



## La constitucionalidad de la cláusula de barrera instituida en Brasil por la Enmienda Constitucional 97

Fabio LIMA QUINTAS\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Una perspectiva dialógica para la jurisdicción constitucional*. III. *¿Qué nos dice el STF en relación con la cláusula de barrera, en el juicio de la ADI 1.351?* IV. *¿Qué nos dice el STF en relación con la distribución del tiempo para la propaganda electoral gratuita?* V. *Conclusión*. VI. *Referencias*.

### I. INTRODUCCIÓN

En Brasil, la promulgación de la Enmienda Constitucional 97, del 4 de octubre de 2017, volvió a traer a colación la discusión sobre la cláusula de rendimiento electoral,<sup>1</sup> ahora con estatus constitucional e instituida de forma

---

\* Doctor en derecho del Estado (derecho constitucional) por la Universidad de São Paulo, Brasil. Profesor en el Instituto Brasiliense de Derecho Público-IDP (Brasilia-DF); [fabioquintas@idp.edu.br](mailto:fabioquintas@idp.edu.br).

<sup>1</sup> Para Diogo Rais y Paulo Henrique Espagnol de Farias, la cláusula de barrera se asocia a la siguiente cuestión: “¿es legítimo restringir la vida de los partidos a partir de sus resultados electorales?”. Por otro lado, la cláusula de rendimiento se asocia a la respuesta dada a la siguiente cuestión: “¿el rendimiento electoral pasado puede obstar la participación del partido en las elecciones subsecuentes?”. La cláusula de barrera “se relaciona a la participación de los diputados y senadores de las agrupaciones políticas en las Casas Legislativas”, mientras que la cláusula de rendimiento electoral trata “de la posibilidad de participar en las elecciones”. Aunque ambas cláusulas tienen el mismo objetivo, afectan a aspectos distintos de la organización partidaria (Rais, Diogo y Farias,

progresiva, al ir imponiendo requisitos que han de ser cumplidos a partir de 2018 y que estarán plenamente vigentes en 2030, a fin de habilitar a los partidos políticos a recibir recursos del fondo partidario y a tener acceso a la propaganda electoral partidaria gratuita (ya que dicha cláusula de rendimiento no impide el acceso de los partidos a esa propaganda electoral ni al Fondo Electoral de Financiamiento de Campaña).

Cuando estén vigentes todos los requisitos previstos en la Enmienda Constitucional 97,

...sólo tendrán derecho a recursos del fondo partidario y acceso gratuito a la radio y a la televisión, en la forma de la ley, aquellos partidos políticos que, de forma alternada: I – obtengan, en las elecciones para la Cámara de Diputados, como mínimo, el 3% (tres por ciento) de los votos válidos, distribuidos en al menos un tercio de las unidades de la Federación, con un mínimo del 2% (dos por ciento) de los votos válidos en cada una de ellas; o II – hayan conseguido elegir al menos quince Diputados Federales, distribuidos en al menos un tercio de las unidades de la Federación (artículo 17, párrafo 3o., de la Constitución brasileña) [traducción propia].<sup>2</sup>

Es cierto que esta nueva conformación del sistema electoral brasileño (recordando que la Enmienda Constitucional 97 veda coligaciones en elecciones proporcionales) provocará profundas modificaciones en el sistema partidario: la cantidad de partidos políticos con actuación en el Parlamento del país será menor y tendrán dificultades de acceso a él los que carezcan de representación.<sup>3</sup>

Algunos identificarán en esta nueva enmienda constitucional una decisión política que desafía el entendimiento firmado por el Supremo Tribunal Federal (STF), el cual, al juzgar las acciones declarativas de inconstitucio-

---

Pedro Henrique Espagnol de, “O STF e a cláusula de barreira: entre as experiências e suas projeções”, *Resenha Eleitoral*, Florianópolis, vol. 21, núm. 1, pp. 95-118, noviembre de 2017).

<sup>2</sup> “...somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente: I - obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou II - tiverem elegido pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação” (art. 17, § 3o., da Constituição brasileira).

<sup>3</sup> Ribeiro, Tatiana Braz, “Cláusula de barreira: reflexões da história recente no Brasil”, *Cadernos Adenauer XVIII*, núm. 4, 2017, p. 78.

nalidad (ADI) 1.351 y 1.354, reconoció la inconstitucionalidad de diversos dispositivos de la Ley 9.096, de 1995, que fijaban límites a los partidos políticos que no lograran cierto rendimiento electoral, y estableció cláusulas de rendimiento y de barrera (como hizo, más recientemente, la ADI 4.430).

En este sentido, Marco Anthony Steveson Villas Boas<sup>4</sup> ya afirmaba, en 2013, que la propuesta de Enmienda Constitucional (PEC) 2, de 2007, al disponer sobre la aplicación de la cláusula de barrera a los partidos políticos preexistentes, “sea por ley infraconstitucional, sea por enmienda a la Constitución, además de ignorar el estatus activo y positivo (percepción del fondo partidario y derecho a la propaganda gratuita en la radio y en la televisión)”<sup>5</sup> [traducción nuestra], atentaba contra diversas normas constitucionales, destacando también la necesaria defensa de la isonomía, la libertad de los partidos políticos, la soberanía popular, el pluralismo político, el pluripartidismo, la protección de las minorías, la libertad de asociación y la igualdad de voto de los electores.<sup>6</sup>

El hecho de identificar, en las decisiones del Supremo Tribunal Federal de Brasil, un fuerte obstáculo a la actuación política deriva de una forma de pensar la interacción entre democracia, soberanía popular y Constitución, en un Estado constitucional que concibe la necesidad de mantener íntegro un conjunto de normas (carta magna) de la acción política ordinaria, por medio de la actuación de un órgano que se encuentre aislado de la influencia directa de la política.

En la reflexión que se plantea sobre quién ha de ser el guardián mayor de la Constitución, entre los extremos de la supremacía parlamentaria y de la denominada en inglés *judicial review of legislation*, se ha estado pensando en las últimas décadas sobre la virtud de los sistemas de control de constitucionalidad que invierten en la interacción entre los tribunales constitucionales y los órganos políticos, bajo la hipótesis de que cada uno de estos polos posee capacidades institucionales complementarias.

---

<sup>4</sup> Villas Boas, Marco Anthony Steveson, “A cláusula de barreira no direito brasileiro”, *RIDB*, año 2, 2013, núm. 8, pp. 8966-8969, disponible en: <http://www.idb-fdul.com>.

<sup>5</sup> “seja por lei infraconstitucional ou por emenda à Constituição, além de ignorar os status ativo e positivo (percepção do fundo partidário e direito à propaganda gratuita no rádio e na TV) dos partidos políticos”.

