrato porque não há caso concreto levado à manifestação judicial, ou seja, presta-se a evitar os efeitos de um ato em descompasso com a Constituição Federal, sendo considerado um exercício atípico de jurisdição por não haver um litígio ou situação a ser solucionada com a aplicação da lei pelo julgador.¹²

O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal faz instaurar processo objetivo, sem partes, no qual inexistente litígio referente a situações concretas ou individuais. A ação direta destina-se ao julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas da validade da lei em tese. A tutela jurisdicional de situações individuais há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, à vista de um caso concreto, acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade.¹³

Também chamado de controle concentrado de constitucionalidade, o modelo surgiu na Áustria através de Hans Kelsen e tem este nome porque a fiscalização de adequação das normas à Constituição deveria concentrar-se exclusivamente em um órgão ou em órgãos delimitados. No Brasil, vale dizer, adotamos tanto o controle difuso quanto o concentrado, portanto, não há exclusividade na atribuição de declarar inconstitucionalidade de lei, mas sim efeitos diferentes para cada um deles.

No direito brasileiro, o controle abstrato de constitucionalidade pode ser exercido tanto pelo Supremo Tribunal Federal, quando o paradigma é a Constituição Federal, quanto pelos Tribunais de Justiça, quando os paradigmas são as Constituições Estaduais.

¹² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 120.

¹³ STF, **RDA**, 193:242, 1993, Rcl 397, rel. Min. Celso de Mello e STF, RTJ, 164:506, 1998, ADInMC 1.434-SP, rel. Min. Celso de Mello.

3 ATIVISMO JUDICIAL

Não há uma conceituação objetiva de ativismo judicial, pois sobre ele permeiam diversos pontos de vista que interferem na criação de um conceito sólido para a expressão. Enquanto alguns consideram o ativismo judicial como o exercício de função atípica pelo Poder Judiciário¹⁴, que acaba por fazer às vezes do legislador, outros entendem como uma forma de garantia dos direitos fundamentais elencados na Constituição¹⁵.

Ao analisar as várias ideias acerca do tema, parece ser mais didática e cabível a definição trazida pelo Ministro Luís Roberto Barroso:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil. [...] A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.¹⁶

A conclusão que se extrai das diversas conceituações de ativismo judicial é que se trata de uma interpretação extensiva da Constituição Federal, donde não só o texto literal importa, mas também seus fins a serem atingidos de acordo com as mudanças na sociedade, ou seja, é uma tentativa de atualizar e

¹⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. THAMAY, Renan Faria Kruguer. GRANADO, Daniel William. Processo Constitucional. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p.183.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Estado de Direito e Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 526.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn)Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, n.1, 2012, p. 23-32.

maximizar as intenções do legislador constituinte diante das transformações nestes 30 anos da Carta Magna.

Uma das finalidades que permeiam o ativismo judicial é a ponderação dos diversos direitos assegurados ao cidadão. É, por exemplo, na regulamentação do uso de algemas pela Súmula 11, do STF¹⁷, que parece haver uma tentativa de estabelecer harmonia entre a dignidade da pessoa humana, o respeito à integridade física e moral do réu e a segurança pública, todos previstos no artigo 5º da Carta Magna. Neste caso, entendeu-se que o uso inadequado de algemas pode levar à falsa ideia de periculosidade do preso pela sociedade.

Na contramão do ativismo judicial temos a chamada autocontenção judicial, que é exatamente seu oposto, quando o Judiciário limita ao máximo sua atuação a fim de não interferir, em hipótese alguma, na atuação dos outros Poderes¹⁸.

No tocante à justificativa para o desempenho de funções extraordinárias pela justiça brasileira, existe o que parece ser unanimidade na doutrina quando se afirma que, mesmo nos casos onde pareça ter extrapolado os limites de suas prerrogativas, o Poder Judiciário só atua quando provocado e não pode quedar-se inerte em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição¹⁹.

