

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.970 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB E
OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO E
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e Partido dos Trabalhadores (PT), em face do art. 23, § 4º, V; e do art. 39, § 7º, da Lei 9.504/1997, acrescentados, respectivamente, pela Lei 13.488/2017 e pela Lei 11.300/2006.

Uma ação direta – registro logo de saída – que apresenta pedidos um tanto ousados, tendo em vista as condições de possibilidade do exercício da jurisdição constitucional. E esse traço nada ortodoxo do quanto requerido aparenta trazer desafios à Corte, no sentido de construir uma decisão, a um só tempo, constitucionalmente adequada e politicamente factível.

A **primeira parte da exordial** diz combater a vedação à realização daqueles showmícios em que a participação de artista ocorre de modo **gratuito**. O impedimento em referência derivaria do trecho “ou não”, constante no § 7º do art. 39 da Lei 9.504/1997:

“Art. 39. A realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral, em recinto aberto ou fechado, não

depende de licença da polícia.

(...)

§ 7º É proibida a realização de showmício e de evento assemelhado para promoção de candidatos, bem como a apresentação, remunerada **ou não**, de artistas, com a finalidade de animar comício e reunião eleitoral.” (grifamos).

O autor elucubra que a vedação à participação gratuita de artistas em showmício “*parece se basear na visão asséptica, paternalista e autoritária da democracia (...) que busca expurgar a emoção e o calor das campanhas eleitorais.*” (eDOC 1, fl. 16).

E cogita: “*veda-se o showmício com base na premissa de que o eleitor não tem a capacidade de avaliar criticamente todas as mensagens que recebe para fazer as suas escolhas eleitorais. O eleitor é tratado como criança imatura e não como cidadão (...)*” (fl. 17)

Assevera ainda a exordial que a proibição de showmícios e eventos assemelhados de caráter não remunerado ensejaria **violação ao princípio da proporcionalidade** – mais especificamente, os **três subprincípios** deste. Partindo da premissa de que “*a liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial em nosso sistema constitucional, quando em tensão com outros princípios e valores*” (fl. 7), vislumbra ofensa ao subprincípio da **adequação**, “*caso se considere que o fim perseguido pela proibição é tornar as campanhas menos emocionais, mais frias e sisudas, focadas apenas na comparação objetiva de propostas e projetos*” (fl. 18). Se, sob outro ângulo, o fim almejado fosse o de limitar a influência do poder econômico nas eleições, para assim promover a igualdade entre candidatos, a conclusão seria a mesma: a medida seria inadequada, porque “*a proibição de showmícios gratuitos não importa em redução de gasto de campanha*” (f. 19).

O autor alega que o dispositivo sob invectiva infringe o subprincípio da **necessidade**; acredita que existiria medida mais branda para o enfrentamento de um hipotético risco de fraude na gratuidade da participação do artista: “*a intensificação da fiscalização*” (fl. 20).

E o subprincípio da **proporcionalidade em sentido estrito** mostrar-se-ia vulnerado “*já que a restrição imposta não compensa os ganhos que*

ADI 5970 / DF

promove na tutela de valores juridicamente protegidos.” (fl. 20).

O **segundo** bloco de argumentos volta-se ao inciso V do § 4º do art. 23 da Lei 9.504/1997, incluído pela Lei 13.488/2017, que ostenta o seguinte teor:

“Art. 23. Pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta Lei.

(...)

§ 4º As doações de recursos financeiros somente poderão ser efetuadas na conta mencionada no art. 22 desta Lei por meio de:

(...)

V - comercialização de bens e/ou serviços, **ou promoção de eventos de arrecadação** realizados diretamente pelo candidato ou pelo partido político.”

No ponto, propõe o autor uma “interpretação restritiva” de tal norma; uma interpretação conforme à Constituição que “exclui os referidos eventos artísticos e musicais do seu campo de incidência” (fl. 3). Cogita, particularmente, existir “*o elevado risco de que se adote a compreensão de que tal preceito não abrange a realização de espetáculos artísticos, em razão da vedação aos showmícios e à ‘apresentação de artistas para animar eventos eleitorais’, instituída pelo art. 37, § 8º (sic), da mesma lei*” (fl. 21). Ou seja, objetiva o autor que seja doravante franqueada a participação de artistas (inclusive músicos) na realização de eventos arrecadatórios nas campanhas.

Conclusivamente, quanto aos dispositivos impugnados deduz o autor os seguintes pedidos:

“(v.a) que seja proferida decisão de declaração parcial de inconstitucionalidade, com redução de texto, do art. 39, §7º, da Lei n. 9.504/1999, para excluir de sua redação a expressão “ou não”, de modo a permitir a realização de showmícios e eventos assemelhados de caráter não remunerado, bem como a

participação não remunerada de artistas com a finalidade de animar comício ou reunião eleitoral;

(v.b) que seja proferida decisão de declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto, dos art. 23, § 4º, V, e art. 39, § 7º, da Lei n. 9.504/99, de modo a excluir qualquer interpretação e aplicação de tais dispositivos que importe na proibição de “*promoção de eventos de arrecadação realizados diretamente pelo candidato ou pelo partido político*”, os quais envolvam apresentações artísticas, inclusive shows musicais, realizados sem o pagamento de remuneração aos artistas.” (eDOC 1, fl. 32).

Foi adotado o rito procedimental declinado no art. 12 da Lei 9.868/99.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela improcedência do pedido (eDOC 34). Também assim a Procuradoria-Geral da República (eDOC 36).