<sup>6</sup> En sentido diverso, véase: Agra, Walber de Moura y Alencastro Neto, Emiliane Priscilla, “A cláusula de barreira como instrumento de aperfeiçoamento da democracia”, *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, vol. 12, núm. 2, 2o. cuatrimestre de 2017, disponible en: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica).

Esta fue la premisa metodológica que adoptó el ministro Luiz Fux en el juicio de la ADI 5105, al analizar la constitucionalidad de la Ley 12.875, de 2013, en la cual se establecían criterios de distribución del tiempo de radio y televisión para las nuevas asociaciones partidarias. Para el Ministro Fux,

...el marco teórico actual de los diálogos constitucionales repudia la adopción de concepciones “juriscéntricas” en el campo de la hermenéutica constitucional, en la medida en que preconiza, descriptiva y normativamente, la inexistencia de una institución poseedora del monopolio del sentido y del alcance de las disposiciones magnas, además de llevar a la gramática constitucional a otros foros de discusión, más allá de los Tribunales [traducción nuestra].<sup>7</sup>

A partir de ese enfoque institucional que privilegia el denominado “diálogo constitucional” y que busca identificar (nuevos) límites y posibilidades para el ejercicio de las funciones de los poderes (y que es refractaria de respuestas definitivas en cuestiones constitucionales), se propone una nueva reflexión acerca de la constitucionalidad de la cláusula de rendimiento, ahora instituida por la Enmienda Constitucional, teniendo en cuenta los fundamentos utilizados por el propio Supremo Tribunal Federal para declarar, en 2006, la inconstitucionalidad de la cláusula de barrera<sup>8</sup> establecida por la Ley 9.096 de 1995.<sup>9</sup>

## II. UNA PERSPECTIVA DIALÓGICA PARA LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

En el marco del debate constitucional estadounidense que se desarrolló a partir de 1962, y que aún hoy resuena en las discusiones sobre jurisdicción

---

<sup>7</sup> “o hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descriptiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes”.

<sup>8</sup> En el juicio de la ADI 1.351, se les dio un sentido semejante a las expresiones “cláusula de barrera”, “de rendimiento” y “de exclusión”.

<sup>9</sup> Ese enfoque puede y debe asociarse al enfoque hermenéutico, como, por ejemplo, a la teoría estructurante del derecho, de Friedrich Müller, que al negar la asociación entre norma y texto normativo, le atribuye al contexto normativo (realidad de vida) un papel fundamental a la hora de darle sentido a la norma (Müller, Friedrich, *Metodologia do direito constitucional*, 4a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010).

constitucional, Alexander Bickel observó con perspicacia la naturaleza minoritaria de la jurisdicción constitucional. Sobre ella, destacó su capacidad de sancionar decisiones políticas tomadas por instituciones democráticamente elegidas, al tener la última palabra al respecto, así como percibió la tendencia de la jurisdicción constitucional a debilitar los procesos democráticos.<sup>10</sup> Para dicho autor, el hecho de que el Tribunal Constitucional tenga la última palabra acerca de la inconstitucionalidad resulta tanto o más relevante que la constatación de que hay un déficit democrático en la formación de los tribunales.<sup>11</sup>

Como se ha destacado en otra oportunidad,<sup>12</sup> esta constatación nos lleva a concluir que el desafío de la jurisdicción constitucional radica en encontrar una justificación consistente a la hora de legitimar su actuación sobre la voluntad democrático-mayoritaria.

En las últimas décadas se ha planteado una alternativa para salir de ese dilema, consistente en proponer que la relación entre el Tribunal Constitucional y los órganos político-democráticos (principalmente el Parlamento) se vea pautada por el diálogo institucional.

Como bien observa Christine Bateup,<sup>13</sup> el diálogo institucional alcanza el importante objetivo de mitigar la dificultad minoritaria, ampliando, por consiguiente, la legitimidad del control ejercido por la jurisdicción constitucional, dado que las decisiones del Tribunal Constitucional ya no son concebidas como la última palabra sobre la Constitución, sino como una premisa que se establece para la acción política futura.

Bajo esa perspectiva, se han desarrollado diversas teorías que “enfatan que el Poder Judicial no tiene el monopolio en la interpretación constitucional (desde el punto de vista empírico), ni debe tenerlo (desde el punto de vista normativo)” [traducción nuestra].<sup>14</sup> Al revés, “cuando ejercitan el control de constitucionalidad, los jueces entablan un diálogo interactivo, interconectado y dialéctico sobre el significado de la Constitución” [tra-

<sup>10</sup> Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics*, 2a. ed., New Haven, Yale University Press, 1986, pp. 18-20.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 16-23.

<sup>12</sup> Autor/a, 2016, p. 127.

<sup>13</sup> Bateup, Christine, “The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue”, *Brooklyn Law Review*, vol. 71, NYU Law School, Public Law Research Paper, 2006, pp. 1.145-1.148.

<sup>14</sup> “emphasize that the judiciary does not (as an empirical matter) nor should not (as a normative matter) have a monopoly on constitutional interpretation”.

ducción nuestra].<sup>15</sup> O, como lo sintetiza Bateup:<sup>16</sup> “los juicios acerca del control de constitucionalidad son generados, o deberían serlo idealmente, por medio de un proceso de elaboración compartida entre el Poder Judicial y otros actores constitucionales” [traducción nuestra].<sup>17</sup>

Al reflexionar sobre la metodología apropiada para realizar la interpretación constitucional desde una perspectiva dialógica y hacer un amplio análisis de las teorías dialógicas, Bateup considera como la visión más provechosa en lo tocante al diálogo constitucional en el Estado constitucional moderno aquella que funde las propuestas de las teorías dialógicas que ella denomina *equilibrium* y *partnership*.

Las teorías basadas en el equilibrio (*equilibrium*) se centran en la capacidad del poder judicial para promover y facilitar el debate constitucional en el seno de la sociedad, del que pueden surgir respuestas más consistentes y amplias para las cuestiones constitucionales.<sup>18</sup> Las teorías centradas en la cooperación (*partnership*), a su vez, ponen de relieve las características distintivas de las funciones judicial (de control de constitucionalidad) y legislativa, ejercidas por los respectivos poderes, y destacan que la solución a la cuestión constitucional implica reconocer que el Poder Legislativo trae consigo una perspectiva única e insuperable sobre el sentido de la Constitución.<sup>19</sup>

La fusión de ambas propuestas, para Bateup, responde mejor a la objeción democrática contra el control de constitucionalidad, sin descuidar la necesidad de ofrecer una visión normativa respecto a la *judicial review* en una democracia constitucional.