Para o Ministro Gilmar Mendes:

O Supremo Tribunal Federal não atua de ofício, escolhendo temas, a seu alvedrio, para proferir decisões com suposto conteúdo legislativo. A atividade judicante da Corte Suprema ocorre em demandas que nela aportam pela via dos recursos, após longos anos de tramitação e esgotamento de todas as instâncias jurisdicionais, ou pela via direta das ações do controle de constitucionalidade, propostas por pessoas ou entidades com

¹⁷ Súmula 11, do STF: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 326.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (Syn)Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, n.1, 2012, p. 23-32.

representação e legitimação social e política suficientes para levantar questões constitucionais de interesse de toda a sociedade.²⁰

A atuação do judiciário diante de questões que deveriam ser decididas por outros poderes tem, por diversas vezes, a verdadeira função de promover políticas públicas aos cidadãos que não veem o Estado cumprir suas prerrogativas, em especial no que se refere ao Poder Executivo quanto, por exemplo, deixa de fornecer remédios ou vagas em creches. No entanto, é valioso destacar que não são todos os casos em que o ativismo decorre da inércia, como veremos na análise da ADIn 1.354, mas sim da atuação típica do Poder Legislativo.

O ativismo judicial teve o início de seu protagonismo com a jurisprudência estadunidense, que deu sentido à expressão com a atuação de sua Suprema Corte.

O termo *judicial activism* foi dito pela primeira vez pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger Jr., em um artigo escrito para a revista Fortune, em 1947, de nome: *The Supreme Court: 1947*²¹, no qual fora abordada a divisão na Suprema Corte estadunidense na temática que tratava de direitos civis.

Um contexto histórico de evidente busca pela efetividade dos direitos foi a razão que deu início ao ativismo judicial nos Estados Unidos, sendo que até hoje vemos que a justificativa não mudou, sendo que agora, no Brasil, a promoção de políticas públicas é a principal premissa para atuação ativista do poder judiciário.²²

Mais à frente, entre 1954 e 1969, a Suprema Corte estadunidense deu ainda mais evidência ao termo ativismo judicial quando “ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 526.

²¹ LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008. p.19.

²² LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008. p.20.

Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais.”²³

No Brasil, o ativismo judicial vem ganhando espaço entre os juristas e teve sua evidência a partir da promulgação da Constituição de 1988, quando houve um processo de redemocratização no qual o Poder Judiciário ganhou relevância na interpretação do texto constitucional marcado por princípios e cláusulas abertas, passando a definir importantes questões sociais e políticas.

Com a adoção de um controle de constitucionalidade amplo, pelos modelos difuso e concentrado, o Poder Judiciário tem atuado ativamente diante da insatisfação da sociedade com os Poderes Legislativo e Executivo, aplicando e interpretando a constituição diante dos casos levados à sua análise, em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, o qual não permite que o Judiciário se esquive da análise de uma possível ameaça de lesão a direito.²⁴

Não obstante o importante papel exercido pelo STF para defender os direitos constitucionais, por vezes ele acaba se excedendo na sua atuação ordinária prevista na Carta Magna, criando o que parece ser uma “queda de braço” entre Judiciário e Legislativo.

Parte dos juristas que ousam opor críticas à atuação do STF sobre temas reservados a outros Poderes aponta a TV Justiça como sendo um marco inicial para o ativismo judicial da Suprema Corte Brasileira. Segundo Ives Gandra, o Supremo Tribunal Federal “sempre foi uma corte de legisladores negativos, ou seja, voltada a não dar curso às leis inconstitucionais, respeitando os Poderes políticos em sua função legislativa.”²⁵

²³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7ª. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 231.

²⁴ GALVÃO, Ciro di Benatti. **Ativismo judicial**: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, p. 91. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3101/pdf>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

²⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **STF não é legislador constituinte, mas guardião da Constituição**. p. 1. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-12/ives-gandra-supremo-nao-legislador-constituente?imprimir=1>. Acesso em 02 de junho de 2018.

No entanto, com a ascensão do protagonismo da Corte Constitucional brasileira, os Ministros passaram a atender aos anseios da sociedade muitas vezes de forma incondicional, dando mais valor à opinião pública em relação a certo tema do que se atentando à adequação ao ordenamento e ao respeito aos demais Poderes.