É a breve síntese dos fatos.

Passo a votar.

1) Considerações iniciais: a atuação da jurisdição constitucional na conformação da relação entre partidos e financiamento eleitoral.

A relação entre dinheiro e política é extremamente complexa, e qualquer comparação, ainda que breve, com a realidade de outros países certamente comprovará que não há fórmulas universais à regulação da matéria. Isso porque a disciplina do financiamento de campanhas eleitorais deve considerar não apenas circunstâncias histórico-culturais de todo país, mas, também, as características relacionadas ao sistema de governo, ao quadro partidário, às regras eleitorais em geral e às práticas políticas efetivamente vivenciadas.

Outro dado que a comparação, nesta seara, certamente nos entrega vem em forma de aviso: há uma natural **assimetria de informação**, entre

ADI 5970 / DF

o Poder Judiciário e o Parlamento, que formula, este último, as regras eleitorais valendo-se da experiência de mandatários populares que entendem profundamente do assunto – dentre outras razões por disputarem e vencerem eleições.

Uma das maneiras de se vencer o obstáculo da assimetria de informação no âmbito do controle da legislação eleitoral dá-se por meio do subterfúgio retórico da “falácia do nirvana”. A expressão, que é de **ADRIAN VERMEULE**, descreve a atitude hermenêutica de se idealizar depreciativamente o órgão produtor da norma controlada (Poder Legislativo ou Poder Executivo) e, correlatamente, atribuir virtudes olímpicas ao órgão controlador (usualmente o Poder Judiciário). (VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006)

Um refúgio hermenêutico distópico que até licencia o intérprete a não se deter nos efeitos sistêmicos e nos desdobramentos concretos de sua decisão. Mas os fatos têm uma fatal inclinação para se impor.

Veja-se o exemplo dos Estados Unidos da América.

Como desdobramento do escândalo do *Watergate*, o Congresso norte-americano aprovou, em 1974, lei modificativa do *Federal Election Campaign Act*. Essas alterações incluíam (i) limitação do montante das doações às campanhas; (ii) a criação do *Federal Election Commission*, agência bipartidária de fiscalização das eleições; (iii) a previsão de mecanismos que viabilizassem o financiamento público das eleições presidenciais; (iv) determinação para que fosse dada publicidade às doações às campanhas eleitorais; (v) limitação dos gastos por parte de candidatos e comitês, excetuando-se os candidatos à presidência que aceitassem o financiamento público, os quais não poderiam utilizar dinheiro privado nas respectivas campanhas; e (vi) limitação do montante de gastos dos próprios candidatos em suas campanhas.

Pouco depois, em 30 de janeiro de 1976, a Suprema Corte procedeu ao exame do novo regramento eleitoral no caso *Buckley v. Valeo*. No ponto da Lei de 1974 em que se limitavam os gastos por parte de candidatos e

ADI 5970 / DF

comitês (aqui incluídos os gastos dos cidadãos que livremente se associam para defender determinadas posições), a Suprema Corte considerou a novel legislação inconstitucional, vislumbrando violação – vejam só – à liberdade de expressão, em sua modalidade de discurso político, porquanto o Congresso não poderia afetar o direito individual dos cidadãos de livremente participarem dos debates políticos, inclusive utilizando recursos próprios.

A declaração de inconstitucionalidade foi parcial, mas o impacto se fez sentir em todo o sistema. Afinal, como resultado concreto, tinha-se a limitação das doações privadas às campanhas eleitorais, mas com a impossibilidade de se regulamentarem os gastos dos cidadãos, individualmente ou associados. Ou seja: se erigiu algum controle sobre contribuições às campanhas (entradas de recursos), mas pouco se fez com relação aos gastos dessas mesmas campanhas (saídas de recursos)

O passar do tempo demonstrou que políticos e partidos encontraram formas de fazer o dinheiro fluir para suas respectivas campanhas. As vedações às doações dirigiram-se às verbas endereçadas às campanhas eleitorais, de forma que as contribuições genéricas aos partidos, desvinculadas de campanhas específicas, continuaram sem limitações. Esses recursos foram apelidados de *soft money*, em contraposição ao *hard money*, dinheiro cujo destino imediato era o apoio a determinada campanha eleitoral.

Verificou-se que o *soft money* era empregado, naturalmente, nas campanhas eleitorais e que essas contribuições aos partidos cresciam em ritmo de progressão geométrica, atingindo cerca de 750 milhões de dólares no fim do século passado.

Após anos de debates, o Congresso dos EUA aprovou o *Bipartisan Campaign Reform Act of 2002*, que, entre tantas medidas, limitou bastante a possibilidade de utilização de *soft money* por parte dos diretórios estaduais dos partidos em eleições federais e vedou a utilização de *soft money* pelos partidos nacionais.

Eis que sobreveio nova intervenção judicial. A Suprema Corte, no caso *Citizens United v. Federal Election Commission*, julgado em 2010,

ADI 5970 / DF

proferiu decisão histórica e polêmica, por meio da qual, por maioria de 5 x 4, afirmou que a primeira emenda à Constituição dos EUA, que protege a liberdade de expressão, não poderia ser interpretada de forma restritiva, de modo que, se é constitucionalmente garantido ao indivíduo livremente expressar-se sobre assuntos político-eleitorais, inclusive com o aporte de recursos financeiros para divulgar sua mensagem, de igual maneira um grupo de indivíduos pode associar-se para fazer a mesma coisa, engajando-se no debate político-eleitoral.