En otras palabras, esta propuesta pretende resignificar el control de constitucionalidad (para trabajar con la dificultad minoritaria y con el hecho de que, por lo general, se suelen confrontar distintas visiones razonables y persuasivas sobre el sentido de la Constitución), y destacar el papel de la *judicial review* a la hora de generar respuestas más aceptables en temas constitucionales, dado que busca involucrar en el proceso decisorio a toda la sociedad, a fin de conseguir que se adopten soluciones institucionales

---

<sup>15</sup> “when exercising the power of judicial review, judges engage in an interactive, interconnected and dialectical conversation about constitutional meaning”.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 1109.

<sup>17</sup> “constitutional judgments are, or ideally should be, produced through a process of shared elaboration between the judiciary and other constitutional actors”.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 1174 y 1175.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 1175.

más consistentes cuando toma en consideración las perspectivas decisivas de los demás poderes políticos.<sup>20</sup>

El desafío que se plantea reside, entonces, en reflexionar sobre la forma de modelar el proceso constitucional para conformarlo a esta finalidad que se le atribuye al control de constitucionalidad.

*¿Es prudente pensar el control de constitucionalidad en Brasil desde una perspectiva dialógica?*

Pese al protagonismo que el Supremo Tribunal Federal ha asumido en el sistema político brasileño, la práctica activista del ejercicio constitucional ante el sistema político no resulta una característica necesaria, sino sólo contingente, del régimen de control de constitucionalidad.

Es cierto que la Constitución de 1988 ha potencializado la participación política del Poder Judicial. En el momento actual del constitucionalismo, conforme ya lo señala el profesor Manoel Gonçalves Ferreira Filho,<sup>21</sup> el Poder Judicial (incluidos los tribunales constitucionales) “se ve fortalecido, al menos en lo que se refiere a su papel de tutela del Estado de Derecho y de guardián de la Constitución” [traducción nuestra].<sup>22</sup> Hoy día, estas dos tareas están asociadas, “indiscutiblemente, a su papel como Poder” [traducción nuestra].<sup>23</sup> En el ámbito de la Constitución de 1988, continúa el profesor Manoel Gonçalves,<sup>24</sup> “el Poder Judicial florece” [traducción nuestra],<sup>25</sup> en función de las actividades políticas que está asumiendo, como consecuencia de “instrumentos previstos en la Constitución y por las particularidades de esta última” [traducción nuestra].<sup>26</sup>

Sin embargo, el eje conductor del sistema político presidencialista brasileño debería residir en el Poder Ejecutivo, en lo que se ha convenido denominar “gobierno”, para calificar el centro de decisiones políticas, incluso en un escenario de fragmentación partidaria resultante de un

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 1176-1180.

<sup>21</sup> Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, *Lições de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 183.

<sup>22</sup> “aparece fortalecido, ao menos no que tange ao seu papel de tutela do Estado de Direito e de guardião da Constituição”.

<sup>23</sup> “sem contestação, ao seu papel como Poder”.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>25</sup> “o Judiciário floresce”.

<sup>26</sup> “instrumentos previstos na Constituição e pelas particularidades desta”.

régimen electoral de representación proporcional para la formación del Poder Legislativo. En un estudio clásico, Sérgio Abranches,<sup>27</sup> al hacer un análisis de las soluciones institucionales que constan en el texto constitucional de 1988, concluyó afirmando la posibilidad de establecer un pacto de gobernabilidad, a partir de lo que llamó presidencialismo de coalición, caracterizado por una Presidencia fuerte y por la formación de grandes coaliciones (con dos ejes, el partidario y el estatal, como destaca Carlos Blanco de Moraes).<sup>28</sup> Ello generaría un presidencialismo mitigado (pero con un poder sobre la agenda compartido con el Congreso, que se beneficiaría de recursos del presidente).

En las vísperas de que se cumplan 30 años de vivencia bajo la égida de la Constitución de 1988, la impresión que se tiene en Brasil es otra: el Supremo Tribunal Federal (STF) se ha convertido en un verdadero protagonista en el escenario político, dejando su posición de moderador o árbitro entre los diversos actores constitucionales.

Esta es la visión de Carlos Blanco de Moraes.<sup>29</sup> Según este catedrático de la Universidad de Lisboa, no cabe duda de que el papel político del STF creció con la Constitución de 1988, debido al fortalecimiento del sistema de control de constitucionalidad. Además, el jurista portugués identifica una práctica constitucional de injerencia de este Tribunal en la esfera política de otros órganos constitucionales, con las interpretaciones audaces que, según él, coquetean con el “Estado judicial” de Carl Schmitt. Esto significa decir que el STF, en determinadas situaciones, actúa como un poder moderador y, en otras, como un impulsor de alteraciones normativas que penetran, incluso, en la reserva que le corresponde al legislador constitucional. Así, el STF se ha desarrollado como un “súper-Tribunal Constitucional”, que se ha concedido prerrogativas que le permiten ejercer materialmente como todos los poderes, inclusive el Constituyente.

A causa de este activismo del STF y, también, de la frecuencia con la que se promulgan, en Brasil, enmiendas constitucionales, Moraes llega a clasificar la Constitución de 1998 no sólo como prolija y analítica, sino también como nominalmente rígida.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Abranches, Sérgio Henrique Hudson de, “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”, *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Río de Janeiro, vol. 31, núm. 1, 1988, pp. 5-34.

<sup>28</sup> Moraes, Carlos Blanco de, *O Sistema Político*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 406.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 403-418.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 403.

A pesar de la práctica constitucional activista que se ha establecido, se reafirma aquí el entendimiento de que dicha práctica es contingente, y no necesaria, dado que los mecanismos institucionales previstos en la Constitución de 1988, que han dado densidad al principio de la separación de poderes, admiten la formación de soluciones institucionales más dinámicas y creativas.

De hecho, nadie debe negar que cumplir y poner en funcionamiento la Constitución son deberes que se imponen a todos los poderes y a la sociedad. Además, es cierto que el STF desempeña un papel fundamental en la guardia de la Constitución. Igualmente, ha de enfatizarse que, en un Estado democrático, los cambios del derecho debe realizarlos preponderantemente la política, por medio de representantes elegidos de manera democrática, hecho éste que encuentra en el Parlamento, idealmente, el ambiente privilegiado de su realización.

En efecto, hay que recordar que, en principio, las decisiones del STF no vinculan al legislador, en los términos del artículo 102, párrafo 2o., de la Constitución brasileña,<sup>31</sup> lo que deja abierta la posibilidad de que el Congreso Nacional del país supere las decisiones del STF por medio del proceso legislativo, con la edición de leyes y, si fuera necesario, de enmiendas constitucionales.

