

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

**ANDRESSA BAIERLE BALDISSERA**

**CLÁUSULA DE BARREIRA ELEITORAL NA PEC N. 282/2016**

**Análise comparada e de constitucionalidade**

**Porto Alegre**

**2017**

ANDRESSA BAIERLE BALDISSERA

**CLÁUSULA DE BARREIRA ELEITORAL NA PEC N. 282/2016**

**Análise comparada e de constitucionalidade**

Trabalho de conclusão de curso submetido ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**Orientador: Prof. Dr. Luís Afonso Heck**

**Porto Alegre**

**2017**

ANDRESSA BAIERLE BALDISSERA

**CLÁUSULA DE BARREIRA ELEITORAL NA PEC N. 282/2016**

**Análise comparada e de constitucionalidade**

Trabalho de conclusão de curso submetido ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Luís Afonso Heck – UFRGS

Orientador

---

Me. Fernando Vogel Cintra – UFRGS

---

Me. Leonardo Simchen Trevisan – UFRGS

Aprovado em 27 de julho de 2017.

Aos meus pais, Paulo Baldissera e Ivanete  
Baierle Baldissera, pelo amor incondicional,  
que me sustenta sem amarras.

## AGRADECIMENTOS

Durante a elaboração da presente monografia, contei com o amparo e o incentivo de diversas pessoas que me são muito queridas. A todas elas, que em maior ou menor medida compartilharam das minhas inquietações, meus sinceros agradecimentos.

Em especial, agradeço ao Professor Heck pela dedicação que empregou na orientação atenta e comprometida deste trabalho, principalmente pelas críticas, indicações bibliográficas e pelo auxílio com as traduções.

Meu *vielen Dank* também ao Nico, que concorreu para o desenvolvimento da presente monografia desde a definição do tema até a conclusão, pelos debates jurídicos, pelo auxílio no trato com a bibliografia, legislação e jurisprudência alemãs, bem como pela companhia fiel.

Devo ainda agradecimentos à *teacher* Pati Garcia, pela revisão do *abstract*; e ao Martín, que não mediu esforços (nem perdoou vírgulas equivocadas) em suas revisões minuciosas, e que muito me incentivou com *feedbacks* positivos.

Agradeço, por fim, à Universidade Federal do Rio Grande do Sul e à Universidade de Heidelberg pelo aporte bibliográfico.

## RESUMO

Um mecanismo internacionalmente consagrado para redução da fragmentação partidária em parlamentos são as cláusulas de barreira eleitorais, conforme o modelo originado na Alemanha, o qual, em linhas gerais, condiciona a atribuição de mandatos a partidos ao alcance de determinado desempenho eleitoral. Em 1995, no Brasil, surgiu um modelo de cláusula de barreira que condiciona a certo desempenho eleitoral o *funcionamento parlamentar* dos partidos, vinculando a este sua participação no rateio do Fundo Partidário e seu acesso gratuito ao rádio e à televisão. Os dispositivos legais que inseriram tal cláusula no sistema jurídico brasileiro foram declarados inconstitucionais pelo STF, em 2006. Contudo, tal modelo foi resgatado pela Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 282/2016 (originariamente PEC do Senado n. 36/2016). A comparação desta cláusula com a cláusula alemã (*Sperrklausel*) e a compreensão de como surgiu o “modelo brasileiro” constituem objetivos específicos da presente monografia. Eles fornecem subsídios ao objetivo geral de analisar a constitucionalidade da cláusula de barreira proposta pela referida PEC para o fim de dar uma resposta à questão da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Utilizando-se do método hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, chegou-se aos seguintes resultados: (i) as cláusulas comparadas divergem quanto a dois aspectos: restrições previstas e âmbito de aplicação; (ii) na Alemanha, a regulamentação do financiamento estatal dos partidos e a do acesso gratuito (ou a preço de custo) ao rádio e à televisão para propaganda política encontram fundamento na igualdade de chances dos partidos políticos, não sendo vinculadas à cláusula de barreira; (iii) o modelo brasileiro de cláusula de barreira surgiu em razão de “desentendimentos”, principalmente devido à falta de definição para o termo “funcionamento parlamentar”, e não para a adequação do instituto à realidade constitucional brasileira; e (iv) a cláusula de barreira proposta por meio da PEC n. 282/2016 viola no mínimo dois limites materiais do poder de emenda (artigo 60, § 4º, incisos I e II, CRFB/1988). Com base nos resultados obtidos, chegou-se à conclusão de que o referido instituto, nos termos propostos pela PEC n. 282/2016, revela-se incompatível com a Constituição Federal brasileira.

**Palavras-chave:** Cláusula de barreira eleitoral. PEC n. 282/2016. Funcionamento parlamentar. Fundo Partidário. Acesso gratuito ao rádio e à televisão.

## ABSTRACT

An internationally recognized mechanism for reducing the fragmentation in parliaments are the restrictive clauses, as the model originated in Germany, which, in general, conditions the allocation of seats to political parties to the reach of a given election performance. In 1995, in Brazil, a model of restrictive clause emerged, which conditions to a given electoral performance the “parliamentary functioning” of political parties, linking to this their participation in the apportionment of the “state funding of political parties” and their free access to the radio and the television. The legal clauses that inserted such clause in the Brazilian legal system were declared unconstitutional by the Brazilian “Supreme Court” (STF) in 2006. However this model was retaken by the Proposal of Amendment to the Constitution (PEC) number 282/2016 (formerly PEC of the Senate number 36/2016). The comparison of this clause with the German clause (*Sperrklausel*) and the understanding of how the “Brazilian model” emerged are specific objectives of this monograph. They provide additional information to the general objective of analyzing the constitutionality of the proposed restrictive clause in order to give an answer to the question of its constitutionality or unconstitutionality. Using the hypothetical-deductive method, with research in the bibliography, the legislation and the case law, the following results have been reached: (i) the compared clauses differ due to two aspects: provided restrictions and application field; (ii) in Germany, the regulation of the state funding of political parties and of the free (or at cost price) access to radio and television for propaganda are based on the equality of opportunity of political parties, not being attached to the restrictive clause; (iii) the Brazilian model of restrictive clause emerged due to “misunderstandings”, mainly owing to the lack of a definition for the term “parliamentary functioning”, and not to the adaptation of the institute for the Brazilian constitutional reality; and (iv) the restrictive clause proposed by the PEC number 282/2016 violates at least two material limits of the “amendment power” (article 60, clause 4, I and II, of the Brazilian Federal Constitution from 1988 – CRFB/1988). Based on the results, it was concluded that the referred institute, in the terms proposed by the PEC number 282/2016, is incompatible with the Brazilian Federal Constitution.

**Keywords:** Restrictive clause. PEC No. 282/2016. Parliamentary functioning. State funding of political parties. Free access to the radio and the television.

## ZUSAMMENFASSUNG

Ein international anerkannter Mechanismus zur Verringerung der Parteienzersplitterung in Parlamenten sind die Wahlsperkklauseln, gemäß des in Deutschland entstandenen Modells, welches, im Allgemeinen, die Mandatsverteilung an Parteien vom Erreichen einer bestimmten Stimmenanteil abhängig macht. In Brasilien wurde 1995 ein Sperrklauselmodell verabschiedet, welches das „parlamentarische Funktionieren“ einer Partei vom Erreichen einer bestimmte Summe von Stimmen abhängig macht und dieses mit ihrer Teilnahme an der staatlichen Parteienfinanzierung und ihrem kostenlosen Zugang zu Radio und Fernsehen verknüpft. Die gesetzlichen Abschnitte, welche diese Klausel im brasilianischen Rechtssystem einführten wurden vom brasilianischen obersten Verfassungsgericht (STF) im Jahr 2006 als verfassungswidrig erklärt. Allerdings wurde dieses Modell durch den Verfassungsänderungsvorschlag (PEC) n. 282/2016 (ursprünglich PEC des Senats n. 36/2016) wiederaufgenommen. Der Vergleich dieser Klausel mit der deutschen Sperrklausel und das Verständnis, wie das „brasilianische Modell“ entstanden ist, sind vorrangige Ziele dieser Monographie. Sie bieten Grundlage für das übergeordnete Ziel, die Verfassungsmäßigkeit der vom genannten PEC vorgeschlagenen Sperrklausel zu prüfen, um eine Antwort auf die Frage über ihre Verfassungsmäßigkeit oder -widrigkeit zu geben. Im Wege der hypothetisch-deduktive Methode mit Forschung an Quellen der Literatur, Rechtsprechung und Gesetzgebung wurden die folgenden Feststellungen getroffen: (i) die verglichenen Klauseln unterscheiden sich in zwei Aspekten: den vorgesehenen Beschränkungen und dem Anwendungsbereich; (ii) in Deutschland findet die Reglementierung der staatlichen Finanzierung politischer Parteien und des kostenlosen (oder zum Selbstkostenpreis) Zugangs zu Radio und Fernsehen für Wahlwerbung ihre Begründung in der Chancengleichheit der politischen Parteien und ist nicht mit der Sperrklausel verbunden; (iii) das brasilianische Sperrklauselmodell ist aufgrund von „Missverständnissen“ entstanden, hauptsächlich aufgrund der fehlenden Definition für den Begriff „parlamentarisches Funktionieren“ und nicht wegen der Eignung des Instituts für die brasilianische Verfassungswirklichkeit; und (iv) die durch den PEC n. 282/2016 vorgeschlagenen Sperrklausel verletzt mindestens zwei materielle Grenzen der Verfassungsänderungsgewalt (Artikel 60 Absatz 4 Abschnitte I und II der brasilianischen Verfassung von 1988 – CRFB/1988). Auf der Grundlage der gefundenen Ergebnisse wurde der Schluss gezogen, dass die genannte Klausel, in der durch den PEC vorgeschlagenen Form, mit der brasilianischen Verfassung unvereinbar ist.

**Schlüsselwörter:** Wahlsperkklausel. PEC n. 282/2016. Parlamentarisches Funktionieren. Staatliche Parteienfinanzierung. Kostenloser Zugang zu Radio und Fernsehen.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ARD	<i>Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland</i>
Art.	Artigo
Art.	<i>Artikel</i>
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i>
BVerfGE	<i>Bundesverfassungsgerichtentscheidung</i>
BWahlG	<i>Bundeswahlgesetz</i>
BWahlO	<i>Bundeswahlordnung</i>
CCJ	Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EC	Emenda Constitucional
EuWG	<i>Gesetz über die Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlaments aus der Bundesrepublik Deutschland (Europawahlgesetz)</i>
ff.	<i>Folgende</i>
fl.	Folha
GG	<i>Grundgesetz</i>
GOBT	<i>Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages</i>
n.	Número
n.m.	Número de margem
n.r.	Nota de rodapé

<i>PartG</i>	<i>Gesetz über die politischen Parteien (Parteiengesetz)</i>
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PL	Projeto de Lei
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
RICD	Regimento Interno da Câmara dos Deputados
RISF	Regimento Interno do Senado Federal
<i>RSiV</i>	<i>Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag)</i>
<i>SPD</i>	<i>Sozialdemokratische Partei Deutschlands</i>
<i>SSW</i>	<i>Südschleswigsche Wählerverband</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
<i>WRV</i>	<i>Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 (Weimarer Reichsverfassung)</i>
<i>ZDF</i>	<i>Zweite Deutsche Fernsehen</i>

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>2</b>	<b>SISTEMAS ELEITORAIS</b> .....	16
2.1	SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO.....	18
2.2	SISTEMA ELEITORAL ALEMÃO.....	20
<b>3</b>	<b>CLÁUSULA DE BARREIRA ELEITORAL</b> .....	23
3.1	CLÁUSULA DE BARREIRA NO BRASIL E PEC N. 282/2016.....	26
3.2	<i>SPERRKLAUSEL</i> ALEMÃ.....	30
<b>4</b>	<b>ANÁLISE COMPARADA DOS INSTITUTOS</b> .....	35
4.1	RESTRICÇÕES.....	35
4.1.1	Funcionamento parlamentar vs atribuição de mandatos.....	36
4.1.2	Acesso gratuito ao rádio e à televisão.....	46
4.1.3	Financiamento estatal (Fundo Partidário).....	50
4.2	ÂMBITO DE APLICAÇÃO.....	52
4.2.1	Casas legislativas.....	53
4.2.2	Sistemas eleitorais.....	54
<b>5</b>	<b>ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CLÁUSULA DE BARREIRA PROPOSTA PELA PEC N. 282/2016</b> .....	56
5.1	LIMITES TEMPORAIS E CIRCUNSTANCIAS AO PODER DE EMENDA..	58
5.2	LIMITES PROCEDIMENTAIS AO PODER DE EMENDA.....	58
5.3	LIMITES MATERIAIS IMPLÍCITOS AO PODER DE EMENDA.....	59
5.4	LIMITES MATERIAIS EXPLÍCITOS AO PODER DE EMENDA.....	60
5.4.1	A separação dos Poderes.....	61
5.4.2	O voto direto, secreto, universal e periódico.....	62
5.4.2.1	<i>Igualdade de chances</i> .....	64
5.4.2.2	<i>Igualdade eleitoral</i> .....	67
5.4.3	A forma federativa de Estado.....	71
5.4.4	Os direitos e garantias individuais.....	74

5.4.4.1	<i>A expressão “direitos e garantias individuais”</i> .....	74
5.4.4.2	<i>A expressão “tendente a abolir”</i> .....	75
5.4.4.3	<i>Confrontação com a cláusula de barreira da PEC n. 282/2016</i> .....	78
6	<b>CONCLUSÃO</b> .....	79
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	83

## 1 INTRODUÇÃO

Após 21 anos de ditadura no Brasil, dos quais 13 foram marcados pelo bipartidarismo, a Constituição Federal de 1988 (CRFB/1988) teve a nítida intenção de incentivar a criação de novos partidos, prevendo o pluripartidarismo e a liberdade para criação, fusão, incorporação e extinção de partidos (art. 17, *caput*<sup>1</sup>). O objetivo foi provavelmente o de facilitar a representação das diferentes posições ideológicas do espectro político brasileiro.

Como dos 35 partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral Brasileiro (TSE)<sup>2</sup>, mais de 20 detêm assento na Câmara dos Deputados, poder-se-ia pensar que tal objetivo foi alcançado. Contudo, dessa última constatação não decorre que vinte diferentes posições ideológicas estejam ali representadas. O que se visualiza no Brasil é, antes, uma representação política disfuncional e fragmentada, já que a presença de muitas legendas nos parlamentos gera uma oposição bastante dispersa, que, em vez de exercer um papel construtivo de controle dos governos, passa a prejudicar a capacidade funcional das casas legislativas.

Assim, parece acertado concluir que um mecanismo capaz de promover a concentração partidária nos parlamentos seria benéfico no contexto brasileiro. E o mecanismo internacionalmente consagrado para esse fim é a chamada *cláusula de barreira*, que constitui, em linhas gerais, o tema do presente trabalho.

Também chamada de cláusula de desempenho partidário ou de exclusão, a cláusula de barreira é um mecanismo aplicado na Alemanha, bem como em diversos outros países, como Argentina, Peru, Espanha e Itália. Em sua conformação “tradicional”, ela condiciona a atribuição de mandatos aos partidos políticos à conquista de um desempenho eleitoral mínimo, no âmbito de uma ou mais circunscrições eleitorais (i.e., à obtenção de um percentual ou número mínimo de votos válidos nessas circunscrições).

A principal crítica que se faz ao instituto consiste no fato de que os votos depositados em partidos que não ultrapassem a cláusula de barreira não têm, ao final, relevância na conformação parlamentar, podendo-se falar em votos com pesos distintos. Já entre seus méritos, sobressai a redução da fragmentação partidária nos parlamentos, com implicação

<sup>1</sup> Art. 17, *caput*, CRFB/1988. “É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: [...]”

<sup>2</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Partidos Políticos Registrados no TSE*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

positiva na governabilidade, bem como na desregionalização dos partidos e na consolidação de legendas com perfil ideológico bem definido.

Foi justamente com o mote principal de limitar a fragmentação partidária que se inseriu a cláusula de barreira (*Sperrklausel*) pioneiramente no sistema eleitoral alemão<sup>3</sup>. Isso ocorreu depois que o número exacerbado de partidos no Parlamento alemão (*Reichstag*) durante a República de Weimar foi apontado como causa relevante para o fracasso da democracia na época. Fracasso este que culminou no Totalitarismo Nazista.

O instituto demonstrou-se adequado à finalidade de promover a concentração partidária no sistema partidário alemão, e a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*) o tem por constitucional. Ainda assim, a doutrina alemã diverge a respeito da sua constitucionalidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, houve já previsão de diversas cláusulas de barreira com conformações distintas. O último mecanismo assim denominado foi disposto no art. 13 da Lei n. 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos)<sup>4</sup>, com uma regra de transição (art. 57 da mesma Lei<sup>5</sup>). Regra esta que suspendera a aplicabilidade daquele dispositivo até 2006, ano em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou-o inconstitucional, no julgamento conjunto das ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) n. 1.351-3 e n. 1.354-8.<sup>6</sup>

Mesmo sem ter sido aplicado, o referido dispositivo representou um marco no cenário jurídico brasileiro, na medida em que, a partir da sua previsão, permitiu falar em um “novo modelo de cláusula de barreira”, diferente do modelo alemão internacionalmente reconhecido. Trata-se, como se verá, de um modelo que condiciona o *funcionamento parlamentar* dos partidos políticos a certo desempenho eleitoral, afetando também sua possibilidade de acesso gratuito ao rádio e à televisão e de participação no rateio do Fundo Partidário.

Dez anos após aquela manifestação do Supremo, tal modelo foi resgatado, por meio da Proposta de Emenda Constitucional n. 36 de 2016 (PEC n. 36/2016), a qual restou aprovada pelo Senado, nos termos da Emenda n. 2 da Comissão de Constituição e Justiça (substitutivo)

<sup>3</sup> Atualmente no § 6 III *BWahlG*.

<sup>4</sup> Art. 13, Lei n. 9.096/1995. “Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.”

<sup>5</sup> Art. 57, Lei n. 9.096/1995. “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: [...]”

<sup>6</sup> Declararam-se inconstitucionais os arts. 13 e 48 da Lei n. 9.096/1995, bem como partes e expressões de outros dispositivos relacionados ao art. 13.

e recebeu, na Câmara, o nome de Proposta de Emenda Constitucional n. 282, de 2016 (PEC n. 282/2016). É sobre a cláusula de barreira apresentada nesta Proposta em específico que se desenvolverá o presente trabalho.

Segundo os autores da PEC n. 36/2016, “a decisão do STF [em 2006] não excluiu, em definitivo, a possibilidade de se fixar uma cláusula de desempenho para os partidos” (fl. 4 da referida PEC). De fato, a instituição de uma cláusula de barreira não foi absolutamente denegada pelo Supremo.<sup>7</sup> Essa possibilidade depende, entretanto, da conformidade do instituto com a CRFB/1988. E é justamente ao problema da constitucionalidade da cláusula de barreira prevista na PEC n. 282/2016 que se pretende, aqui, dar uma resposta.

Para isso, uma primeira preocupação será desfazer o equívoco recorrente de que a *Sperrklausel* alemã e a cláusula de barreira proposta pela PEC n. 282/2016 seriam institutos equivalentes. Na “justificação” da PEC n. 36/2016, por exemplo, confundem-se os dois institutos ao se aludir à “[...] conveniência de se introduzir a cláusula de barreira, surgida como primeira experiência na Alemanha pós-guerra e que hoje vigora em cerca de 44 países”, a qual seria “[...] uma regra que condiciona o funcionamento parlamentar do partido político ao seu desempenho nas urnas” (ambas as citações na fl. 3).

Em razão disso, far-se-á uma análise comparada dos institutos a fim de se esclarecer as diferenças existentes entre eles. Ademais, com tal análise pretende-se adquirir subsídios para o exame de constitucionalidade da cláusula de barreira proposta pela PEC n. 282/2016.

Enfim, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, têm-se como objetivos específicos comparar a cláusula de barreira proposta por meio da PEC n. 282/2016 com a *Sperrklausel* alemã prevista no § 6 III da Lei Eleitoral Federal alemã (*Bundeswahlgesetz – BWahlG*)<sup>8</sup>, bem como compreender como surgiu o modelo de “cláusula de barreira à brasileira”<sup>9</sup>. O objetivo geral é confrontar a cláusula da referida PEC com os limites constitucionais impostos ao poder de emenda da CRFB/1988. Com isso, pretende-se dar uma resposta à questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do referido instituto proposto por meio da PEC n. 282/2016.

<sup>7</sup> O ministro Gilmar Mendes, em voto vogal, no âmbito do julgamento conjunto das ADIs n. 1.351-3 e n. 1.354-8, em 2006, afirmou que “[a] inconstitucionalidade não reside na natureza desse tipo de restrição à atividade dos partidos políticos, mas na forma e, portanto, na proporção estabelecida pelo legislador brasileiro. [...] O modelo é patológico na medida em que impede o funcionamento parlamentar do partido, mas não afeta a própria eleição do representante.” (fl. 161).

<sup>8</sup> Optou-se por manter os termos originais na citação de dispositivos da legislação alemã.

<sup>9</sup> A expressão foi utilizada pelo ministro Gilmar Mendes, na exposição do seu voto no julgamento conjunto das ADIs n. 1.351-3 e n. 1.354-8, para se referir à cláusula de barreira prevista no art. 13 da Lei n. 9.096/1995.

A partir daqui, passa-se a expor como será estruturada a presente monografia.

No primeiro ponto do trabalho, far-se-ão algumas considerações a respeito das funções dos sistemas eleitorais, bem como dos diversos modelos existentes e das principais implicações da adoção desses modelos. Em subpontos, serão apresentados quais são os modelos de sistema eleitoral adotados no Brasil e na Alemanha, bem como seu modo de funcionamento. Trata-se de um ponto introdutório, no qual serão expostas noções fundamentais à compreensão do segundo ponto.

No segundo ponto, tratar-se-á do tema da cláusula de barreira. De início, serão feitas considerações de cunho genérico e, nos subpontos, será apresentado qual é o tratamento dispensado ao instituto no Brasil e na Alemanha, respectivamente.

Destaca-se que, no Brasil, a previsão de diversas “cláusulas de barreira” ao longo do tempo culminou em um modelo peculiar do instituto. Em razão disso, far-se-á, no ponto 3.1, um relato histórico – no que ele se revela relevante aos objetivos do trabalho – acerca do tratamento conferido ao instituto no Brasil. Tal relato encerrar-se-á com uma exposição acerca da regulamentação conferida ao instituto pela PEC n. 282/2016.

O terceiro ponto da presente monografia destinar-se-á à análise comparada da cláusula de barreira proposta pela PEC n. 282/2016 em face da *Sperrklausel* alemã. A comparação será desenvolvida a partir de dois elementos: (i) as restrições previstas por cada uma delas; e (ii) o âmbito no qual se pretendem aplicáveis. Esse ponto será relevante para que se estabeleça a adequada distinção entre os institutos e para que se obtenham subsídios para a análise de constitucionalidade da cláusula prevista pela PEC n. 282/2016.

No quarto ponto, desenvolver-se-á a análise de constitucionalidade da cláusula de barreira proposta pela referida PEC, por meio da confrontação da sua regulamentação com os limites constitucionais impostos ao poder constituinte derivado. Nomeadamente, são eles: limites temporais e circunstanciais, limites procedimentais, limites materiais implícitos e limites materiais explícitos.

Por fim, na conclusão, será apresentada uma síntese dos resultados obtidos a partir da comparação entre os institutos alemão e brasileiro. Além disso, será fornecida uma resposta objetiva à pergunta central do presente trabalho, qual seja, a da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da cláusula de barreira prevista pela PEC n. 282/2016.



## 2 SISTEMAS ELEITORAIS

Segundo Dieter Nohlen, sistemas eleitorais, em uma concepção restrita, contêm “[...] o modo pelo qual os eleitores expressam em votos sua preferência de partido e/ou candidatos e esta é convertida em mandatos. [...]”<sup>10</sup>. Eles “[...] regulam esse processo [de conversão de votos em mandatos] pelo estabelecimento da divisão de distritos eleitorais<sup>11</sup>, da candidatura eleitoral, do procedimento de votação [‘dação de votos’] e da apuração de votos”<sup>12</sup>.

Entre as funções a serem preenchidas por um sistema eleitoral, destacam-se duas principais, quais sejam: concentração e representação.<sup>13</sup> Da concentração depende a agregação das opiniões políticas presentes na sociedade e, assim, “a estabilidade do Governo e do sistema político em geral”<sup>14</sup>. A segunda função diz respeito à “[...] representação de todos os grupos de interesse em que a sociedade está articulada”<sup>15</sup>.

A tendência é que a função de concentração seja mais bem preenchida por sistemas majoritários, uma vez que “[...] levam, a longo prazo, à coligação dos elementos presentes na sociedade ou, pelo menos, atribuem o poder de orientação do Estado a poucos mas amplos agrupamentos sociais. [...]”<sup>16</sup>. A função de representação, por sua vez, é tendencialmente mais bem preenchida por sistemas eleitorais proporcionais, já que eles permitem uma maior correspondência entre o número de votos atribuído a um partido e o número de cadeiras que

<sup>10</sup> NOHLEN, Dieter. *Wahlrecht und Parteiensystem*. 6. ed. rev. e atual. Opladen & Farmington Hills: Verlag Barbara Budrich, 2009, p. 61. No original: “[...] den Modus, nach welchem die Wähler ihre Partei- und/oder Kandidatenpräferenz in Stimmen ausdrücken und diese in Mandate übertragen werden. [...]”. Todas as citações em português de textos alemães são traduções livres.

<sup>11</sup> A unidade territorial levada em consideração para contabilização dos votos – circunscrição eleitoral ou distrito eleitoral – pode compreender todo o país, estado ou província, bem como um município ou um distrito (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Glossário Eleitoral: termos iniciados com a letra S*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos-iniciados-com-a-letra-s/#sistema-eleitoral-proporcional>>. Acesso em: 17 set. 2016).

<sup>12</sup> NOHLEN, Dieter. *Op. cit., loc. cit.* No original: “Wahlssysteme regeln diesen Prozess durch Festlegung der Wahlkreiseinteilung, der Wahlbewerbung, der Stimmgebung und der Stimmenverrechnung. [...]”.

<sup>13</sup> Dieter Nohlen cita como cinco funções principais dos sistemas eleitorais: representação, concentração, participação, simplicidade e legitimidade. Para ele, o critério da concentração de um sistema eleitoral define em certa medida seu grau de efetividade, o qual depende, por sua vez, da sua capacidade de suportar a estabilidade do sistema político. Ainda, o autor diferencia estabilidade de governo de estabilidade do sistema político, afirmando que, mesmo que o sistema eleitoral não seja capaz de preencher sua função de concentração, formando um governo instável, o sistema político pode ser bastante estável em razão de uma legitimidade aumentada da representação política e vice-versa [NOHLEN, Dieter. *Wahlssysteme im Vergleich*. In: JESSE, Eckhard. *Wahlen in Deutschland*. Coord. Eckhard Jesse e Konrad Löw, Berlin: Duncker & Humblot, 1998, pp. 51-68. (Schriftenreihe der Gesellschaft für Deutschlandforschung; Vol. 60)].

<sup>14</sup> MAROTTA, Emanuele. *Sistemas Eleitorais*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al.; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís, 13. ed., v. 1 e 2, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009, pp. 1.174-1.179.

<sup>15</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>16</sup> *Ibidem, loc. cit.*

ele efetivamente obterá na casa legislativa em questão. Com isso, minorias têm mais chances de eleger um candidato num sistema proporcional do que num sistema majoritário, por exemplo, de modo que mais segmentos sociais tendem a ser representados por aquele sistema.

Esses dois modelos de sistema eleitoral (o majoritário e o proporcional) são os tradicionais, e sobre eles se discorrerá a seguir. Ressalva-se, entretanto, que, com o objetivo de conciliar de modo eficiente as referidas funções, desenvolveram-se modelos de sistemas eleitorais derivados e mistos, distintos dos dois modelos tradicionais puros.