A rápida mudança, todavia, de sua composição e a introdução da TV Justiça, que permitiu o acesso de círculos não jurídicos às discussões nos tribunais, tornaram o STF um protagonista além de suas próprias fronteiras, passando de legislador negativo para positivo.²⁶

Luís Roberto Barroso elenca três fortes objeções ao ativismo judicial: riscos para a legitimidade democrática, uma vez que os juízes não são eleitos pelo povo e, portanto, não podem refletir a vontade da maioria da sociedade; risco de politização da justiça com decisões que mais parecem ser partidarizadas do que técnicas; a capacidade institucional do judiciário e seus limites ao princípio da separação dos poderes.²⁷

4 CLÁUSULA DE BARREIRA

Os partidos políticos são uma das formas de materialização da previsão constitucional do art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, que estabelece que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, pois

²⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **STF não é legislador constituinte, mas guardião da Constituição**. p. 2. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-12/ives-gandra-supremo-nao-legislador-constituente?imprimir=1>. Acesso em 02 de junho de 2018.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (Syn)Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, n.1, 2012, p. 23-32.

permitem a representatividade dos interesses da sociedade nos cargos eletivos, sendo o “liame entre o povo e o parlamento”²⁸.

A Constituição Federal trouxe a possibilidade de livre criação partidária como direito fundamental, o chamado pluripartidarismo, estabelecendo que a agremiação deve ter caráter nacional, sendo tais diretrizes disciplinadas pela Lei 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos), em seu art. 7.º, § 1.º.²⁹

A despeito da previsão constitucional de pluripartidarismo, o Congresso Nacional previu uma limitação da atuação dos partidos políticos em função de seus desempenhos nas eleições, a qual é chamada de Cláusula de Barreira ou Cláusula de Desempenho.

A primeira previsão de Cláusula de Barreira foi aprovada em 1995 para ter validade a partir das eleições de 2006, com mandatos iniciados em 2007. Segundo o art. 13 da Lei 9.096/1995, os partidos políticos com menos de 5% dos votos nacionais não teriam direito ao funcionamento parlamentar, ou seja, não poderiam indicar titulares para as comissões, incluindo Comissões Parlamentares de Inquérito, não teriam direito à liderança ou cargos na Mesa Diretora, bem como perderiam recursos do fundo partidário e ficariam com tempo restrito de propaganda eleitoral em rede de rádio e de TV.

Além de estabelecer parâmetros com base no total de votos nacionais, foi prevista ainda uma regra no que diz respeito à distribuição destes votos, devendo eles ser em, “pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles”³⁰.

Outros países, como a Alemanha, também adotam a regra da cláusula de barreira, no qual o partido político deve obter mais do que 5% dos votos na

²⁸ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. **Partidos políticos**. Revista dos Tribunais, vol. 909/2011, p. 129 – 162, Jul / 2011 DTR\2011\1883.

²⁹ CAMBI, Eduardo. OLIVEIRA, Priscila Sutil de. **Crise da democracia representativa e revitalização dos partidos políticos no Brasil**. Revista dos Tribunais, vol. 949/2014, p. 39 – 67, Nov / 2014. DTR\2014\17597.

³⁰ BRASIL. **Lei nº 9.096**, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Brasília / DF, set 1995.

votação proporcional, ou, no mínimo, três mandatos diretos, para que assuma algum cargo eletivo.

Caso o partido obtenha número inferior a 5% dos votos na lista partidária, ele não participa da divisão de cadeiras, tendo seus votos eliminados do cálculo nacional da distribuição dos assentos para o parlamento federal. Contudo, alcançando os três mandatos diretos no primeiro voto, o partido terá direito à representação parlamentar, sendo esta a cláusula alternativa. Se não alcançar também os três mandatos diretos, estará fora do parlamento³¹.

Quem é favorável à cláusula de desempenho alega que o sistema político do país está fragmentado pelo grande número de partidos e que “um sistema partidário fragmentado apresenta a mesma insignificância por ser um ‘subsistema’, do que uma situação de partido único”.³²

Os argumentos contrários à cláusula partem quase sempre da ofensa à norma fundamental do pluripartidarismo, pois o estabelecimento da regra geraria o enfraquecimento dos partidos políticos pequenos. Há quem sustente também que a cláusula pode levar pequenos partidos políticos extremistas, que não têm significativa representação parlamentar, a atuarem em atividades extraparlamentares, assumindo um papel peculiar na vida política do país fora do parlamento³³.