Y esa posibilidad no resulta trivial, incluso en países en los que hay mecanismos fuertes de superación de decisiones de la Corte Constitucional. Esa es la percepción de Mark Tushnet.<sup>32</sup> Al examinar la sección 33 del dispositivo constitucional canadiense (conocida como la *notwithstanding clause*), que confiere a los parlamentos de las provincias la posibilidad de rechazar expresamente la lectura hecha por la Corte Suprema respecto a un derecho fundamental, Tushnet expone que dicha cláusula se ha usado raramente en la historia constitucional de Canadá porque, en su opinión, el coste político para el Parlamento de rechazar expresamente una decisión de la Corte Suprema es mucho mayor que simplemente promulgar otra ley sustancialmente similar a aquella declarada inconstitucional.

---

<sup>31</sup> Artículo 102, párrafo 2o. Las decisiones definitivas de mérito, pronunciadas por el Supremo Tribunal Federal, en las acciones directas de inconstitucionalidad y en las acciones declaratorias de constitucionalidad, producirán eficacia contra todos y efecto vinculante, respecto a los demás órganos del Poder Judicial y a la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal (traducción nuestra).

<sup>32</sup> Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights*, New Jersey, Princeton University Press, 2008.

Esta percepción nos parece correcta: para promover el diálogo institucional entre los poderes instituidos, puede resultar útil aprovechar la posibilidad de que el Poder Legislativo ejerza su prerrogativa de promulgar nuevas leyes. En Brasil, hemos visto algunos buenos ejemplos de ese diálogo institucional,<sup>33</sup> una evidencia de que, para promover una efectiva interacción entre el Tribunal Constitucional y el Poder Legislativo, puede ser suficiente que el Congreso Nacional invierta en el ejercicio de su función de legislar.<sup>34</sup>

Dicha visión ciertamente nos remite a la preocupación por la democracia, el constitucionalismo, la soberanía popular y el funcionamiento de los poderes. Además, tiene la virtud de indicar que el debate sobre el contenido de la Constitución no termina sólo en la elección de determinados valores sustantivos que deberían guiar la interpretación constitucional, sino que también exige una visión institucional acerca de qué agentes han de tener el poder de decisión sobre la Constitución y de los límites a los que se someten en ese proceso decisorio.

### III. ¿QUÉ NOS DICE EL STF EN RELACIÓN CON LA CLÁUSULA DE BARRERA, EN EL JUICIO DE LA ADI 1.351?

En 2006, el STF concluyó el juicio de la ADI 1.351 (y de la ADI 1.354), en el que se discutía la constitucionalidad de la cláusula de barrera establecida por la Ley 9.096, de 19 de septiembre de 1995, en vísperas del momento en el que la previsión normativa pasaría a tener plena eficacia (la Legislatura de 2007, considerando los resultados de las elecciones de 2006). En síntesis, la Ley 9.096, de 1995, imponía sucesivas exigencias para que los

---

<sup>33</sup> En el juicio de la ADI 5.105, el ministro Luiz Fux presenta en su voto varias situaciones en las que se puede identificar un diálogo institucional entre el STF y el Congreso Nacional, al concluir que “del análisis de los aludidos fallos, y de la postura institucional adoptada por el Supremo Tribunal Federal en cada uno, se puede concluir, sin incurrir en equívocos, que (i) el Tribunal no sustrae *ex ante* la facultad de corrección legislativa por el constituyente reformador o legislador ordinario; (ii) en el caso de reversión jurisprudencial vía enmienda constitucional, la invalidación sólo ocurrirá en las hipótesis estrictas de ultraje a los límites que preconiza el art. 60, y sus párrafos, de la Constitución brasileña, y (iii) en el caso de reversión jurisprudencial por ley ordinaria, exceptuadas las situaciones de ofensa al texto magno, la Corte ha adoptado un comportamiento de autorrestricción y de mayor deferencia por las opciones políticas del legislador. De este modo, no hay, descriptivamente, ninguna supremacía judicial en esta acepción más fuerte”.

<sup>34</sup> Autor/a, 2012.

partidos políticos pudieran tener pleno funcionamiento parlamentario (y ejercer una plena participación en la distribución de los recursos del fondo partidario y en el tiempo disponible para propaganda partidaria). Dichas exigencias serían: *a)* la obtención del 5% de los votos válidos para la Cámara de Diputados, considerada la votación en todo el territorio brasileño; *b)* la distribución de ese porcentaje mínimo por al menos nueve estados y el Distrito Federal (1/3), y *c)* la conquista, en cada uno de los nueve estados, de un porcentaje mínimo del 2%.

El STF, por unanimidad, estimó la ADI y elaboró el siguiente sumario:

PARTIDO POLÍTICO - FUNCIONAMIENTO PARLAMENTARIO - PROPAGANDA PARTIDARIA GRATUITA - FONDO PARTIDARIO. Resulta conflictiva con la Constitución Federal una ley que, en virtud de la gradación de los votos obtenidos por un partido político, lo aleja el funcionamiento parlamentario y reduce, sustancialmente, su tiempo de propaganda partidaria gratuita y su participación en el rateo del Fondo Partidario. NORMATIZACIÓN - INCONSTITUCIONALIDAD - VACUO. Frente a la declaración de inconstitucionalidad de leyes, procede observar la inconveniencia del vacío normativo, proyectando, en el tiempo, la vigencia de precepto transitorio, con vistas a aguardar una nueva actuación de las Casas del Congreso Nacional. (ADI no. 1351, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, juzgada el 12/07/2006, DJ 30/03/2007) [traducción nuestra].<sup>3536</sup>

<sup>35</sup> “PARTIDO POLÍTICO - FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR - PROPAGANDA PARTIDÁRIA GRATUITA - FUNDO PARTIDÁRIO. Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário. NORMATIZAÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE - VÁCUO. Ante a declaração de inconstitucionalidade de leis, incumbe atentar para a inconveniência do vácuo normativo, projetando-se, no tempo, a vigência de preceito transitório, isso visando a aguardar nova atuação das Casas do Congresso Nacional” (ADI 1351, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 7/12/2006, DJ 30/3/2007).

<sup>36</sup> Resultado del fallo: “El Tribunal, por unanimidad, ha estimado la acción directa para declarar la inconstitucionalidad de los siguientes dispositivos de la Ley núm. 9.096, de 19 de septiembre de 1995: artículo 13; la expresión «cumpliendo los siguientes criterios», contenida en el artículo 41, incisos I y II del mismo artículo 41; artículo 48; la expresión «que atienda a lo dispuesto en el artículo 13», contenida en el artículo 49, con reducción de texto; en los artículos 56 y 57, con interpretación que elimina de dichos dispositivos las limitaciones temporales que constan en ellos, mientras no sobrevenga disposición legislativa al respecto; y la expresión «en el artículo 13», contenida en el inciso II del artículo 57. También por unanimidad, ha desestimado la acción en lo que se refiere al inciso II del artículo 56. Han votado la Presidenta, Ministra Ellen

En la ADI, el requirente argumentaba que “el artículo 17 de la Constitución brasileña consagra la libertad para la creación de los partidos políticos. El párrafo 1o. de dicho artículo les asegura su autonomía para definir su estructura interna, su organización y funcionamiento, entre otras atribuciones” [traducción nuestra].<sup>37</sup> Al afirmar que el texto constitucional no permite distinguir partidos de primera y de segunda categoría, postulaba la aplicación del principio de la igualdad, “sin distinción de ninguna naturaleza” [traducción nuestra]<sup>38</sup> (artículo 5o. de la Constitución del país).