Pelo sistema majoritário, o candidato precisa, em termos genéricos, obter a maioria dos votos válidos para ser eleito, o que pode se dar tanto no âmbito de colégios plurinominais, quanto de colégios uninominais. No caso de colégios plurinominais, tem-se uma “lista majoritária”, ou seja, candidatos são inscritos numa lista correspondente ao número de cadeiras a serem distribuídas pelo colégio, enquanto nos colégios uninominais elege-se apenas um representante por colégio (aquele que obtiver a maioria dos votos).<sup>17</sup>

Em ambos os casos expostos, a maioria pode ser (i) relativa/simples; ou (ii) absoluta/variadamente qualificada. Caso se exija tão somente maioria relativa, basta que um candidato obtenha mais votos que outro para ser eleito. Já quando se exige maioria absoluta, é necessário não apenas receber mais votos que o outro candidato, mas também ultrapassar determinado quórum em relação ao total de votantes ou de votos válidos. E, caso ninguém atinja esse mínimo, pode-se realizar um segundo turno entre os dois candidatos mais votados no primeiro turno ou entre os que tiverem superado certo quórum; ou, ainda, uma nova eleição por maioria relativa.

Pelo sistema proporcional, cada partido recebe um número de assentos no parlamento que equivalha proporcionalmente ao quociente obtido em relação ao total de votos, o que pode ser feito por meio de voto individual ou por meio de listas concorrentes. Pelo voto individual, ao votar num candidato, o eleitor autoriza a transferência desse voto a um segundo ou terceiro, caso o primeiro tenha já alcançado o quociente necessário para eleger-se. As listas, diferentemente, expressam “grupos de opinião concorrentes (partidos)”<sup>18</sup>. Elas podem ser abertas (caso em que o eleitor pode votar em candidatos específicos de uma legenda) ou

---

<sup>17</sup> MAROTTA, Emanuele. Sistemas Eleitorais. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al.; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais, 13. ed., v. 1 e 2, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009, pp. 1.174-1.179.

<sup>18</sup> *Ibidem, loc. cit.*

fechadas (a lista é previamente ordenada pelos partidos).<sup>19</sup> E podem também ser classificadas como rígidas, semilivres (semiflexíveis) ou livres (flexíveis), conforme o menor ou maior poder de modificação por parte dos eleitores.<sup>20</sup>

Tanto o Brasil quanto a Alemanha adotam uma organização política democrática representativa, com voto direto em certo grau e, portanto, algum modelo de sistema eleitoral. Entender quais são esses modelos e como funcionam é fundamental para a análise comparada da cláusula de barreira eleitoral proposta pela PEC n. 282/2016, em relação à *Sperrklausel* alemã.

## 2.1 SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO

O sistema eleitoral brasileiro é legalmente disciplinado pelos arts. 82 a 113 da Lei n. 4.737/1965 (Código Eleitoral) e adota, para diferentes pleitos eleitorais, um dos dois modelos tradicionais: majoritário ou proporcional. Cumpre mencionar que, em qualquer caso, os candidatos são eleitos de forma direta<sup>21</sup>.

Conforme prevê o art. 83 do Código Eleitoral, adota-se o princípio majoritário na eleição direta para o Senado Federal, bem como para prefeito e vice-prefeito (em municípios com menos de 200 mil eleitores). Para essas eleições, exige-se tão somente maioria relativa, ou seja, para eleger-se, o candidato precisa apenas alcançar mais votos do que os demais candidatos.

Adota-se também o princípio majoritário nas eleições para presidente da República<sup>22</sup>, governador de estado e do Distrito Federal, bem como para prefeitos em municípios com mais de 200 mil eleitores. Entretanto, nestes casos, exige-se maioria absoluta: para além de receber mais votos que os demais candidatos, o candidato precisa obter mais da metade do total de votos válidos. E, se ninguém atinge esse mínimo, realiza-se um segundo turno entre os dois candidatos mais votados no primeiro turno.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Sistema Eleitoral. In: CAGGIANO, Monica Herman S. (Coord.); MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Orgs.). *Direito Eleitoral em Debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 354-366.

<sup>20</sup> MAROTTA, Emanuele. Sistemas Eleitorais. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al.; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís, 13. ed., v. 1 e 2, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009, pp. 1.174-1.179.

<sup>21</sup> Ou seja, genericamente falando, é o próprio eleitor que elege o candidato de sua escolha.

<sup>22</sup> O Brasil adota um sistema de governo presidencialista, diferentemente da Alemanha.

<sup>23</sup> Art. 2º, Lei n. 9.504/1997. “Será considerado eleito o candidato a Presidente ou a Governador que obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos”. E o § 1º prevê que “[s]e nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição no último domingo de outubro, concorrendo os dois candidatos mais votados, e considerando-se eleito o que obtiver a maioria dos votos válidos”.

Pelo art. 84 do Código Eleitoral, “[a] eleição para a Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais obedecerá ao princípio da representação proporcional na forma desta lei”. Assim, cada partido recebe um número de assentos nesses parlamentos proporcional ao número de votos que obtiveram, o que, no sistema brasileiro atual, é calculado por meio de três fatores: o quociente eleitoral, o quociente partidário e o cálculo pelas maiores médias.

O quociente eleitoral (QE) representa, no Brasil, uma cláusula de barreira natural<sup>24</sup>, uma vez que representa o número mínimo de votos necessário para que um partido participe da distribuição de assentos, variando em cada pleito eleitoral realizado pelo sistema proporcional, conforme as circunstâncias do pleito e o tamanho das circunscrições (não sendo, portanto, previamente determinado por lei). Ele é obtido pela divisão do número de votos válidos<sup>25</sup> apurados pelo número de assentos a serem ocupados em cada circunscrição eleitoral, nos termos do art. 106 do Código Eleitoral<sup>26</sup>.

O quociente partidário (QP) indica o número de assentos no parlamento que, *a priori*, cabe a cada partido ou coligação que tenha alcançado o quociente eleitoral. Ele é obtido, conforme o art. 107 do Código Eleitoral<sup>27</sup>, a partir da divisão do número de votos válidos atribuídos a uma mesma legenda ou coligação de legendas pelo quociente eleitoral. Elege-se, assim, esse número QP de candidatos do partido, conforme a ordem da votação nominal e sendo que cada candidato eleito deve ter alcançado tantos ou mais votos que o equivalente a 10% do quociente eleitoral.<sup>28</sup>

O cálculo pelas maiores médias (ou distribuição das sobras de vagas) é feito para distribuir assentos que remanesceram vagos após a distribuição pelo quociente partidário. Ele

---

<sup>24</sup> RABAT, Márcio Nuno. *Quociente eleitoral como cláusula de barreira e distribuição de lugares pelo critério das maiores médias: o caso das eleições de 2010 para a Câmara dos Deputados no Rio Grande do Sul*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2011 (Nota Técnica). Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em: 1º set. 2016.

<sup>25</sup> Nos termos do art. 5º da Lei n. 9.504/1997, são votos válidos os (i) votos atribuídos a candidatos regularmente inscritos (votos nominais); e os (ii) votos atribuídos a legendas partidárias registradas (votos de legenda).

<sup>26</sup> Art. 106, Código Eleitoral. “Determina-se o quociente eleitoral dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior.”

<sup>27</sup> Art. 107, Código Eleitoral. “Determina-se para cada Partido ou coligação o quociente partidário, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração.”

<sup>28</sup> Art. 108, *caput*, Código Eleitoral. “Estarão eleitos, entre os candidatos registrados por um partido ou coligação que tenham obtido votos em número igual ou superior a 10% (dez por cento) do quociente eleitoral, tantos quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido.”

é realizado, nos termos do art. 109 do Código Eleitoral<sup>29</sup>, tantas vezes quantos forem os assentos a preencher, da seguinte forma: divide-se o número de votos válidos atribuídos a cada partido político ou coligação pelo número de lugares que já obtiveram (pelo quociente partidário) e, a esse valor, soma-se um.

Ao partido político ou à coligação que obtém a maior média, atribui-se um lugar na casa legislativa, desde que um de seus candidatos atenda ao requisito mínimo de votação nominal. Caso em determinado momento não haja mais partido ou coligação com candidato que tenha alcançado a votação nominal mínima, distribuem-se os assentos aos partidos com as maiores médias.

## 2.2 SISTEMA ELEITORAL ALEMÃO

Na Alemanha – nos termos do Art. 20 II 1 da Lei Fundamental de Bonn de 1949 (*GG*)<sup>30</sup>, e assim como no Brasil (art. 1º, parágrafo único, CRFB/1988) – “[a]lle Staatsgewalt geht vom Volke aus”, ou seja, todo o poder estatal provém do povo. Por essa razão, a composição de todo e qualquer órgão político é influenciada no mínimo indiretamente pelos eleitores alemães.<sup>31</sup> Diretamente eleitos, entretanto, são apenas os membros do Parlamento Federal (*Bundestag*) e dos parlamentos estaduais (*Landtage*).

O modelo de sistema eleitoral adotado na Alemanha não é definido na Lei Fundamental alemã, uma vez que esta remete a regulamentação sobre as eleições para o *Bundestag* à lei federal<sup>32</sup> (Art. 38 III *GG*). Ao tratar do tema, a *BWahlG*, no seu § 1 I 2<sup>33</sup>, define como modelo adotado o de “eleição proporcional vinculada à eleição majoritária” (“*mit der Personenwahl*

<sup>29</sup> Art. 109, Código Eleitoral. “Somente poderão concorrer à distribuição dos lugares os partidos ou as coligações que tiverem obtido quociente eleitoral.”

<sup>30</sup> Art. 20 II *GG*. “Todo o poder estatal provém do povo. Ele é exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.”

<sup>31</sup> A Alemanha adota um sistema de governo parlamentarista, constituído da seguinte forma: os membros do Parlamento Federal (*Bundestag* – “Câmara dos Deputados”) e dos parlamentos estaduais (*Landtage* – “assembleias legislativas”) são eleitos diretamente pelo povo. Já Assembleia Federal (*Bundesversammlung*) é composta por membros dessas Casas Legislativas e elege o “Presidente Federal” (*Bundespräsident*). Este, por sua vez, nomeia os ministros federais (*Bundesminister*) e sugere um nome para o cargo de chanceler federal (*Bundeskanzler*), a respeito do qual a decisão final compete ao *Bundestag*. O Conselho Federal (*Bundesrat* – “Senado”) é composto por membros dos governos dos “estados federados” (*Bundesländer*), indicados por estes. Os juízes (*Richter*) do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), por fim, são eleitos pelo *Bundestag* e pelo *Bundesrat*, e são nomeados pelo *Bundespräsident*.

<sup>32</sup> A regulamentação do sistema eleitoral encontra-se na *BWahlG*, de 7 de maio de 1956, bem como na Ordenação Eleitoral alemã (*Bundeswahlordnung* – *BwahlO*), de 28 de agosto de 1985.

<sup>33</sup> § 1 I *BWahlG*. “O Parlamento Federal alemão constitui-se, salvo as variações previstas nesta Lei, de 598 deputados. Eles são eleitos pelos alemães com direito de votar, em eleições gerais, diretas, livres, igualitárias e secretas, conforme os princípios de uma eleição proporcional vinculada à eleição majoritária.”

*verbundene Verhältniswahl*”<sup>34</sup>. Esse sistema é denominado pela doutrina alemã como “sistema eleitoral proporcional personalizado” (*personalisiertes Verhältniswahlssystem*).

Por meio dele, o País é dividido em 299 distritos eleitorais (*Wahlkreise*), e cada eleitor tem direito a dois votos (*Stimmen*). Com o primeiro voto (*Erststimme*), os eleitores elegem aproximadamente metade dos deputados (*Abgeordneten*) do Parlamento Federal<sup>35</sup>, por maioria relativa, no âmbito dos distritos eleitorais: elege-se um deputado por distrito e, em caso de empate entre dois candidatos, decide-se por sorteio, nos termos do § 5 *BWahlG*.

Depois, os assentos restantes são distribuídos, conforme o critério proporcional, levando em consideração os resultados obtidos pelo segundo voto (*Zweitstimme*), que é atribuído a listas fechadas (as *Landeslisten*), elaboradas pelos partidos individualmente<sup>36</sup>. Nesse momento, recebem aplicabilidade os institutos da *Sperrklausel* e da “cláusula do mandato fundamental” (*Grundmandatsklausel*), sobre os quais se tratará no ponto 3.2.

Do número de assentos a que um partido tem direito em razão dos resultados do segundo voto desconta-se o número de assentos já obtidos no âmbito dos distritos eleitorais, pelo primeiro voto. Mas, pode ocorrer de um partido eleger, de forma direta, mais candidatos do que teria direito em razão do seu desempenho pelo segundo voto, obtendo, assim, “mandatos excedentes” (*Überhangmandate*)<sup>37</sup>. Nesse caso, para manter a conformação proporcional do Parlamento, distribuem-se “mandatos de compensação” (*Ausgleichsmandate*) aos demais partidos, elevando-se o número total de assentos parlamentares, nos termos do § 6 V *BWahlG*.

Por integrar tanto características do modelo majoritário quanto do modelo proporcional, a parcela majoritária da doutrina considera o modelo proporcional

<sup>34</sup> MÜNCH, Ingo von; MAGER, Ute. *Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht unter Berücksichtigung der europarechtlichen Bezüge*. 7. ed. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2009, p. 63, n.m. 95.

<sup>35</sup> Nos termos do § 1 I *BWahlG*, elege-se um total de 598 “deputados” para o *Bundestag*, ressalvadas as exceções que surgirem em razão da própria Lei Eleitoral. Ou seja, o número de “deputados” eleitos pode (e isto normalmente ocorre) exceder aquele previamente discriminado, em razão dos *Überhangmandate* e dos *Ausgleichsmandate*, sobre os quais se tratará adiante, neste mesmo ponto.

<sup>36</sup> Para a distribuição proporcional de assentos no Parlamento alemão, utiliza-se o método de Sainte-Laguë/Schepers, adotado desde a alteração do § 6 II *BWahlG*, em 17 de março de 2008 (MÜNCH, Ingo von; MAGER, Ute. *Op. cit.*, p. 76, n.m. 117). Por este método, o número total de “segundos votos” válidos é dividido pelo número de assentos vagos, e o número de votos de cada partido, dividido pelo divisor obtido a partir do cálculo anterior. A soma dos quocientes já arredondados resultantes da última operação deve ser equivalente ao número de assentos vagos. Se for superior, o divisor precisa ser aumentado, e, se for inferior, o divisor precisa ser reduzido até que se obtenha o número de assentos a serem distribuídos (STRELEN, Karl-Ludwig. § 6 – Wahl nach Landeslisten. In: SCHREIBER, Wolfgang; HAHLEN, Johann; \_\_\_\_\_. *Bundeswahlgesetz: Kommentar zum Bundeswahlgesetz unter Einbeziehung des Wahlprüfungsgesetzes des Wahlstatistikgesetzes, der Bundeswahlordnung, der Bundeswahlgeräteverordnung und sonstiger wahlrechtlicher Nebenvorschriften*. 9. ed., Köln: Carl Heymanns, 2013, pp. 245-295).

<sup>37</sup> Até 2013, houve *Überhangmandate* em 13 das 17 eleições para o *Bundestag* (STRELEN, Karl-Ludwig. *Op. cit. loc. cit.*).

personalizado um sistema misto ou de combinação (*Mischsystem* ou *Kombinationssystem*), de base proporcional.<sup>38</sup> De base proporcional, porque ambos os “submodelos” estão relacionados entre si, de modo que a distribuição final de assentos seja proporcional. Mas há também um posicionamento minoritário, segundo o qual se trata de um modelo proporcional, em razão justamente de que, ao fim, alcança-se um alto grau de proporcionalidade.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Nesse sentido: MÜNCH, Ingo von; MAGER, Ute. *Op. cit.*, p. 74, n.m. 113; e KLEIN, Hans. H. *Art. 38 GG*, n.m. 155. In: MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter (Org.). *Grundgesetz: Kommentar*. Coord. Roman Herzog et al., 78. ed., München: C. H. Beck, 2016.

<sup>39</sup> Nesse sentido: NOHLEN, Dieter. Wahlsysteme im Vergleich. In: JESSE, Eckhard. *Wahlen in Deutschland*. Coord. Eckhard Jesse e Konrad Löw, Berlin: Duncker & Humblot, 1998, pp. 51-68 (Schriftenreihe der Gesellschaft für Deutschlandforschung; Vol. 60).

### 3 CLÁUSULA DE BARREIRA ELEITORAL

Segundo Dieter Nohlen, “[c]láusulas de barreira tornam a participação dos partidos na distribuição de mandatos dependente da imposição de que alcancem um determinado número de votos (em percentual dos votos válidos dados) ou de mandatos diretos. [...]”<sup>40</sup>. Katia de Carvalho, por sua vez, expõe um conceito mais abrangente de cláusula de barreira, englobando, para além do condicionamento de representação parlamentar, o condicionamento da própria existência do partido.<sup>41</sup>

A finalidade da cláusula de barreira foi bem exposta por Strelen, quando sustenta que, com o instituto, pretende-se “[...] evitar os perigos, inerentes aos sistemas eleitorais *proporcionais*, de propagação de partidos pequenos e fragmentação partidária, dos quais podem derivar sérios prejuízos à capacidade funcional [*Funktionsfähigkeit*] do parlamento eleito”<sup>42</sup> (grifou-se). Para justificar a importância do instituto, o autor afirma, ainda, que:

[...] Eleições em uma democracia devem não só conduzir a um parlamento que reflète, tão próximo da realidade quanto possível, as opiniões distintas existentes no povo, mas elas devem, simultaneamente, garantir um parlamento que está em condições de produzir também seus direitos e deveres constitucionalmente. No sistema de eleição proporcional, uma igualdade de Direito eleitoral rigorosamente realizada iria possibilitar também aos menores (eventualmente inimigos da Constituição) grupos (partidos pequenos separados<sup>43</sup>) com eleitorado disperso ou organizações de interesses puros, especiais, chegar ao parlamento, com isso causando o perigo de uma fragmentação partidária e, como as experiências sob a Constituição Imperial de Weimar mostraram, dificultando a capacidade funcional da representação popular, assim como uma formação de governo, se não até tornando impossível. [...]<sup>44</sup>

<sup>40</sup> NOHLEN, Dieter. *Wahlrecht und Parteiensystem*. 6. ed. rev. e atual. Opladen & Farmington Hills: Verlag Barbara Budrich, 2009, p. 111. No original: “Sperrklauseln machen die Teilnahme der Parteien an der Mandatsvergabe von der Auflage abhängig, eine bestimmte Anzahl von Stimmen (in Prozent der abgegebenen gültigen Stimmen) oder Direktmandaten zu erreichen. [...]”.

<sup>41</sup> CARVALHO, Katia de. Cláusula de barreira e funcionamento parlamentar. *Estudos Eleitorais*, Brasília, v. 2, n. 3, pp. 67-78, maio/ago. 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/1187>>. Acesso em: 5 fev. 2017.

<sup>42</sup> “Mit der doppelten, alternativen Sperrklausel soll den mit dem Verhältniswahlssystem verbundenen Gefahren des Aufkommens kleinster Parteien und der Parteienzersplitterung vorgebeugt werden, aus denen sich ernsthafte Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit des gewählten Parlaments ergeben können.” (STRELEN, Karl-Ludwig. § 6 – Wahl nach Landeslisten. In: SCHREIBER, Wolfgang; HAHLEN, Johann; \_\_\_\_\_. *Bundeswahlgesetz: Kommentar zum Bundeswahlgesetz unter Einbeziehung des Wahlprüfungsgesetzes des Wahlstatistikgesetzes, der Bundeswahlordnung, der Bundeswahlgeräteverordnung und sonstiger wahlrechtlicher Nebenvorschriften*. 9. ed., Köln: Carl Heymanns, 2013, pp. 245-295.)

<sup>43</sup> O verbo *splittern* significa estilhaçar, fender. Uma tradução possível de *Splitterparteien* seria “partidos dissidentes”, no sentido de partidos pequenos, que se separaram de partidos maiores. Eles são similares aos que, no Brasil, se denominam “partidos nanicos”.

<sup>44</sup> No original: “[...] Wahlen in einer Demokratie sollen nicht nur zu einem Parlament führen, das die im Volk vorhandenen verschiedenen Meinungen möglichst wirklichkeitsnah widerspiegelt, sondern sie sollen zugleich ein Parlament gewährleisten, das in der Lage ist, seine verfassungsmäßigen Rechte und Pflichten auch hervorzuheben. Beim Verhältniswahlssystem würde eine strikt durchgeführte Wahlrechtsgleichheit es auch kleinsten (u.U. verfassungsfeindlichen) Gruppen (Splitterparteien) mit zerstreuter Wählerschaft oder reinen, speziellen Interessenorganisationen ermöglichen, in das Parlament zu gelangen, damit die Gefahr



No excerto traduzido, Strelen refere-se à Constituição do Império de Weimar, porque o fato de este diploma ter previsto um sistema eleitoral proporcional sem qualquer cláusula de barreira explícita é apontado como um dos fatores que contribuíram para a desestabilização do governo alemão da época, bem como para a ascensão do Partido Nazista e, por fim, a tomada do poder por Hitler.

Segundo Nohlen, o sistema proporcional puro teria indubitavelmente colaborado para a fragmentação do sistema partidário na República de Weimar. O autor ressalta, entretanto, que a tese de que o sistema proporcional puro teria, por si só, causado a radicalização do eleitorado e ascensão do Partido Nazista negligencia o contexto econômico e histórico da época<sup>45</sup>, bem como exagera o papel do sistema eleitoral.<sup>46</sup>

Apresentada a ressalva, entende-se por bem expor brevemente parte do estado de coisas da época para que se compreenda o porquê da expressão “lição de Weimar” (*Lehre aus Weimar*) quando se fala em cláusula de barreira, na Alemanha.

A Constituição de Weimar (1919) previa um sistema misto parlamentarista-presidencialista. Havia um chefe de Estado (o *Reichspräsident*) “superpoderoso”<sup>47</sup> e um chefe de Governo (o *Reichskanzler*), o qual dependia da confiança daquele e do Parlamento Imperial (*Reichstag*). O Parlamento tinha o poder de simplesmente destituir o governo

---

einer Parteienzersplitterung heraufbeschwören und, wie die Erfahrungen unter der WRV gezeigt haben, die Funktionsfähigkeit der Volksvertretung sowie eine Regierungsbildung erschweren, wenn nicht gar unmöglich machen. [...]” (STRELEN, Karl-Ludwig. *Op. cit., loc. cit.*).

<sup>45</sup> Por exemplo: instabilidade econômica – gerada pelo pós Primeira Guerra Mundial e pelas condições impostas à Alemanha pelo Tratado de Versalhes –, posteriormente agravada com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque; inflação galopante, que evoluiu para superinflação; instabilidade política, com embates em relação à aceitação ou não do Tratado de Versalhes; tentativas de golpes de Estado; surgimento de grupos de extrema direita e de grupos de extrema esquerda; altas taxas de desemprego (sobrecarregando o sistema de seguro-desemprego) e greves de trabalhadores; disseminação de ideias antisemitas; e, ainda, o incêndio no *Reichstag*, na época atribuído a “comunistas”. Sobre o contexto da República de Weimar, cf. INFORMATIONEN ZUR POLITISCHEN BILDUNG. Bonn: Bundeszentrale für Politische Bildung, n. 261, 2011. Disponível em: <<http://www.bpb.de/izpb/55944/weimarer-republik>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

<sup>46</sup> NOHLEN, Dieter. *Wahlrecht und Parteiensystem*. 6. ed. rev. e atual. Opladen & Farmington Hills: Verlag Barbara Budrich, 2009, p. 325.

<sup>47</sup> Segundo Sturm, o “[...] presidente do Império possuía uma tal plenitude de poderes que também se o qualificou de ‘imperador substituto’”. No original: “[...] Reichspräsident besaß eine solche Machtfülle, dass man ihn auch als ‘Ersatzkaiser’ bezeichnet hat” (STURM, Reinhard. *Vom Kaiserreich zur Republik 1918/19. Informationen zur politischen Bildung: Weimarer Verfassung*, Bonn, n. 261, ed. ampliada, pp. 4-20, 2011, p. 18. Disponível em: <<http://www.bpb.de/izpb/55944/weimarer-republik>>. Acesso em: 21 fev. 2017). Ele podia, por exemplo: desfazer o Parlamento, com a única restrição de que não o fizesse mais de uma vez pelo mesmo motivo (Art. 25 da Constituição do Império de Weimar – WRV); remeter a decisão a respeito de uma lei específica ao povo, quando não gostasse do teor proposto pelo *Reichstag* (Art. 63 WRV); decretar estado de exceção (Art. 48 II WRV); representar o Estado internacionalmente (Art. 45 WRV); nomear e destituir o *Reichskanzler* (Art. 53 WRV); entre outras prerrogativas (STURM, Reinhard. *Op. cit., loc. cit.*).

imperial (*Reichsregierung*), por meio de um voto de desconfiança (*Misstrauensvotum*)<sup>48</sup>, e era fragmentado, como consequência principalmente de um sistema eleitoral proporcional desprovido de cláusula de barreira. Nesse contexto, a formação de maiorias tornou-se difícil, e os governos, extremamente instáveis. Segundo Ruth Zimmerling:

[...] Em apenas catorze anos houve vinte governos, dos quais somente oito tiveram maioria no Parlamento. No mesmo período de tempo, houve oito eleições parlamentares e em duas ocasiões houve duas eleições no mesmo ano, em 1924 e 1932. Enquanto estava previsto um período legislativo de quatro anos, na realidade o tempo de mandato médio dos representantes era da ordem de menos de dois anos e dos gabinetes algo como oito meses. Ademais, durante cerca de metade desse período, o Presidente governou de fato mediante decretos de emergência que o artigo 48 lhe facultava.<sup>49</sup>

Tal instabilidade, somada à instabilidade econômica e às altas taxas de desemprego, gerou grande descontentamento popular, principalmente em relação aos grupos democratas que governaram até então, e isso propiciou a ascensão do Partido Nazista. Ascensão esta que não só não foi refreada pela formação de uma maioria governamental democrata, como também foi impulsionada pelas elites conservadoras ao se posicionarem contra o maior partido democrata (o SPD). Em um segundo momento, a crise política no *Reichstag* teria sido fundamental para que o Partido Nazista conseguisse colocar Hitler na posição de *Reichskanzler*, em 1933, o qual, com a morte do *Reichspräsident* Hindenburg, assumiu ambas as posições de chefe de Estado e de chefe de governo, dando início ao Terceiro *Reich*.<sup>50</sup>

Guardadas as devidas proporções, a CRFB/1988 possui algumas semelhanças em relação à Constituição de Weimar de 1919. E aqui se destaca a ausência de previsão de uma cláusula de barreira explícita. Enquanto condicionamento da participação de partidos políticos na distribuição de assentos nas casas legislativas, adota-se, no Brasil, tão somente uma barreira natural ou fática<sup>51</sup>: o quociente eleitoral<sup>52</sup> (art. 109, § 2º, Código Eleitoral), que é facilmente contornável pelo mecanismo das coligações.

<sup>48</sup> O *Reichsregierung* era formado pelo *Reichskanzler* (chanceler imperial) e pelos *Reichsminister* (ministros imperiais). Atualmente, a Lei Fundamental autoriza apenas o voto de desconfiança *constutivo* (*konstruktives Misstrauensvotum*), ou seja, para destituir o *Bundeskanzler*, os parlamentares precisam já ter elegido alguém para o cargo (Art. 67 I GG).

<sup>49</sup> ZIMMERLING, Ruth. Alemanha: Parlamentarismo e o fantasma de Weimar. Tradução de Gabriel Cohn. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 24, pp. 73-84, set. 1991, p. 81. Disponível em: <<http://www.cedec.org.br/o-presidencialismo-em-questao-e-welfare-e-experiancias-neoliberalis---ano-1991---no-24>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

<sup>50</sup> INFORMATIONEN ZUR POLITISCHEN BILDUNG. *Op. cit., passim*.

<sup>51</sup> A cláusula de barreira fática/natural representa um montante mínimo de votos que um partido precisa alcançar para obter um assento no parlamento. Entretanto, diferentemente da cláusula de barreira explícita esse montante não é calculado sobre um percentual previamente definido, mas sim com base nas

Quanto a cláusulas explícitas, o significado popularmente atribuído ao termo “cláusula de barreira” tem diferido, no Brasil das últimas décadas, daquele apontado pelos autores antes citados (cuja acepção mais estrita é a tradicional, adotada na Alemanha e nos demais países que adotam o instituto). A PEC n. 282/2016 adotou esse significado brasileiro, o qual, justamente por seu caráter inovador, merece uma análise mais aprofundada.

Diante disso, uma vez explicitadas as características dos sistemas eleitorais brasileiro e alemão, bem como a finalidade do instituto da cláusula de barreira, passar-se-á a expor a conformação com que a *Sperrklausel* alemã e a cláusula de barreira proposta pela PEC n. 282/2016 se apresentam.