No Brasil, no ano de 1995, foram propostas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.351-3 e nº 1.354-8³⁴ respectivamente pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e pelo Partido Socialista Cristão (PSC), sendo que o Partido Verde (PV), o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), o

³¹ VIANA, João Paulo Saraiva Leão. **Reforma política**: cláusula de barreira na Alemanha e no Brasil / João Paulo Saraiva Leão Viana. – Porto Velho: EDUFRO, 2006. ISBN 85-88436-98-1, p. 34.

³² VIANA, João Paulo Saraiva Leão. **Reforma política**: cláusula de barreira na Alemanha e no Brasil / João Paulo Saraiva Leão Viana. – Porto Velho: EDUFRO, 2006. ISBN 85-88436-98-1, p. 100.

³³ NICOLAU, Jairo. A reforma política e os pequenos partidos. In: HERMANNNS, Klaus; MORAES, Filomeno. Reforma Política no Brasil – **Realizações e Perspectivas**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2003. ISBN 85-7504-051-0. p. 17-18.

³⁴ STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADIn 1.351-3 e ADIn 1.354-8. Relator Ministro Marco Aurélio. DJ: 18/12/2006. Portal. STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1626351>. Acesso em 19/10/2018.

Partido Popular Socialista (PPS) e o Partido Socialista Brasileiro (PSB) também manifestaram apoio aos dois primeiros e pediram para atuar como *amicus curiae* no processo.

O objetivo das ADIns era de que fosse declarada a inconstitucionalidade do artigo 13³⁵; exigência do art. 13 contida no art. 41, inciso II³⁶; o art. 48³⁷; exigência do art. 13 contida no caput do art. 49³⁸; e os artigos 56³⁹ e 57⁴⁰, todos da Lei dos Partidos Políticos.

O artigo 13 da Lei 9.096/1995, atacado pela propositura das ADIns, criava os requisitos para o pleno funcionamento dos partidos políticos no Brasil, ou seja, cria a denominada Cláusula de Barreira.

O instituto no modelo alemão foi utilizado em defesa do sistema brasileiro. Contudo, o relator do processo, ministro Marco Aurélio, considerou que a

³⁵ “Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha eleito 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.”

³⁶ 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: “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.”

³⁷ “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.”

³⁸ “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.”

³⁹ “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 eleito e mantenha filiados, no mínimo, três representantes de diferentes Estados; 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; 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; 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; 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.”

⁴⁰ “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: 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.”

cláusula de barreira instituída pelo legislador brasileiro restringia o funcionamento parlamentar e, portanto, seria divergente do modelo alemão.

O modelo confeccionado pelo legislador brasileiro não deixou qualquer espaço para a atuação partidária, mas simplesmente negou, *in totum*, o funcionamento parlamentar, o que evidencia, a meu ver, uma clara violação ao princípio da proporcionalidade, na qualidade de princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*)⁴¹.

Em 7 de dezembro de 2006 o Ministro Marco Aurélio submeteu à apreciação do plenário do Supremo Tribunal Federal as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.351-3 e nº 1.354-8, as quais foram julgadas totalmente procedentes por unanimidade de votos.

A intervenção no funcionamento parlamentar sem restringir o mandato em si foi o argumento que mais embasou a decisão do STF, tendo sido reiterado por várias vezes que esse era o ponto de maior divergência com o modelo adotado noutro país.

Estou certo de que se o legislador brasileiro tivesse conformado um modelo semelhante ao adotado no direito alemão, por exemplo, tal como explicado anteriormente, talvez não estaríamos aqui a discutir esse tema. É possível, sim, ao legislador pátrio, o estabelecimento de uma cláusula de barreira ou de desempenho que impeça a atribuição de mandatos à agremiação que não obtiver um dado percentual de votos⁴².

Outro ponto abordado e que merece destaque é o de que a restrição ao acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão pelos partidos políticos feriria o princípio da igualdade de chances, que garante o regime democrático

⁴¹ STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADIn 1.351-3 e ADIn 1.354-8. Relator Ministro Marco Aurélio. DJ: 18/12/2006. Portal. STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1626351>. Acesso em 19/10/2018.