En su turno, la Presidencia de la República defendía la constitucionalidad de la ley, al argumentar que el artículo 13 de la Ley 9.096, de 1995, concretizaba el comando constitucional que exige actuación nacional, visto que tal exigencia ha de comprobarse no sólo en el momento que se funda un partido, sino también a lo largo del tiempo (el dispositivo no sólo es constitucional, sino que, “además, ejerce un papel comprobador de la observancia de precepto constitucional” [traducción nuestra]).<sup>39</sup> Por ende, al tratar este dispositivo del funcionamiento parlamentario, defendía que no habría ofensa al artículo 17 de la Constitución federal, que se ocupa de la autonomía para definir su estructura interna. En síntesis, propugnaba la adecuación de la ley ordinaria en cuestión para disciplinar el “carácter nacional” previsto en el inciso I, del artículo 17, del texto constitucional. En la misma dirección, el parecer de la Fiscalía General de la República (PGR, según sus siglas en portugués) defendía que la restricción prevista por la ley guarda relación con el fundamento constitucional.

El análisis del fallo indica, sin embargo, que el STF recorrió un camino diferente a la hora de apreciar la constitucionalidad de dichos dispositivos.

El ministro Marco Aurélio, en su minucioso voto, examinó las consecuencias de la puesta en marcha de la cláusula de rendimiento en el universo partidario de 2007, teniendo en cuenta los resultados de las elecciones de 2006. Observó que, en aquel momento, había veintinueve partidos registrados en el Tribunal Superior Electoral (TSE) y que, con base en las

---

Gracie, ausente, de forma justificada, el Ministro Joaquim Barbosa. Hablaran, por los requirentes, el Partido Comunista do Brasil (PC do B) y otros, el Dr. Paulo Machado Guimarães y, por el Partido Socialista Brasileiro (PSB), el Dr. José Antônio Figueiredo de Almeida. Pleno, 07.12.2006”.

<sup>37</sup> “o art. 17, da Constituição Federal, consagra a liberdade para a criação dos partidos políticos. O seu § 1o. assegura-lhes autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, entre outras atribuições”.

<sup>38</sup> “sem distinção de qualquer natureza”.

<sup>39</sup> “ainda exerce papel verificador da observância de preceito constitucional”.

elecciones de 2006, la aplicación de la cláusula de barrera/rendimiento, permitiría tener pleno funcionamiento parlamentario y acceso gratuito a la radio y a la televisión, y al fondo partidario, a tan sólo siete partidos (PT, PMDB, PSDB, PFL, PP, PSB y PDT). De los 513 escaños para la Cámara de Diputados, los partidos no habrían alcanzado el rendimiento mínimo de 115. Estos fueron los datos en los que se basó el relator para comprobar la razonabilidad o no de los requisitos legales.

En una aproximación histórica, el ministro Marco Aurélio recordó que, a diferencia de la Constitución de 1988, la cláusula de barrera constaba en la Constitución de 1967 y en la EC 1/69. El ministro también destacó que, frente a disposición expresa en la Constitución de 1988 para regular la cláusula de barrera, dicha cuestión tendría que ser examinada a la luz de los parámetros constitucionales asociados a la soberanía popular y al pluralismo político (artículo 1o.), a la protección de la libertad de expresión y de asociación (artículo 5o.) y de autonomía de los partidos políticos (artículo 17). En relación con el estatuto constitucional de los partidos políticos, el ministro recordó que la Constitución otorga su protección a las minorías partidarias (el artículo 58, párrafo 1o., por ejemplo, trata sobre la representación proporcional de los partidos en las comisiones de la Cámara de Diputados y del Senado Federal) y no las distinguía, en la medida en que les confería legitimidad de forma amplia para instaurar la jurisdicción constitucional en el ámbito del Supremo Tribunal Federal (artículo 103), indicando el valor del pluripartidismo en el escenario constitucional brasileño.

Por estas razones, el ministro concluyó que la Constitución no permite la “posibilidad de que haya partidos de primera y de segunda clase” [traducción nuestra].<sup>40</sup> Y que “la previsión en cuanto a la competencia del legislador ordinario para tratar sobre el funcionamiento parlamentario ha de ser tomada sin vaciarse los principios constitucionales, destacándose con real importancia el revelador pluripartidismo” [traducción nuestra].<sup>41</sup>

Como se puede observar, el ministro Marco Aurelio expresó una preocupación especial por la restricción legal al funcionamiento parlamentario. Bajo el ángulo de la razonabilidad, este ministro entendió que la exigencia del 5% de los votos válidos en las elecciones brasileñas a la Cámara de Diputados —es decir, la obtención de más de 4 681 000 de votos— atenta

<sup>40</sup> “possibilidade de haver partidos de primeira e segunda classes”.

<sup>41</sup> “a previsão quanto à competência do legislador ordinário para tratar do funcionamento parlamentar há de ser tomada sem esvaziar-se os princípios constitucionais, destacando-se com real importância o revelador pluripartidarismo”.

contra la proporcionalidad, al imponer el vaciado de la actuación de las minorías. También consideró desproporcionado el rateo del fondo partidario (el 99% de los recursos para siete partidos y el 1% para veintinueve, en 2007) y el reparto del tiempo reservado a la propaganda partidaria.

El ministro Ricardo Lewandoswski afirmó que la exigencia constitucional del carácter nacional de los partidos políticos, la previsión de su funcionamiento parlamentario de acuerdo con la ley, y de acceso a recursos del fondo partidario y al tiempo de TV en los términos de la ley, no pueden ser interpretados para negar los valores del principio republicano y democrático, en particular el pluralismo político y la garantía de expresión de las minorías. La ministra Carmen Lúcia y el ministro Eros Grau, a su vez, incluyeron también, como parámetro de control, el artículo 14, que trata del sufragio universal. En las palabras del ministro Eros Grau, “la ley, de modo oblicuo, reduce la representatividad de los diputados elegidos por determinados partidos, como si fuera anulando no sólo una parte de sus deberes de representación, sino también —cosa que es todavía más grave— la parte correspondiente a los derechos políticos de los ciudadanos y de las ciudadanas que los eligieron [traducción nuestra]”.<sup>42</sup>

La ministra Carmen Lúcia llegó a ponderar que el pluralismo podría no dar lugar al multipartidismo.