### 3.1 CLÁUSULA DE BARREIRA NO BRASIL E PEC N. 282/2016

Antes de apresentar o que exatamente prevê a PEC n. 282/2016, faz-se necessário compreender alguns aspectos do desenvolvimento histórico da cláusula de barreira no Direito brasileiro<sup>53</sup>. Assim, realizar-se-á, neste item, primeiro uma exposição histórica, que se aterá a elementos relevantes para a análise do modelo de cláusula de barreira adotado pela referida PEC.

A primeira cláusula de barreira brasileira, prevista pelo art. 5º do Decreto-Lei n. 8.835/1946, determinava a cassação do registro de partidos políticos que não alcançassem, nas eleições, tantos votos quantos fossem os eleitores que tivessem apoiado seu registro definitivo. Mais tarde, a Lei n. 1.164/1950 (Código Eleitoral de 1950) previu, no seu art. 148, § 1º, o cancelamento do registro de partidos que não elegessem pelo menos um representante no Congresso Nacional ou não alcançassem, em todo o país, 50 mil votos.

Já durante a Ditadura Militar, a Lei n. 4.740/1965 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos) condicionou não mais a manutenção do registro do partido ao seu desempenho eleitoral, mas sim sua constituição originária (cf. art. 7º). Previsão esta que foi de certa forma substituída pelo art. 149, inciso VII, da Constituição de 1967, o qual, mais parecido com os

---

circunstâncias do pleito eleitoral em questão (número de vagas a preencher e de partidos registrados, por exemplo). Nohlen distingue cláusulas de barreira fáticas das cláusulas explícitas dizendo que estas são barreiras “estabelecidas” (*gesetzte*) (NOHLEN, Dieter. *Wahlrecht und Parteiensystem*. 6. ed. rev. e atual. Opladen & Farmington Hills: Verlag Barbara Budrich, 2009, p. 111).

<sup>52</sup> Cf. n.r. 24.

<sup>53</sup> A exposição histórica tomou como referência parcial o apanhado histórico exposto em: BARBOSA, Rafaela Aparecida Emetério Ferreira. *Cláusula de barreira: uma análise da jurisprudência do STF a partir da Constituição Federal de 1988*, 2008. Monografia (Escola de Formação) – Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), São Paulo, 2008, pp. 7-12. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/ver\\_monografia.php?idMono=133](http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=133)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

dispositivos anteriores, submeteu a organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos a alguns “princípios”, entre os quais o desempenho eleitoral.

Em 1969, a Emenda Constitucional (EC) n. 1 alterou essa última previsão constitucional para amenizar a exigência quanto ao percentual e o grau de distribuição dos votos obtidos (art. 152, inciso VII). Até então, as cláusulas de barreira adotadas no Brasil condicionaram – por meio da cassação, extinção ou não concessão de registro – a existência propriamente dita do partido ou então o seu “funcionamento”, no sentido também de existência.

A partir de 1978, entretanto, previram-se duas cláusulas de barreira com base no modelo que condiciona o “funcionamento”, no sentido de *representação*, do partido político. A primeira dessas cláusulas foi a prevista na EC n. 11/1978, e a segunda, na EC n. 25/1985. Ambas não chegaram a ter aplicabilidade em razão de dispositivos que afastaram o seu emprego nas eleições subsequentes (art. 217, acrescentado pela EC n. 22/1982, e art. 5º da própria EC n. 25/1985).

A EC n. 11/1978 alterou o art. 152, § 2º, inciso II, da Constituição Federal de 1967 para prever que “[o] funcionamento dos partidos políticos dever[ia] atender” entre outros requisitos, a exigência de um “apoio, expresso em votos, de 5% (cinco por cento) do eleitorado, que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos, pelo menos, por nove Estados, com o mínimo de 3% (três por cento) em cada um deles”. E complementou, no § 3º, estabelecendo que, sem atender a essa exigência, o partido não teria direito a representação.

A EC n. 25/1985, por sua vez, amenizou a previsão anterior (cf. alteração do art. 152, § 1º) e inovou, ao prever, no § 2º, que candidatos eleitos por partidos que não tivessem alcançado o percentual exigido no § 1º teriam seus mandatos preservados, desde que migrassem, em 60 dias, para um partido que houvesse atendido àquela exigência.

Com a redemocratização, a CRFB/1988 não previu qualquer tipo de cláusula de barreira explícita, nem remeteu o tema à legislação ordinária. Entretanto, remeteu a esta, no que toca aos partidos políticos, os temas “funcionamento parlamentar”, “Fundo Partidário” e “acesso gratuito ao rádio e à televisão” (art. 17, inciso IV e § 3º). Diante disso e visando a introduzir uma cláusula de barreira no Direito brasileiro, o então deputado Nelson Jobim (PMDB-RS) propôs uma alteração do art. 17 da Constituição.

A referida proposta foi apresentada no contexto da Revisão Constitucional de 1993, por meio do Parecer n. 36. Ela (i) condicionava a representação do partido na Câmara dos Deputados e a prerrogativa de registrar candidato à Presidência da República ao desempenho eleitoral desse

partido; (ii) revogava o inciso IV do art. 17 da CRFB/1988; e (iii) determinava que a cláusula de barreira não se aplicaria à legislatura seguinte. Entretanto, o parecer não chegou a ser votado.

Ainda em 1993, a Lei n. 8.713 – posteriormente julgada inconstitucional, no âmbito das ADIs n. 958-3 e n. 966-4 –, ao estabelecer “normas para as eleições de 3 de outubro de 1994”, permitiu a participação naquele pleito eleitoral apenas aos partidos que, tendo obtido registro provisório ou definitivo junto ao TSE até 3 de outubro de 1993, possuísem pelo menos um representante titular na Câmara dos Deputados, na data de publicação da referida Lei (art. 5º, *caput*). Ela também limitou o registro de candidatos para os cargos de presidente e vice-presidente da República, senador, governador e vice-governador aos partidos que tivessem alcançado determinado desempenho eleitoral nas eleições anteriores (art. 5º, §§ 1º e 2º).

Em 1995, foi editada a Lei n. 9.096 (Lei dos Partidos Políticos), que regulamentou o disposto no art. 17, inciso IV, da CRFB/1988 (funcionamento parlamentar). Por meio de seu art. 13 e outros a ele relacionados, essa Lei condicionou o funcionamento parlamentar dos partidos ao seu desempenho eleitoral, o que foi denominado “cláusula de barreira”. Além disso, ela vinculou a tal cláusula de barreira, os temas do rateio do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão para fins de propaganda *partidária*.

Os artigos que tratavam dessa cláusula foram, entretanto, declarados inconstitucionais pelo STF, em 2006, no julgamento conjunto das ADIs n. 1.351-3 e n. 1.354-8. Cumpre aqui destacar que foi apenas a partir da Lei n. 9.096/1995 que o termo “funcionamento parlamentar” adquiriu seu significado atual (cf. ponto 4.1.1).

A PEC n. 282/2016 retomou em grande medida o tratamento outrora dispensado pela Lei dos Partidos Políticos de 1995 à cláusula de barreira. Isso porque, assim como esta Lei, ela condiciona também ao desempenho eleitoral dos partidos seu funcionamento parlamentar (na acepção que o termo adquiriu a partir de 1995), bem como sua participação no rateio dos recursos do Fundo Partidário e seu acesso gratuito ao rádio e à televisão.

Proposta enquanto PEC do Senado n. 36/2016, pelos senadores Ricardo Ferraço (PSDB–ES) e Aécio Neves (PSDB–MG), a PEC mencionada visa à alteração dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 17 da CRFB/1988, bem como à inserção dos §§ 5º e 6º, além do art. 17-A. Ela autoriza distinções entre partidos políticos em termos de funcionamento parlamentar, com base em um percentual mínimo de aprovação nas urnas (“cláusula de barreira”); veda

coligações nas eleições proporcionais; cria as “federações”; disciplina a autonomia dos partidos políticos; e estabelece normas de fidelidade partidária.

No que diz respeito à cláusula de barreira, pela Proposta, os partidos políticos poderão adquirir personalidade jurídica na forma da lei civil e registrar seus estatutos no TSE. Mas somente terão *funcionamento parlamentar* os partidos que obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, a partir de 2022, no mínimo 3% dos votos válidos apurados nacionalmente, distribuídos em pelo menos 14 unidades da Federação, com um mínimo de 2% dos votos válidos em cada uma delas (proposto art. 17, § 2º c/c art. 3º, *caput*, PEC). No período entre 2018 e 2022, o percentual de votos exigido será de 2% (regra de transição prevista no art. 3º, parágrafo único, PEC).

Ainda, pela Proposta, somente partidos políticos com funcionamento parlamentar terão direito a: (i) estrutura própria e funcional nas casas legislativas; (ii) participação na distribuição dos recursos do Fundo Partidário; e (iii) acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.<sup>54</sup> Porém, nos termos do proposto art. 17, § 6º, se um candidato for eleito por partido que não tiver obtido funcionamento parlamentar, ele terá direito ao mandato e poderá migrar a um partido com funcionamento parlamentar, sem perdê-lo. Mas, essa filiação não será levada em consideração para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário, nem de acesso gratuito ao rádio e à televisão.

A possibilidade de troca de partido na referida hipótese será uma exceção à regra de fidelidade partidária, proposta no § 5º da PEC, segundo a qual os detentores de mandato eletivo ou o suplente perderão o mandato, ao se desfiliarem dos partidos pelos quais tiverem sido eleitos. As outras exceções previstas serão casos de mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário ou de grave discriminação política pessoal.

A PEC também proíbe coligações em eleições proporcionais. Ela inova, entretanto, ao prever e regulamentar a possibilidade de partidos políticos com afinidade ideológica e programática unirem-se em “federação”: desde que atue com identidade política única nas casas legislativas, nos termos do proposto art. 17-A, a federação poderá ser usada como mecanismo para se vencer a cláusula de barreira. Isso porque, na contabilização dos votos para verificação

---

<sup>54</sup> A proposta original da PEC n. 36/2016, apresentada no Senado, restringia também o direito à proposição de ações de controle de constitucionalidade apenas a partidos políticos com funcionamento parlamentar. Entretanto, essa previsão foi alterada pela Emenda n. 2 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) – substitutivo: a CCJ, em “complementação de voto”, revisou seu parecer anterior (Parecer n. 767/2016 da CCJ) quanto à aprovação integral do mérito da PEC e propôs a Emenda n. 2.

do desempenho eleitoral, será considerada a soma dos votos válidos obtidos por cada partido integrante da federação para a Câmara dos Deputados (§ 1º do proposto art. 17-A).

Quando do término da redação da presente monografia, (i) aguardava-se a emissão de parecer pela relatora – deputada Shéridan (PSDB–RR) –, designada na Comissão Especial destinada a avaliar a PEC n. 282/2016; e (ii) restara encerrado há menos de uma semana o prazo para apresentação de emendas, tendo sido apresentadas doze, no total.

### 3.2 SPERRKLAUSEL ALEMÃ

A denominação “*Sperrklausel* alemã” poderia remeter o leitor a diversos institutos eventualmente aplicáveis em diferentes âmbitos, como nos das eleições para o Parlamento Federal (*Bundestag*), para o Parlamento Europeu (*Europaparlament*)<sup>55</sup>, para os parlamentos estaduais (*Landtage*) ou, ainda, no âmbito das comunas (*Kommunen*). Neste trabalho, o termo será utilizado para fazer referência exclusivamente à cláusula aplicável às eleições para o *Bundestag*.

O referido instituto foi primeiro disposto como uma regra provisória (*Vorläuferregelung*), no § 10 IV da primeira *BWahlG* (1949). Já em 1953, foi introduzido no âmbito das eleições para o *Bundestag*, por meio do § 9 IV da segunda *BWahlG*, sofrendo algumas alterações, em 1956 (terceira e atual *BWahlG*).<sup>56</sup> Para a primeira eleição da Alemanha reunificada, em 2 de dezembro de 1990, o legislador previu uma regionalização da *Sperrklausel*, bem como regras de compensação, em razão das disparidades existentes entre as partes ocidental e oriental do País.<sup>57</sup> Depois, o dispositivo voltou a se aplicar a todo o território eleitoral. Ele está disposto no § 6 III *BWahlG*, nos seguintes termos:

Na distribuição de assentos nas “listas estaduais” serão considerados somente partidos que obtiveram, pelo menos, cinco por cento dos “segundos votos” válidos depositados na área eleitoral ou que conquistaram um assento em, pelo menos, três

<sup>55</sup> A *Sperrklausel* de 5%, prevista no § 2 VII da Lei de Eleição Europeia [alemã] (*EuWG*), no âmbito das eleições para o Parlamento Europeu, foi declarada inconstitucional, em 2011, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*BVerfGE* 129, 300) e, em 2014, novamente no mesmo contexto, foi também declarada inconstitucional a *Sperrklausel* de 3% (*BVerfGE* 135, 259).

<sup>56</sup> STRELEN, Karl-Ludwig. § 6 – Wahl nach Landeslisten. In: SCHREIBER, Wolfgang; HAHLEN, Johann; \_\_\_\_\_. *Bundeswahlgesetz: Kommentar zum Bundeswahlgesetz unter Einbeziehung des Wahlprüfungsgesetzes des Wahlstatistikgesetzes, der Bundeswahlordnung, der Bundeswahlgeräteverordnung und sonstiger wahlrechtlicher Nebenvorschriften*. 9. ed., Köln: Carl Heymanns, 2013, pp. 245-295.

<sup>57</sup> STRELEN, Karl-Ludwig. *Op. cit., loc. cit.* A regra provisória encontra-se no § 53 I *BWahlG*.

distritos eleitorais<sup>58</sup>. A proposição 1 não é aplicável às listas apresentadas por partidos de minorias nacionais.<sup>59</sup>

A exigência de pelo menos 5% dos “segundos votos” válidos no território eleitoral corresponde exatamente à conformação atual da *Sperrklausel* alemã. Seu principal efeito foi promover a concentração parlamentar, ao reduzir o número de partidos que detêm mandatos no Parlamento. Segundo Strelen, “[e]nquanto no primeiro *Bundestag* onze partidos políticos ainda estavam representados; no segundo, estavam apenas sete; no terceiro, apenas cinco, e, desde 1961, apenas de quatro a seis. [...]”<sup>60</sup>.

Ao se manifestar sobre o tema, o Tribunal Constitucional Federal alemão (*BVerfG*) julgou constitucional impedir a distribuição de assentos a “partidos pequenos separados” (*Splitterparteien*), no âmbito proporcional das eleições para o *Bundestag*, por meio de uma *Sperrklausel* de 5%. Enfatizou, entretanto, que uma cláusula de barreira não deve ser, de uma vez por todas, considerada constitucional, porque “[...] uma determinação de Direito eleitoral pode ‘em um Estado em uma determinada data, ser justificada e em outro Estado, em uma outra data, não’ e que, por conseguinte, são imagináveis também regulações para a atenuação de suas repercussões. [...]”<sup>61</sup>.

Uma regra de tal natureza aplicável na Alemanha é a *Grundmandatsklausel*. Conforme o já citado § 6 III *BWahlG*, um partido que não tenha atingido a *Sperrklausel* pode, excepcionalmente, participar da distribuição de assentos no Parlamento, desde que pelo menos três de seus candidatos tenham sido eleitos por maioria relativa, no âmbito dos distritos eleitorais.<sup>62</sup> Isso porque a obtenção de vários mandatos “diretos” seria um indício de que o partido possui relevância política suficiente a justificar sua representação no Parlamento.<sup>63</sup>

<sup>58</sup> A regra acerca dos três distritos eleitorais funciona como uma exceção à *Sperrklausel*. Trata-se da *Grundmandatsklausel*, sobre a qual se disporá a seguir, neste mesmo ponto.

<sup>59</sup> No original: “Bei Verteilung der Sitze auf die Landeslisten werden nur Parteien berücksichtigt, die mindestens fünf Prozent der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten oder in mindestens drei Wahlkreisen einen Sitz errungen haben. Satz 1 findet auf die von Parteien nationaler Minderheiten eingereichten Listen keine Anwendung”.

<sup>60</sup> STRELEN, Karl-Ludwig. *Op. cit., loc. cit.* No original: “Während im 1. BT noch 11 politische Parteien vertreten waren, waren es im 2. BT nur noch 7, im 3. BT nur noch 5 und seit 1961 sind es nur noch 4 bis 6. [...]”.

<sup>61</sup> *BVerfGE* 1, 208 (259); 6, 84 (95); 51, 222 (236); 82, 322 (338); 107, 286 (294); 120, 82 (108) apud STRELEN, Karl-Ludwig. *Op. cit., loc. cit.* No original: “[...] eine Wahlrechtsbestimmung kann ‘in dem einem Staat zu einem bestimmten Zeitpunkt gerechtfertigt sein und in einem anderen Staat zu einem anderen Zeitpunkt nicht’ und dass deshalb auch Regelungen zur Milderung ihrer Auswirkungen denkbar sind. [...]”.

<sup>62</sup> Em 10 de abril de 1997, o Tribunal Constitucional Federal alemão declarou essa regra condizente com o princípio da igualdade eleitoral (*Art. 38 I 1 GG*) e com o princípio da igualdade de chances dos partidos políticos (*Art. 21 I e 38 I 1 GG*): ver *BVerfGE* 95, 408 (417 ff.) (STRELEN, Karl-Ludwig. *Op. cit., loc. cit.*). Aqui, vale ressaltar que a *Grundmandatsklausel* é uma exceção à *Sperrklausel* e não uma aplicação da



Assim, juntas a *Sperrklausel* e a *Grundmandatsklausel* têm o condão de promover os objetivos constitucionais de (i) garantir a capacidade funcional (*Funktionsfähigkeit*) do parlamento a ser eleito, na medida em que a *Sperrklausel* promove concentração parlamentar e, por consequência, estabilidade e formação de maiorias; e de (ii) assegurar à eleição o caráter de um processo de integração no que toca à formação da vontade do povo, pois a *Grundmandatsklausel* contribui para que a representação parlamentar seja efetiva.<sup>64</sup>

Ambas, *Sperrklausel* e *Grundmandatsklausel* implicam, entretanto, uma intervenção nos princípios da igualdade eleitoral e da igualdade de chances dos partidos políticos. E, mesmo diante das manifestações favoráveis do Tribunal Constitucional Federal alemão quanto à justificação dessa intervenção, parte da doutrina alemã vê os institutos de maneira crítica.

No que toca à *Sperrklausel*, há quem proponha (i) sua revogação; (ii) uma minoração ou relativização do percentual exigido<sup>65</sup>, como, por exemplo, um arredondamento do percentual alcançado quando o partido não tiver alcançado os 5% por poucos votos; ou ainda (iii) a instituição de um “voto alternativo ou subsidiário” (*Alternativ- oder Subsidiärstimme*)<sup>66</sup>. Este voto alternativo seria levado em consideração quando o partido escolhido como primeira alternativa não alcançasse o percentual exigido pela cláusula de barreira.<sup>67</sup>

Em relação à *Grundmandatsklausel*, argumenta-se que se trata de um meio inconstitucional de alcançar o objetivo de integração, uma vez que implicaria um tratamento desigual aos partidos e seria incondizente com o próprio sistema tornar a participação na distribuição proporcional dependente do desempenho em eleição que ocorra por princípio majoritário.<sup>68</sup>

É relevante, por fim, a fim de evitar interpretações equivocadas, esclarecer a que se refere o legislador alemão quando, ao prever a *Sperrklausel*, dispensa “partidos de minorias

---

*Sperrklausel* à parte majoritária das eleições na Alemanha. Em verdade, todos os eleitos no âmbito distrital assumem seus mandatos, independentemente de o respectivo partido alcançar ou não a *Sperrklausel*.

<sup>63</sup> STRELEN, Karl-Ludwig. § 6 – Wahl nach Landeslisten. In: SCHREIBER, Wolfgang; HAHLEN, Johann; \_\_\_\_\_. *Bundewahlgesetz: Kommentar zum Bundeswahlgesetz unter Einbeziehung des Wahlprüfungsgesetzes des Wahlstatistikgesetzes, der Bundeswahlordnung, der Bundeswahlgeräteverordnung und sonstiger wahlrechtlicher Nebenvorschriften*. 9. ed., Köln: Carl Heymanns, 2013, pp. 245-295.

<sup>64</sup> STRELEN, Karl-Ludwig. *Op. cit., loc. cit.*

<sup>65</sup> Achterberg/Schulte; Frotscher; H. Meyer; Brenner apud STRELEN, Karl-Ludwig. *Op. cit., loc. cit.*

<sup>66</sup> Linck (contra: Zimmer; última palavra: Linck); Fuchs-Wissemann; Jesse (contra: Küchler); Köhler; Holste; e Specklmann apud STRELEN, Karl-Ludwig. *Op. cit., loc. cit.*

<sup>67</sup> STRELEN, Karl-Ludwig. *Op. cit., loc. cit.*

<sup>68</sup> Erichsen; Frowein; Fuchs-Wissemann; Hegels; Heintzen; e Hobe apud STRELEN, Karl-Ludwig. *Op. cit., loc. cit.* Nesse sentido, também, MORLOK, Martin. Artikel 38: Wahlrechtsgrundsätze; Abgeordnete. In: DREIER, Horst (Coord.). *Grundgesetz-Kommentar*, 3. ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, vol. 2, pp. 1.053-1.134.

nacionais” das exigências de desempenho eleitoral, para fins de distribuição de mandatos no Parlamento. Isso porque se trata, aqui, de um conceito específico de minoria.

Segundo Koch, para que um partido adquira tal status, seu programa e seus membros devem ter como objetivo a representação dos interesses de uma minoria nacional. E, segundo ele, minorias nacionais, por sua vez, são “[...] grupos de nacionais alemães, que estão aclimatados na área da República Federal [alemã], porém, mostram um idioma, uma cultura e uma história próprios, e, com isso, uma identidade própria. [...]”<sup>69</sup>. Essa definição segue um critério histórico, a partir do qual se reconhecem como grupos de minorias nacionais, na Alemanha: os *Dänen*, o *sorbisches Volk*, o *friesische Volksgruppe*, bem como *Sinti* e *Roma*, com cidadania alemã.<sup>70</sup>

Atualmente, reconhece-se como partido de minorias nacionais, na Alemanha, apenas o *Südschleswigsche Wählerverband – SSW* (*Dänen* em Schleswig-Holstein e *Friesisches Volk* no norte); sendo que o *Die Friesen*, constituído em 2007, fracassou nas eleições “estaduais” e teve tal status negado, em 2008.<sup>71</sup> Até 2011, foi reconhecido também o *Wendische Volkspartei* (*sorbisches Volk*).<sup>72</sup> Destes, apenas o *SSW* já obteve assento no *Bundestag*, o que ocorreu na eleição de 1949. Nos três pleitos seguintes, ele não alcançou o número necessário de votos e depois não mais se candidatou em âmbito nacional.<sup>73</sup>

A proteção especial que se dispensa aos grupos de tal natureza, na Alemanha, tem amparo jurídico na incorporação da Convenção-Quadro do Conselho da Europa para a Proteção das Minorias Nacionais, de 1º de fevereiro de 1995. No Direito eleitoral, essa

<sup>69</sup> “Nationale Minderheiten sind Gruppen deutscher Staatsangehöriger, die auf dem Gebiet der Bundesrepublik heimisch sind, aber eine eigene Sprache, Kultur und Geschichte und damit eine eigene Identität aufweisen. [...]” [KOCH, Thorsten. § 18 – Grundsätze und Umfang der staatlichen Finanzierung. In: IPSEN, Jörn (Org.). *Parteiengesetz: Kommentar*. Frank Saliger et al. (Coord.), München: C. H. Beck, 2008, pp. 184-203]. No mesmo sentido: SCHWARZ, Kyrill-A. § 18 – Grundsätze und Umfang der staatlichen Finanzierung. In: KERSTEN, Jens; RIXEN, Stephan (Orgs.). *Parteiengesetz (PartG) und Europäisches Parteienrecht: Kommentar*. Hinnerk Wißmann et al. (Coord.), Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2009, pp. 291-308; e LENSKI, Sophie-Charlotte. *Parteiengesetz und Recht der Kandidatenaufstellung: Handkommentar*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2011, p. 191, n.m. 37. Lenski afirma, ainda, que “um partido só pode valer como partido de uma minoria nacional se ele se constituir pessoalmente sobretudo por membros de uma minoria nacional. O objetivo apenas de representar minorias existentes não basta” (*Op. cit.*, p. 191, n.m. 37).

<sup>70</sup> LENSKI, Sophie-Charlotte. *Op. cit.*, p. 191, n.m. 38.

<sup>71</sup> KOCH, Thorsten. *Op. cit.*, *loc cit.*

<sup>72</sup> Segundo Lenski, em 2011, o *Wendische Volkspartei* perdeu seu status de partido, nos termos do § 2 II *PartG*, porque desde a sua fundação, em 2005, não participara de eleição alguma para o Parlamento Federal ou para os parlamentos estaduais (*Op. cit.*, p. 192, n.r. 47).

<sup>73</sup> FEHNDRICH, Martin. *Wahlrechtslexikon: Parteien nationaler Minderheiten*, 2005. Disponível em: <<http://www.wahlrecht.de/lexikon/minderheiten.html>>. Acesso em: 5 fev. 2017.

proteção recebe aplicabilidade não só no que toca à *Sperrklausel*, mas também, entre outras regras<sup>74</sup>, no que diz respeito ao financiamento estatal (ponto 4.1.3).

O Tribunal Constitucional Federal alemão justificou a exceção aos partidos de minorias nacionais, no que toca à *Sperrklausel*, com o argumento de que é necessário oportunizar a participação das minorias nacionais nas tribunas do Parlamento mesmo que elas alcancem votos necessários para obtenção de apenas um mandato, a fim de que possam defender seus próprios interesses. Isso porque, segundo o Tribunal, sua condição, ao unir cidadania alemã com pertinência a um povo alheio, torná-las-ia singulares (*einzigartig*) em âmbito interno, além de despertar o interesse do Direito internacional e, quiçá, do Estado de cuja índole nacional elas partilham.<sup>75</sup>

Segundo o critério utilizado por Dreier – ao distinguir direitos parlamentares de minoria das regras de proteção direcionadas a minorias estruturais de tipo étnico, cultural ou nacional –, trata-se de uma regra de proteção primordialmente direcionada a resguardar a *esfera de autonomia* das minorias nacionais. Ela não se confundiria, assim, com direitos parlamentares de minorias, estes sim democraticamente motivados.<sup>76</sup>

<sup>74</sup> Essas outras regras estão previstas nos seguintes dispositivos: § 2 II 3 e § 27 I 4 *BWahlG* (inexigência de assinaturas adicionais, nos termos da *BWahlG*); e no § 25 II 3 b *PartG* (doações com proveniência estrangeira).

<sup>75</sup> LENSKI, Sophie-Charlotte. *Parteiengesetz und Recht der Kandidatenaufstellung*: Handkommentar. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2011, p. 192, n.m. 40. A decisão no âmbito da qual o Tribunal manifestou esse entendimento e que vem citada por Lenski é a *BVerfGE* 6, 84. No original: “[...] Die Lage der nationalen Minderheit, die deutsche Staatsangehörigkeit mit fremder Volkszugehörigkeit verbindet, ist innerstaatlich einzigartig, da das Völkerrecht und unter Umständen ein fremder Staat, dessen Volkstum die Minderheit zugehört, Interesse an ihrem Status nimmt. Es ist darum ein die wahlrechtliche Sonderregelung hinreichend rechtfertigendes Anliegen des Gesetzgebers, der nationalen Minderheit zur Vertretung ihrer spezifischen Belange die Tribüne des Parlaments zu eröffnen, wenn sie nur die für ein Mandat erforderliche Stimmenzahl aufbringt. [...]”. Ou seja, “[...] a situação da minoria nacional, que une a nacionalidade alemã com pertinência a um povo alheio, é intraestatalmente única, uma vez que o Direito internacional público, e talvez um Estado alheio, a cuja ‘essência de povo’ a minoria pertence, toma interesse em seu status. É, por isso, um desejo do legislador (‘dador de leis’), que justifica suficientemente uma regulação especial jurídico-eleitoral, abrir a tribuna do parlamento à minoria nacional para a representação de seus interesses específicos, se ela reúne somente o número de votos necessários para um mandato. [...]”. Para Martin Morlok, a exceção em âmbito nacional é inadmissível, uma vez que não prevista pela Lei Fundamental, sendo admissível no âmbito dos estados (*Länder*), em que haja previsão na Constituição Estadual (*Landesverfassung*) [MORLOK, Martin. Art. 38: Wahlrechtsgrundsätze; Abgeordnete. In: DREIER, Horst (Coord.). *Grundgesetz-Kommentar*, 3. ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, vol. 2, pp. 1.053-1.134].