⁴² STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADIn 1.351-3 e ADIn 1.354-8. Relator Ministro Marco Aurélio. DJ: 18/12/2006. Portal. STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1626351>. Acesso em 19/10/2018.

representativo e pluripartidário previsto na Constituição Federal, pelo qual todos deveriam gozar da oportunidade de transmissões eleitorais que se mostrem relevantes na difusão das ideologias partidárias.

Segundo a Suprema Corte, as regras contidas na Cláusula de Barreira inviabilizariam a sobrevivência de partidos políticos que não atingissem o estabelecido no artigo 13 da Lei 9.096/1995, na medida em que gozariam de apenas 1% do fundo partidário, sendo o restante de 99% compartilhado entre os demais que ultrapassassem o percentual legal. O tempo de televisão também ficaria limitado a 2 minutos por semestre, sendo que os partidos enquadrados na regra teriam 60 minutos, somado o tempo de programa e de inserções (propagandas).

A regra da “cláusula de barreira”, tal como foi instituída pela Lei nº 9.096/95, limitando drasticamente o acesso dos partidos políticos ao rádio e à televisão e aos recursos do fundo partidário, constitui uma clara violação ao princípio da “igualdade chances”⁴³.

A atuação ativista em assuntos ligados aos direitos políticos, em especial quando se diz respeito a partidos e proteção das forças políticas minoritárias, não é incomum no Supremo Tribunal Federal, tendo sido objeto também de mandado de segurança⁴⁴ e de outras ADINs⁴⁵.

⁴³ STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADIn 1.351-3 e ADIn 1.354-8. Relator Ministro Marco Aurélio. DJ: 18/12/2006. Portal. STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1626351>. Acesso em 19/10/2018.

⁴⁴ No MS 32.033/DF, a Suprema Corte analisou o PLC 14/2013, o qual pretendia impedir a transferência da cota de representatividade de um parlamentar (acesso gratuito a rádio e televisão, bem como aos recursos do fundo partidário), caso ele optasse por sair do partido que o elegeu para ser o fundador de outro. O PLC 14/2013 chegou a ser aprovado na Câmara dos Deputados, mas foi barrado no Senado Federal, por decisão liminar do STF, que entendeu que os partidos políticos mais fortes, que compunham a maioria do Congresso Nacional, não poderiam amesquinhar outras forças políticas (minoritárias). Ao deferir a medida liminar, o STF voltou a proteger as minorias políticas e a manter os argumentos contidos na decisão da ADIn 4.430/DF, pela proteção da livre criação de partidos políticos e dos instrumentos [...] para disputar as eleições em igualdade com os demais.

⁴⁵ Nas [...] ações diretas de inconstitucionalidade, o STF preservou o princípio da liberdade de criação e de transformação dos partidos políticos, contido no art. 17 da CF/1988, para assegurar que, na hipótese da criação de um novo partido, ele levaria consigo a representatividade dos deputados federais, no momento da sua criação, não da última eleição como pretendia o art. 47, §§ 2.º e 3.º, da Lei 9.504/1997.

4.1 EMENDA CONSTITUCIONAL 97/2017

Após o julgamento das ADIns que declarou a inconstitucionalidade da cláusula de barreira, o Congresso Nacional se empenhou em propor uma Emenda Constitucional que viabilizasse a imposição de regras para funcionamento dos partidos políticos.

Os primeiros movimentos tiveram início em 2011, quando o Deputado Federal Duarte Nogueira (PSDB/SP) elaborou a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 84/2011 a fim de alterar o parágrafo 1º do artigo 17 da Constituição Federal para vedar as coligações em eleições proporcionais⁴⁶. A proposta, embora apresentada, não foi votada em plenário na época.

Mais adiante, em novembro de 2016, o Senado Federal encaminhou à Câmara dos Deputados a PEC 36/2016, de autoria do Senador Ricardo Ferraço (PSDB/ES) juntamente com outros 35 parlamentares da mesma casa, que alterava diversos dispositivos da Constituição Federal, mantendo, inclusive, o mesmo dispositivo proposto para o parágrafo 1º do artigo 17 em 2011, de tal modo que a proposta do Deputado Federal Duarte Nogueira (PSDB/SP) se apensou a esta. Na Câmara, a PEC recebeu número 282/2016.