Esta última observación se destacó en el voto del ministro Cezar Peluso, para quien

...no atenta tampoco contra el sistema jurídico-constitucional vigente un tratamiento normativo que, aunque prestigie el pluralismo, evite lo que los autores suelen llamar multipartidismo, esa pulverización, fragmentación, que, en mi opinión, con el debido respeto, no sirve propiamente a la protección de las minorías como tales, susceptibles de múltiples configuraciones, sino que sirve, sobre todo, para expresar, en términos de representación, ideas y concepciones políticas —en el sentido más amplio de la palabra, de convivencia en la polis, como proyecto de convivencia ética— que componen un cuerpo organizado dentro de la sociedad [traducción nuestra].<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> “a lei, de modo oblíquo, reduz a representatividade dos deputados eleitos por determinados partidos, como que cassando não apenas parcela de seus deveres de representação, mas ainda —o que é mais grave— parcela dos direitos políticos dos cidadãos e das cidadãs que os elegeram”.

<sup>43</sup> “não repugna tampouco ao sistema jurídico-constitucional vigente um tratamento normativo que, embora prestigiando o pluralismo, evite o que os autores costuma

Para el ministro Cezar Peluso, el problema del artículo 13 residiría en la falta de razonabilidad de “restringir la actuación parlamentaria, eliminando prerrogativas propias del partido que el orden jurídico reconoce como existentes e inherentes a la existencia de ese mismo partido” [traducción nuestra],<sup>44</sup> con el objetivo de reducir la fragmentación partidaria.

El ministro Ayres Britto consideró que la cláusula de rendimiento que está inserta en la Ley 9.096, de 1995, viola el principio de la isonomía, dado que afecta a la “igualdad de condiciones en el ejercicio de sus mandatos por parte de los elegidos” [traducción nuestra].<sup>45</sup>

Por su parte, el ministro Gilmar Mendes señaló que:

...la fórmula adoptada por la legislación brasileña restringe el funcionamiento parlamentario de los partidos, pero no afecta a la propia elección de los representantes. No hay acá, por lo tanto, una repercusión directa sobre los mandatos de los representantes obtenidos por el colectivo partidario que no satisfaga a la referida cláusula de funcionamiento parlamentario [traducción nuestra].<sup>46</sup>

Después de esa observación, el voto examinó los siguientes puntos para fijar sus premisas: (a) la naturaleza y la función de los partidos políticos en la Constitución de 1988, centrándose en la importancia de estos cuerpos intermedios para la democracia representativa, y (b) la conformación legislativa del sistema electoral proporcional y las restricciones impuestas a los partidos políticos, teniendo en cuenta que la Constitución Federal no regula expresamente la materia, y sugiere la existencia de cierta autonomía de conformación del ordenamiento jurídico por parte del legislador.

---

chamar de multipartidarismo, essa pulverização, fragmentação, que, a meu ver, com o devido respeito, não serve propriamente à proteção de minorias, como tais, suscetíveis de múltiplas configurações, mas serve, antes, a expressar, em termos de representação, ideias e concepções políticas —no sentido mais amplo da palavra, de convivência na polis, como projeto de convivência ética— que componham corpo organizado dentro da sociedade”.

<sup>44</sup> “restringir a atuação parlamentar, decotando prerrogativas próprias do partido que a ordem jurídica reconhece como existentes e inerentes à existência desse mesmo partido”.

<sup>45</sup> “igualdade de condições no exercício de seus mandatos pelos eleitos”.

<sup>46</sup> “a fórmula adotada pela legislação brasileira restringe o funcionamento parlamentar do partido, mas não afeta a própria eleição do representante. Não há aqui, pois, repercussão direta sobre mandatos dos representantes obtidos para a agremiação que não satisfaça a referida cláusula de funcionamento parlamentar”.

Al examinar la cláusula de barrera, el ministro Gilmar Mendes entendió que la restricción absoluta impuesta por el dispositivo legal al funcionamiento parlamentario representaba “una clara violación del principio de la proporcionalidad, como principio de la reserva legal proporcional” [traducción nuestra].<sup>47</sup>

El voto del ministro Gilmar Mendes trajo otro parámetro constitucional para examinar la cuestión: el principio de la igualdad de oportunidades. Tras definir el contenido de dicho principio, el voto registró la obligación de asociarlo a la garantía de una competencia libre y equilibrada entre los partícipes en la vida política. Pese a admitir una gradación o diferenciación en la aplicación del principio de igualdad de oportunidades, el ministro hizo constar la necesidad de observar que el Estado (y el legislador) no son neutros cuando establecen restricciones como la cláusula de barrera, considerando que hay, en Brasil, un “Estado Partidariamente ocupado”. Además de esa dificultad fáctica, existiría la dificultad jurídica de identificar la medida correcta de incidencia, en una sociedad altamente diversa, abierta y libre, en los diversos campos de regulación del proceso electoral. Al considerar, también, que “la gradación de igualdad de oportunidades” [traducción nuestra]<sup>48</sup> puede tener en cuenta la “significación del partido” [traducción nuestra],<sup>49</sup> y que la “política ha de corresponder a su participación en la formación de la voluntad política” [traducción nuestra],<sup>50</sup> lo que se puede averiguar, en principio, por el “rendimiento electoral”, el ministro terminó defendiendo que el criterio establecido en la legislación, en lo que se refiere a la distribución del tiempo en los medios de comunicación y, también, en relación con la distribución de recursos, atentó contra los límites constitucionales, dado el principio de la isonomía.

No obstante, el ministro Gilmar Mendes subrayó que “la adopción de un criterio con base en el rendimiento electoral de los partidos no es, por sí solo, abusivo” [traducción nuestra].<sup>51</sup> Para finalizar, reconoció que “no viola el principio de la igualdad la adopción por la ley del factor de rendimiento electoral a fin de definir el grado o la dimensión de determinadas

---

<sup>47</sup> “uma clara violação ao princípio da proporcionalidade, na qualidade de princípio da reserva legal proporcional”.

<sup>48</sup> “a gradação da igualdade de chances”.

<sup>49</sup> “significação do partido”.

<sup>50</sup> “deve corresponder a sua participação na formação da vontade”.

<sup>51</sup> “a adoção de critério fundado no desempenho eleitoral dos partidos não é, por si só, abusiva”.

prerrogativas de las agrupaciones partidarias” [traducción nuestra],<sup>52</sup> pero no es posible que “el legislador adopte un criterio que congele el cuadro partidario o bloquee la constitución y el desarrollo de nuevas fuerzas políticas” [traducción nuestra].<sup>53</sup>

Los demás ministros del STF —Sepúlveda Pertence, Celso de Mello y Ellen Gracie— compartieron la decisión del relator.