A partir dessa decisão, as pessoas naturais e jurídicas podem livremente constituir associações de apoio a determinadas bandeiras político-eleitorais, o que é conhecido nos EUA como *Political Action Committee* (PAC). Os PAC ou Super-PAC transformaram-se em grandes fontes de recursos e de propaganda e apoiam candidatos específicos.

Não obstante o nobre ideal de proteger a liberdade de expressão, eis o resultado concreto da intervenção judicial: a partir da decisão do caso *Citizens United v. FEC*, as pessoas jurídicas passaram a participar do debate político-eleitoral por meio dos PAC, sem qualquer limite de oposição de recursos financeiros. Elas organizaram-se de acordo com as seções 501(c)(4) e 501(c)(6) do Código Tributário, as quais regulamentam as pessoas jurídicas sem fins lucrativos.

Isso lhes permitiu receber doações em segredo, visto que, para corporações sem fins lucrativos, admite-se que os doadores mantenham sob sigilo suas respectivas identidades. É notável o retrocesso no que diz respeito à transparência do sistema de financiamento de campanhas eleitorais, o que havia sido uma conquista do *Federal Election Campaign Act* de 1974.

Início com esse exemplo do direito comparado para chamar a atenção para o seguinte: **no que toca a financiamento de campanhas, em qualquer país, é necessário perceber que as diretrizes normativas que regulamentam tal matéria funcionam como *inputs* do sistema, a partir dos quais comportamentos (*outputs*) são estimulados, bem como instigam a criatividade dos atores envolvidos na competição eleitoral para inventarem novas formas de financiar suas campanhas,**

aproveitando-se das brechas da regulamentação, de forma legal ou não.

O que é obviamente válido para o Brasil, como evidenciam inúmeros episódios transcorridos ao longo da vigência da Constituição de 1988.

Como se sabe, o Presidente Collor sofreu *impeachment* por razões que se assentam, em grande parte, em ilícitos relacionados ao financiamento da campanha eleitoral. A “CPI do Esquema PC Farias” produziu um relatório cujo “Capítulo X”, intitulado “DOS FATORES QUE POSSIBILITAM ‘ESQUEMAS’ DO TIPO PC”, teve como primeiro item “O FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS”. Ao discorrer sobre relações escusas que se estabeleceram entre grandes empreiteiras e parte do poder político, o relatório da CPI já mencionava obras superfaturadas, entre outros fenômenos.

E o relatório da CPI afirmava com clareza e considerando a experiência comparada, que a legislação brasileira, ao vedar as doações de pessoas jurídicas aos partidos e campanhas eleitorais, era assaz restritiva e, portanto, irreal: gerava a consequência de estimular a ilegalidade.

Como a tragédia nacional é repetir nossos próprio erros, ainda precisamos passar pelo Mensalão, no qual o *modus operandi* caracterizava-se por pagamentos a parlamentares da “base aliada”, financiados por verbas de contratos de publicidade e empréstimos bancários fajutos.

E, poucos anos após, ainda sobreveio o Petrolão, pelo qual recursos do Estado fluíam para forças políticas e financiariam a atividade político-partidária e de campanhas eleitorais, e a corrupção de agentes públicos.

Tenho fama de mau profeta.

Quando do julgamento da ADI 4650/DF, em que este Tribunal decidiu declarar inconstitucional a doação eleitoral de pessoas jurídicas, vaticinei o surgimento do laranjal. Avistei, no tempo, que a proibição que se objetivava – e que ao final foi a decisão desta Corte – “*criará um sofisticado doador, genuinamente brasileiro: o ‘doador laranja’.* Aconteceria o que alguns já captaram: *uma corrida de partidos que engordaram seus cofres por meio da prática de corrupção em busca de*

ADI 5970 / DF

CPF de milhões de brasileiros que lhes serviriam a lavar o dinheiro furtado dos cofres públicos, bem como para tentarem perpetuar-se no poder.” Mesmo sem assim querer o Tribunal, a consequência seria “a seguinte: *“i) a clandestinidade de doações de pessoas jurídicas, por meio do caixa 2; e ii) estímulo à prática sistemática de crimes de falsidade, com o uso de CPF de ‘laranjas’”*. (ADI 4650/DF, j. em 17.9.2015, f. 236 e 240).

Pois bem. Logo em 2018, no julgamento da **ADI 5617/DF**, fiz constar o seguinte resultado, observado na eleição de 2016: *“dos 730 mil doadores, 330 mil não têm capacidade financeira – compra e aluguel de CPFs, “laranjal” completo. É nesse contexto que a gente tem que refletir sobre um self-restraint, nesse tipo de matéria”*.

Também agora, nesta ADI, o argumento da liberdade de expressão não me impede de divisar que o acolhimento do pedido nos conduzirá a vários problemas de ordem sistêmica. Problemas que foram resolvidos desde 2006, pela Reforma Eleitoral que aqui se combate.

Por exemplo, não restou claro como a regra do § 7º do art. 23 da Lei 9.504/97 poderia ser compatibilizada com a realização dos eventos de arrecadação de campanha, dado que a participação do artista em si seria considerada doação (estimável em dinheiro) e, enquanto tal, estaria submetida ao limite previsto de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Não precisamos ser grandes iniciados no mercado de produção musical para saber que um *show* de um cantor renomado, uma dupla sertaneja ou uma banda de sucesso, enfim, quaisquer deles cobram bem mais do que R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). Só custará menos que R\$ 40.000,00 se incorreremos em uma economia criativa, em que a fraude começaria desde logo na declaração do valor.