<sup>76</sup> DREIER, Horst (Coord.). Art. 20: Demokratie. In: \_\_\_\_\_. *Op. cit.*, pp. 27-116.

## 4 ANÁLISE COMPARADA DOS INSTITUTOS

Por meio da análise comparada das cláusulas de barreira da PEC n. 282/2016 e da *Sperrklausel* alemã, a primeira conclusão a que inevitavelmente se chega é a de que os institutos condicionam prerrogativas diferentes de um partido a um desempenho mínimo nas urnas. A *Sperrklausel* alemã condiciona a participação na distribuição de assentos ao partido no Parlamento. Já a cláusula de barreira da PEC n. 282/2016 condiciona o *funcionamento parlamentar* do partido, bem como seu acesso gratuito ao rádio e à televisão (propaganda política gratuita) e sua participação na distribuição dos recursos do Fundo Partidário.

Uma segunda conclusão é a de que os institutos diferem no que toca à abrangência de sua aplicação, em dois aspectos. Primeiro, a *Sperrklausel* aplica-se às eleições para o *Bundestag*, influenciando a composição desta Casa Legislativa apenas. A cláusula de barreira prevista pela PEC n. 282/2016, diferentemente, influencia a organização de todas as casas legislativas. Segundo, a *Sperrklausel* alemã aplica-se no âmbito do “segundo voto”, ou seja, na “parte proporcional” da eleição ao *Bundestag*. Já a cláusula de barreira prevista pela PEC n. 282/2016 aplica-se tanto às eleições pelo sistema proporcional quanto pelo majoritário.

### 4.1 RESTRIÇÕES

Conforme elucidado anteriormente, o fracasso de um partido diante das exigências da *Sperrklausel* alemã ou diante das exigências da cláusula de barreira proposta pela PEC n. 282/2016 teria consequências distintas. Para compreender em que consiste essa diferença e sua razão de ser, procurar-se-á esclarecer, no subponto seguinte, qual é o significado atualmente atribuído ao termo “funcionamento parlamentar” e a partir de que momento ele passou a ser utilizado.

Além disso, procurar-se-á compreender por que o acesso gratuito ao rádio e à televisão, bem como o rateio do Fundo Partidário foram vinculados, no Brasil, ao instituto da cláusula de barreira. Nos subpontos 4.1.2 e 4.1.3, tratar-se-á da restrição dessas duas prerrogativas partidárias pela cláusula de barreira proposta pela PEC n. 282/2016, esclarecendo-se como a legislação alemã as regulamenta.

#### 4.1.1 Funcionamento parlamentar vs atribuição de mandatos

Da análise do desenvolvimento histórico da cláusula de barreira no Direito brasileiro (ponto 3.1), sobressaiu o fato de que o termo “funcionamento do partido” vem sendo utilizado há tempo na legislação eleitoral brasileira. Ficou também claro que as diversas cláusulas de barreiras já previstas regulamentaram esse funcionamento, ao qual frequentemente se atribuíram significados diferentes.

Até 1978, o “funcionamento do partido” (e a cláusula de barreira) vinha vinculado à própria existência do partido, uma vez que restringir seu funcionamento implicava cassar, cancelar ou impedir seu registro (que constitui o partido). A partir de então, no contexto das ECs n. 11/1978 e n. 25/1985, o “funcionamento do partido” passou a ser vinculado à sua representatividade, no sentido de atribuição de mandatos nos parlamentos (apenas Senado e Câmara, no caso da segunda).

Apesar de ambas as emendas não terem sido aplicadas, essa tese se valida pelos termos da legislação, já que (i) o § 3º do art. 152 da CRFB/1967, modificado pela EC n. 11/1978, previa que a exigência do inciso II do § 2º (desempenho eleitoral) deveria ser atendida para que o partido tivesse direito a *representação*; e (ii) o § 2º do art. 152 da CRFB/1967, modificado pela EC n. 25/1985, autorizava os eleitos por partidos que não tivessem alcançado aquele desempenho eleitoral exigido a manterem seus mandatos, desde que trocassem de partido, em 60 dias.

Três anos depois, em 1988, os constituintes inseriram, no Direito brasileiro, por meio do art. 17, inciso IV, da CRFB, o termo “funcionamento parlamentar”, sem defini-lo e deixando sua regulamentação a cargo do legislador ordinário.

O histórico do referido inciso durante a Constituinte<sup>77</sup> permite supor que, originariamente, visava-se, por meio dele, à instituição de uma cláusula de barreira. Isso porque sua redação original, nos termos do Substitutivo n. 2 (18 de setembro de 1987), apresentado pela Comissão de Sistematização, era a seguinte: “manutenção do registro e funcionamento condicionados à votação obtida, de acordo com o que dispuser a lei complementar”.

---

<sup>77</sup> LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013, v. 1, pp. 104-105.

Ocorre que, depois, no Projeto A (14 de novembro de 1987), apresentado em Plenário no início do primeiro turno, a redação foi alterada para: “funcionamento parlamentar de acordo com o que dispuser a lei”. E, por fim, a última alteração que o inciso sofreu foi apenas para omitir a expressão “o que dispuser”. A redação final, portanto, apenas refere o “funcionamento parlamentar de acordo com a lei”.

Depreende-se, de tais alterações, que a proposta de cláusula de barreira fora rechaçada. Ademais, a retirada da expressão “manutenção do registro” parece indicar que os constituintes não pretenderam autorizar o legislador a criar novas hipóteses de extinção de partidos. E, como o “funcionamento” também poderia ser interpretado como “existência”, provavelmente se o adjetivou de “parlamentar” com o mesmo objetivo de sinalizar que não se deveriam estabelecer restrições ao funcionamento dos partidos fora das casas legislativas.

O exato significado que os constituintes pretenderam atribuir ao termo “funcionamento parlamentar” permaneceu, entretanto, desconhecido. Em razão disso e da necessidade de regulamentação do inciso IV e do § 3º do art. 17 da CRFB/1988, vários projetos de lei, apresentados a partir de 1989, tentaram delimitá-lo.

Como exemplo relevante cita-se o Projeto de Lei (PL) n. 1.881/1991, que, ao regulamentar a “disciplina” e o “funcionamento parlamentar”, estabeleceu, no art. 14, *caput*, o seguinte: “[o]s partidos políticos funcionarão nas casas legislativas através de suas bancadas, devendo os Estatutos conter normas de disciplina dos membros desta e relativas ao ‘fechamento de questão’”. Ainda, no parágrafo único do mesmo artigo, dispôs que “[e]ntre as diversas medidas disciplinares, poderão os estatutos prever a pena do desligamento temporário da bancada”.

Além de regulamentar o funcionamento *parlamentar*, esse mesmo Projeto, inspirado no PL n. 1.052/1991, previu uma distinção entre “existência” e “funcionamento” dos partidos (arts. 3º e 4º). A ideia era que partidos com registro civil (provisório) apenas existiriam e, quando obtivessem registro perante o TSE (definitivo), passariam a ter “funcionamento”. Funcionamento esse que seria perdido caso o partido não alcançasse certo desempenho eleitoral na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, nos termos do art. 8º do Projeto.

Aqui é relevante mencionar que, até então, a Lei n. 5.682/1971 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos – LOPP) permitia a apresentação de candidaturas por partidos políticos que tivessem apenas registro civil, bem como que funcionassem como agremiações de fato e de Direito até terem seu registro definitivo deferido pela Justiça Eleitoral. Entende-se que, nessas

condições, seria importante distinguir “existência” de “funcionamento” do partido, de modo que apenas agremiações com registro definitivo (funcionamento) adquirissem caráter efetivo de partido, bem como as prerrogativas a ele vinculadas, a fim de se evitar o uso abusivo de recursos públicos e de vantagens partidárias, por parte de grupos oportunistas.

Em 1991, diversos projetos<sup>78</sup> até então apresentados para tratar do tema “organização dos partidos” foram apensados ao PL n. 1.670/1989, de autoria do então deputado Paulo Delgado (PT–MG), e a Câmara dos Deputados instituiu uma Comissão Suprapartidária para sintetizar a regulamentação dos partidos políticos em um só projeto. Apesar de o anteprojeto daí resultante não ter sido deliberado em Plenário, ele foi utilizado, em 1992, pela Comissão Especial da Legislação Eleitoral e Partidária<sup>79</sup> na elaboração de um substitutivo: o PL n. 1670/1989-B, o qual foi aprovado pela Câmara, em 22 de dezembro de 1992.

No Senado, o PL n. 1.670/1989 foi nomeado “Projeto de Lei da Câmara nº 156, de 1992 – Lei Orgânica dos Partidos Políticos”. A respeito dele, o Senado apresentou um substitutivo, em 9 de setembro de 1993: o PL n. 1.670-C de 1989. Ao retornar à Câmara, foram elaborados dois pareceres, e o substitutivo do Senado foi rejeitado, ressalvados alguns destaques que substituíram os correspondentes do Projeto ou nele foram incluídos. Assim, o diploma daí resultante – a *nova Lei dos Partidos Políticos* (Lei n. 9.096/1995) – manteve, em grande medida, a redação daquele primeiro substitutivo aprovado pela Câmara.

Em parecer, o relator da Comissão Especial da Legislação Eleitoral e Partidária destacou como dois dos principais aspectos do substitutivo apresentado: (i) “a distinção entre existência e funcionamento *parlamentar* dos partidos”<sup>80</sup> (grifou-se); e (ii) “a ênfase ao desempenho eleitoral como principal fator de existência do partido, tomado também como referência para a participação no Fundo Partidário e na propaganda *partidária* gratuita”<sup>81</sup> (grifou-se).

Ao tratar do primeiro aspecto, o referido relator esclareceu que o partido primeiro adquiriria personalidade jurídica, com caráter de associação civil, por meio de registro civil (existência). Depois, o TSE avaliaria o estatuto do partido no que toca ao *caput* do art. 17 da CRFB/1988 e realizaria ou não seu registro. E, apenas depois de registrado no referido

<sup>78</sup> Projetos de Lei n. 572/1991; n. 714/1991; n. 1.017/1991; n. 1.052/1991; n. 1.881/1991; n. 1.991/1991; n. 2.070/1991; n. 2.243/1991; n. 2.422/1991; n. 2.599/1992; n. 2.604/1992; n. 2.685/1992; n. 2.723/1992; e n. 3.099/1992.

<sup>79</sup> O nome completo da comissão é “Comissão Especial para apreciar e dar Parecer sobre todas as Proposições em Tramitação nesta Casa referentes à Legislação Eleitoral e Partidária, especificamente as que dispõem sobre Inelegibilidade, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Código Eleitoral e Sistema Eleitoral”.

<sup>80</sup> Páginas 17 e 18 do Parecer do relator da Comissão Especial da Legislação Eleitoral e Partidária.

<sup>81</sup> Página 18 do Parecer do relator da Comissão Especial da Legislação Eleitoral e Partidária.

Tribunal, o partido adquiriria funcionamento parlamentar. Acredita-se que tal distinção teria relevância caso partidos registrados apenas civilmente (sem registro definitivo do TSE) continuassem podendo participar dos pleitos eleitorais.

Ocorre que esse mesmo substitutivo previu o registro junto ao TSE como um requisito para o partido “participar do processo eleitoral, receber recursos do Fundo Partidário e ter acesso gratuito ao rádio e à televisão [...]”<sup>82</sup>. Com isso, a própria distinção entre “existência” e “funcionamento [parlamentar]” perdeu sua razão de ser. Atualmente, o registro perante o TSE é requisito de constituição do partido<sup>83</sup> e é necessário para que ele concorra às eleições.

Ao tratar do segundo aspecto – o desempenho eleitoral como principal *fator de existência do partido* – o relator da Comissão esclareceu que, para que pudessem “continuar em funcionamento” (existindo), os partidos precisariam alcançar montantes mínimos de votos. Ou seja, partidos que não os alcançassem deixariam de ser partidos: depreende-se que a ideia era cancelar o registro. Por essa razão – isto não se deixou claro – é que os direitos aos recursos do Fundo Partidário e ao acesso gratuito ao rádio e à televisão teriam sido vinculados ao desempenho eleitoral: eles só poderiam ser atribuídos a partidos.

A importância exigida de desempenho eleitoral foi expressa no art. 13 do substitutivo elaborado pela Comissão (e que viria a se tornar o art. 13 da Lei n. 9.096/1995<sup>84</sup>), o qual, juntamente com o art. 12, regulamentou o “funcionamento parlamentar” do art. 17 da CRFB/1988. O problema é que a redação do referido art. 12, ao regulamentar o funcionamento parlamentar, inspirou-se no art. 14 do PL n. 1.881/1991 – que atribuía significados distintos aos termos “funcionamento” e “funcionamento *parlamentar*”.

Dessa análise ressaí que o objetivo da Comissão era condicionar o funcionamento do partido no sentido de *existência* a certo desempenho eleitoral. Ocorre que, ante à falta de definição para o termo “funcionamento parlamentar”, seu significado foi inferido do art. 12 elaborado pela própria Comissão, segundo o qual, “[o] partido político funciona, nas Casas Legislativas, por intermédio de uma bancada, que deve constituir suas lideranças de acordo

<sup>82</sup> Art. 7º, § 2º, do Substitutivo do Relator [da Comissão Especial da Legislação Eleitoral e Partidária: João Almeida (PMDB-BA)] ao PL n. 1.670/1989.

<sup>83</sup> O § 3º do art. 8º da Lei n. 9.096/1995 menciona expressamente o termo “partido *em formação*”, ao tratar de partido que posteriormente, conforme o art. 9º da mesma Lei, terá seu estatuto registrado junto ao TSE. No mesmo sentido vai o art. 12 da Resolução do TSE n. 23.465, de 17 de dezembro de 2015 (que disciplina a criação, organização, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos).

<sup>84</sup> Art. 13, Lei n. 9.096/1995. “Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o Partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.”



com o estatuto do partido, as disposições regimentais das respectivas Casas e as normas desta”<sup>85</sup>. Nesse sentido, segundo Kátia de Carvalho:

Verifica-se [...] que não há propriamente uma definição legal do que seja “funcionamento parlamentar”. A lei [n. 9.096/1995] apenas indica o instrumento por meio do qual o partido funciona no âmbito legislativo: a instituição e atuação de uma bancada. A lei determina, ainda, que terão direito a funcionamento parlamentar, isto é, a instituir e atuar por intermédio de uma bancada, os partidos que tenham alcançado a percentagem mínima de votos que estabelece.

Ressalvadas tais disposições legais, não há qualquer definição, quer doutrinária, quer jurisprudencial, da expressão “funcionamento parlamentar”. Nem mesmo as normas internas da Câmara e do Senado logram êxito em conceituá-la.

Embora não haja definição legal ou doutrinária, o entendimento do que seja “funcionamento parlamentar” não oferece maior dificuldade exegética. Trata-se, sem dúvida, do direito, emanado da própria democracia representativa, de os partidos se fazerem representar como tal nas casas legislativas que obtiveram assento, isto é, consiste no direito de seus membros se organizarem em bancadas (que poderão se justapor em blocos), sob a direção de um líder, de sua livre escolha, atuando à frente dos cargos que lhes couberem, em respeito ao princípio da proporcionalidade partidária, erigido pela Constituição Federal.<sup>86</sup>

Foi, assim, provavelmente “ao acaso”<sup>87</sup> que a Lei n. 9.096/1995 acabou criando o que se pode chamar de uma cláusula de barreira “à brasileira”. Trata-se de um modelo que escapa ao caráter tradicional da cláusula de barreira, enquanto mecanismo que condiciona ao desempenho eleitoral a obtenção, pelos partidos, de mandatos nos parlamentos. Modelo esse que, entretanto, ainda não chegou a ser aplicado no Direito brasileiro.

Esse modelo nunca foi aplicado porque até 2006 vigorou a cláusula de transição prevista no art. 57 da Lei n. 9.096/1995 e, naquele ano, a partir do qual a “cláusula de barreira” do art. 13 receberia aplicabilidade, este artigo e outros dispositivos a ele relacionados foram declarados inconstitucionais pelo STF<sup>88</sup>. Mesmo assim, o tema da cláusula de barreira continuou integrando as discussões atinentes à reforma política, e diversos foram os projetos de lei e as propostas de emenda constitucional elaborados com o fito de reintroduzir o mecanismo no Direito brasileiro<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> Art. 12 do PL n. 1.670-B/1989 e atual art. 12 da Lei dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/1995).

<sup>86</sup> CARVALHO, Katia de. *Op. cit., loc. cit.*

<sup>87</sup> A única justificativa racional que se logrou encontrar para que a cláusula de barreira seja, no Brasil, essencialmente diversa das cláusulas de barreira em outros países (tomando-se aqui como parâmetro a Alemanha) teria sido um esforço para fazê-la também aplicável ao Senado Federal. Mesmo assim, entretanto, a cláusula de barreira “à brasileira” não se revela adequada às características do Senado (ponto 4.2.2).

<sup>88</sup> Conforme a ementa do acórdão do julgamento das ADIs n. 1.351-3 e n. 1.354-8, “[s]urge 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”.

<sup>89</sup> Como exemplos citam-se: o PL do Senado n. 152/2015 (cuja tramitação está estagnada desde abril de 2015); a PEC do Senado n. 2/2007 (arquivada sem apreciação); o PL da Câmara n. 1.210/2007 (prazo para apreciação encerrado); e a PEC da Câmara n. 240/2016 (movimentada pela última vez em agosto de 2016).

De todos, entretanto, o que mais teve repercussão foi a PEC do Senado n. 36/2016 (PEC n. 282/2016, na Câmara). Diferentemente dos outros projetos e propostas, não apenas tramitou em regime de urgência no Senado, seguindo logo para a Câmara dos Deputados, mas também recebeu atenção da mídia, que noticiou sua proposição e aprovação no Senado<sup>90</sup>. Essa Proposta baseou-se nitidamente no modelo de cláusula de barreira “à brasileira”, criado em 1995.

Com efeito, a cláusula de barreira proposta restringe o funcionamento parlamentar do partido e a interpretação que se dá ao termo é “direito de formar bancada parlamentar”. Bancada, por sua vez, é o “[a]grupamento organizado dos parlamentares de uma mesma representação partidária. [...]”<sup>91</sup>, ou seja, o partido organizado no parlamento. Destaque-se que o argumento de que a restrição imposta pela cláusula aplica-se apenas aos partidos políticos, não afetando o mandato dos parlamentares ignora o fato de que ela intervém no direito de associação destes dentro das casas legislativas, retirando-lhes, com isso, diversas prerrogativas.

Assim, o fracasso de um partido diante da cláusula de barreira proposta pela PEC n. 282/2016 não o extingue de plano do cenário eleitoral (como provavelmente idealizado pela Comissão Especial da Legislação Eleitoral e Partidária), nem o impede de participar da distribuição de assentos no parlamento (como o faz a *Sperrklausel* alemã). Ele impede, na realidade, que os candidatos eleitos por tal partido se associem para formar bancada nas casas legislativas, criando-se, ali dentro, uma espécie de parlamentar de segunda categoria.

Outra espécie de agrupamento relevante ao funcionamento das casas legislativas é o bloco parlamentar – definido como a “[a]liança das representações parlamentares de dois ou mais partidos políticos que passam a atuar na Casa Legislativa como uma só bancada, sob liderança comum”<sup>92</sup>. Como decorrência da impossibilidade de constituir bancada, também esse tipo de associação não seria oportunizado aos parlamentares de partidos sem funcionamento parlamentar.

<sup>90</sup> A título de exemplificação: “Cláusula de barreira restringiria ação de 14 partidos se já estivesse em vigor”. 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: 19 fev. 2017; “Senado aprova cláusula de barreira a partidos e fim de coligações”. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,senado-aprova-clausula-barreira-a-partidos-e-fim-de-coligacoes,10000087421>>. Acesso em: 19 fev. 2017; e “Senadores propõem PEC com nova cláusula de barreira para partidos políticos”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-14/senadores-propoem-clausula-barreira-partidos-politicos>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

<sup>91</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Glossário do Portal da Câmara dos Deputados*: Letra – B. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/glossario/b.html>>. Acesso em: 18 fev. 2017. Em todas as passagens do presente trabalho, utiliza-se o termo nesse sentido, não se confundindo bancadas com frentes parlamentares. A distinção é relevante porque as frentes parlamentares, ou seja, grupos de parlamentares reunidos informalmente por interesses comuns, são popularmente conhecidas pelo termo “bancadas” (“bancada evangélica”, por exemplo).

<sup>92</sup> *Ibidem*. O regimento interno de cada casa legislativa pode estabelecer um quórum mínimo de deputados para a constituição de um bloco parlamentar. Na Câmara dos Deputados, por exemplo, exige-se um mínimo de

Cada bancada ou bloco parlamentar elege um líder<sup>93</sup>, que tem atribuições específicas, tais como: expressar a opinião do partido ou bloco; orientar a bancada ou bloco quanto ao voto em Plenário; registrar candidatos de sua base a cargos da Mesa Diretora; indicar parlamentares para compor as comissões parlamentares; e solicitar a criação de comissão especial<sup>94</sup>. O papel deles está, assim, relacionado à “articulação política e ao trabalho de unificação do discurso partidário”<sup>95</sup>. Parlamentares de partidos sem funcionamento parlamentar ficariam impedidos de eleger líderes e, conseqüentemente, não participariam do Colégio de Líderes, que define a pauta de votações do Plenário.

A indicação às comissões parlamentares<sup>96</sup>, por sua vez, é relevante, porque é nesses grupos menores que parte significativa do trabalho legislativo se desenvolve<sup>97</sup>. Elas têm função legislativa e função fiscalizadora. A função fiscalizadora consiste fundamentalmente em fiscalizar os atos do Poder Executivo. No que concerne à função legislativa, as comissões analisam e discutem proposições legislativas, emitindo pareceres. Em determinados casos, elas podem até mesmo chegar a uma apreciação conclusiva, aprovando a proposição sem que ela passe pelo Plenário.

O art. 58, § 1º, da CRFB/1988 prevê que “[n]a constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa”. Aqui, não resta claro se parlamentares

---

três por cento do total de deputados, ou seja, dezesseis (art. 12, § 3º, Regimento Interno da Câmara dos Deputados – RICD).

<sup>93</sup> Por razões organizacionais das casas legislativas, há requisitos mínimos, previstos nos respectivos regimentos internos, para que uma bancada possa eleger líder. Na Câmara dos Deputados, por exemplo, nos termos do art. 9º, *caput*, do RICD, apenas bancadas com pelo menos cinco deputados (1% do total) podem eleger líder. Conforme o § 4º do mesmo artigo, entretanto, assegura-se às bancadas menores, a possibilidade de indicação de um representante para expressar a posição do partido nas votações, bem como para fazer uso da palavra durante as Comunicações de Lideranças. Questiona-se se partidos sem funcionamento parlamentar teriam também essa prerrogativa.

<sup>94</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Entenda o papel dos líderes partidários*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/150537-ENTENDA-O-PAPEL-DOS-LIDERES-PARTIDARIOS.html>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> As comissões parlamentares dividem-se, basicamente, em comissões permanentes e temporárias. As permanentes são especializadas em determinados temas e analisam proposições relacionadas a eles. Já as temporárias são criadas para fins específicos, extinguindo-se quando os atingem ou quando termina a legislatura. No âmbito do Congresso Nacional, há também comissões mistas, compostas por deputados e senadores. Cf. art. 58 da CRFB/1988.

<sup>97</sup> O modelo de trabalho em comissões é semelhante no Brasil e na Alemanha, mas não é o único adotado por países de tradição ocidental. No Parlamento britânico, por exemplo, a passagem da proposta de lei ou proposta de alteração de lei (*bill*) por uma comissão (*committee*) é apenas uma das cinco fases do processo legislativo, as quais ocorrem tanto na *House of Lords* quanto na *House of Commons*, antes da consideração de emendas e da aprovação real. A *bill* é sempre apresentada ao Parlamento para debate – notadamente nas fases de *second reading* e de *third reading* (UK PARLIAMENT. *Passage of a Bill*. Disponível em: <<http://www.parliament.uk/about/how/laws/passage-bill/>>. Acesso em: 18 jun. 2017).

de partidos sem funcionamento parlamentar teriam ou não direito a participar das comissões.<sup>98</sup> Pela mesma razão, também não está claro se eles poderiam concorrer a cargos na Mesa Diretora, que coordena os trabalhos legislativos e serviços administrativos das casas<sup>99</sup>.

Os aspectos pontuados até aqui são os principais a serem provavelmente afetados com uma restrição de funcionamento parlamentar. Se as consequências dessas limitações condizem com a finalidade do instituto da cláusula de barreira é questão que se analisará mais especificamente no ponto 5.4.2.2, que se insere na análise de constitucionalidade da cláusula de barreira proposta pela PEC n. 282/2016. Por ora, cumpre expor em que consistem as restrições impostas pela *Sperrklausel* alemã.

Caso um partido fracasse diante da exigência de 5% dos votos válidos nas eleições para o *Bundestag*, ele não pode participar da distribuição de assentos na referida Casa, ou seja, não terá, ali, representação. Restam-lhe as possibilidades de atuação extraparlamentar ou em outras casas legislativas (parlamentos estaduais, por exemplo). Exceções a tal exigência são os casos de partidos de minorias nacionais ou de partidos que obtiverem mandatos diretos no âmbito de três distritos eleitorais, conforme já esclarecido (ponto 3.2).

Como consequência, em regra, todas as legendas representadas no *Bundestag* ultrapassaram a cláusula de barreira e gozam de prerrogativas parlamentares mínimas, escalonadas conforme o grau de representação no Parlamento. Essas legendas assumem um caráter diferente nas casas legislativas: são as *Fraktionen*, partidos organizados no Parlamento<sup>100</sup>, à semelhança das bancadas parlamentares brasileiras. E as *Fraktionen* podem se unir em *Koalitionen*<sup>101</sup> (semelhantes aos blocos parlamentares brasileiros)<sup>102</sup>.

<sup>98</sup> O art. 26, § 3º, do RICD assegura a cada deputado, exceto se for membro da Mesa, “[...] o direito de integrar como titular, pelo menos uma Comissão, ainda que sem legenda partidária ou quanto esta não possa concorrer às vagas existentes pelo cálculo da proporcionalidade”. No Regimento Interno do Senado Federal (RISF), não há dispositivo semelhante.

<sup>99</sup> O rol não taxativo de atribuições da Mesa Diretora da Câmara, com 29 incisos, é previsto no art. 15 do RICD.

<sup>100</sup> Martin Morlok afirma que a *Fraktion* é o partido no Parlamento (“*die Partei im Parlament*”) [MORLOK, Martin. Art. 38: Wahlrechtsgrundsätze; Abgeordnete. In: DREIER, Horst (Coord.). *Grundgesetz-Kommentar*, 3. ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, vol. 2, pp. 1.053-1.134].

<sup>101</sup> Uma *Koalition* é uma “aliança de parceiros independentes que perseguem um objetivo comum. [...]” (THURICH, Eckart. *Pocket Politik: Demokratie in Deutschland*. 4. ed. rev., Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2011, p. 30. Disponível em: <<http://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/pocket-politik/16467/koalition>>. Acesso em: 20 fev. 2017). Em âmbito político, fala-se em uma “[...] união de partidos por tempo limitado, normalmente pela duração de uma legislatura. Nos sistemas multipartidários as *Koalitionen* são necessárias para formar governos estáveis. Isso porque apenas raramente um partido dispõe, sozinho, da maioria absoluta dos mandatos no parlamento, a qual é necessária para a formação de governo. [...]” (FLEISCHHAUER, Herbert (Coord.). *Parlamentsdeutsch: Lexikon der parlamentarischen Begriffe*. Berlin: Deutscher Bundestag, 2015, p. 48).