Se deduce, del análisis de este fallo, la percepción de que la puesta en funcionamiento de una cláusula de barrera o de rendimiento no sería *per se* incompatible con la Constitución brasileña. Al fin y al cabo, la inconstitucionalidad fue declarada valiéndose del principio de la razonabilidad. Además, en varias oportunidades, a lo largo del juicio, los ministros dejaron entrever que no habría una prohibición constitucional absoluta a la regulación del sistema electoral para instituir la cláusula de barrera. En ese sentido, el ministro Marco Aurélio mencionó la PEC de Revisión, de autoría del entonces diputado Nelson Jobim, en 1994,<sup>54</sup> y el ministro Gilmar Mendes recordó que las reglas de acceso a los cargos electivos en el sistema proporcional previsto en el Código Electoral acababan por imponer una cláusula de rendimiento a los partidos, sin que ello fuera considerado inconstitucional.

Por último, en los debates, prevaleció el entendimiento de que el precepto transitorio establecido en el artículo 57 de la Ley 9.096, de 1995, debería permanecer vigente hasta que sobreviniera una nueva regulación del Congreso Nacional, lo que sugiere que el tema aún permanecía abierto para una nueva intervención legislativa.

#### IV. ¿QUÉ NOS DICE EL STF EN RELACIÓN CON LA DISTRIBUCIÓN DEL TIEMPO PARA LA PROPAGANDA ELECTORAL GRATUITA?

Para regular el derecho a la propaganda electoral gratuita en la radio y la televisión, que está asegurado constitucionalmente en Brasil a los partidos

<sup>52</sup> “não viola o princípio da igualdade a adoção pela lei do fator de desempenho eleitoral para os fins de definir o grau ou a dimensão de determinadas prerrogativas das agremiações partidárias”.

<sup>53</sup> “o legislador adotar critério que congele o quadro partidário ou bloquee a constituição e desenvolvimento de novas forças políticas”.

<sup>54</sup> Al referirse a la Propuesta de Enmienda Constitucional de Revisión (artículo 3o. del Acto de Disposiciones Constitucionales Transitorias – ADCT) de relatoría del Diputado Nelson Jobim, presentada en 1994, que preveía la alteración en el artículo 17 para instituir la cláusula de barrera, el relator dio la impresión de admitir que la limitación a la actuación de los partidos políticos demandaría un “acuerdo constitucional”.

políticos (artículo 17, párrafo 3o., de la Constitución de 1988), el artículo 47, párrafo 2o., de la Ley 9.504, de 1997, establecía, en su redacción original, que la distribución del tiempo del horario electoral gratuito debería considerar la cantidad de diputados federales elegidos por cada partido en las últimas elecciones, a excepción de las agrupaciones partidarias sin participación en la Cámara de Diputados.

En el juicio de la ADI 4.430 y de la ADI 4.795, el STF, por mayoría, declaró inconstitucional la exclusión de los partidos políticos sin representación en la Cámara de Diputados del horario electoral gratuito, pero reconoció la constitucionalidad del criterio de distribución del tiempo considerado, en función de la situación de representatividad de los partidos en la casa legislativa.

Para ello, tuvo en cuenta que la exclusión prevista en la legislación atentaba contra lo dispuesto en el párrafo 3o. del artículo 17 de la Constitución, “un derecho que resulta indispensable para la existencia y el desarrollo de esos entes plurales y, sin el cual, queda coartado su derecho a tener voz en las elecciones, que ha de ser accesible para todos los candidatos y partidos políticos” [traducción nuestra].<sup>55</sup> No obstante, reconoció que “no hay igualdad material entre las agrupaciones partidarias que cuentan con representantes en la Cámara Federal y aquellos partidos que, sometidos al voto popular, no lograron elegir representantes para la Casa del Pueblo” [traducción nuestra],<sup>56</sup> pues “aunque iguales en el plano de la legalidad, no son iguales en cuanto a su legitimidad política” [traducción nuestra].<sup>57</sup> Por ello, se mostraba compatible con la Constitución la adopción de un criterio que tuviera en cuenta la cantidad de diputados y senadores de cada partido, a la hora de establecer el tiempo de propaganda electoral gratuita que se le concedería a cada uno.

En el juicio de las ADI 5.423, 5.487 y 5.491, el STF apreció nuevamente la constitucionalidad del artículo 47 de la Ley 9.504, de 1997, con la redacción que le dio la Ley 13.165, de 2015, que disciplinaba la distribución, entre

---

<sup>55</sup> “direito esse indispensável à existência e ao desenvolvimento desses entes plurais e, sem o qual, fica cerceado o seu direito de voz nas eleições, que deve ser acessível a todos os candidatos e partidos políticos”.

<sup>56</sup> “não há igualdade material entre agremiações partidárias que contam com representantes na Câmara Federal e legendas que, submetidas ao voto popular, não lograram eleger representantes para a Casa do Povo”.

<sup>57</sup> “embora iguais no plano da legalidade, não são iguais quanto à legitimidade política”.

partidos y coaliciones con candidato, del tiempo de radio y televisión para la realización de propaganda electoral, disponiendo que “el 90% (noventa por ciento) [será] distribuido proporcionalmente a la cantidad de representantes en la Cámara de Diputados” y “el 10% (diez por ciento), repartido de manera igualitaria” [traducción nuestra].<sup>58</sup>

Para la mayoría que se formó en el juicio de estas ADI,<sup>59</sup> las reglas establecidas por el dispositivo de la Ley Electoral en cuanto a la distribución del tiempo de propaganda electoral de manera proporcional a la cantidad de representantes en la Cámara de Diputados respetan los principios constitucionales de la proporcionalidad y de la razonabilidad. Como bien sintetiza el resumen de la ADI 5491,

...los incisos I y II del párrafo 2o. del art. 47 de la Ley no. 9.504/1997, en consonancia con la cláusula democrática y con el sistema proporcional, establecen el precepto de equidad, resguardando el derecho de acceso a la propaganda electoral de las minorías partidarias y poniendo en situación de beneficio no odioso a aquellas agrupaciones más respaldadas en la legitimidad popular [traducción nuestra].<sup>60</sup>

Estos juicios revelan que el Poder Legislativo, en sus decisiones políticas, al tiempo que busca superar ciertas decisiones del STF, ha aprovechado espacios no vetados por éste. Por otro lado, el Supremo Tribunal Federal se ha mostrado sensible al ejercicio del poder político por los demás actores

<sup>58</sup> “90% (noventa por cento) [serão] distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados” e “10% (dez por cento) distribuídos igualmente”. En el juicio de la ADI 5.423, el STF también analizó la constitucionalidad del artículo 46 de la Ley de las Elecciones (con redacción que le fue dada por la Ley 13.165, de 2015), que versaba acerca de los preceptos establecidos para los debates electorales en la radio y en la televisión (también objeto de la ADI 5.488 y de la ADI 5.577).