A propósito, os 10% dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição – que ordinariamente seria o limite para doação em dinheiro, a teor do § 1º do art. 23, Lei 9.504/97 – encontraria, na nova sistemática implementada por esta Corte, um meio de ser alegremente contornado. O que o artista não poderia fazer, pessoalmente, considerado o limite de 10%, poderia sê-lo pela exploração do potencial econômico

ADI 5970 / DF

que tem 10 ou 20 milhões de inscritos em um canal de rede social. Isso é um ativo e tanto; e essa realidade digital não pode ser tratada analogicamente.

Fácil perceber que, a depender da sorte do candidato, de suas conexões, a parceria com uma estrela de sucesso pode fazer com que um único evento lhe renda muito mais dinheiro do que todo o financiamento público que lhe fora destinado pelo Fundo Eleitoral.

E sem querer ser maldoso, a inserção de grandes detentores de poder econômico nessa equação deixa tudo mais tormentoso: fico imaginando como a condição de ascendência em relação a 5 mil empregados pode “pulverizar” uma doação ilegal. Mais que isso, essa relação de ascendência, encontra nesses “eventos de arrecadação” (que não serão “chás da tarde” de avós, mas eventos midiáticos) um meio propício para lavagem de capitais: seja de dinheiro não declarado, seja de propina acertada a políticos mesmo. **Uma espécie de *cashback* do crime, embalado musicalmente.**

Não é crível cogitar que a Justiça Eleitoral teria condições de identificar todos esses arranjos.

Antevejo dificuldades, também, em compatibilizar a interpretação proposta na inicial com a jurisprudência deste Tribunal, que na ADI 4.650/DF proibiu a doação eleitoral de pessoas jurídicas. A “pejotização” é uma realidade no mundo artístico. Se um determinado artista em geral contrata os seus *shows* celebrando contratos com uma pessoa jurídica da qual é sócio, esse mesmo artista oferecer o espetáculo como forma de doação da sua própria pessoa natural soa, a meu ver, como uma estratégia no mínimo discutível.

Forte nas considerações dos efeitos sistêmicos dessa modificação que se objetiva, penso que o mais prudente é começar do essencial: examinar como o Congresso Nacional, no exercício de sua liberdade de conformação, tem tratado o tema.

2) Por uma compreensão constitucionalmente adequada da Reforma Eleitoral de 2006 e do papel do Congresso Nacional no desenho

normativo das eleições.

Os Partidos autores reputam que os dispositivos impugnados violam o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CF/88) e o princípio da liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX, CF/88), inclusive em sua vertente artística e cultural (arts. 215 e 220, CF/88).

Para tanto, procuram emplacar a tese de que a legislação impugnada procura implementar um objetivo inconstitucional. Fazem-no por duas frentes argumentativas.

Primeiro. Preconizando mais “emoção”, “calor e energia” ao processo eleitoral, valem-se os autores dos seguintes termos para fundamentar a inconstitucionalidade que vislumbram: “o legislador não pode pretender a depuração das campanhas da sua saudável dimensão emocional, retirando o seu calor e energia, para que se convertam em debates exclusivamente racionais e sisudos sobre propostas e projetos. Tal objetivo, além de inalcançável, colide frontalmente com a liberdade de expressão e com o próprio princípio democrático” (eDOC 1, fl. 16)

Nessa diretriz, a exordial avalia que a atual interdição de eventos musicais nas eleições traduz uma “lógica paternalista contrária à Constituição”, que trata o eleitor como “criança imatura”: “veda-se o showmício com base na premissa de que o eleitor não tem a capacidade de avaliar criticamente todas as mensagens que recebe para fazer as suas escolhas eleitorais” (eDOC 1, fl. 17).

Não obstante dedicar várias laudas com o objetivo de comprovar que os dispositivos impugnados sofreram influência dessa premissa “paternalista” e excessivamente racional, a petição inicial sugere haver uma explicação alternativa para a inconstitucionalidade que sustenta existir.

Assim, em **segundo**, registra que “há, porém, quem afirme que o fim perseguido não seria esse, mas a redução dos gastos de campanha”, sendo representativa dessa postura o Relatório do Deputado Moreira Franco, quando da tramitação do PL 5.855/2005 – que, uma vez aprovado, deu gênese à Lei 11.300/2006, que dentre outras medidas introduziu o § 7º no

ADI 5970 / DF

art. 39 da Lei 9.504/97. Assim, à luz dessa segunda fundamentação, a vedação ao *showmício* gratuito revelar-se-ia inconstitucional porquanto inapta a atingir o objetivo da Reforma de 2006, que fora o de reduzir os gastos da campanha: afinal, se algo é gratuito, não pode gerar despesa.

Início pelo **segundo** fundamento. O mencionado Relatório de lavra do Deputado Moreira Franco fora acostado nos autos pelos Autores (eDOC 17). E o que se vê, lá, é um **Parecer Proferido em Plenário, em substituição à Comissão de Finanças e Tributação**.

Como se sabe, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados prevê um regime de tramitação mais rápida de uma matéria legislativa: cuida-se do Regime de Urgência. Foi o que sucedeu no caso do PL 5.855/2005, cuja autoria é do Senado Federal (PL 275/2005) e no qual a Câmara dos Deputados atuou como Casa Revisora.