<sup>102</sup> É importante frisar que as *Koalitionen* se assemelham mais aos blocos parlamentares do que às federações, propostas na PEC n. 282/2016. Aquelas se constituem dentro dos parlamentos, para formação de maiorias e

As *Fraktionen* são, assim, grupos de deputados, em regra do mesmo partido<sup>103</sup>. Segundo Morlok, são “comunidades de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaften*), que asseguram a capacidade funcional do *Bundestag* e têm, também, um efeito integrador, porque agrupam vários deputados em um número de alternativas políticas mais fácil de visualizar (*überschaubare Zahl*), além de formar maiorias e promover a disciplina interna.<sup>104</sup>

Uma *Fraktion* deve ser composta por, no mínimo, 5% dos membros totais do *Bundestag* (§ 10 I do Regimento Interno do Parlamento Federal alemão – *GOBT*). Entretanto, como consequência do direito de associação dos deputados (*Assoziationsrecht*), agrupamentos de pelo menos três deputados que não alcancem a “quantidade de fração” (*Fraktionsstärke*)<sup>105</sup> podem se organizar em “grupos” (*Gruppen*). Estes têm pretensão a um tratamento igualitário em relação às *Fraktionen*: devem também ser capazes de atuação parlamentar efetiva.<sup>106</sup>

Segundo Morlok, a definição dos direitos parlamentares que devem ser reconhecidos aos *Gruppen* por exigência constitucional é uma questão a ser julgada individualmente para cada problemática.<sup>107</sup> Especificamente no que diz respeito à constituição de comissões (*Ausschüsse*), os *Gruppen* devem ser levados em consideração de acordo com o seu quórum, na distribuição proporcional de vagas, e os deputados que os integrem devem ter os mesmos direitos que deputados integrantes de *Fraktionen*.<sup>108</sup>

Para o referido autor, o estabelecimento de um quórum de 5% (dos parlamentares da Casa Legislativa) para a constituição de *Fraktionen* não é constitucionalmente criticável, principalmente em se considerando que as competências de participação são asseguradas a todos os deputados. Ainda, materialmente falando, uma quota mínima justificar-se-ia em razão do papel que as frações devem desempenhar<sup>109</sup>. Ele ressalta, entretanto, que, do Direito

---

aprovação de propostas, não sendo juridicamente vinculantes. As federações seriam formadas já no período pré-eleitoral, com fins eleitorais, ou seja, seriam “partidões” formados pela união de vários partidos. Esses partidos teriam que permanecer unidos nos parlamentos durante a legislatura para manter os benefícios obtidos por meio da federação. Ressalva-se que a questão das federações é bastante abrangente, não sendo possível analisá-la em detalhes em razão da delimitação de tema e de espaço do presente trabalho.

<sup>103</sup> Pode também ser formada por partidos diferentes se eles não concorrerem um com o outro em nenhum “estado federado” (*Bundesland*). Além disso, uma *Fraktion* pode receber membros de outros partidos ou deputados sem partido, como “convidados” (*Gäste*).

<sup>104</sup> MORLOK, Martin. Art. 38: Wahlrechtsgrundsätze; Abgeordnete. In: DREIER, Horst (Coord.). *Grundgesetz-Kommentar*, 3. ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, vol. 2, pp. 1.053-1.134.

<sup>105</sup> A “quantidade de fração” (*Fraktionsstärke*) é o número mínimo de parlamentares necessário para se formar uma *Fraktion*.

<sup>106</sup> MORLOK, Martin. *Op. cit., loc. cit.*

<sup>107</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>108</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>109</sup> *Ibidem, loc. cit.*

Eleitoral, não se pode extrair conclusão alguma em relação ao tamanho das *Fraktionen*<sup>110</sup>, bem como que “[...] particularmente, não pode da barreira de acesso jurídico-eleitoral da cláusula 5% [i.e., cláusula de barreira de Direito eleitoral], sem mais, ser concluído também por limitações jurídico-parlamentares [i.e., de Direito parlamentar] [...]”<sup>111</sup>.

Enfim, resta claro que, no *Bundestag* alemão, podem-se atribuir competências distintas a agrupamentos com maior ou menor representação na Casa (*Fraktionen* e *Gruppen*, respectivamente) ou, ainda, a deputados sem partido. Essas distinções são necessárias porque, para as funções exercidas exclusivamente por *Fraktionen*, a presença de maiorias é essencial. Trata-se de uma restrição justificada por razões práticas aferidas no contexto interno do parlamento. A *Sperrklausel* alemã implica uma restrição completamente diferente.

Ao impedir a distribuição de assentos no *Bundestag* aos partidos que não atingiram 5% do total de votos válidos, a *Sperrklausel* alemã afeta apenas os *partidos políticos* que não alcançaram a cláusula. Os candidatos desses partidos não têm “direito adquirido” em relação a eventuais mandatos porque sua eleição é mediada pelo partido político. Afirmar o contrário implicaria personalização extrema das eleições proporcionais e consequente enfraquecimento dos partidos. Trata-se, por fim, de uma regra de Direito eleitoral, aplicável às eleições.

Uma cláusula de barreira que impeça a formação de bancadas, de outro lado, é uma regra de Direito eleitoral que interfere na organização interna dos parlamentos com base em critérios externos a eles. Trata-se de uma regra que, com base no desempenho eleitoral do *partido*, restringe prerrogativas dos *parlamentares* deste partido dentro dos parlamentos. Tanto é verdade que a PEC n. 282/2016 oportuniza aos parlamentares eleitos por partido sem funcionamento parlamentar a migração para uma legenda com funcionamento, sem consequências para o seu mandato (proposto art. 17, § 6º).

Para além dessa diferença entre a “cláusula de barreira à brasileira” e a *Sperrklausel*, no que concerne às restrições de funcionamento parlamentar e de participação na distribuição de mandatos, o modelo adotado pela PEC n. 282/2016 também vincula ao desempenho eleitoral dos partidos a participação no rateio de recursos do Fundo Partidário e o acesso gratuito ao rádio e à televisão. O mesmo não ocorre com a *Sperrklausel*. Nos pontos

<sup>110</sup> MORLOK, Martin. *Op. cit, loc. cit.*

<sup>111</sup> *Ibidem, loc. cit.* No original: “[...] [n]amentlich darf von der wahlrechtlichen Zugangshürde der 5%-Klausel nicht ohne weiteres auch auf parlamentsrechtliche Beschränkungen geschlossen werden. [...]”.

seguintes, tais assuntos serão aprofundados, elucidando-se também como o legislador alemão os regulamenta e, mais importante, por que assim o faz.

#### 4.1.2 Acesso gratuito ao rádio e à televisão

No Brasil, há três espécies de propaganda política: a intrapartidária, a partidária e a eleitoral. A primeira, como o nome indica, ocorre no âmbito do partido político, sendo promovida por seus filiados a fim de convencer os correligionários a votar em seu nome para candidato em uma eleição. A propaganda política partidária, diferentemente, é feita pelo próprio partido para divulgar seu programa e sua proposta política. No âmbito dela, é vedada a divulgação de nomes de candidatos para captação de votos, fim ao qual se presta a propaganda eleitoral.<sup>112</sup>

No âmbito da cláusula de barreira “à brasileira” prevista pela Lei n. 9.096/95, as restrições quanto ao acesso gratuito ao rádio e à televisão diziam respeito exclusivamente à propaganda política *partidária*. Elas foram inseridas no título IV da Lei dos Partidos Políticos, o qual, apesar do nome abrangente (“[d]o acesso gratuito ao rádio e à televisão”), regulamenta apenas esta espécie de propaganda política (inclusive, a nova redação do art. 49, que trata do tema, refere-se expressamente a ela).

A PEC n. 282/2016 estabelece, no proposto art. 17, § 3º, que apenas partidos políticos com funcionamento parlamentar “terão acesso gratuito<sup>113</sup> ao rádio e à televisão, *na forma da lei*” (destacou-se). Assim, ela parece deixar a cargo do legislador estabelecer a que espécies de propaganda política a restrição será aplicável. Neste caso, a princípio ficaria excluída apenas a propaganda intrapartidária, porque para sua realização é proibida a utilização da mídia (art. 36, § 1º, Lei n. 9.504/1997).

Ocorre que o § 8º do mesmo dispositivo proposto faz menção a “[...] impedimento do acesso gratuito *partidário* e *eleitoral* ao rádio e à televisão, os quais serão redistribuídos proporcionalmente entre todos os partidos com funcionamento parlamentar” (destacou-se). Depreende-se, portanto, que a própria PEC já estabelece o âmbito de aplicação da referida restrição, qual seja: propaganda partidária e propaganda eleitoral.

<sup>112</sup> CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: EDIPRO, 2012, p. 178.

<sup>113</sup> No Brasil, os canais de sinal aberto são de propriedade estatal e concedidos – por licitação, portanto – temporariamente a emissoras privadas (art. 6º, §§ 1º e 2º c/c art. 10, Decreto n. 52.795/1963). A propaganda política gratuita no rádio e na televisão é financiada pelo Estado por meio de compensação fiscal (art. 52, Lei n. 9.096/1995 e art. 99, *caput*, Lei n. 9.504/1997).

Aqui, é relevante uma comparação com o tratamento dispensado pelo legislador alemão ao tema. Mas ainda mais relevante é pontuar as razões pelas quais o acesso ao rádio e à televisão é regulado como é, na Alemanha. Isso porque, de posse dessas razões, será possível avaliar também quão adequada é a vinculação do tema ao instituto da cláusula de barreira.

Na Alemanha, as emissoras de rádio e televisão de Direito público (*öffentlich-rechtlicher Rundfunk*)<sup>114</sup> devem oportunizar acesso gratuito e tratamento igualitário aos partidos políticos. Esse dever deriva, segundo o Tribunal Constitucional Federal alemão, da especial responsabilidade pública dessas instituições – que exercem tarefas de Administração Pública e, com isso, preenchem funções integradoras do Estado –, somada ao significado das eleições para a democracia representativa e ao papel dos partidos no processo eleitoral.<sup>115</sup>

Embora as emissoras privadas não exerçam as mesmas funções de Administração Pública que as públicas, as que possuem abrangência nacional deverão também oportunizar acesso *a preço de custo* aos partidos políticos antes das eleições para o *Bundestag* e para o Parlamento Europeu (§ 42 II do Tratado Interestadual sobre a Radiodifusão na Alemanha – *RStV* e conforme os respectivos dispositivos legais “estaduais”). Para as demais emissoras, a obrigatoriedade ou não depende exclusivamente de regulamentação “estadual”.<sup>116</sup>

Independentemente do caráter público ou privado da emissora, a distribuição do tempo de propaganda no rádio e na televisão aos partidos deve ser graduada, até certo ponto, conforme a significância do partido (§ 5 I 2 da Lei dos Partidos alemã – *PartG*).<sup>117</sup> Esta, por sua vez, é medida por critérios objetivos, tais como: número de membros; tempo de existência; e, principalmente, representação em parlamento de mesma hierarquia ou de hierarquia superior ao

<sup>114</sup> Na Alemanha, há um sistema dual de radiodifusão (*duales Rundfunksystem*), constituído por emissoras de Direito público e emissoras privadas. As de Direito público – *ARD*, *ZDF* e *Deutschlandradio* – são financiadas pela população residente, que paga uma contribuição mensal para esse fim (*Rundfunkbeitrag*), atualmente de 17,50 euros. O pagamento é baseado em um sistema solidário (*Solidarmodell*), ou seja, independentemente de se possuir ou não um aparelho de televisão ou rádio, paga-se, em regra, uma contribuição por residência: “*eine Wohnung – ein Beitrag*”.

<sup>115</sup> AUGSBERG, Steffen. § 5 – Gleichbehandlung. In: KERSTEN, Jens; RIXEN, Stephan (Orgs.). *Parteiengesetz (PartG) und Europäisches Parteienrecht*: Kommentar. Hinnerk Wißmann et al. (Coord.), Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2009, pp. 128-177.

<sup>116</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>117</sup> As emissoras privadas são também obrigadas a observar os critérios de distribuição do tempo entre os partidos, em atenção ao princípio da igualdade de chances escalonada. Assim, são orientadas a elaborar antecipadamente planos de emissão de propaganda política, de modo que não se possa falar em cerceamento caso algum partido não queira usufruir do tempo que lhe fora oferecido a preço de custo.



que ora concorre (§ 5 I 3 *PartG*)<sup>118</sup>; bem como frequência com que obteve mandatos anteriormente. Os extremos da referida distribuição são delimitados por duas regras.

A primeira dessas regras prevê que o tempo mínimo a ser oportunizado a partidos que estejam concorrendo às eleições deve ser de aproximadamente um quinto até um quarto do tempo disponibilizado aos partidos maiores, sendo que a jurisprudência considera insuficiente uma única inserção.<sup>119</sup> Pela segunda regra, partidos que estiverem representados em *Fraktionsstärke*<sup>120</sup> no *Bundestag* precisam ter acesso duas vezes mais amplo do que o dos demais partidos (§ 5 I 4 *PartG*).

No fim, tem-se uma proporção aproximada de 2:4:8, sendo dois para partidos sem representação em parlamento algum; quatro para partidos com parca representação em qualquer parlamento; e oito para partidos bem representados no *Bundestag*.<sup>121</sup>

Constata-se, diante disso, que a distribuição do acesso ao rádio e à televisão não é feita com observância ao princípio de igualdade formal, ou seja, os partidos não têm direito ao mesmo tempo de propaganda política gratuita independentemente de qualquer fator. Com efeito, conforme a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, a oportunização de acesso ao rádio e à televisão deve orientar-se pelo princípio da igualdade de chances escalonada (*abgestufte Chancengleichheit*).

<sup>118</sup> Segundo Ipsen, “[a] significância dos partidos é de ser determinada, em primeira linha, com base nos resultados das eleições passadas de mesma categoria. [...] Assim é concebível que, por exemplo, um partido no momento não representado no parlamento estadual seja equiparado aos partidos representados no parlamento estadual, se e na medida em que ele esteja representado em outros parlamentos estaduais e/ou no Parlamento Federal, e, por isso, haja indícios suficientes de seu sucesso em uma eleição que esteja por acontecer” [IPSEN, Jörn. § 5 – Gleichbehandlung. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Parteiengesetz: Kommentar*. Frank Saliger et al. (Coord.), München: C. H. Beck, 2008, pp. 31-51].

<sup>119</sup> AUGSBERG, Steffen. § 5 – Gleichbehandlung. In: KERSTEN, Jens; RIXEN, Stephan (Orgs.). *Parteiengesetz (PartG) und Europäisches Parteienrecht: Kommentar*. Hinnerk Wißmann et al. (Coord.), Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2009, pp. 128-177.

<sup>120</sup> A *Fraktionsstärke*, ou “quantidade de fração”, equivale a pelo menos 5% dos membros do Parlamento Federal alemão. O § 10 I *GOBT* prevê esse percentual para a constituição de uma *Fraktion* e outros dispositivos o exigem para determinadas atividades parlamentares. Exemplo disso é o § 76 I *GOBT*, segundo o qual projetos de lei dos membros do Parlamento Federal alemão dependem da assinatura de uma *Fraktion* ou de 5% dos membros do Parlamento.

<sup>121</sup> JENE, Lothar; KLUTE, Nikolai. Apud: LANDESZENTRALE FÜR MEDIEN UND KOMMUNIKATION – LMK. *Informationen für Rundfunkveranstalter bezüglich der Ausstrahlung von Wahlwerbung in Rheinland-Pfalz*, [2016?]. Disponível em: <<https://www.lmk-online.de/die-lmk/weitere-infos/merkblaetter-checklisten.html>>. Acesso em: 13 fev. 2017. Augsburg fala em dois para partidos pequenos sem status de *Fraktion*; quatro para partidos pequenos com status de *Fraktion*; e oito para partidos grandes com status de *Fraktion*. No original, “[...] ergibt sich somit als Grobraster für die Bemessung des Umfangs der zu verteilenden Sendezeit ein anteiliges Verhältnis von 2/4/8 (kleinere Parteien ohne Fraktionsstatus/kleinere Parteien mit Fraktionsstatus/größere Parteien mit Fraktionsstatus iSd Abs 1 S 4)”. Ou seja, “[...] resulta, assim, como tela rude para a medição da extensão do tempo de emissão a ser distribuído, uma relação proporcional de 2/4/8 (partidos menores sem status de fração/partidos menores com status de fração/partidos maiores com status de fração no sentido da alínea 1, proposição 4)” [AUGSBERG, Steffen. *Op. cit. loc. cit.*].

Segundo o referido Tribunal, a igualdade de chances deve ser escalonada porque o Estado tem dever de neutralidade no âmbito da disputa eleitoral: se ele oportunizasse a todos os partidos acesso gratuito de mesma proporção aos meios de comunicação, estaria privilegiando partidos com menor importância e menor capacidade financeira. Assim, apresentar-se-ia, perante o eleitor, uma falsa realidade, ludibriando-o quanto à real significância de cada partido no contexto político em questão.<sup>122</sup>

Ainda, o Tribunal consolidou o entendimento de que, para mensurar a relevância dos partidos, pode-se utilizar (mas não exclusivamente) o critério da representatividade até então conquistada nos parlamentos. Ressaltou, entretanto, que o princípio da igualdade de chances exige que a todos os partidos participantes das eleições – inclusive partidos pequenos ou novos – seja assegurado pelo menos um tempo razoável de fala.<sup>123</sup> Também nesse sentido, Kersten assevera que padrões mínimos de tratamento igualitário são necessários para impedir um congelamento do status quo político-partidário, o que feriria a liberdade dos partidos políticos.<sup>124</sup>

Enfim, a *ratio* do modelo alemão, que se revela também aplicável no Brasil, é a de que, no âmbito do Direito eleitoral, pressupõe-se a necessidade de um tratamento formalmente isonômico dos partidos políticos para que disponham de iguais chances nas disputas eleitorais. Entretanto, uma gradação moderada, quando se trata de acesso gratuito aos meios de radiodifusão, justifica-se em razão do dever estatal de neutralidade: não se deve dar a entender que determinado partido é mais relevante do que realmente é. O limite dessa gradação é a igualdade de chances de partidos menores e novos, que devem poder, ao menos, apresentar-se à sociedade.

Ainda, por esse raciocínio, o critério razoável para distribuição do tempo gratuito de propaganda política no rádio e na televisão seria o da significância do partido político. E o preenchimento desse critério, mesmo na Alemanha (com extensão territorial muito menor que a do Brasil), não se constata exclusivamente com base no desempenho do partido nas eleições para o Parlamento Federal, nem em um único pleito eleitoral. No caso de um partido concorrer a um parlamento estadual, por exemplo, leva-se também em consideração sua representatividade nos outros parlamentos estaduais e no Parlamento Federal.

<sup>122</sup> AUGSBERG, Steffen. *Op. cit., loc. cit.* Segundo o Tribunal, na *BVerfGE* 140, 1-42 “[d]er Staat darf vor allem die vorgefundene Wettbewerbslage nicht verfälschen”. Ou seja, “[o] Estado não pode, sobretudo, falsear a situação de concorrência encontrada”.

<sup>123</sup> AUGSBERG, Steffen. *Op. cit., loc. cit.*

<sup>124</sup> KERSTEN, Jens. § 1 – Verfassungsrechtliche Stellung und Aufgaben der Parteien. In: \_\_\_\_\_; RIXEN, Stephan (Orgs.). *Parteiengesetz (PartG) und Europäisches Parteienrecht: Kommentar*. Hinnerk Wißmann et al. (Coord.), Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2009, pp. 43-86.

Tanto no Brasil quanto na Alemanha, certamente há partidos políticos que, apesar de não obterem um desempenho eleitoral significativo nas eleições proporcionais federais, promovem o diálogo político, contribuindo para a concretização do pluralismo político. A restrição total do acesso desses partidos – e mesmo de partidos novos – ao rádio e à televisão pressuporia uma carga argumentativa especialmente elevada. Entende-se, por fim, que um argumento desse porte não apenas não se confunde com a justificativa para a inserção de uma cláusula de barreira, como também não se verifica no contexto brasileiro.

#### **4.1.3 Financiamento estatal (Fundo Partidário)**

O Fundo de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é meio de financiamento direto do Estado brasileiro destinado aos partidos políticos para que apliquem em “propaganda doutrinária e política”, “alistamento e campanhas eleitorais” e demais fins previstos no art. 44 da Lei n. 9.096/1995. Ele é composto por dotações orçamentárias da União, multas e penalidades eleitorais, recursos financeiros previstos em lei e doações privadas depositadas diretamente na conta do Fundo Partidário (art. 38, Lei n. 9.096/1995).

Atualmente, 5% dos recursos são distribuídos igualmente entre todos os partidos registrados no TSE, e os outros 95% são distribuídos de modo proporcional ao número de votos obtidos pelos partidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados (art. 41-A, Lei n. 9.096/1995).

Pela PEC n. 282/2016, terão direito ao rateio dos recursos do Fundo Partidário somente os partidos que tiverem funcionamento parlamentar. E terão funcionamento parlamentar apenas aqueles que alcançarem a cláusula de barreira proposta, ou seja, que obtiverem no mínimo 3% dos votos válidos apurados nacionalmente, a partir de 2022 – 2% entre 2018 e 2022 –, distribuídos em, pelo menos, 14 unidades da Federação, com um mínimo de 2% dos votos válidos em cada uma delas.

Na Alemanha, os princípios e a abrangência do financiamento estatal aos partidos (*staatliche Finanzierung*) são regulados pelo § 18 *PartG*. Esse financiamento é necessariamente parcial e pode ser direto (em dinheiro) ou indireto (por benefícios fiscais). Como o objetivo do presente ponto é fornecer uma comparação com o tratamento dispensado, pela PEC n. 282/2016, ao Fundo Partidário, tratar-se-á, aqui, exclusivamente do financiamento direto.

O valor total de recursos alcançados anualmente pelo Estado alemão aos partidos é restringido por um “limite máximo absoluto” (*absolute Obergrenze*) de 133 milhões de euros. Além disso, o montante de recursos alcançado a um único partido não pode ultrapassar seu respectivo “limite máximo relativo” (*relative Obergrenze*), calculado com base em parte de suas receitas, nos termos do § 24 IV 1-7 *PartG*.

Os recursos estatais são distribuídos entre os partidos levando em conta os referidos limites e com base em três critérios, quais sejam: (i) o desempenho eleitoral em eleições europeias, para o *Bundestag* ou para os *Landtage*; (ii) a soma das colaborações dos seus membros (*Mitglieder*) e eleitos (*Mandatsträger*); e (iii) o montante de doações recebidas. Ainda, para essa distribuição, a lei alemã estabelece alguns valores fixos.

Conforme o § 18 III *PartG*, cada partido tem direito a 0,70 euros por voto válido depositado em sua lista e 0,38 euros para cada euro recebido como subvenção (*Zuwendung*) – considerando-se apenas as subvenções de até 3.300 euros por pessoa natural –, desde que o partido alcance 0,5% dos votos válidos nas eleições europeias ou para o *Bundestag* ou então 1% em eleição para um parlamento estadual. E, no caso de o partido não poder apresentar lista em um “estado”, ele tem direito a 0,70 euros por voto válido obtido no distrito eleitoral, desde que obtenha pelo menos 10% dos votos válidos no respectivo distrito eleitoral.

O objetivo de tais exigências quanto ao desempenho eleitoral é averiguar a seriedade das candidaturas (*Wahlvorschläge*) apresentadas pelos partidos, de modo a evitar o uso abusivo do financiamento estatal. A respeito disso pronunciou-se, inclusive, o Tribunal Constitucional Federal alemão, considerando inconstitucional a exigência de obtenção de 2,5% dos votos válidos na eleição proporcional para que o partido tivesse direito ao financiamento.<sup>125</sup> “Essa regulação infringe o mandamento da igualdade de chances dos partidos, uma vez que um quórum nesse montante não está ordenado coercitivamente para excluir um abuso do financiamento”, destaca Lenski sobre o entendimento do Tribunal.<sup>126</sup> Ainda, segundo este, para tal finalidade, a exigência de 0,5% dos votos já seria suficiente.<sup>127</sup>

<sup>125</sup> LENSKI, Sophie-Charlotte. *Parteiengesetz und Recht der Kandidatenaufstellung*: Handkommentar. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2011, pp. 184-185, n.m. 17. A regra declarada inconstitucional fora prevista no § 18 II *PartG* 1967.

<sup>126</sup> *Ibidem, loc cit.* No original: “[d]iese Regelung verstoße gegen das **Gebot der Chancengleichheit** der Parteien, da ein Quorum in der Höhe nicht zwingend geboten sei, um einen Missbrauch der Finanzierung auszuschließen” (grifo no original). Cf. também: KOCH, Thorsten. Vorbemerkungen zu §§ 18 ff. In: IPSEN, Jörn (Org.). *Parteiengesetz*: Kommentar. Frank Saliger et al. (Coord.), München: C. H. Beck, 2008, pp. 155-184.

<sup>127</sup> LENSKI, Sophie-Charlotte. *Op. cit., loc cit.*

O legislador alemão previu, ainda, exceções envolvendo as regras do financiamento estatal. A primeira diz respeito aos partidos de minorias nacionais<sup>128</sup>, que não necessitam comprovar desempenho eleitoral para que participem da distribuição de recursos, nos termos do § 18 IV 3 *PartG*. A segunda prevê que, até alcançar os primeiros quatro milhões de votos válidos, os partidos têm direito a receber 0,85 euros por voto, nos termos do § 18 III 2 *PartG*.

Em princípio, o que justifica a atribuição de um valor mais alto aos primeiros quatro milhões de votos é que partidos com uma popularidade não insignificante entre os eleitores, mas que, por exemplo, fracassem diante da *Sperrklausel*, precisam arcar com um ônus financeiro maior para se manterem publicamente ativos, tendo em vista sua reduzida visibilidade pública, causada pela inatividade parlamentar.<sup>129</sup> Quanto à exceção dos partidos de minorias nacionais, segundo Lenski, não há uma explicação específica na justificação da Lei, mas ela teria tomado como modelo a exceção prevista no âmbito da *Sperrklausel* (ponto 3.2).<sup>130</sup>

Conclui-se, com este ponto, que o tratamento dispensado ao tema do financiamento estatal não deve equiparar-se ao tratamento dispensado ao instituto da cláusula de barreira. Isso porque a exigência de um desempenho eleitoral mínimo atende, em ambos os casos, a finalidades distintas. No caso da cláusula de barreira, o que se quer é evitar a fragmentação partidária no parlamento, de modo que além de representativo ele seja, também, funcional. No que toca ao financiamento estatal, entretanto, a exigência de desempenho eleitoral não deve ser tão alta porque ela se presta apenas a apurar a seriedade da candidatura, de modo a se evitar abusos no que toca ao uso dos recursos.<sup>131</sup>

#### 4.2 ÂMBITO DE APLICAÇÃO

A cláusula de barreira proposta pela PEC n. 282/2016 e a *Sperrklausel* alemã diferem em dois aspectos, no que diz respeito aos respectivos âmbitos de aplicação. Sobre eles, discorrer-se-á separadamente nos subpontos seguintes.

<sup>128</sup> Sobre minorias nacionais, cf. ponto 3.2.

<sup>129</sup> BT-Drucks, 14/8778, apud LENSKI, Sophie-Charlotte. *Parteiengesetz und Recht der Kandidatenaufstellung: Handkommentar*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2011, p. 194, n.m. 49. O problema, segundo Lenski (na mesma passagem), é que essa regra beneficia a todos os partidos, de modo que alguns autores (ela cita Drysch e Sandler) manifestaram “dúvidas jurídico-constitucionais” (*verfassungsrechtliche Zweifel*) acerca de sua justificação, porque parece tratar-se de uma regra utilizada apenas para satisfazer superficialmente o critério de proporcionalidade do financiamento, exigido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão.

<sup>130</sup> LENSKI, Sophie-Charlotte. *Op. cit.*, p. 192, n.m. 40.

<sup>131</sup> *Ibidem*, pp. 184-185, n.m. 17.

### 4.2.1 Casas legislativas

O art. 17, § 2º, proposto pela PEC n. 282/2016 para a CRFB/1988 prevê uma condição para que os partidos adquiram funcionamento parlamentar, qual seja: determinado desempenho eleitoral “nas eleições para a Câmara dos Deputados”. O § 3º desse mesmo artigo, por sua vez, prevê que apenas partidos com funcionamento parlamentar “terão direito a estrutura própria e funcional *nas casas legislativas*” (grifou-se), bem como acesso gratuito ao rádio e à televisão e distribuição dos recursos do Fundo Partidário.

Assim, o desempenho eleitoral deve ser aferido a partir dos resultados das eleições para a Câmara, mas os efeitos da cláusula de barreira se estendem a todas as demais casas legislativas. Ou seja, aplica-se, para além da Câmara dos Deputados, ao Senado Federal, às Assembleias Legislativas, às Câmaras Municipais e à Câmara Legislativa do Distrito Federal.

A *Sperrklausel*, diferentemente, é calculada com base no desempenho eleitoral dos partidos políticos na eleição para o *Bundestag*, e suas restrições aplicam-se apenas a esta Casa Legislativa<sup>132</sup>. No âmbito dos “estados federados” alemães (*Bundesländer*), podem-se prever cláusulas de barreiras específicas para as eleições de cada parlamento estadual. Essas cláusulas vêm normalmente disciplinadas nas constituições estaduais, como é o caso daquela prevista no Art. 14 IV *Bayerische Verfassung* (Constituição da Baviera)<sup>133</sup>.