<sup>59</sup> El fallo dictado fue el siguiente: “El Tribunal, por mayoría y en los términos del voto del Relator, desestimó la solicitud formulada, vencidos el Ministro Edson Fachin, que daba parcial procedencia al pedido, y los Ministros Marco Aurélio y Celso de Mello, que lo juzgaban procedente. Ausentes, de forma justificada, los Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente) y Roberto Barroso. Presidió el juicio la Ministra Carmen Lúcia (Vicepresidenta). Tribunal Pleno, a 25.08.2016”.

<sup>60</sup> “os incisos I e II do § 2o. do art. 47 da Lei no. 9.504/97, em consonância com a cláusula democrática e com o sistema proporcional, estabelecem regra de equidade, resguardando o direito de acesso à propaganda eleitoral das minorias partidárias e pondo em situação de benefício não odioso aquelas agremiações mais lastreadas na legitimidade popular”.

constitucionales cuando, instado a manifestarse sobre temas sobre los cuales ya ha habido declaración de inconstitucionalidad, revisa su jurisprudencia de forma constructiva.

Se trata de un diálogo constitucional con base, por un lado, en los fundamentos de las decisiones dictadas por el STF y, por otro, en la forma como el Poder Legislativo vuelve a presentar su decisión política, con miras a superar los obstáculos constitucionales en un nuevo contexto político y jurídico.

## V. CONCLUSIÓN

¿Podría la Enmienda Constitucional 97, de 2007, ser el telón de fondo para un diálogo institucional exitoso (más) entre el STF y el Poder Constituyente derivado?

Entendemos que sí, sea a partir de nuestra comprensión acerca del adecuado ejercicio de la jurisdicción constitucional, sea en vista del análisis de las razones que condujeron al STF a reconocer la inconstitucionalidad de la cláusula de barrera establecida en el artículo 13 de la Ley 9.096, de 1995, en el juicio de la ADI 1351.

En el plano teórico, relativo a nuestra visión sobre la jurisdicción constitucional, se debe asumir que no está necesariamente viciada la acción de los órganos políticos volcados a superar la decisión del STF para alcanzar los mismos resultados anteriormente vetados por la jurisdicción constitucional. En realidad, esta reacción puede verse desde una perspectiva dialógica, dado que un análisis sereno de los fundamentos de la decisión del Tribunal Constitucional no significa sólo una sanción al poder político, sino también la indicación de problemas constitucionales que, si se ven superados por el órgano político, crean un espacio para la modificación de la medida pretendida y la retirada de las barreras constitucionales de la legislación original.

Como sugiere Bruno Ribeiro Guedes,<sup>61</sup> “la Constitución puede funcionar como un catalizador de un intercambio en ambos sentidos entre el Poder Judicial y el Legislativo..., al mismo tiempo que rara vez plantea barreras

---

<sup>61</sup> Guedes, Bruno Ribeiro, *Modelos Dialógicos de Controle da Constitucionalidade das Leis: Controle Forte vs. Controle Fraco. As implicações das idéias de Mark Tushnet para o sistema constitucional brasileiro*, Brasília, UnB, 2010 (*mimeo*), p. 20.

absolutas a las intenciones finalistas de las instituciones democráticas” [traducción nuestra].<sup>62</sup>

Por otro lado, examinando las razones que condujeron a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley 9.504, de 1997, entendemos que el Congreso Nacional demostró la necesaria deferencia al STF, pues la cláusula de barrera implementada por la EC 97, de 2017, superó los problemas constitucionales señalados por el STF, en el juicio de la ADI 1.351 y de la ADI 1.354, sea en el plano formal (sobre la posibilidad de tratar el funcionamiento parlamentario por medio de ley ordinaria), sea en el plano material (sobre la razonabilidad de las reglas limitativas a la actuación de los partidos políticos).

## VI. REFERENCIAS

- ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de, “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”, *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Río de Janeiro, vol. 31, núm. 1, 1988.
- AGRA, Walber de Moura y ALENCASTRO NETO, Emiliane Priscilla, “A cláusula de barreira como instrumento de aperfeiçoamento da democracia”, *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, vol. 12, núm. 2, 2o. cuatrimestre de 2017, disponible en: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica).
- BATEUP, Christine, “The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue”, *Brooklyn Law Review*, NYU Law School, Public Law Research Paper, vol. 71, 2006.
- BICKEL, Alexander M, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics*, 2a. ed., New Haven, Yale University Press, 1986.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 1351, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, juzgada el 7/12/2006, DJ 30/3/2007.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 5423, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, juzgada el 25/8/2016, DJ 19/12/2017.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 5487, Rel. p/ fallo del Pleno Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, juzgada el 25/8/2016, DJ 19/12/2017.

<sup>62</sup> “a Constituição pode funcionar como um catalisador de um intercâmbio com mão-dupla entre o Judiciário e o Legislativo..., ao mesmo tempo em que raramente levanta barreiras absolutas às intenções finalísticas das instituições democráticas”.

- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 5488, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, juzgada el 31/8/2016, DJ 19/12/2017.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 5491, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, juzgada el 25/8/2016, DJ 6/9/2017.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 5105, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, juzgada el 1/10/2015, DJ 16/3/2016.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 5577, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, juzgada el 25/8/2016, DJ 18/12/2017.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Lições de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2017.
- GOMES, José Jairo, *Direito Eleitoral*, 14a. ed., São Paulo, Atlas, 2018.
- GUEDES, Bruno Ribeiro, *Modelos Dialógicos de Controle da Constitucionalidade das Leis: Controle Forte vs. Controle Fraco. As implicações das idéias de Mark Tushnet para o sistema constitucional brasileiro*, Brasília, UnB, 2010 (mimeo).
- MORAIS, Carlos Blanco de, *O Sistema Político*, Coimbra, Almedina, 2017.
- MÜLLER, Friedrich, *Metodologia do direito constitucional*, 4a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.
- RAIS, Diogo y FARIAS, Pedro Henrique Espagnol de, “O STF e a cláusula de barreira: entre as experiências e suas projeções”, *Resenha Eleitoral*, Florianópolis, vol. 21, núm. 1, noviembre de 2017.
- RIBEIRAL, Tatiana Braz, “Cláusula de barreira: reflexões da história recente no Brasil”, *Cadernos Adenauer XVIII*, núm. 4, 2017.
- TUSHNET, Mark, *Weak Courts, Strong Rights*, New Jersey, Princeton University Press, 2008.
- VASCONCELOS, Clever y SILVA, Marco Antonio, *Direito Eleitoral*, São Paulo, Saraiva, 2018.
- VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson, “A cláusula de barreira no direito brasileiro”, *RIDB*, año 2, núm. 8, 2013. disponible en: <http://www.idb-fdul.com>.