Pois bem. Na primeira sessão ordinária de 2006, foi apresentado o Requerimento n. 3916/2006, de autoria do Deputado José Carlos Aleluia, que objetivou a apreciação do PL 5.855/2005 pelo regime de urgência do art. 155 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Sendo aprovada a urgência, é dispensado o trâmite do Projeto de Lei pelas Comissões da Casa, porque a matéria é diretamente atraída ao Plenário. Dessa forma, as Comissões que devam se pronunciar sobre a proposição manifestam-se no Plenário.

No caso do PL 5.855/2005, apenas sete dias após a aprovação da urgência a proposição foi submetida à discussão em turno único na sessão extraordinária de 08.02.2006, ocasião em que as duas Comissões competentes para apreciar a matéria, a **Comissão de Constituição e Justiça** e a **Comissão de Finanças e Tributação**, foram instadas a apresentar **Parecer Proferido em Plenário** – sendo para tanto presentificadas pelos Deputados Moreira Franco e Antonio Carlos Biscaia, respectivamente.

Dessa forma, afirmar que no Relatório do Deputado Moreira Franco, pela aprovação do PL 5.855/2005, “o único fundamento invocado para a proibição dos *showmícios* foi a redução de gastos de campanha”, equivale (na melhor das hipóteses) a assinalar uma obviedade: **um Parecer proferido**

em substituição à Comissão de Finanças e Tributação jamais poderia debruçar-se sobre qualquer outro assunto que não a adequação e a compatibilidade orçamentária e financeira, porque é essa a atribuição do órgão fracionário em tela, a teor do art. 32, X, “h” do Regimento Interno da Câmara. Tal, aliás, está muito claro no primeiro parágrafo do voto do Deputado Moreira Franco (eDOC 17, fl. 2).

Ademais, colho do texto inicial do PL 275/2005, de autoria do Senador Jorge Bornhausen, que o objetivo da proposição não era restrita a diminuir o custo das eleições. **A preocupação era mais abrangente: coibir o abuso do poder econômico.** Ao justificar a conveniência e oportunidade do atual art. 39, § 7º, da Lei 9.504/97, o Parlamentar avaliou que a **“a presença em palanque de artistas, músicos e assemelhados”, seria uma “prática que, a nosso ver, desnatura o comício, desvirtua a mensagem política e produz confusão mental no eleitor.”** (*Diário do Senado Federal*, n. 121, de 10 de agosto de 2005, p. 26.948).

É certo que o contexto em que se deu aprovação da Lei 11.300/2006, marcado pelo impacto do “Mensalão”, doou à legislação em causa um aspecto reativo. Aquele evento influenciou o diagnóstico do Congresso Nacional, no sentido de que o elevado custo das eleições seria um problema. O erro, entretanto, é achar que o significado da Reforma de 2006 resume-se a regras que buscam apenas reduzir custos de campanha – ou o que é pior: que a interpretação dessas regras deva conduzir-se de modo determinista, à luz dessa *occasio legis*.

Tudo isso para dizer que mesmo se o histórico de um procedimento legislativo induzisse alguma vinculação ao intérprete, ainda assim o quanto discutido e deliberado no Projeto de Lei em questão não socorreria a narrativa da petição inicial.

Quanto ao **primeiro** fundamento, que identifica na produção legislativa do Congresso Nacional uma lógica paternalista compromissada em infantilizar o eleitor e a eliminar o componente “emocional” da política, **tenho como absolutamente implausível a narrativa empreendida sobre as finalidades e objetivos da Reforma Eleitoral de 2006.**

ADI 5970 / DF

Prefiro as percucientes conclusões elaboradas pelo eminente **MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** quando do julgamento da **ADI 3.741/DF** – encampadas por este Plenário à unanimidade.

Embora naquela assentada esta Corte tenha sido instada a examinar a compatibilidade da Lei 11.300/2006 com a cláusula da anuidade eleitoral (art. 16, CF/88), tal aspecto da demanda não impediu Sua Excelência de expressar o seguinte juízo sobre as **finalidades e objetivos** das normas àquele tempo introduzidas pela Reforma em comento:

“Longe de representarem fator de desequilíbrio ou qualquer forma de casuísmo que possam afetar negativamente o embate político, tais alterações são consentâneas com a necessidade de reajustamento periódico dos procedimentos eleitorais, **visando não apenas a diminuir a vulnerabilidade do processo eleitoral como um todo, mas sobretudo a garantir ao cidadão o pleno exercício de seu direito de votar, livre de interferências abusivas ou manipuladoras.**” (fl. 200, ADI 3741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. Em 06.08.2006, DJ 23.02.2007) (grifei)

A conclusão exata a qual chegou o então Relator é em muito tributária ao acerto de Sua Excelência ao assim compreender a **função** que deve cumprir o **processo e a legislação eleitorais** num Estado Constitucional que adota o modelo da democracia partidária, como é o caso brasileiro:

“O processo eleitoral, com efeito, numa democracia, deriva sua legitimidade de um conjunto de procedimentos, aperfeiçoados de tempos em tempos, **que se destinam a evitar, o tanto quanto possível, a ocorrência de deformações e desequilíbrios, conferindo a mais ampla credibilidade ao seu resultado final.** (...)”

A legislação eleitoral, sob esse prisma, para conferir legitimidade aos resultados dos embates políticos, deve ensejar aos eleitores não só o acesso a informações livres de distorções,

como também assegurar às agremiações partidárias e respectivos candidatos uma **participação igualitária na disputa pelo voto**, impedindo também que qualquer de seus protagonistas obtenha vantagens indevidas.