De fato, uma cláusula de barreira não precisa (nem deve), para alcançar sua finalidade de evitar a fragmentação partidária em uma casa legislativa, vincular as restrições que prevê para as eleições a esta casa aos resultados de eleições para outras casas. Isso porque, embora no Brasil a circunscrição eleitoral para as eleições federais e para as estaduais seja a mesma, (i) ela difere no caso das eleições municipais<sup>134</sup>; e (ii) a realização de eleições independentes no âmbito de cada ente federativo, independentemente de circunscrição eleitoral, é um pressuposto de autonomia dos entes federativos.

<sup>132</sup> Ressalve-se que a cláusula nem poderia se aplicar ao Conselho de Estado alemão (*Bundesrat*) – órgão que mais se assemelha ao Senado Federal brasileiro –, porque ele não é eleito (cf. n.r. 31). A comparação, aqui, é feita apenas com base nas demais casas legislativas, notadamente os parlamentos estaduais alemães.

<sup>133</sup> Art. 14 IV *Bayerische Verfassung*. “Wahlvorschläge, auf die im Land nicht mindestens fünf vom Hundert der insgesamt abgegebenen gültigen Stimmen entfallen, erhalten keinen Sitz im Landtag zugeteilt.” Ou seja, “[a]presentações de candidatos [‘candidaturas’] às quais, no estado, não couberem, pelo menos, cinco por cento dos votos válidos dados no total, não recebem assento distribuído no Parlamento Estadual”.

<sup>134</sup> Art. 86, Código Eleitoral. “Nas eleições presidenciais, a circunscrição serão [sic] País; nas eleições federais e estaduais, o Estado; e nas municipais, o respectivo município.”

Uma vinculação como a prevista pela cláusula de barreira da PEC n. 282/2016 poderia buscar justificativa na aferição do caráter nacional dos partidos<sup>135</sup>. Mesmo para esse fim, entretanto, ela não se revelaria adequada, porque tenderia a uma centralização excessiva do sistema partidário no plano nacional (e correspondente restrição de autonomia dos estados e municípios), dificultando o atendimento de necessidades locais.

Ademais, de tal vinculação poderiam decorrer algumas situações inusitadas. Em se considerando o modelo da *Sperrklausel* alemã, poderia um partido com maioria de votos para certo parlamento estadual não participar da distribuição de assentos porque não alcançara a cláusula de barreira para o Parlamento Federal. E, tomando por base o modelo de cláusula de barreira “à brasileira”, um partido poderia eleger uma quantia considerável de candidatos na eleição para uma assembleia legislativa, mas, por não ter alcançado o percentual exigido na eleição para a Câmara, não gozar, naquela casa, de funcionamento parlamentar.

#### 4.2.2 Sistemas eleitorais

Ao prever sua aplicabilidade a todas as casas legislativas, sem fazer distinções, a cláusula de barreira proposta pela PEC n. 282/2016 pretende-se aplicável também ao Senado Federal, para cujas eleições se adota o sistema majoritário<sup>136</sup>. A *Sperrklausel*, de modo diverso, aplica-se apenas à parte proporcional (*Zweitstimme*) das eleições para o *Bundestag*: o mandato dos candidatos eleitos por maioria (por *Erststimme*) é assegurado independentemente do resultado das eleições proporcionais (ponto 2.2).

Essa diferenciação dos sistemas para fins de aplicação da *Sperrklausel* justifica-se pela incompatibilidade do instituto com o sistema majoritário. Ele impede a distribuição de mandatos a partidos que não alcançarem o desempenho eleitoral exigido. Ocorre que, pelo

<sup>135</sup> A exigência de que os partidos políticos brasileiros tenham caráter nacional está expressa no art. 17, inciso I, da CRFB/1988, e regulamentada no art. 7º, § 1º, da Lei n. 9.096/1995.

<sup>136</sup> Ao tratar de fidelidade partidária, a PEC n. 282/2016 também desconsidera as diferenças existentes entre o sistema proporcional e o sistema majoritário. Também a EC n. 1/1969 previu a perda do mandato por infidelidade partidária de modo indiferenciado (art. 35, inciso V c/c art. 152, parágrafo único), o que foi depois retirado pela EC n. 25/1985. Emenda esta que inseriu, inclusive, no art. 152, § 2º, a migração de partido como requisito de manutenção do mandato por parte de parlamentar eleito por partido que não atingisse a cláusula de barreira introduzida no § 1º do mesmo artigo. Atualmente, sanciona-se a infidelidade partidária com a perda do mandato apenas quando o mandato tiver sido obtido por eleição proporcional: diz-se que o mandato “pertence” ao partido. Já quando o parlamentar fora eleito pelo sistema majoritário, diretamente, portanto, entende-se que o mandato “pertence” ao parlamentar (art. 22-A, Lei n. 9.096/1995 c/c ADI n. 5.081). Na Alemanha, independentemente do sistema eleitoral, não se aplica a sanção de perda do mandato por ato de infidelidade partidária. O fundamento disso é o *freies Mandat*: o mandato é livre, estando o parlamentar vinculado tão somente à sua consciência (*Art. 38 I 2 GG*, em âmbito nacional).

sistema majoritário, elegem-se os candidatos diretamente, sem mediação dos partidos. Impedir a atribuição de mandato a um candidato em razão do desempenho eleitoral de seu partido seria, nesse caso, uma ofensa frontal à soberania popular exercida também por meio do voto direto.

O mesmo empecilho não é visualizado, *a priori* (ponto 5.4.2), no que diz respeito à cláusula de barreira proposta pela PEC n. 282/2016, dado que ela não afeta a distribuição de mandatos aos partidos que não alcançarem o desempenho eleitoral mínimo. Diante disso, a cláusula parece compatível com o sistema eleitoral brasileiro. Poder-se-ia até mesmo cogitar que a causa da originalidade da cláusula de barreira brasileira tenha sido o fato de os senadores brasileiros serem eleitos pelo princípio majoritário, somado à intenção de se lhes aplicar uma cláusula de barreira eleitoral.

Tal suposição esbarra, entretanto, na constatação de que o Senado Federal brasileiro é composto por representantes dos estados membros e do Distrito Federal<sup>137</sup>, sendo que cada um desses entes conta com o mesmo número de representantes, de modo a se assegurar a representação isonômica dos estados. Isonomia essa que ficaria prejudicada com a inserção da cláusula de barreira proposta pela referida PEC, conforme se demonstrará no ponto 5.4.3.

Afora isso, cabe mencionar que as cláusulas de barreira, na sua acepção tradicional, atuam como promotoras da formação de maiorias em sistemas proporcionais, já que estes sistemas preenchem melhor a função de representação do que a função de concentração (ponto 2). Elas reduzem a fragmentação partidária em detrimento da proporcionalidade absoluta na distribuição de assentos, representando, assim, um elemento majoritário no sistema. Os sistemas majoritários, diferentemente dos proporcionais, tendem a naturalmente estimular a formação de maiorias estáveis, de modo que a necessidade de aplicação de cláusulas de barreira a estes sistemas revela-se questionável.

---

<sup>137</sup> Cf. art. 46, *caput*, da CRFB/1988. Diferentemente, a Câmara dos Deputados é composta por representantes do povo, nos termos do art. 45, *caput*, da CRFB/1988.



## 5 ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CLÁUSULA DE BARREIRA PROPOSTA PELA PEC N. 282/2016

A Constituição de um Estado, segundo José Afonso da Silva, representa a lei fundamental deste Estado, que organiza seus elementos essenciais constitutivos<sup>138</sup>; a “*ordem fundamental jurídica da coletividade*”, nas palavras de Hesse<sup>139</sup>. Para parte da doutrina, é a partir dela que surge o Direito, enquanto para outra vertente doutrinária, o Direito precede a Constituição.<sup>140</sup> Em qualquer caso, entretanto, entende-se que o poder constituinte originário é inicial e autônomo<sup>141</sup>.

Entretanto, Hesse ressalva que a vontade do constituinte histórico não é suficiente para fundamentar e manter a validade real da Constituição: a capacidade desta de afetar a “realidade da vida histórica” é uma questão de *força normativa*.<sup>142</sup> E a força normativa, por sua vez, depende (i) da “*possibilidade de realização dos conteúdos da Constituição*”; e (ii) da “*vontade atual dos participantes da vida constitucional de realizá-los*”.<sup>143</sup> Aqui, interessa sobretudo o primeiro elemento. De acordo com o autor:

[...] Onde a Constituição ignora o estágio de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico de seu tempo lhe falta o germe indispensável de sua força de vida e ela não é capaz de alcançar que o Estado, que ela, em contradição com esse estágio de desenvolvimento normaliza, realize-se.<sup>144</sup>

A força normativa de uma Constituição depende, para além de sua “estabilidade relativa”<sup>145</sup>, também da sua “elasticidade relativa”<sup>146</sup>. Esta última se manifesta, por exemplo, na possibilidade de mutação constitucional ou mesmo de modificações do texto

<sup>138</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2013, pp. 39-40.

<sup>139</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 37, n.m. 37.

<sup>140</sup> Sobre isso, cf. o posicionamento de Carré de Malberg (precedência da Constituição) e de Burdeau (precedência do Direito), em HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010, pp. 3-5.

<sup>141</sup> A natureza de poder *incondicionado*, atribuída ao poder constituinte por alguns autores, cinge-se ao seu aspecto jurídico. Isso porque não se pode negar a existência de limites “impostos” por fatores culturais, sociais, políticos e econômicos, afinal, “[...] também o ‘poder constituinte’ nasce e configura por atividade humana histórica [...]” (HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 48, n.m. 42). Mesmo no que diz respeito ao aspecto jurídico, entretanto, a caracterização do poder constituinte enquanto um poder incondicionado revela-se controversa, uma vez que, para parte da doutrina, “[...] a Constituição nova deriva da Constituição velha [...]” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 157). Acerca da controvérsia, cf. BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, pp. 152-157.

<sup>142</sup> HESSE, Konrad. *Op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>143</sup> *Ibidem*, pp. 48-49, n.m. 43-44.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 48, n.m. 43.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 47, n.m. 40.

<sup>146</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

constitucional, evitando-se rupturas institucionais decorrentes do descompasso da Constituição com a realidade do Estado em que se aplica.

A competência para a realização de modificações no texto constitucional é atribuída pelo poder constituinte originário ao poder constituinte derivado ou instituído (poder reformador para aqueles que preferem lhe subtrair a qualificação de constituinte)<sup>147</sup>. Em ordens democráticas, sua titularidade é atribuída ao povo e exercida por meio de seus representantes: no Direito brasileiro, deputados federais e senadores.

Segundo Horta, os termos “reforma”, “emenda” e “revisão”, no Direito Constitucional positivo, podem se referir a “matérias distintas e enquadradas em procedimentos destacados”<sup>148</sup>, ou então podem ser “unificadas, em regulação comum e igual, que extingue a pluralidade das formas do poder constituinte derivado”<sup>149</sup>. Em qualquer dos casos, entretanto, trata-se de um poder essencialmente limitado.

A CRFB/1988 distinguiu dois mecanismos de modificação do seu próprio texto: emenda constitucional e revisão constitucional (esta, entretanto, de forma transitória). O procedimento previsto para revisão constitucional foi de aprovação por maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral (art. 3º, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da CRFB/1988). Já para a emenda, exige-se aprovação por maioria qualificada de três quintos, em dois turnos e sessão bicameral (art. 60, § 2º, CRFB/1988).

É justamente por emenda constitucional que se pretende inserir, no sistema eleitoral brasileiro, a cláusula de barreira de que trata especificamente a presente monografia. Em razão disso, a constitucionalidade da cláusula de barreira proposta pela PEC n. 282/2016 está subordinada à observância dos limites estabelecidos ao poder constituinte derivado, quais sejam: limites temporais, circunstanciais, procedimentais e materiais (implícitos e explícitos).

Nos itens que seguem, analisar-se-á se a cláusula de barreira referida atende ou não a tal pressuposto de constitucionalidade.

---

<sup>147</sup> Horta faz menção ao entendimento minoritário – criticando-o – de que a expressão “poder constituinte” deveria ser utilizada exclusivamente para fazer referência ao poder originário (HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010, p. 79).

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>149</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

## 5.1 LIMITES TEMPORAIS E CIRCUNSTANCIAIS AO PODER DE EMENDA

Com a previsão de um procedimento de revisão mais facilitado do que o procedimento de emenda, o constituinte brasileiro de primeiro grau pretendeu facilitar uma alteração do texto constitucional que abrangesse vários temas de uma só vez. A essa possibilidade, entretanto, impôs um limite temporal quando determinou, no art. 3º do ADCT da CRFB/1988, que “[a] revisão constitucional ser[ia] realizada após cinco anos contados da promulgação da Constituição [...]”.

Para as emendas constitucionais, diferentemente, não se especificou qualquer limite temporal. Assim, passada a oportunidade de revisão da CRFB/1988<sup>150</sup>, a possibilidade de reforma deste diploma restringe-se às emendas<sup>151</sup>. Estas podem ser discutidas e aprovadas a qualquer momento, desde que não estejam presentes as circunstâncias proibitivas (limites circunstanciais<sup>152</sup>), expressas no art. 60, § 1º, da Constituição.

Como não se verifica, atualmente, a presença de qualquer dessas circunstâncias (estado de defesa, estado de sítio ou intervenção federal), não há, nesse sentido, impedimento algum em relação à PEC n. 282/2016.

## 5.2 LIMITES PROCEDIMENTAIS AO PODER DE EMENDA

Os limites procedimentais dizem respeito ao modo como a emenda deve ser realizada. Eles podem ser extraídos do art. 60, incisos I a III e §§ 2º e 5º, da CRFB/1988. Os três incisos do *caput* limitam a competência para proposição de emendas constitucionais; o § 2º estabelece o procedimento exigido para discussão e para aprovação das emendas; e o § 5º, por fim, proíbe propostas de emenda que tenham como objeto matéria já rejeitada ou tida por prejudicada no âmbito de outra proposta, na mesma sessão legislativa.

No que diz respeito à competência para proposição de emendas, a PEC n. 282/2016 não infringiu limites procedimentais, já que foi proposta por mais de um terço dos membros do Senado Federal. O procedimento exigido para sua discussão também vem sendo observado. E, quanto ao § 5º do art. 60, não se vislumbra afronta alguma, já que não há PEC

<sup>150</sup> A revisão constitucional ocorreu em 1993, tendo sido considerada, de modo geral, um fracasso.

<sup>151</sup> Ressalve-se o entendimento minoritário de que seria possível realizar uma nova revisão constitucional, se o poder constituinte originário fosse convocado e se manifestasse prevendo-a.

<sup>152</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 68.

em tramitação que, tratando dos temas “funcionamento parlamentar”, “rateio do Fundo Partidário” e/ou “acesso gratuito ao rádio e à televisão”, tenha sido rejeitada ou tida por prejudicada, durante a sessão legislativa vigente.<sup>153</sup>

### 5.3 LIMITES MATERIAIS IMPLÍCITOS AO PODER DE EMENDA

O estabelecimento de limites materiais significa que o poder constituinte derivado se encontra limitado quanto ao conteúdo das alterações que pode inserir na Constituição. Esses limites podem ser (i) explícitos, na medida em que venham expressamente elencados no texto constitucional como tais; ou (ii) implícitos, quando não aparecem expressamente no texto ou, aparecendo, não lhes seja atribuída expressamente a natureza de limites.

Para uma vertente de autores, os limites materiais implícitos são apenas aqueles que dizem respeito ao próprio poder de emenda, sem os quais se poderiam burlar as limitações expressas estabelecidas pelo constituinte originário. José Afonso da Silva os elenca, citando Nelson de Sousa Sampaio, como sendo os concernentes (i) “ao titular do Poder constituinte”; (ii) “ao titular do Poder reformador”; e (iii) “ao processo da própria emenda”, salvo para o fim de dificultá-lo.<sup>154</sup>

Caso se adote esse primeiro entendimento, a PEC n. 282/2016 certamente não infringiria limite material implícito algum, já que ela sequer trata do poder constituinte derivado. Outros autores, entretanto, asseveram a existência de limites materiais implícitos também para além daqueles concernentes ao próprio poder de emenda.

Paulo Gustavo Gonet, por exemplo, entende que “[o] que se puder afirmar como ínsito à identidade básica da Constituição ideada pelo constituinte originário deve ser tido como limitação ao poder de emenda, mesmo que não haja sido explicitado no dispositivo. [...]”<sup>155</sup>. Do mesmo modo, Raul Machado Horta ressalta que as emendas constitucionais não podem

<sup>153</sup> Há, entretanto, outras propostas, como a PEC da Câmara n. 240/2016, à qual foram apensadas as PECs n. 250/2016 e n. 248/2016. As três tratam do rateio do Fundo Partidário e do acesso ao rádio e à televisão.

<sup>154</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 70. A mesma referência se encontra em: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Poder Constituinte. In: MENDES, Gilmar Ferreira; \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*, 8. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 103-134. Este último autor, entretanto, adota um posicionamento diferente daquele primeiro, como se verá adiante, neste mesmo ponto.

<sup>155</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit., loc. cit.*

provocar uma ruptura constitucional, não podendo, portanto, erodir os “fundamentos da Constituição, que se exteriorizam nas decisões políticas fundamentais”<sup>156</sup>.

Caso se entenda que a cláusula pétrea do “voto direto, secreto, universal e periódico” não representa uma proteção expressa ao princípio democrático (cf. ponto 5.4.2), é de se considerá-lo um dos limites materiais implícitos ao poder de emenda, uma vez que a democracia constitui decisão política fundamental<sup>157</sup> da Constituição Federal brasileira. Neste caso, verificar-se-ia, na cláusula de barreira proposta pela PEC n. 282/2016, uma afronta à cláusula pétrea dos limites materiais implícitos por violar o princípio democrático (ponto 5.4.2).

#### 5.4 LIMITES MATERIAIS EXPLÍCITOS AO PODER DE EMENDA

Por fim, resta a análise dos limites materiais explícitos, a qual se procederá nos subpontos seguintes. Trata-se de limites que, no Direito brasileiro, consubstanciam-se nas cláusulas pétreas da Constituição, especificadas no § 4º do art. 60 da CRFB/1988. Nos termos deste dispositivo, são proibidas, ainda em fase de deliberação, propostas de emenda *tendentes* a abolir (i) “a forma federativa de Estado”; (ii) “o voto direto, secreto, universal e periódico”; (iii) “a separação dos Poderes”; e (iv) “os direitos e garantias individuais”.

Vale destacar que os elementos “petrificados”, elencados no parágrafo anterior, podem ser objeto de regulamentação por emenda constitucional. O que não se pode é aboli-los, nem tão somente tender a fazê-lo (ou seja, suprimir, deixar sem vigência). Como exemplo histórico de tendência à abolição de direitos fundamentais, pode-se citar o *Art. 48 II* da Constituição do Império de Weimar (*WRV*), segundo o qual o presidente imperial alemão poderia, se necessário para “restabelecer a segurança e a ordem pública”, “[...] temporariamente, deixar

<sup>156</sup> HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010, p. 85. Com base nessas afirmações, o autor apresenta um rol do que entende ser limite material implícito ao poder de emenda, na página 86 da mesma obra.

<sup>157</sup> Maurer tematiza as “decisões fundamentais jurídico-constitucionais” (*verfassungsrechtliche Grundentscheidungen*), reconhecendo que são frequentemente nomeadas de formas diversas na doutrina. São decisões que, segundo o autor, caracterizam a própria Constituição e, assim também, o respectivo Estado. No sistema alemão, elas estão elencadas no *Art. 1 I GG* (princípio da dignidade humana), *Art. 20 I GG* (República, democracia, Estado social, Estado federal), bem como no *Art. 20 GG* como um todo (Estado de Direito) [MAURER, Hartmut. *Staatsrecht: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*. München: C. H. Beck, 1999 (Grundrisse des Rechts), pp. 172-173, n.m. 1-5].

sem vigência, completamente ou em parte, os direitos fundamentais fixados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153”<sup>158</sup>.

#### 5.4.1 A separação dos Poderes

A separação dos Poderes<sup>159</sup> implica (i) constituição de Poderes estatais diferentes, a serem exercidos por órgãos especiais; (ii) fundamentação e limitação das competências de cada um desses Poderes; bem como (iii) coordenação das funções e dos órgãos especiais que exercem essas funções. Os pilares deste princípio são a *separação* e o *equilíbrio* dos Poderes.

O fato de a CRFB/1988 ter erigido a separação dos Poderes à condição de cláusula pétrea tem como primeira consequência a inconstitucionalidade de proposição de emenda constitucional que vise à concentração do Poder estatal em uma só pessoa ou órgão, ou mesmo à supressão de algum dos três Poderes (Legislativo, Executivo ou Judiciário). Do mesmo modo, não pode uma PEC pretender atribuir a determinado órgão funções que não correspondam à sua estrutura e à função básica para a qual ele foi criado.

Essas duas primeiras limitações dizem respeito ao pilar específico de separação dos Poderes. Em relação a elas, não se verifica entrave algum à apreciação da PEC n. 282/2016, visto que ela não centraliza, nem tende a centralizar os Poderes de Estado em um ou dois órgãos. Ademais, ela também não promove ingerência de um Poder nas funções de outro.

Há ainda que se tratar do equilíbrio dos Poderes, o qual depende de refreamentos e de controle de poder. Segundo Hesse, o “[e]quilíbrio dos poderes é produzido pela realização das ordens da democracia, do estado de direito e do estado federal”<sup>160</sup>.

A realização da ordem democrática depende da “garantia de oportunidades iguais, a qual [...] nomeadamente na igualdade de direito eleitoral, no princípio do pluripartidarismo e na igualdade de oportunidades dos partidos políticos, encontra expressão”<sup>161</sup>. A realização do Estado de Direito, por sua vez, depende do “controle de todos os poderes estatais pela

<sup>158</sup> “[...] vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen”.

<sup>159</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 365-378, n.m. 475-499.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 376, n.m. 495.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 376, n.m. 496.

jurisdição constitucional”<sup>162</sup>. E a realização do Estado federal manifesta-se nos efeitos refratores do poder da divisão de poderes vertical e horizontal.

Da análise das consequências da cláusula de barreira proposta pela PEC n. 282/2016, conclui-se que ela implica interferências tanto na ordem democrática (ponto 5.4.2) quanto na forma federativa de Estado (ponto 5.4.3). Entretanto, essas intervenções não se manifestam no campo de relacionamento dos três Poderes de Estado, de modo que não se visualiza nela potencial para desequilibrar a relação entre os Poderes. Assim, entende-se que a cláusula de barreira proposta pela PEC n. 282/2016 não abole nem tende a abolir a separação dos Poderes.

#### **5.4.2 O voto direto, secreto, universal e periódico**

A cláusula pétrea em questão estabelece algumas limitações específicas ao poder constituinte derivado, no que diz respeito ao direito de voto. Ela prevê que não se pode abolir ou tender a abolir esse direito e, para além disso, que lhe são imprescindíveis algumas características: não poderá deixar de ser secreto, universal, periódico e direto.

A garantia de que o voto seja secreto assegura que o local de votação será reservado, que não haverá a possibilidade de se rastrear quem votou em quem e que nenhum eleitor precisará dar satisfação a quem quer que seja sobre como votou – evitando-se, assim, constrangimentos ou mesmo “compra” de votos.

A universalidade, por seu turno, significa que a capacidade eleitoral ativa dos cidadãos brasileiros não dependerá de fatores pessoais como etnia, religião, renda e gênero. Restrições só podem decorrer de situações justificadas – sanções que impliquem suspensão de direitos políticos, por exemplo.

A periodicidade diz respeito, na verdade, a uma característica do procedimento eleitoral, que deve se repetir regularmente de tempos em tempos, a fim de se evitar perpetuação de pessoas no poder.

Por fim, que o voto seja direto implica a inexistência de qualquer instância mediadora<sup>163</sup> entre o voto do eleitor e a eleição do candidato. No que diz respeito ao limite do voto direto, algumas considerações precisam ser feitas.

---

<sup>162</sup> HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 376, n.m. 496.

Em sistemas eleitorais proporcionais, a eleição do candidato é mediada pelo partido político a que ele é filiado. No Brasil, por exemplo, ao depositar seu voto em certo candidato a deputado federal, o eleitor vota no respectivo partido, manifestando preferência por aquele candidato em específico. Essa mediação é compatível com a exigência de voto direto porque se trata de característica inerente ao sistema proporcional (justificada, portanto).<sup>164</sup>

O mesmo não ocorreria caso se estivesse no âmbito de um sistema majoritário: nesse cenário, entende-se que qualquer mediação – mesmo por parte de partidos políticos – entre o voto do eleitor e a eleição do candidato violaria a regra do voto direto. Assim, uma PEC que previsse a aplicação de uma cláusula de barreira, de modelo tradicional, às eleições para o Senado Federal, violaria frontalmente um dos limites estabelecidos ao poder constituinte derivado.

No caso da cláusula de barreira prevista pela PEC n. 282/2016, o que se tem é uma restrição ao “funcionamento parlamentar”. Em razão dela, o partido político não intermediaria o voto do eleitor e a eleição do senador, mas sim o voto e o exercício efetivo das prerrogativas do mandato, que é justamente consequência direta da eleição. Ocorre que de nada adianta formalmente eleger um candidato se ele não dispuser de representatividade efetiva. Entende-se, portanto, que a referida cláusula de barreira constitui uma burla à cláusula pétrea do voto direto, no que diz respeito ao Senado Federal.

Mas, para além do voto direto, qual seria a utilidade de o voto ser secreto, universal e oportunizado periodicamente se uma emenda constitucional alterasse a Constituição Federal para estabelecer que o voto de pessoas com renda superior a  $x$  salários mínimos valeria por dois? Teria o constituinte originário se esquecido de erigir a igualdade do voto à condição de cláusula pétrea? Entende-se que não. Em verdade, o inciso II do § 4º do art. 60 da CRFB/1988 consubstancia uma proteção ao princípio democrático, não apenas àquelas qualidades mínimas expressamente asseguradas ao direito de voto.

O princípio democrático estende-se a todas as espécies de exercício do poder estatal, pressupondo a legitimação do povo em relação aos órgãos e funcionários que executem

---

<sup>163</sup> Nas eleições presidenciais dos Estados Unidos, por exemplo, os eleitores, votando em um candidato à Presidência, elegem, na verdade, delegados (*presidential electors*). Os delegados, por sua vez, representam os eleitores de cada estado no Colégio Eleitoral, que elege, por fim, o presidente.

<sup>164</sup> Em sistemas majoritários o que fica prejudicado é a igualdade do voto. Isso porque, embora todos os votos tenham o mesmo “valor numérico” (*Zählwert*), eles não têm, ao fim, o mesmo “valor de sucesso” (*Erfolgswert*): os votos depositados no candidato vencido são “descartados” no fim. De modo semelhante, isso é compatível com a igualdade do voto porque a diferenciação é justificada pelas características do próprio sistema eleitoral.



tarefas estatais.<sup>165</sup> Ele se concretiza, (i) em relação aos partidos políticos, pela igualdade de chances; (ii) em relação aos cidadãos, pela igualdade eleitoral, bem como pelos direitos fundamentais à liberdade de opinião, à liberdade de informação e à liberdade de imprensa; e, por fim, (iii) mediante proteção da minoria parlamentar.<sup>166</sup>

Uma análise da cláusula de barreira proposta por meio da PEC n. 282/2016 à luz dos pressupostos elencados revela que ela não respeita os limites concernentes ao princípio democrático, violando, portanto, a cláusula pétrea em questão. A fim de se atestar essa assertiva, realizar-se-á, abaixo, uma confrontação da referida cláusula de barreira com a igualdade de chances e com a igualdade eleitoral.

#### 5.4.2.1 Igualdade de chances

Pela igualdade de chances ou igualdade de oportunidades, visa-se a assegurar “[...] a cada partido fundamentalmente possibilidades iguais na campanha e no procedimento eleitoral e, com isso, a igualdade de oportunidades na concorrência aos votos”<sup>167</sup>. Esse princípio foi concebido na Alemanha (*Chancengleichheit*)<sup>168</sup> e vem sendo reconhecido também no Brasil. Embora não se encontre positivado na Lei Fundamental alemã, nem na Constituição Federal brasileira, pode ser derivado de tais textos normativos.<sup>169</sup>

<sup>165</sup> HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. 2. ed. rev., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 252.