Finalmente as tramitações fizeram promulgar no Diário Oficial da União, em 5 de outubro de 2017, a Emenda Constitucional 97/2017 com a seguinte ementa: “Altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos

Posteriormente, tal decisão foi consagrada pela Lei 12.875/2013, que reafirmou, aos partidos novos, a preservação dos horários para propaganda eleitoral em rádio e televisão.

⁴⁶ PEC 84/2011: Art. 17. § 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 para as eleições majoritárias, vedadas para as 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.

aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição.”

É possível notar que para a viabilização da Emenda Constitucional houve uma redução no percentual de votos apurados, de 5% para 3%, se comparado com o texto original da Lei dos Partidos Políticos, para restringir o funcionamento parlamentar. Além disso, a EC criou regra transitória que aumenta gradativamente o percentual a ser atingido pelos partidos políticos.

Uma divisão clara que se faz é que a alteração na Carta Magna trouxe, além das regras da cláusula de barreira, uma norma que veda a coligação de partidos para eleições proporcionais. Esta mudança era prevista desde 2011, quando houve o primeiro movimento de reforma no sistema político.

No sistema de eleições proporcionais o voto do eleitor era computado para o partido político ou para a legenda de coligação a qual ele estava inserido, hipótese na qual o candidato escolhido seria considerado uma preferência que, em não se elegendo, garantiria o voto de seu eleitor para o partido ou legenda. Com a Emenda Constitucional fica vedada a coligação de partidos para criação de legendas nas eleições proporcionais a partir de 2020, ou seja, agora o voto compõe apenas o cômputo para o partido político.

Na exposição de motivos o Senador Ricardo Ferraço reputa como incabível a tese do Supremo Tribunal Federal de que a cláusula de barreira instituída no Brasil limita o funcionamento parlamentar. Segundo ele, na verdade, há respeito à escolha do eleitor e uma distinção entre partidos políticos para garantir, inclusive, maior representatividade pelos que obtiveram maior número de votos.

Há, registre-se, uma diferença bastante significativa entre admitir distinções entre partidos e impedir o funcionamento parlamentar. O parágrafo 7º da preposição expressamente garante aos eleitos por partidos que não alcançarem o funcionamento parlamentar o direito de participar de todos os atos inerentes ao exercício do mandato. A PEC ora apresentada preserva a representação política e respeita a escolha do eleitor,

reservando espaço para os parlamentares eleitos pelos partidos pequenos⁴⁷.

O Senador ainda coloca que a regulamentação da cláusula de barreira facilitará o funcionamento do Poder Legislativo e aproximará a população de seus representantes, pois atualmente o quadro partidário brasileiro encontra-se bastante disperso⁴⁸. Por fim, o parlamentar também atribui, além das mudanças no cenário político, à composição do STF o fato de que agora os Ministros compreendem e são favoráveis à cláusula de desempenho.

4.2 CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA CLÁUSULA DE BARREIRA

Houve um levantamento feito pelo portal de notícias G1, do grupo Globo, que mostrou a quantidade de partidos que seriam atingidos pela cláusula de barreira após as eleições de 2014, caso a regra já estivesse em vigor. Segundo o portal, 14 partidos perderiam acesso ao fundo partidário e ao tempo de televisão para as eleições de 2018.⁴⁹

Dentre todos que seriam atingidos, o que mais chama atenção é o Partido Social Liberal (PSL), pois em 2014 sequer obteve mais do que 1,5% dos votos válidos e, portanto, não cumpriu também com o percentual de distribuição dos votos pelas Unidades da Federação, tendo eleito apenas um deputado federal. Como a cláusula de barreira ainda não estava vigente, o partido recebeu, entre os meses de janeiro e setembro de 2018, o montante de R\$ 5.454.688,56, o que

⁴⁷ BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 36/2016. Senado Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4091642&ts=1540475026882&disposition=inline>. Acesso em 24/10/2018.

⁴⁸ BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 36/2016. Senado Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4091642&ts=1540475026882&disposition=inline>. Acesso em 24/10/2018.