As alterações normativas introduzidas pelo diploma legislativo impugnado, pois, devem ser compreendidas à luz dessas reflexões, que traduzem o ideal de um processo eleitoral livre e democrático, assentado, ademais, sobre o postulado constitucional da moralidade, que necessariamente rege toda a atividade pública.” (fls. 192-193, **ADI 3741**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. Em 06.08.2006, DJ 23.02.2007) (grifei)

O diagnóstico era correto ao tempo de sua formulação e também assim se conservou, até os tempos atuais. É insofismável que a Reforma de 2006 trouxe importantes instrumentos de combate ao abuso do poder econômico nas eleições. Proibições como aquela de oferecer *“bens ou materiais que possam proporcionar vantagem o eleitor”* (§ 6º do art. 39 da Lei 9.504/97), como *“camisetas, chaveiros, bonés”*, não partem do pressuposto que o eleitor é uma criança que merece ser tutelada, mas sim que o Brasil de então (segundo a **PNAD de 2006 do IBGE**) era um país em que 16,9% das pessoas viviam em situação de pobreza e 5,7% em extrema pobreza; um país em que metade das famílias percebia rendimento abaixo dos R\$ 350,00 e em que apenas 61,5% dos domicílios possuíam saneamento completo.

Nos quinze anos que nos separam da Reforma de 2006, não ocorreu nenhuma modificação drástica desses pressupostos de fato que leve à uma inconstitucionalidade da norma.

É certo que um morador do Leblon não é alvo fácil de uma ação de captação de voto por meio de uma camiseta ou um boné. Não menos certo é que **não se pode afirmar que seja um absurdo o Congresso Nacional adotar a prognose legislativa** de que em um país tão desigual como o nosso, um cidadão em condições miseráveis de subsistência mostra-se mais vulnerável ao oferecimento de bens, serviços e demais

utilidades por parte de um candidato – tais como um divertimento propiciado por um *show* de um artista famoso.

Tal prognose não consiste em infantilização alguma do eleitor, mas em exercício normal da **discricionariedade estrutural e epistêmica titularizada pelo Poder Legislativo – em matéria para a qual o Congresso Nacional tem expertise e competência legislativa (art. 22, I, CF/88)**.

Bem vistas as coisas, portanto, a questão de fundo requer a devida consideração à **liberdade de conformação do legislador**

A ideia de um “âmbito facultado” é exposta por **ROBERT ALEXY** com apoio na imagem de uma moldura. Por um lado, a Constituição contém uma série de normas que proíbem o legislador de adotar medidas sobre alguma matéria (pense-se na vedação a penas cruéis, art. 5º, XLVII, “e”, CF/88), ou obstam de fazê-lo a dado tempo (cogite-se o princípio da anterioridade eleitoral, art. 16, CF). De outro bordo, a Constituição obriga o legislador a adotar certas ações (e até contempla instrumentos processuais para combater eventual inércia, como o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão).

O conjunto daquilo que é constitucionalmente necessário (obrigatório) e do que é constitucionalmente impossível (proibido) demarca os limites da discricionariedade do legislador; porque dentro de tais limites a opção escolhida ou a abstenção de fazer algo são alternativas franqueadas ao poder legislativo: decisões **possíveis**. “*Por isso*” – explica **Alexy** – “*é possível denominar essa discricionariedade também como ‘âmbito facultado’*”. Em suas palavras:

“A metáfora da moldura pode ser, então, definida da seguinte forma: o que é obrigatório ou proibido é a moldura; o que é facultado – ou seja, nem obrigatório, nem proibido – é aquilo que se encontra no interior da moldura. Nesse sentido, a discricionariedade do legislador é definida por aquilo que é facultado.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 582)

O argumento da moldura foi lançado por **Alexy** para se contrapor a modelos explicativos excessivamente materiais: modelos que compreendem a Constituição como um depósito de obrigações e de proibições para qualquer assunto sob o Sol, e que portanto exigem a identificação, nela, de normas que autorizem toda e qualquer decisão material do legislador. Talvez por isso tal calhe tanto ao caso dos autos.

De se notar que os Autores da ADI pressupõem que o Congresso Nacional incorreu em uma escolha legislativa que não lhe era possível, ao adotar modelo que pretende *“a depuração das campanhas da sua saudável dimensão emocional, retirando o seu calor e energia, para que se convertam em debates exclusivamente racionais e sisudos sobre propostas e projetos. Tal objetivo, além de inalcançável, colide frontalmente com a liberdade de expressão e com o próprio princípio democrático”* (eDOC 1, f. 16)

Como se a Constituição contivesse uma decisão prévia a respeito.

Impossível não lembrar, aqui, das considerações lançadas por **ERNST FORSTHOFF** em desfavor de posturas hermenêuticas que abordam o fenômeno da criação legislativa como um problema de implementação, de **realização imediata e necessária** de algo mais geral. Dizia ele que, ao se prosseguir nessa senda, *“no conceito de discricionariedade legislativa é a legislação que se torna implementação da Constituição”*.