<sup>166</sup> *Ibidem*, pp. 245-253.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 246.

<sup>168</sup> Steffen Augsberg destaca que a ideia fundamental da igualdade de chances fora debatida já durante a República de Weimar, por autores como Hermann Heller e Carl Schmitt. Mais tarde, na vigência da Lei Fundamental, ela foi desenvolvida por Ernst Forsthoff, Gerhard Leibholz e Hermann von Mangoldt. Para sua concretização, entretanto, foi fundamental a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, que a consolidou como princípio autônomo em relação ao direito de igualdade eleitoral. A princípio, o Tribunal estabeleceu uma igualdade de chances formal, prevendo a possibilidade de relativização do tratamento igualitário dos partidos e, por fim, concebeu essa relativização no próprio conceito de igualdade de chances, em seu caráter escalonado [AUGSBERG, Steffen, § 5 – Gleichbehandlung. In: KERSTEN, Jens; RIXEN, Stephan (Orgs.). *Parteiengesetz (PartG) und Europäisches Parteienrecht: Kommentar*. Hinnerk Wißmann et al. (Coord.), Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2009, pp. 128-177].

<sup>169</sup> Ele deriva, mais especificamente, dos dispositivos que preveem a liberdade de criação dos partidos políticos e o pluripartidarismo, combinados com aqueles relativos à igualdade (geral) e à igualdade eleitoral [KERSTEN, Jens. § 1 – Verfassungsrechtliche Stellung und Aufgaben der Parteien. In: \_\_\_\_\_; RIXEN, Stephan (Orgs.). *Op. cit.*, pp. 43-86]. No Brasil, no julgamento do RE n. 633.703/MG, o ministro Gilmar Mendes afirmou que “[...] o princípio da igualdade de chances entre os partidos políticos parece encontrar fundamento, igualmente, nos preceitos constitucionais que instituem o regime democrático, representativo e pluripartidário (CF, artigos 1º, V e parágrafo único)”.

A confrontação da cláusula de barreira proposta por meio da PEC n. 282/2016 com a igualdade de chances perpassa dois temas: distribuição de Fundo Partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, os quais, conforme já exposto, foram consideravelmente restringidos na disciplina da cláusula em questão (pontos 4.1.3 e 4.1.2, respectivamente). Repise-se: partidos que não atingirem o desempenho eleitoral exigido pela cláusula para aquisição de funcionamento parlamentar também não terão participação alguma no rateio dos recursos do Fundo Partidário, tampouco acesso gratuito ao rádio e à televisão.

Desse modo, estabelece-se que alguns partidos terão direito a parte do Fundo e a “propaganda gratuita”, enquanto outros absolutamente não. E o critério de distinção é seu desempenho eleitoral nas eleições para a Câmara dos Deputados. De fato, quando se trata de prestações estatais – como em ambos os casos ora analisados –, a igualdade de chances tende a se aplicar de forma escalonada (item 4.1.2), levando em conta a significância de cada partido, a qual pode ser depreendida, entre outros indicadores, dos resultados nas últimas eleições.

Ocorre que a consideração exclusiva desse indicador para aferição do grau de significância dos partidos tende a gerar distorções. Isso porque apenas partidos já eleitos se beneficiariam de prestações estatais, acentuando-se o desequilíbrio concorrencial no cenário político. Ou seja, haveria um congelamento do status quo, com embaraço do surgimento de novos partidos e da consolidação dos pequenos, o que é um limite constitucional ao próprio escalonamento da igualdade de chances. Se, por um lado, o Estado não pode, com suas prestações, falsear a real desigualdade entre os partidos, colocando-os em posição de igualdade, também não pode, por outro lado, inibir uma eventual alteração do cenário concorrencial.

O que a PEC n. 282/2016 faz é justamente utilizar-se, com exclusividade, desse indicador (resultados das últimas eleições) para estabelecer quais partidos são importantes a ponto de fazer jus a duas prestações estatais: recursos do Fundo Partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão. Além disso, ela o faz no âmbito da disciplina legal da cláusula de barreira, ou seja, com o objetivo de reduzir a fragmentação partidária.

Destaque-se aqui que o único modo de a regulamentação do rateio do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão se prestar ao referido objetivo seria o estabelecimento de restrições relevantes o bastante a ponto de dificultar o crescimento e a popularização de alguns partidos, de modo a não lograrem sucesso nas urnas. Isso violaria o dever de neutralidade do Estado no contexto da disputa eleitoral, ferindo a igualdade de chances. Mas é exatamente o que faz a cláusula de barreira prevista pela PEC n. 282/2016.

No que diz respeito à restrição de acesso gratuito ao rádio e à televisão, não cuida a PEC n. 282/2016 de tão somente adequar o tempo de acesso conforme o grau de importância dos partidos, mas sim de negá-lo integralmente àqueles que não alcancem determinado desempenho eleitoral. Ocorre que alcançar o desempenho eleitoral exigido como condição de acesso é algo faticamente inconcebível a partidos estreantes, por exemplo.

E ainda mais improvável em se considerando o fato de que sequer podem esses partidos brevemente apresentar seu programa político-partidário e candidatos aos eleitores no “horário eleitoral gratuito”. Assim, recusam-se-lhes condições mínimas necessárias para o desenvolvimento de suas atividades, ferindo sua igualdade de chances na disputa eleitoral. Quando se trata da restrição imposta pela PEC n. 282/2016 à participação no rateio do Fundo Partidário, a situação não é melhor: também ela observa um mecanismo “tudo ou nada”.

É notório que as atividades político-partidárias, principalmente as campanhas eleitorais, consomem quantidades consideráveis de recursos financeiros. Assim, ao colaborar com o financiamento das atividades apenas de partidos que já contam com desempenho eleitoral importante nas últimas eleições para a Câmara dos Deputados, o Estado acentua as desigualdades fáticas, o que torna muito mais difícil aos partidos de menor expressão (ou mais voltados a problemas locais) fazer frente à campanha dos partidos maiores.

Poder-se-ia, aqui, objetar que o Estado também não cumpriria seu dever de neutralidade na disputa eleitoral caso assegurasse a partidos de expressão ínfima e de expressão relevante o mesmo tempo de acesso gratuito ao rádio e à televisão e a mesma participação no rateio do Fundo Partidário. A resposta só pode ser que, de fato, não cumpriria. Haveria, também nesse caso, uma violação da igualdade de chances.

É por essa razão que quando se trata de prestações do Estado a partidos políticos, a igualdade de chances tende a se aplicar de forma escalonada e não absoluta. Escalonamento pressupõe relativização, ou seja, uma restrição à igualdade de chances, que, como toda restrição, deve ser justificada. Cumpre, portanto, repisar as razões que justificam eventuais restrições de acesso gratuito ao rádio e à televisão e de participação no rateio do Fundo Partidário.

O objetivo do escalonamento da igualdade de chances no que toca à oportunização de acesso gratuito ao rádio e à televisão é justamente evitar um falseamento das reais condições dos partidos na conjuntura política. Ou seja, não induzir o eleitor a pensar que um partido de menor expressão tem a mesma projeção que outro maior. Já no que toca ao Fundo Partidário,

o objetivo é evitar abusos na utilização dos recursos ou desvirtuamento dos seus fins por meio da criação de partidos visando tão somente à obtenção desses recursos.

Essas finalidades claramente divergem dos objetivos perseguidos pela cláusula de barreira eleitoral, além de pressuporem restrições muito mais brandas do que demandaria a consecução dos fins desta última. Na verdade, a redução na visibilidade de partidos políticos, induzida pelas restrições de acesso gratuito ao rádio e à televisão e ao Fundo Partidário, deve ser a menor possível, *i.e.*, um “efeito reflexo” e não um efeito visado.

O ideal seria que os programas político-partidários de todos os partidos chegassem ao conhecimento de cada eleitor e que este pudesse fazer suas escolhas de modo mais bem informado quanto possível. Tal constatação revela tratar-se de um equívoco fazer coincidir a regulamentação da distribuição do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão com a da cláusula de barreira, já que isso implicaria restrições desnecessárias, e portanto injustificadas, ao direito fundamental de igualdade de chances – pressuposto essencial aos sistemas representativos democráticos.

#### **5.4.2.2 Igualdade eleitoral**

A igualdade eleitoral implica que “cada um deve poder exercer o seu direito eleitoral ativo e passivo de modo formal com o máximo de igualdade”<sup>170</sup>. Sua esfera de proteção abrange desde o estágio pré-eleitoral até a distribuição de mandatos, e seus titulares são pessoas dotadas de capacidade eleitoral, tanto ativa (de votar), quanto passiva (de ser votado).

A igualdade assegurada pelo direito de igualdade eleitoral assume duas naturezas: (i) igualdade de valor numérico (*Zählwertgleichheit*); e (ii) igualdade de valor de sucesso (*Erfolgswertgleichheit*). Pela igualdade de valor numérico, cada eleitor terá direito a um mesmo número de votos. Já da igualdade de valor de sucesso extrai-se que cada voto será levado em consideração na conversão dos votos em mandatos, sendo que nenhum valerá mais do que outro.

Eventuais restrições à igualdade eleitoral, em qualquer de suas duas perspectivas, precisam ser justificadas. Tanto em sistemas proporcionais como em sistemas majoritários, por exemplo, a igualdade de valor de sucesso do voto não é absoluta, uma vez que alguns

---

<sup>170</sup> HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. 2. ed. rev., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 248.

votos inevitavelmente não serão convertidos em mandatos (os que não ultrapassarem determinado quociente e os que forem minoritários, respectivamente). Trata-se de uma interferência na igualdade eleitoral justificada pela própria natureza dos sistemas eleitorais.

Cláusulas de barreira eleitorais “tradicionais” também interferem na igualdade de valor de sucesso dos votos, já que condicionam a atribuição de mandatos a um desempenho eleitoral de determinada ordem. Em razão disso, precisam também ser justificadas, ou seja, adequadas ao objetivo de promover a capacidade funcional dos parlamentos.

A necessidade de promover a capacidade funcional dos parlamentos em sistemas eleitorais proporcionais está relacionada ao fato de que estes sistemas são particularmente pródigos na promoção de uma “representação como espelho”<sup>171</sup>. Com isso, tais sistemas se investem de maior legitimidade, mas podem ter a capacidade funcional de seus parlamentos prejudicada. Isso porque a reunião de um grande número de posições ideológicas torna a tomada de decisões mais demorada e complexa; e, sobretudo, em sistemas parlamentares, torna a estabilidade do governo mais frágil, porque este passa a contar com uma base de apoio precária.

O que as cláusulas de barreira tradicionais fazem, ao restringir a igualdade de capacidade de sucesso dos votos, é, portanto, limitar a “representação como espelho”, a fim de facilitar aos parlamentos o exercício de suas funções. O que, diferentemente, a cláusula de barreira da PEC n. 282/2016 pretende fazer é, sem restringir a igualdade de capacidade de sucesso dos votos, nem limitar a “representação como espelho”, atingir esse mesmo objetivo, de promover a capacidade funcional dos parlamentos. Isso seria a solução do “*trade-off*” entre os sistemas eleitorais, se ele fosse solucionável.

A PEC n. 282/2016 assegura, no seu proposto art. 17, § 6º, o mandato ao eleito por partido sem direito a funcionamento parlamentar, bem como “filiação, sem perda do mandato, a outro partido que tenha direito a funcionamento parlamentar”. Mas não assegura o exercício de todas as prerrogativas do mandato, a menos que o eleito migre para um partido com funcionamento parlamentar. Em qualquer dos casos – migrando ou não de partido – ter-se-á uma violação indireta do direito de igualdade eleitoral.

---

<sup>171</sup> COTTA, Maurizio. Representação política. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al.; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais, 13. ed., v. 1 e 2, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009, pp. 1.101-1.107. O autor trata de três modelos de representação política: “representação como relação de *delegação*”; “representação como relação de *confiança*”; e “representação como ‘espelho’ ou *representatividade* sociológica”. Embora não necessariamente espelhem diferenças culturais, étnicas, de gênero etc., os sistemas proporcionais espelham melhor do que os sistemas majoritários as diferenças político-ideológicas presentes na sociedade.

No caso de o eleito optar por permanecer no mesmo partido, ele ficaria impedido de participar de bancadas parlamentares e, por consequência, de blocos parlamentares; também não seguiria a orientação de um líder; e sua participação em comissões – nas quais se concentra a maior parte da atividade legislativa – seria restringida ou negada (ponto 4.1.1, *in fine*). Trata-se, portanto, de um mandato de segunda categoria, de representatividade restrita.

Mesmo a ideia de que a “representação como espelho” estaria mantida esbarra nessa última constatação. Na verdade, esse modelo de representação é capaz de outorgar maior legitimidade às decisões do parlamento, porque elas passam por um debate do qual participam pessoas de posições político-ideológicas diversas. E não porque tais pessoas meramente se façam presentes nos parlamentos.

Um mandato de representatividade restrita significa que o representante não representa de modo completo; trata-se de um “meio mandato”. Nesse caso, sua eleição foi meramente formal. E se a eleição foi meramente formal, constatam-se duas restrições: (i) à igualdade de capacidade de sucesso dos votos; e (ii) à igualdade de capacidade eleitoral passiva. Ou seja, verifica-se aqui uma interferência dissimulada no direito de igualdade eleitoral.

Relativizações do direito de igualdade, conforme já se disse, precisam ser justificadas, sob pena de caracterizarem violações. E a justificativa adotada para essas relativizações é a redução da fragmentação partidária nos parlamentos, de modo a promover sua capacidade funcional e a governabilidade. Ocorre que a cláusula não logra atingir esse objetivo. Ao restringir ou negar a participação de alguns eleitos nas comissões parlamentares, por exemplo, ela faz com que a casa legislativa funcione “abaixo da sua capacidade de trabalho”.

Além disso, apesar de obstar a representatividade dos partidos sem funcionamento parlamentar no âmbito das comissões, a cláusula não impede que os eleitos por esses partidos votem em Plenário, persistindo aí a fragmentação partidária. Inclusive, somando-se isso ao fato de que tais parlamentares não teriam a orientação de um líder de bancada, seria provável até mesmo um agravamento da fragmentação de opiniões em Plenário, bem como um inegável estímulo a cooptações<sup>172</sup>.

---

<sup>172</sup> Adota-se, aqui, a seguinte definição para cooptação: “[...] ato de trazer militantes ou mesmo estruturas partidárias inteiras para o âmbito de influência de uma legenda, coligação ou bloco parlamentar, seja do governo, seja da oposição, sem qualquer vinculação programática mais sólida e sem implicar a transferência formal da filiação, com o objetivo de produzir maiorias. [...] Esta referência à ausência de rompimento do vínculo de filiação serve para diferenciar o ato de cooptação da infidelidade. Nesta, a atração se dá de forma completa e formal: envolve a troca de legenda. No caso da cooptação, ao contrário, quando é exercida sobre militantes (e não sobre as próprias

Ou seja, ou a fragmentação se manteria em Plenário, ou haveria um estímulo à formação de maiorias com base em cooptações mais frequentes.

De fato, se alguns parlamentares estiverem sem orientação partidária, serão consideráveis as chances de que partidos com funcionamento parlamentar disputem o seu “apoio” de modo pouco republicano. Ademais, a cooptação implica, por parte do parlamentar cooptado, uma desvinculação, ainda que parcial, do programa de partido com base no qual fora eleito, em razão de interesses fisiológicos.

Não bastasse o estímulo a cooptações – que já é prejudicial à representação democrática –, o proposto art. 17, § 6º cria uma exceção à regra da perda do mandato por infidelidade partidária. Assim, autoriza o parlamentar a adotar, formal e integralmente, mesmo um programa partidário diametralmente oposto àquele com base no qual foi eleito.

Frise-se: o dispositivo citado não faz qualquer exigência quanto à afinidade ideológica entre o partido pelo qual o parlamentar foi eleito e aquele para o qual ele pretende migrar. Com isso, nada impede a subversão da vontade do eleitor, o qual elegera o programa partidário daquela primeira legenda e não da segunda. Ora, o exercício do voto consiste justamente em manifestar uma escolha; se essa escolha for subvertida após a apuração dos votos, ter-se-á aí uma neutralização do valor de sucesso desse voto.

Nas eleições proporcionais, o prejuízo é mais evidente, já que os eleitores votam em partidos, e, depois, distribuem-se os mandatos proporcionalmente entre eles. Mas, mesmo no caso das eleições majoritárias (em que o mandato “pertence” ao parlamentar), o “troca-troca” de partidos não se revela salutar à democracia representativa.<sup>173</sup> De fato, a própria CRFB/1988 prevê a filiação partidária como requisito de elegibilidade (art. 14, § 3º, inciso V) justamente para que o eleitor tenha ciência da vinculação político-ideológica do candidato.

Enfim, o eventual “êxito” da cláusula de barreira proposta pela PEC n. 282/2016 só poderia resultar de meios oblíquos e excessivamente onerosos ao sistema democrático como

---

legendas), não envolve qualquer migração partidária oficial. Utiliza-se da indisciplina. [...]” [JEHÁ, Pedro Rubez. *O processo de degeneração dos partidos políticos no Brasil*, 2009. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 182. Doi: 10.11606/T.2.2009.tde-13112009-150346. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br>>. Acesso em: 11 jun. 2017].

<sup>173</sup> Cumpre esclarecer que se entende por inadequada a aplicação da sanção de perda do mandato aos parlamentares eleitos pelo sistema majoritário, em razão de infidelidade partidária. É inadequada porque retira o cargo obtido por voto direto, violando a soberania popular e as escolhas feitas pelo eleitor, nos termos do que já decidiu o STF ao julgar a ADI n. 5.081. Ocorre que essa constatação não torna a infidelidade partidária – ainda que em relação a mandatos obtidos pelo sistema majoritário – algo positivo. Ou seja, não é de ser estimulada como o faz a PEC n. 282/2016.

os já referidos: obstrução da expansão de partidos novos e pequenos, cooptação de parlamentares, estímulo à infidelidade partidária e privação de prerrogativas do mandato parlamentar (de representatividade, portanto). E de nada adiantam parlamentos funcionais e governabilidade se a representatividade não é democrática.

Por todo o exposto, faz-se necessário concluir que a cláusula de barreira em questão viola o princípio democrático nos seus fundamentos e, conseqüentemente, a cláusula pétrea do art. 60, § 4º, inciso II, da CRFB/1988, revelando-se assim sua inconstitucionalidade.

### 5.4.3 A forma federativa de Estado

A federação é uma das formas de Estado, ao lado do Estado Unitário, da Confederação e do Estado Regional<sup>174</sup>. Sua instituição pressupõe uma Constituição Federal, a qual tem também como função assegurar a coexistência de uma ordem jurídica da União e de ordens jurídicas dos estados membros.<sup>175</sup>

O modo de se coordenar a coexistência de ordenamentos diversos manifesta-se nos elementos característicos da forma federativa de Estado. O principal deles é a repartição de competências entre a União e os demais entes federativos (para além da intervenção federal e da Câmara dos Estados, por exemplo). Há que se ressaltar, entretanto, que, apesar da existência de elementos comuns, os Estados federais diferenciam-se uns dos outros conforme os contornos atribuídos a tais elementos.

Essa última assertiva ganha ênfase quando se trata da repartição de competências entre os entes federativos: uma maior concentração de competências na esfera de poder da União implica a existência de um federalismo centrífugo; já quando, diversamente, se atribuem mais competências aos estados membros (e/ou municípios, no Brasil<sup>176</sup>), tem-se federalismo centrípeto. Uma terceira via (conciliadora) é o que se denomina federalismo de equilíbrio, o

<sup>174</sup> “O Estado Unitário com descentralização regional, como ele se encontra organizado na Constituição da República Italiana de 1947, e na Constituição da Espanha Monárquica de 1978, representa o ensaio de nova forma estatal – o Estado Regional – tipo intermediário, que se localiza nas fronteiras do Estado Unitário e do Estado Federal.” (HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010, p. 273.)

<sup>175</sup> A redação deste parágrafo e dos demais parágrafos introdutórios deste ponto baseou-se nas lições de Horta (*Op. cit.*, pp. 273-291).

<sup>176</sup> A Constituição Federal de 1988, no seu art. 1º, incluiu também os municípios na união indissolúvel da Federação brasileira: “[a] República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal [...]”.



qual encontra expressão tanto no modelo de federalismo adotado pela Lei Fundamental de Bonn quanto no federalismo da CRFB/1988.

Destaca-se, no contexto do federalismo de equilíbrio, a existência de competências comuns ou concorrentes, que são exercidas pela União e pelos estados membros em conjunto; aquela no âmbito de normas gerais, e estas na complementação destas normas. O alargamento da abrangência da legislação comum é, segundo Horta, “[...] particularmente adequad[o] ao federalismo de dimensão continental, como o brasileiro, no qual as unidades federadas não se apresentam homogêneas e, ao contrário, exibem flagrantes disparidades de estrutura econômica, social, financeira e administrativa”<sup>177</sup>.

Movimentos centralizadores, ao contrário, tendem a afetar negativamente a coexistência harmoniosa dos ordenamentos jurídicos da União e dos estados membros, em detrimento destes. E isso, principalmente em um modelo de federalismo de equilíbrio como o brasileiro, caracterizaria tendência à abolição da forma federativa de Estado em direção à forma de Estado Unitário.

Tendências centralizadoras, por sua vez, não se verificam tão somente no alargamento de competências da União em detrimento das competências dos estados membros. Ao avaliar fatores típicos de regimes presidenciais, Karl Loewenstein assinalou alguns fatores capazes de conduzir a uma maior centralização, em detrimento do princípio federativo. Destacam-se, nesse sentido, “a atividade nacional dos partidos políticos e dos sindicatos, com a perda da temática local em seus programas e aspirações” e a “perda de representatividade estadual do Senado, que se tornou órgão da vontade dos partidos políticos nacionais”.<sup>178</sup>

Ambos os referidos fatores seriam consideravelmente agravados pela cláusula de barreira prevista na PEC n. 282/2016.

No que diz respeito ao primeiro deles, tem-se que, de fato, a cláusula de barreira em questão não implicaria uma redução das competências legislativas dos estados membros, mas, representantes de partidos com maior atuação local – mesmo que eleitos – não teriam a mesma capacidade de influência nas casas legislativas quanto representantes eleitos por partidos que ultrapassaram a cláusula de barreira em eleição para a Câmara dos Deputados. Assim, a legislação

---

<sup>177</sup> HORTA, Raul Machado. *Op. cit.*, p. 282.

<sup>178</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1970 apud *Ibidem*, p. 279.

estadual restaria prejudicada no quesito “atenção às peculiaridades da realidade local”, que é justamente uma das principais razões de ser da autonomia dos entes federativos.

No que toca ao segundo fator – a perda de representatividade dos estados no Senado – há dois aspectos a se considerar. O primeiro equivale ao que se disse no parágrafo anterior para as assembleias legislativas: em razão das restrições impostas pela cláusula de barreira da PEC n. 282/2016, candidatos eleitos por partidos com maior visibilidade estadual (e sem funcionamento parlamentar) não poderiam mais influenciar os rumos da legislação com o mesmo ímpeto que os candidatos eleitos por partidos de influência nacional, de modo que a representação dos estados ficaria globalmente prejudicada.

O segundo aspecto diz respeito à provável disparidade de representação entre diferentes estados membros, no Senado Federal, a qual decorreria da cláusula de barreira prevista pela PEC n. 282/2016. Mesmo que o número de senadores para cada estado permaneça invariável, um estado *A* poderia ter três “representantes inteiros”, porque filiados a partidos que alcançaram a cláusula de barreira, enquanto outro estado *B* poderia ter apenas dois, um ou até nenhum “representante inteiro”. O estado *A* estaria, nesse caso, claramente mais bem representado do que o estado *B*, o que implicaria um desequilíbrio de representação das unidades federativas no Poder Legislativo federal, violando a forma federativa de Estado.

Konrad Hesse identificou, ademais, três funções atribuíveis à ordem federativa. A primeira é a formação e conservação de uma “unidade política”, mantendo também a individualidade dos membros. A segunda tarefa é, ao contrário, a “*divisão* de um corpo global político” uniforme, mas impedindo sua desintegração completa. Por fim, a terceira tarefa é “servir ao complemento e fortalecimento da ordem democrática e estatal-jurídica”.<sup>179</sup>

Quanto a essa última tarefa, o autor ressalta, na forma federativa de Estado, um “*efeito protetor das minorias*”<sup>180</sup> bastante relevante para a “*incorporação da oposição na ordem democrática*”<sup>181</sup>. Esclareça-se:

[...] Porque partidos opositoristas na federação podem, lá onde eles possuem a maioria nos estados, converter-se em partido governista e assumir responsabilidade estatal. Com isso, é aberta para eles a possibilidade para prestação própria, eles não ficam somente restringidos à crítica e eles obtêm oportunidade de instruir seus condutores no exercício dos negócios estatais, de modo que, quando eles, uma vez

<sup>179</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 181, n.m. 219.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 185, n.m. 225.

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 185, n.m. 226.

obtiverem, na federação, a maioria, disponham de pessoal político instruído suficiente e esteja garantida uma mudança sem atrito.

Considerada a vinculação que a cláusula de barreira da PEC n. 282/2016 pretende promover entre as eleições para a Câmara dos Deputados e aquelas para as demais casas legislativas (Senado Federal, assembleias legislativas e câmaras de vereadores), verifica-se, no mínimo, uma dificuldade do exercício dessa função de complementação da ordem democrática. Isso porque candidatos de partidos que não atingirem a cláusula de barreira nas eleições para a Câmara, mesmo que sejam a maioria em determinada assembleia legislativa, não poderão formar bancada, tendo, conseqüentemente, sua capacidade de ação parlamentar bastante restringida.

Por todo o exposto, entende-se que a cláusula de barreira prevista na PEC n. 282/2016 tende a abolir a forma federativa de Estado e, com isso, não observa um dos limites materiais explícitos impostos ao constituinte derivado – revelando-se, mais uma vez, sua inconstitucionalidade.

#### **5.4.4 Os direitos e garantias individuais**

Conforme o art. 60, § 4º, inciso IV, da CRFB/1988, não será objeto de deliberação a proposta de emenda *tendente* a abolir os direitos e garantias individuais. Trata-se provavelmente da cláusula pétrea mais aberta a interpretações entre as quatro expressamente elencadas pela Constituição Federal. Em razão disso, a verificação quanto à observância, pela PEC n. 282/2016, dos limites estabelecidos por este dispositivo pressupõe o estabelecimento de algumas premissas.

##### **5.4.4.1 A expressão “direitos e garantias individuais”**

Uma interpretação literal do dispositivo citado levaria à conclusão de que apenas direitos e garantias estritamente individuais estariam acobertados pela cláusula pétrea em questão, excluindo-se, assim, da sua esfera de proteção, os direitos sociais e os políticos. Desse entendimento poderiam decorrer dificuldades interpretativas quanto aos direitos fundamentais de exercício coletivo, como o direito de associação (art. 5º, inciso XVII, CRFB/1988), por exemplo.

Outra interpretação, mais abrangente, é aquela por meio da qual se entende que o dispositivo em questão também abrangeria direitos sociais e direitos políticos. Aqui, argumenta-se que esses direitos seriam pilares da concepção social e democrática do Estado

de Direito, na qual se basearia a Constituição Federal brasileira. Em razão disso, deveriam ser também protegidos de eventual tendência a abolição por parte do poder constituinte derivado, sob pena de se ver alterado o “centro comum de imputação da Constituição”<sup>182</sup>.

Registre-se, ainda, que, nesse caso, não apenas os direitos fundamentais expressos no título II da CRFB/1988 representam limites materiais ao poder de emenda. Incluem-se nessa categoria também aqueles abrangidos por outros dispositivos constitucionais, como os expressos por tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados por regime de emenda constitucional (§ 3º do art. 5º da CRFB/1988). E, da mesma forma, os direitos fundamentais “decorrentes do regime e dos princípios por ela [Constituição] adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (§ 2º do mesmo art.).

Caso se opte pela interpretação literal do dispositivo em questão, este limite não restaria violado pela PEC n. 282/2016, na medida em que ela não interfere em direitos individuais em sentido estrito. Diferentemente, em se adotando a interpretação mais abrangente, a constitucionalidade da PEC n. 282/2016 poderia ser questionada diante da sua confrontação com os direitos fundamentais políticos de igualdade de chances dos partidos políticos (ponto 5.4.2.1) e de igualdade eleitoral (ponto 5.4.2.2).

Diz-se “poderia” porque, para se chegar a uma conclusão a esse respeito, é necessário antes definir o que se entende pela expressão “tendente a abolir” direitos fundamentais.