⁴⁹ Disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/09/clausula-de-barreira-restringiria-acao-de-14-partidos-se-ja-estivesse-em-vigor.html>. Acesso em 05 de março de 2019.

representa 0,70% do Fundo Partidário⁵⁰, além de ter recebido R\$ 9.203.060,51 provenientes do Fundo Especial de Financiamento de Campanha para as eleições de 2018⁵¹.

A Emenda Constitucional 97 estabelece, antes da regra que institui o percentual de votos, que os recursos do fundo partidário e o acesso gratuito ao rádio e televisão serão estabelecidos na forma da lei, portanto, tomando como base a o artigo 41 da Lei 9.096/1995, caso a regra já estivesse vigente para as eleições de 2018, o PSL teria que dividir com outros 13 partidos o montante de R\$ 5.852.681,29 do Fundo Partidário de janeiro a setembro de 2018.

As informações revelam que o partido em análise precisaria compartilhar com outros 13 partidos praticamente o valor que recebeu sozinho sem considerar a cláusula de barreira.

Já nas eleições de 2018, tendo recebido verbas do fundo partidário, o Partido Social Liberal conseguiu angariar a segunda maior bancada da Câmara dos Deputados, com 52 parlamentares eleitos, além de 4 Senadores e o Presidente da República.

A conclusão nos mostra que, mesmo diante das peculiaridades das eleições de 2018 com relação à mudança comportamental do eleitor nas urnas⁵², o fundo partidário percebido pelo PSL certamente foi fator relevante na sua mudança no cenário político do país.

⁵⁰ Informação disponibilizada pelo Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em <http://www.tse.jus.br/partidos/fundo-partidario-1/fundo-partidario> e em <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-distribuicao-fundo-partidario-duodecimo-agosto-2018>. Acesso em 26/10/2018.

⁵¹ Informação disponibilizada pelo Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/prestacao-de-contas-1/fundo-especial-de-financiamento-de-campanha-fefc>. Acesso em 26/10/2018.

⁵² Em 2010, 22 siglas representavam eleitores na Câmara dos Deputados. Em 2014 o número subiu para 28 e em 2018 serão 30 partidos. Dos 513 parlamentares, 262 não são provenientes de reeleição. Fonte: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/564339-ESTUDO-MOSTRA-QUE-161-DOS-251-DEPUTADOS-REELEITOS-PERDERAM-VOTOS-NESTA-ELEICAO.html>. O Movimento Democrático Brasileiro (MDB) perdeu quase metade das cadeiras na Câmara (de 66 para 34 eleitos). O Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) perdeu 20 cadeiras na Câmara (de 49 para 29 eleitos). Dos 22 governadores que tentaram a reeleição, apenas 10 lograram êxito, ou seja, de 27 governadores no Brasil, 17 estarão no primeiro mandato.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal é a norma que norteia o ordenamento jurídico do país e foi criada dentro de um contexto histórico que visava permitir o crescimento da nação de forma democrática e com garantia de direitos fundamentais aos cidadãos brasileiros.

Na Carta Magna brasileira houve previsão do controle de constitucionalidade incluído dentro do rol de competências do Poder Judiciário. Já o Supremo Tribunal Federal, especificamente, ficou com a missão de atuar como Guardião da Constituição, como é chamado, ao analisar as ações que visam declarar ato normativo como inconstitucional, tomando como base, por óbvio, o texto constitucional, realizando, portanto, o controle concentrado de constitucionalidade.

A atuação ativista é importante no Brasil para que sejam efetivadas todas as garantias previstas no texto constitucional, afinal, se não fosse por esta atividade afirmativa do Poder Judiciário, a sociedade ficaria à mercê de meros oportunismos para edição de atos normativos confiados pela Constituição ao legislador ordinário.

Além disso, necessária interpretação extensiva da norma constitucional para que se busque extrair dela a melhor condição à dignidade humana na realidade social atual, sob pena de que fiquemos presos à literalidade do texto promulgado em 1988, o que certamente não se adequaria para atender o novo modelo de sociedade.

Não obstante os aspectos positivos de uma atuação mais ativista pelo Poder Judiciário, há vezes em que ela obsta a vontade do legislador, que tem garantida pela Constituição a competência para elaboração das normas. Aqui se dá início ao ocorrido na declaração de inconstitucionalidade da cláusula de barreira pela ADIns nº 1.351-3 e nº 1.354-8.