E tais posturas revelam-se limitadas – adverte **FORSTHOFF** – quando ignoram que *“há uma grande diferença entre admitir que o legislador seja vinculado à Constituição e possuir a opinião que sobre o legislador incida um dever de implementar a Constituição”*. Ao se reduzir a atividade legislativa a uma simples declaração daquilo que já está no texto constitucional (ainda que de forma “velada”), a consequência não seria outra: *“Deste modo, a Constituição se transforma, para o universo jurídico, numa espécie de ‘ovo primordial’ (Weltenei) do qual tudo está destinado a brotar: do Código Penal à lei sobre termômetros para aferir a febre”* (FORSTHOFF, Ernst. **Lo Stato della società industriale**. Ed. de Alessandro Mangia. Milão: Ed. Giuffrè, 2011, p. 161)

A esta altura, é premente convir: a Constituição Federal não

contém uma decisão prévia acerca dos termômetros de febre e também não quanto aos *showmícios* em campanhas eleitorais. E nem mesmo de forma “implícita”, à espera de um descobrimento.

Sustentar em sentido contrário é supor que as normas constitucionais determinam integralmente todo o conteúdo possível das normas infraconstitucionais. Quando bem se sabe que elas regulam apenas em parte a deliberação legislativa. Mesmo quando se observe em determinada atividade legiferante um claro cumprimento a um dever previsto na Constituição – pense-se nos mandatos constitucionais de criminalização, por exemplo – na tarefa de concretizar a norma constitucional o Legislador não age com perda de sua autonomia de determinação. Daí o oportuno ensinamento de Canotilho, quando alerta que *“é preciso não confundir a ideia do direito constitucional como direito paramétrico, positivo e negativo, dos outros ramos do direito, com a ideia do direito legal como simples derivação e execução das normas constitucionais”* (MENDES, Gilmar Ferreira. GONET, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 66).

3) Art. 39, § 7º, da Lei 9.504/1997: a vedação a *showmícios* como elemento conformador da igualdade de chances no processo eleitoral.

Estando bem assentado que a disposição ora impugnada não incorre em matéria interdita ao Congresso Nacional, cumpre agora verificar se a vedação a *showmícios* gratuitos traduz violação ao direito fundamental da liberdade de expressão dos profissionais da arte e da música.

A exordial crê que sim, que haveria uma ingerência ilícita na proibição em comento.

Concedem os Autores que, no que toca à proibição à participação remunerada de artistas em campanhas eleitorais, haveria uma justificativa plausível: *“a diferença de recursos de campanha entre os candidatos gera preocupação legítima com a influência do poder econômico sobre os pleitos, e com a paridade de armas na disputa eleitoral – variáveis que podem*

ser consideradas pelo legislador na regulação das eleições.” (eDOC 1, fl. 15)

Diferentemente, *“para os showmícios não remunerados, porém, essa preocupação com a influência excessiva do dinheiro em detrimento da igualdade entre os candidatos não se coloca. Afinal, a participação dos artistas é gratuita, razão pela qual os gastos envolvidos não diferem daqueles despendidos na realização de comícios, que o legislador expressamente autorizou (...)” (eDOC 1, fl. 15).* A esse argumento, acrescenta um segundo: não se revelaria legítimo, restringir *“o engajamento político dos artistas”* e o direito dos eleitores de ter *“acesso a manifestações artísticas que poderiam ser relevantes para a formação do seu próprio convencimento político”* (eDOC 1, fls. 3-4).

Com as vênias de estilo aos que comungam pensamento em sentido contrário, tenho que a questão em exame não se deixa equacionar sob o ângulo proposto.

O dispositivo não busca disciplinar o exercício profissional dos músicos ou atores, que de resto continuam livres para declarar suas preferências políticas e expressar em quem votam. Inexcedíveis a respeito as considerações da Dra. Raquel Dodge na sua judiciosa *opinio* lançada nos autos:

“Por outro lado, é absolutamente descabida a tese de violação à liberdade de expressão. Acerca da constitucionalidade da vedação acrescida ao art. 39-§7º da Lei das Eleições pela reforma eleitoral de 2006, esclarece José Jairo Gomes:

‘A regra em apreço limita-se a regular a atuação artística em eventos relacionados às eleições, cuja finalidade seja a promoção de candidatura. Não proíbe que artistas (atores, cantores, animadores, apresentadores etc.) exerçam seus trabalhos durante o período eleitoral, mas apenas que o façam em eventos eleitorais, pois isso poderia descaracterizar a natureza deste. Daí inexistir qualquer ofensa ao inciso IX do artigo 5º da Lei Maior, que assegura a livre expressão da atividade artística, tampouco ao inciso XIII do mesmo artigo, que afirma ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão”’ (eDOC 36, fl. 8).

Com efeito, note-se que a liberdade de expressão dos artistas não é vulnerada. O âmbito de proteção de tal direito fundamental é outro, como relembram **LOTHAR MICHAEL** e **MARTIN MORLOK**: seu objeto é a liberdade de conteúdos intelectuais e seu objetivo é a comunicação de tais conteúdos, num contexto de concorrência pluralista (MICHAEL, Lothar. MORLOK, Martin. **Direitos Fundamentais**. Trad. António Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva/IDP, 2016, p. 203).

O dispositivo impugnado não tangencia desproporcionalmente o objeto desse direito, uma vez que os artistas continuarão a poder expressar seus posicionamentos políticos. O regramento em vigor em nenhum momento (nem em 2006 nem agora) proíbe um ator de, ao final de uma peça de teatro, declarar em quem votará. Não impede uma celebridade qualquer que seja a manifestar em seu *Twitter* qual é o seu candidato de preferência. Não veda que um cantor manifeste, em seu show, ou num artigo de opinião em jornal, em quem votará. Essa questão simplesmente não se coloca. O ponto é o processo eleitoral, não o ramo dos entretenimentos.