#### 5.4.4.2 A expressão “tendente a abolir”

Conforme já salientado, a proibição de que se tenda a abolir alguma das matérias constantes do § 4º do art. 60 da CRFB/1988 não impede eventual regulamentação dessas matérias por parte do poder constituinte derivado. A questão é: quando uma interferência em direito fundamental é mera regulamentação e quando é tendência à abolição?<sup>183</sup>

<sup>182</sup> A expressão é de Francisco Campos e é utilizada por Raul Machado Horta para designar, nas palavras deste, “as decisões políticas fundamentais reveladas pelo poder constituinte originário”, que exteriorizam os fundamentos da Constituição (HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010, p. 85).

<sup>183</sup> Essa questão não se coloca caso se entenda que qualquer interferência em direito fundamental implica tendência à sua abolição (nesse sentido, por exemplo: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Poder Constituinte. In: MENDES, Gilmar Ferreira; \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*, 8. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 103-134). Nesse caso, bastaria avaliar se a cláusula pétreia em análise interfere em algum direito fundamental.

Entende-se que quando o “cerne” ou “núcleo fundamental” do direito fundamental é violado, tem-se tendência à abolição; do contrário, trata-se de mera regulamentação. Dessa resposta, decorrem duas outras questões: (i) o que é o cerne de um direito fundamental?; e (ii) a violação tem de ser de ordem objetiva ou basta uma violação subjetiva para que o cerne do direito fundamental seja afetado?

Tem-se por mais adequado responder primeiro à segunda questão. Caso se exija uma violação objetiva, a proteção do núcleo essencial de um direito fundamental teria por fim apenas evitar sua total retirada da ordem constitucional. Em se entendendo que basta uma violação subjetiva, proteger-se-ia o núcleo do direito fundamental já em casos concretos, na esfera individual.

Alexy, ao tratar do tema, adota esse último posicionamento, porque, segundo ele, direitos fundamentais são, sobretudo, posições do indivíduo.<sup>184</sup> Ademais, o autor entende que, em razão do caráter próprio dos direitos fundamentais, a interpretação objetiva pode ser adotada paralelamente à subjetiva, mas não no lugar desta.<sup>185</sup> E é essa a posição assumida no presente trabalho.

Entende-se que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais informa sua dimensão objetiva. Tendo em vista a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 60, § 2º, CRFB/1988), tem-se que o desrespeito injustificado à posição individual de um direito fundamental em um Estado de Direito “envia a mensagem” de inexistência do mesmo direito na esfera objetiva. Ou seja, basta a violação subjetiva do cerne de um direito fundamental para que se verifique uma tendência à sua abolição.

Assentada essa premissa, pode-se responder à primeira questão – sobre o que é o cerne de um direito fundamental – a partir das teorias absolutas ou a partir das relativas.<sup>186</sup> Pelas absolutas, cada direito fundamental tem um núcleo duro absoluto (dinâmico ou estático), o qual não se pode – em hipótese alguma – restringir. Já pelas teorias relativas, a definição do núcleo duro de um direito fundamental depende de uma ponderação.

A princípio, pode parecer que a teoria absoluta conferiria maior proteção aos direitos fundamentais por advogar a existência de um cerne *absolutamente* inviolável em cada direito fundamental. Contudo, ela não indica um mecanismo seguro para que se possa aferir qual

<sup>184</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 268.

<sup>185</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 267 et seq.

seria esse cerne, de modo que, na prática, a definição (e, por consequência, a proteção) do núcleo essencial fica entregue a juízos de valor.

Com isso, restrições desproporcionais podem ser justificadas pela afirmação de que são apenas regulamentações, uma vez que não violam o cerne do direito fundamental atingido (seja ele qual for). O mesmo não acontece quando se adota a teoria relativa, uma vez que essa teoria prevê um método para a proteção do cerne dos direitos fundamentais: o princípio da proporcionalidade<sup>187</sup>.

Alexy esclarece que regulamentações ou restrições a direitos fundamentais não violam seu cerne, se forem proporcionais, justificadas:

[...] limitações, que correspondem ao princípio da proporcionalidade, mesmo então não infringem a garantia do conteúdo essencial, quando elas, no caso particular, nada deixam sobrar do direito fundamental. A garantia do núcleo essencial<sup>188</sup> reduz-se ao princípio da proporcionalidade. [...] <sup>189</sup>

Isso porque, enquanto princípios, os direitos fundamentais são mandamentos de otimização, devendo ser realizados no maior grau possível, conforme o caso concreto. Assim, restrições injustificadas constituem negação da própria fundamentalidade do direito. Uma passagem de Konrad Hesse resume bem o entendimento de que aqui se partilha:

[...] Sempre deve, sem dúvida, a função do direito fundamental ficar conservada ‘para a vida social em conjunto’, porque uma limitação que abolisse essa função nunca pode ser proporcional. Em geral, também uma limitação de direitos fundamentais, que elimina quase ou completamente uma liberdade garantida jurídico-fundamentalmente para o particular, será desproporcional e, por causa disso, incompatível com o artigo 19, alínea 2, da Lei Fundamental. Há, todavia, casos excepcionais nos quais, para o particular de um direito fundamental, segundo uma fórmula frequentemente empregada, pode ‘quase nada mais restar’, nos quais, porém, a limitação dos direitos fundamentais não viola o conteúdo essencial do direito fundamental porque ela é proporcional [...].<sup>190</sup>

<sup>187</sup> Sobre o princípio da proporcionalidade, cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, pp. 100-104.

<sup>188</sup> No Direito alemão, a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais é expressa como princípio autônomo no *Art. 19 II GG*. Inclusive, poder-se-ia objetar que a equivalência entre os princípios da proporcionalidade e da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais implicaria redundância por parte da Lei Fundamental, que os previu em dispositivos distintos (o princípio da proporcionalidade é derivado do *Art. 20 III GG*). Sobre isso, Alexy afirma que o *Art. 19 II GG* tem “um significado meramente declaratório” (“*eine lediglich deklaratorische Bedeutung*”) (ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 269).

<sup>189</sup> No original: “[...] Einschränkungen, die dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, verstoßen selbst dann nicht gegen die Wesensgehaltsgarantie, wenn sie im Einzelfall von dem Grundrecht nichts übriglassen. Die Wesensgehaltsgarantie reduziert sich auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. [...]” (*Ibidem, loc. cit.*).

<sup>190</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 268, n.m. 334.

Em suma, a posição adotada na presente monografia é a de que haverá tendência à abolição de um direito fundamental quando, em ordem objetiva ou subjetiva, ele sofrer uma interferência desproporcional – injustificada, portanto.

#### ***5.4.4.3 Confrontação com a cláusula de barreira da PEC n. 282/2016***

Com base nas premissas suprarreferidas, é possível avaliar se a cláusula de barreira proposta por meio da PEC n. 282/2016 respeita o limite estabelecido pelo art. 60, § 4º, inciso IV, da CRFB/1988. Para isso, é necessário verificar se as restrições impostas por ela interferem de maneira desproporcional em algum direito fundamental individual, social ou político – notadamente, os direitos de igualdade de chances dos partidos políticos e de igualdade eleitoral.

Tal análise é de ser feita a partir dos três subprincípios da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ela pressupõe, entretanto, dados de natureza sociopolítica, como os relativos ao comportamento do eleitor brasileiro e aos resultados de eleições anteriores. E a obtenção de tais dados exige uma pesquisa que refoje aos limites do presente trabalho.

Em razão disso, limita-se a monografia, neste ponto, a indicar o caminho pelo qual se poderia avaliar se a cláusula de barreira da PEC n. 282/2016 viola a cláusula pétrea dos “direitos e garantias individuais”. Com base na análise realizada por subsunção nos pontos 5.4.2.1 e 5.4.2.2, ousa-se, entretanto, afirmar que tal análise provavelmente revelaria uma violação.

## 6 CONCLUSÃO

O objeto de estudo da presente monografia foi a cláusula de barreira proposta na PEC n. 282/2016. A pesquisa envolveu (i) uma análise comparada dessa cláusula em face da cláusula de barreira vigente para as eleições do *Bundestag* alemão; bem como (ii) uma análise de constitucionalidade daquela cláusula, a partir da verificação de observância ou não do pressuposto de constitucionalidade das PECs: a adstrição aos limites impostos ao poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário da CRFB/1988.

A relevância dessa pesquisa evidencia-se pelo fato de serem os Direitos eleitoral e parlamentar áreas sensíveis, no âmbito das quais restrições injustificadas podem facilmente levar a uma fragilização do princípio democrático, que constitui decisão política fundamental da ordem constitucional brasileira. Assim, mormente considerada a crise de representatividade enfrentada pelo Brasil atualmente, restrições nessas áreas devem ser avaliadas com cautela.

Ao mesmo tempo, no Brasil das últimas décadas, o instituto da cláusula de barreira vem marcado por alguns “desencontros” e confusões recorrentes com o modelo de cláusula de barreira adotado na Alemanha. Em razão disso, conclusões acerca da constitucionalidade da cláusula de barreira prevista na PEC n. 282/2016 pressupõem o esclarecimento de algumas questões fundamentais. A contribuição da presente monografia foi justamente no sentido de tentar esclarecer essas questões e, com base nisso, dar uma resposta ao problema da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do instituto avaliado.

Quanto aos resultados obtidos a partir da análise comparada, evidenciou-se que as cláusulas de barreira cotejadas apresentam diferenças essenciais, de modo que não devem ser confundidas. Verificou-se que elas divergem tanto no âmbito das restrições que preveem, quanto no seu âmbito de aplicação. A *Sperrklausel* alemã implica restrição à atribuição de mandatos a partidos e aplica-se apenas ao *Bundestag* alemão. Já a cláusula da PEC n. 282/2016 implica restrição ao funcionamento parlamentar de partidos – vinculando a isso restrições à participação no rateio do Fundo Partidário, bem como ao acesso gratuito ao rádio e à televisão – e aplica-se a todas as casas legislativas do Brasil.

A constatação de que ambas as cláusulas implicam restrições diversas levou, por sua vez, a outros três questionamentos. Primeiro, a respeito das razões pelas quais a PEC ora analisada prevê restrição ao funcionamento parlamentar e não à distribuição de mandatos aos partidos políticos (“modelo tradicional”). Segundo, quanto ao significado do termo



“funcionamento parlamentar”. E terceiro, sobre a razão pela qual restrições ao rateio do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão foram vinculadas à cláusula de barreira eleitoral, no Brasil. Para respondê-los, foi necessária uma pesquisa histórica, podendo os resultados alcançados ser resumidos nos termos que seguem.

Até 1978, as cláusulas de barreira previstas no Brasil condicionavam a existência do partido (cassação, extinção ou não concessão de registro). A partir de 1978 até a promulgação da CRFB/1988, as cláusulas de barreira passaram a condicionar a “representação” do partido (atribuição de mandatos). Desde 1967, entretanto, essas previsões vinham nomeadas como condicionamento de “funcionamento” do partido.

Em 1988, a Constituição não previu cláusula de barreira alguma, nem remeteu o tema à legislação ordinária. Mas, remeteu a esta o tema do “funcionamento parlamentar”, do rateio do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão. Ocorre que não havia definição legal, doutrinária ou jurisprudencial para o termo “funcionamento parlamentar”.

Em 1995, a Lei n. 9.096 regulamentou esses temas condicionando o “funcionamento parlamentar” à obtenção de certo desempenho eleitoral. Ademais, vinculou a esta cláusula restrições ao rateio do Fundo Partidário e ao acesso gratuito ao rádio e à televisão.

Da análise do parecer do relator da Comissão Especial da Legislação Eleitoral e Partidária, depreende-se que a intenção inicial da Comissão, com o substitutivo apresentado na elaboração da referida Lei, fora condicionar a certo desempenho eleitoral o registro civil (existência) dos partidos. Contudo, o fato de o mesmo diploma ter previsto o registro dos partidos políticos no TSE como requisito à sua participação nas eleições teria tornado prescindível essa proposta.

O significado do termo “funcionamento parlamentar” restou inferido do art. 12 da Lei n. 9.096/1995, cuja redação baseou-se na do art. 14 do PL n. 1.881/1991, que, por sua vez, distinguia os termos “funcionamento” e “funcionamento parlamentar”. Pelo art. 13 daquela Lei, o funcionamento parlamentar foi condicionado a certo desempenho eleitoral, o que o referido PL propunha para o “funcionamento”. E foi assim que surgiu o modelo de cláusula de barreira “à brasileira”.

Quanto à vinculação das restrições de Fundo Partidário e de acesso gratuito ao rádio e à televisão, depreende-se do referido parecer que a intenção era não fornecer prestações estatais a grupos que não existissem enquanto partidos. Essa fundamentação perdeu razão de

ser com o “novo” significado atribuído ao termo “funcionamento parlamentar”, mas a vinculação das restrições à cláusula de barreira permaneceu.

Enfim, as diferenças do modelo brasileiro de cláusula de barreira em relação ao modelo alemão não parecem ter sido desenvolvidas para fins de adequação do instituto ao sistema jurídico brasileiro, mas sim em razão de alguns “desencontros ocasionais”. E a cláusula de barreira da PEC n. 282/2016 adotou esse modelo brasileiro, que impede a formação de bancadas nas casas legislativas – mas não a atribuição de mandatos –, bem como restringe o acesso gratuito ao rádio e à televisão e a participação no rateio do Fundo Partidário.

Além de suscitar o esclarecimento desses fatores, a análise comparada também forneceu subsídios para o exame de constitucionalidade da cláusula de barreira proposta pela PEC n. 282/2016, principalmente no que diz respeito às restrições de rateio do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao rádio e à televisão. Isso porque, na Alemanha, o tratamento legal dispensado a esses temas é desvinculado da cláusula de barreira, bem como doutrinária e jurisprudencialmente fundamentado, em observância ao direito fundamental de igualdade de chances dos partidos políticos.

A análise do tratamento dispensado pela referida PEC a esses temas, à luz da perspectiva comparada, revelou que a vinculação deles à cláusula de barreira é desnecessária e que implica interferências injustificadas ao direito fundamental de igualdade de chances. Com isso, ela viola o princípio democrático, que constitui limite constitucional material ao poder de emenda, derivado do art. 60, § 4º, inciso II, da CRFB/1988.

Também se verificou que o modelo brasileiro de cláusula de barreira não logra atingir adequadamente os fins a que se propõe tal tipo de instituto, de modo que também não se justificam as restrições que ele impõe ao direito de igualdade eleitoral, o que implica novamente violação do princípio democrático. E, especificamente no tocante ao limite do voto direto, expresso no mesmo dispositivo, constatou-se que restaria ele burlado pela cláusula de barreira da PEC n. 282/2016, no que diz respeito às eleições para o Senado Federal. Isso porque as prerrogativas do mandato de senadores diretamente eleitos ficariam dependentes do funcionamento parlamentar dos partidos a que são filiados.

Concluiu-se, ainda, que a PEC ora analisada não observa o limite constitucional referente à forma federativa de Estado (art. 60, § 4º, inciso I, CRFB/1988). Ela o viola na medida em que (i) fere a autonomia dos entes federativos, porque a nacionalização exagerada

dos partidos políticos os afasta das temáticas locais; (ii) prejudica a representação global dos estados membros no Senado, uma vez que ele se converte em órgão de representação dos partidos, em primeira linha; (iii) desequilibra a representação das unidades federativas no Senado Federal; e (iv) dificulta a função de complementação da ordem democrática, pois partidos locais, mesmo constituindo maioria em determinada assembleia legislativa, se forem minoria em âmbito nacional, terão sua capacidade de ação bastante restringida.

No que diz respeito à cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inciso IV, CRFB/1988), não foi possível chegar a uma conclusão em razão da necessidade de informações cuja área de pesquisa escapa à da presente monografia. Assim, o trabalho restringiu-se, nesse ponto, a indicar o caminho por meio do qual – de posse de tais informações – a análise poderá vir a ser feita.

Por fim, quanto aos limites procedimental, temporal, circunstancial e material expresso da separação dos Poderes (este no art. 60, § 4º, inciso III, CRFB/1988), não se identificou qualquer violação por parte da PEC n. 282/2016.

Ressalva-se que a presente monografia não se propôs a responder a questão a respeito da constitucionalidade ou não da inserção, no Brasil, de uma cláusula de barreira que adote o modelo alemão. O mesmo se diga quanto aos temas das “coligações” e das “federações”, também tratados pela PEC n. 282/2016. Trata-se, com efeito, de assuntos que demandariam investigações mais amplas, as quais refogem aos limites do presente trabalho – não obstante sejam temas relevantes, mercedores de investigações em futuras pesquisas.

Acredita-se que o objetivo geral de análise da constitucionalidade da cláusula de barreira proposta pela PEC n. 282/2016 tenha sido alcançado. Com isso, pôde-se chegar a uma resposta à questão da constitucionalidade ou não da referida cláusula, tendo-se concluído por sua inconstitucionalidade.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Bayerische Verfassung. *Bayerischer Landtag*. Disponível em: <<https://www.bayern.landtag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/bayerische-verfassung/>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Bundesverfassungsgericht. Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Juli 2015 – 2 BvE 4/12, Fundstelle: BVerfGE 140, 1-42. Disponível em: <[http://www.bverfg.de/e/es20150715\\_2bve000412.html](http://www.bverfg.de/e/es20150715_2bve000412.html)>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Bundesverfassungsgericht. Urteil des Zweiten Senats vom 09. November 2011 – 2 BvC 4/10, Fundstelle: BVerfGE 129, 300. Disponível em: <[http://www.bverfg.de/e/cs20111109\\_2bvc000410.html](http://www.bverfg.de/e/cs20111109_2bvc000410.html)>. Acesso em: 29 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Bundesverfassungsgericht. Urteil des Zweiten Senats vom 23. Januar 1957 – 2 BvE 2/56, Fundstelle: BVerfGE 6, 84. Disponível em: <<http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/02/031/0203170.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Bundesverfassungsgericht. Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2014 aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. Dezember 2013 – 2 BvE 2, 5-10, 12-13, 2 BvR 2220, 2221, 2238/13, Fundstelle: BverfE 135, 259. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv135259.html>>. Acesso em: 29 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Bundeswahlgesetz – BWahlG. *Deutscher Bundestag*. Disponível em: <<http://www.bundestag.de/service/glossar/glossar/B/bundeswahlges/246264>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Bundeswahlordnung – BWahlO. *Deutscher Bundestag*. Disponível em: <<http://www.bundestag.de/service/glossar/glossar/B/bundeswahlord/246270>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Europawahlgesetz – EuWG. *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/euwg/>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages – GOBT. *Deutscher Bundestag*. Disponível em: <[https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/go\\_btg](https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/go_btg)>. Acesso em: 26 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Grundgesetz (1949). *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – GG*. Disponível em: <<https://www.bundestag.de/grundgesetz>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Parteiengesetz – PartG. *Deutscher Bundestag*. Disponível em: <<http://www.bundestag.de/service/glossar/glossar/P/parteiengesetz/247226>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag – RStV). *Die Medienanstalten*. Disponível em: <[http://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/Download/Rechtsgrundlagen/Gesetze\\_aktuell/RStV\\_18.pdf](http://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/Download/Rechtsgrundlagen/Gesetze_aktuell/RStV_18.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Verfassung (1919). Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 – WRV*. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/wrv/index.html>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

BARBOSA, Rafaela Aparecida Emetério Ferreira. *Cláusula de barreira: uma análise da jurisprudência do STF a partir da Constituição Federal de 1988*, 2008. Monografia (Escola de Formação) – Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), São Paulo, 2008. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/ver\\_monografia.php?idMono=133](http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=133)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al.; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís, 13. ed., v. 1 e 2, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Resolução nº 17, de 1989 [Regimento Interno]. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 8.835, de 24 de janeiro de 1946. *Planalto*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del8835.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del8835.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d52795.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d52795.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc11-78.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-78.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 22, de 29 de junho de 1982. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc22-82.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc22-82.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc25-85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc25-85.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 1.164, de 24 de julho de 1950. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L1164.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1164.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm)>. Acesso em: 4 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4740.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4740.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L5682.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5682.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.713, de 30 de setembro de 1993. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8713.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8713.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm)>. Acesso em: 4 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. *Planalto*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9504.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm)>. Acesso em: 4 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. PEC 240/2016 – Proposta de Emenda à Constituição. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088283>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. PEC 282/2016 – Proposta de Emenda à Constituição. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2118401>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. PL 1052/1991 – Projeto de Lei. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=186569>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. PL 1210/2007 – Projeto de Lei. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=353741>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. PL 1670/1989 – Projeto de Lei. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=25254>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. PL 1881/1991 – Projeto de Lei. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=197256>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei da Câmara nº 156, de 1992 – Lei Orgânica dos Partidos Políticos. *Senado Federal*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/22912>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei do Senado nº 152, de 2015. *Senado Federal*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120270>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Proposta de Emenda à Constituição nº 2, de 2007. *Senado Federal*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79844>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Proposta de Emenda à Constituição nº 36, de 2016. *Senado Federal*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126473>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Parecer n. 36, na Revisão Constitucional de 1993. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/baseshist/asp/detalheDocumento.asp?codBase=6&codDocumento=29897&sgBase=REVI&q=Nelson+Jobim>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Resolução nº 93, de 1970 [Regimento Interno]. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/regimento-interno>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 958-3/RJ [julgamento conjunto com a ADI n. 966-4/DF]. Requerente: Partido da Reedificação da Ordem Nacional – PRONA. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Julg. 11 maio 1994. DJ de 25 ago. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266600>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.351-3/DF [julgamento conjunto com a ADI n. 1.354-8/DF]. Requerentes: Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e outros; e Partido Democrático Trabalhista (PDT). Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Julg. 7 dez. 2006. DJ de 30 mar. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.081/DF. Requerente: Procurador Geral da República. Intimado: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Roberto Barroso. Julg. 27 maio 2015. DJE de 19 ago. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9175293>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 633.703/MG. Recorrente: Leonídio Henrique Correa Bouças. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julg. 23 mar. 2011. DJE de 18 nov. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.465, de 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://chimera.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234652015.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

CAGGIANO, Monica Herman S. (Coord.); MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Orgs.). *Direito Eleitoral em Debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Entenda o papel dos líderes partidários*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/150537-ENTENDA-O-PAPEL-DOS-LIDERES-PARTIDARIOS.html>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. *Glossário do Portal da Câmara dos Deputados: Letra – B*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/glossario/b.html>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

CANÁRIO, Pedro. Senadores propõem PEC com nova cláusula de barreira para partidos políticos. *Consultor Jurídico*, 14 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-14/senadores-propoe-clausula-barreira-partidos-politicos>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: EDIPRO, 2012.

CARVALHO, Katia de. Cláusula de barreira e funcionamento parlamentar. *Estudos Eleitorais*, Brasília, v. 2, n. 3, pp. 67-78, maio/ago. 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/1187>>. Acesso em: 5 fev. 2017.

DECAT, Erich; MAGALHÃES, Alline; BERALDO, Paulo Palma. Senado aprova cláusula de barreira a partidos e fim de coligações: de acordo com texto, legendas terão de obter, no mínimo, 2% dos votos válidos para Câmara e em 14 unidades da Federação. *O Estado de São Paulo*, 9 nov. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,senado-aprova-clausula-barreira-a-partidos-e-fim-de-coligacoes,10000087421>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

DREIER, Horst (Coord.). *Grundgesetz-Kommentar*. 3. ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, vol. 2.

FEHNDRICH, Martin. *Wahlrechtslexikon: Parteien nationaler Minderheiten*, 2005. Disponível em: <<http://www.wahlrecht.de/lexikon/minderheiten.html>>. Acesso em: 5 fev. 2017.

FLEISCHHAUER, Herbert (Coord.). *Parlamentsdeutsch: Lexikon der parlamentarischen Begriffe*. Berlin: Deutscher Bundestag, 2015.

GARCIA, Gustavo. Cláusula de barreira restringiria ação de 14 partidos se já estivesse em vigor: Partidos perderiam também acesso ao fundo partidário e tempo de TV. Texto que cria requisitos para funcionamento das siglas tramita no Senado. *G1*, 18 set. 2016. 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: 19 fev. 2017.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. 2. ed. rev., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.



HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.

INFORMATIONEN ZUR POLITISCHEN BILDUNG. Bonn: Bundeszentrale für Politische Bildung, n. 261, 2011. Disponível em: <<http://www.bpb.de/izpb/55944/weimarer-republik>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

IPSEN, Jörn (Org.). *Parteiengesetz: Kommentar*. Frank Saliger et al. (Coord.), München: C. H. Beck, 2008.

JEHÁ, Pedro Rubenz. *O processo de degeneração dos partidos políticos no Brasil*, 2009. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Doi: 10.11606/T.2.2009.tde-13112009-150346. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

JESSE, Eckhard. *Wahlen in Deutschland*. Coord. Eckhard Jesse e Konrad Löw, Berlin: Duncker & Humblot, 1998 (Schriftenreihe der Gesellschaft für Deutschlandforschung; vol. 60).

KERSTEN, Jens; RIXEN, Stephan (Orgs.). *Parteiengesetz (PartG) und Europäisches Parteienrecht: Kommentar*. Hinnerk Wißmann et al. (Coord.), Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2009.

LANDESZENTRALE FÜR MEDIEN UND KOMMUNIKATION – LMK. *Informationen für Rundfunkveranstalter bezüglich der Ausstrahlung von Wahlwerbung in Rheinland-Pfalz*, [2016?]. Disponível em: <<https://www.lmk-online.de/die-lmk/weitere-infos/merkblaetter-checklisten.html>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

LENSKI, Sophie-Charlotte. *Parteiengesetz und Recht der Kandidatenaufstellung: Handkommentar*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2011.

LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013, v. 1.

MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter (Org.). *Grundgesetz: Kommentar*. Coord. Roman Herzog et al., 78. ed., München: C. H. Beck, 2016.

MAURER, Hartmut. *Staatsrecht: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*. München: C. H. Beck, 1999 (Grundrisse des Rechts).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 8. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2013.

MÜNCH, Ingo von; MAGER, Ute. *Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht unter Berücksichtigung der europarechtlichen Bezüge*. 7. ed., Stuttgart: W. Kohlhammer, 2009.

NOHLEN, Dieter. *Wahlrecht und Parteiensystem*. 6. ed. rev. e atual. Opladen & Farmington Hills: Verlag Barbara Budrich, 2009.

RABAT, Márcio Nuno. *Quociente eleitoral como cláusula de barreira e distribuição de lugares pelo critério das maiores médias: o caso das eleições de 2010 para a câmara dos deputados no Rio Grande do Sul*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2011 (Nota Técnica). Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em: 1º set. 2016.

SCHREIBER, Wolfgang; HAHLEN, Johann; STRELEN, Karl-Ludwig. *Bundeswahlgesetz: Kommentar zum Bundeswahlgesetz unter Einbeziehung des Wahlprüfungsgesetzes des Wahlstatistikgesetzes, der Bundeswahlordnung, der Bundeswahlgeräteverordnung und sonstiger wahlrechtlicher Nebenvorschriften*. 9. ed., Köln: Carl Heymanns, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

STURM, Reinhard. *Vom Kaiserreich zur Republik 1918/19. Informationen zur politischen Bildung: Weimarer Verfassung*, Bonn, n. 261, ed. ampliada, pp. 4-20, 2011. Disponível em: <<http://www.bpb.de/izpb/55944/weimarer-republik>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

THURICH, Eckart. *Pocket Politik: Demokratie in Deutschland*. 4. ed. rev., Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2011. Disponível em: <<http://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/pocket-politik/16467/koalition>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Glossário Eleitoral: termos iniciados com a letra S*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos-iniciados-com-a-letra-s#sistema-eleitoral-proporcional>>. Acesso em: 17 set. 2016.

\_\_\_\_\_. *Partidos Políticos Registrados no TSE*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

UK PARLIAMENT. *Passage of a Bill*. Disponível em: <<http://www.parliament.uk/about/how/laws/passage-bill/>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Convenção do Conselho da Europa nº. 157 – Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais e Relatório Explicativo, de 1º de fevereiro de 1995. Council of Europe*. Disponível em: <<https://rm.coe.int/16800c1313>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

ZIMMERLING, Ruth. *Alemanha: Parlamentarismo e o fantasma de Weimar*. Tradução de Gabriel Cohn. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 24, pp. 73-84, set. 1991. Disponível em: <<http://www.cedec.org.br/o-presidencialismo-em-questao-e-welfare-e-experiencias-neoliberais---ano-1991---no-24>>. Acesso em: 26 jun. 2016.