Ao regulamentar o pleno funcionamento dos partidos políticos, o Congresso Nacional elaborou a Lei 9.096, de 1995, e inseriu nela a cláusula de barreira, que limitava a atuação de partidos em campanha eleitoral e nos mandatos de acordo com percentual de votos obtidos. A regra tinha prazo para entrar em vigor, permitindo que houvesse consolidação das chapas antes de se aplicar qualquer restrição.

Ocorre que alguns partidos, entendendo haver inconstitucionalidade nas limitações, propuseram Ação Direta de Inconstitucionalidade, que foi julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal sob argumento de que tal medida estaria ferindo o pluripartidarismo e, conseqüentemente, comprometeria o processo democrático de eleição e atuação dos representantes do povo no legislativo.

Não satisfeito, o Congresso nacional fez nova articulação e promulgou a emenda constitucional 97/17, trazendo novamente para o ordenamento jurídico o instituto da cláusula de barreira, desta vez no próprio corpo da Constituição, visando dificultar outra movimentação da Suprema Corte.

Atuando de forma ativista neste caso, o Supremo Tribunal Federal feriu o princípio da separação de poderes e usurpou competência do legislativo ao declarar inconstitucional o dispositivo de uma lei que encontra na própria Constituição a autorização para ser editada pelo legislador ordinário.

Em um sistema de freios e contrapesos ninguém precisa ser calado, mas também não pode querer falar mais alto do que o outro, afinal o Estado Democrático de Direito pressupõe uma atuação conjunta do poder público em benefício da sociedade e não uma disputa entre os poderes em prejuízo do regime democrático.

REFERÊNCIAS FINAIS

ALVIM, Eduardo Arruda. THAMAY, Renan Faria Kruguer. GRANADO, Daniel William. **Processo Constitucional**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial:** direito e política no Brasil contemporâneo. RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. p.4. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297>>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** (Syn)Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, n.1, 2012, p. 23-32.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. – 7ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978850262926-4.

CAMBI, Eduardo. **Crise da democracia representativa e revitalização dos partidos políticos no Brasil.** Revista dos Tribunais, vol. 949/2014, p. 39 – 67, Nov. 2014.

GALVÃO, Ciro di Benatti. **Ativismo judicial:** o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, p. 91. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3101/pdf>>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Jurisdição constitucional** / Hans Kelsen; introdução e revisão técnica. Sérgio Sérulo da Cunha. - São Paulo: Martini Pontes, 2003.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altiwez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal.** Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **STF não é legislador constituinte, mas guardião da Constituição.** p. 1. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-12/ives-gandra-supremo-nao-legislador-constituente?imprimir=1>>. Acesso em 02 de junho de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional.** – São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-17950-9.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. – 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-20980-0.

MORAES, Filomeno. **Reforma Política no Brasil** – Realizações e Perspectivas. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2003. ISBN 85-7504-051-0.

NICOLAU, Jairo. A reforma política e os pequenos partidos. In HERMANNNS, Klaus.

PANUTTO, Peter. **Fiscalização de constitucionalidade**: modelos e evolução. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 79/2012, p. 233 – 253, Abr – Jun. 2012.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. – vol. 5, número especial 2015 - Brasília: UniCEUB, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional** / Ingo Wolfgang Salet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

SIQUEIRA, Paulo Hamilton. **Partidos políticos**. Revista dos Tribunais, vol. 909/2011, p. 129 – 162, Jul. 2011.

TOMAZETTE, Marlon. A evolução histórica do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 70/2010. apud DALLARI, Dalmo de Abreu. **O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. Ajuris, n. 4. Porto Alegre: Ajuris, 1977.

VIANA, João Paulo Saraiva Leão. **Reforma política**: cláusula de barreira na Alemanha e no Brasil /João Paulo Saraiva Leão Viana – Porto Velho: EDUFRO, 2006. ISBN 85-88436-98-1.

VILELA, Maristela Brandão. **Sobe a Inconstitucionalidade das Leis**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 15/1996, p. 169 – 183, Abr – Jun / 1996.