Ou seja, quanto ao **conteúdo** da comunicação política, emitida pelo artista, seu posicionamento não sofrerá afetação alguma – o que torna inviável vislumbrar qualquer espécie de “censura”.

A rigor, o que temos aqui é um eloquente exemplo da utilidade do princípio da concordância prática, que na dogmática dos direitos fundamentais assume a seguinte formulação: *“o âmbito de proteção de um direito fundamental não pode, muitas vezes, ser determinado numa óptica isolada centrada neste direito fundamental, mas apenas numa visão sistemática de conjunto com outros direitos fundamentais e demais disposições constitucionais”* (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Trad. António Francisco de Sousa. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 131-132).

A propósito, essa tensão entre direitos fundamentais é constitutiva do domínio normativo que aqui nos debruçamos, o da propaganda eleitoral, que se desenvolve sob constante pressão otimizada entre liberdade de manifestação de pensamento e demais direitos fundamentais colidentes:

“O exercício de propaganda eleitoral é um direito que decorre da liberdade de manifestação do pensamento e do direito à informação, reconhecidos nos incisos IV e XIV do art. 5º da Constituição Federal. De fato, no Capítulo referente à comunicação social, a Constituição determina que a ‘manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição’, observado o disposto na Constituição (art. 220).

Esta última ressalva, ‘observado o disposto na Constituição’ revela no entanto que se trata de uma liberdade e de um direito relativos, limitados pela incidência de outros princípios igualmente consagrados na Constituição, como o direito à igualdade (art. 5º, *caput*) e à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X), além da legitimidade das eleições (art. 14, § 9º).” (TELLES, Olívia Raposo da Silva. **Direito Eleitoral Comparado: Brasil, Estados Unidos, França**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 75)

Em página clássica de FÁVILA RIBEIRO, foi bem assinalado que, no âmbito da **propaganda eleitoral, apenas faz sentido articular com liberdade de expressão política quando em conjunto com o princípio da isonomia, ou igualdade de oportunidades**. A liberdade de expressão por óbvio importa – sem ela não há convencimento democrático. Mas a liberdade é funcionalmente balizada pela igualdade:

“As normas protetoras da liberdade aparecem em funcional implicação com os postulados de igualdade. Com a liberdade erguem-se as defesas dos eleitores, dos candidatos e dos partidos, impedindo os cerceamentos provindos das agências estatais. Por sua vez, com a igualdade, as defesas são mobilizadas para enfrentar as situações privilegiadas, as dominações sociais que possam de alguma maneira embaraçar e desnivelar o livre diálogo democrático. (RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 308).

Efetivamente, do direito colidente em jogo é o **princípio da igualdade de chances**, ao lado do princípio formal da liberdade de conformação do legislador, o que possui maior peso, considerado o contexto posto.

O princípio da igualdade de chances é fundamental para a adequada atuação dessas instituições no complexo processo democrático. Impõe-se, por isso, uma neutralidade do Estado em face das instituições partidárias, exigência essa que se revela tão importante quanto difícil de ser implementada. A importância do princípio da igualdade está em que, sem a sua observância, não haverá possibilidade de estabelecer-se uma concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, o que acabará por comprometer a essência do próprio processo democrático. O que exige que do Estado uma conduta neutra em relação aos partidos, repita-se (GRIMM, Dieter. "Politische Parteien". In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). **Handbuch des Verfassungsrechts**. Band 1, p 599 (626)

No direito alemão, sob a vigência da Lei Fundamental de Bonn (1949), a discussão sobre a "igualdade de chances" entre os partidos foi introduzida por **Forsthoff**, que assentou os seus fundamentos nas disposições que consagram a liberdade de criação das agremiações políticas (art. 21, I, 2) e asseguram a igualdade de condições na disputa eleitoral (art. 38 e 28) (FORSTHOFF, Ernst. **Die politischen Parteien im Verfassungsrecht**. Tübingen, 1950, p. 6 e 12).

Também **GERHARD LEIBHOLZ** considerou inerente ao modelo constitucional o princípio de "igualdade de chances", derivando-o, porém, diretamente, do preceito que consagra a ordem liberal-democrática (*freiheitlich demokratischen Grundordnung*) (LEIBHOLZ, Gerhard. **Verfassungsrechtliche Stellung und innere Ordnung der Parteien**. DJT, p. C. 2). Mais tarde, após os primeiros pronunciamentos do Tribunal Federal Constitucional, passou Leibholz a considerar que o postulado da igualdade de chances encontrava assento no princípio da liberdade e da pluralidade partidárias (arts. 21, I, e 38, I) e no princípio

ADI 5970 / DF

geral de igualdade (art. 3.º, I).

Tais elementos serviram de base para o desenvolvimento da construção jurisprudencial iniciada pelo *Bundesverfassungsgericht* em 1952. Observe-se que, nos primeiros tempos, a jurisprudência da Corte Constitucional parecia identificar o princípio de igualdade de chances com o direito de igualdade eleitoral — *Wahlrechtsgleichheit* — (Lei Fundamental, art. 38, I). As controvérsias sobre o financiamento dos partidos e a distribuição de horários para transmissões radiofônicas e televisivas ensejaram o estabelecimento da distinção entre o princípio da igualdade de chances, propriamente dito, e o direito de igualdade eleitoral. Os preceitos constitucionais atinentes à liberdade partidária (art. 21, I) e o postulado geral da isonomia (art. 3.º, I) passaram a ser invocados como fundamento do direito de igualdade de chances dos partidos políticos (BATTIS, Ulrich. **Einführung in das Öffentliche Recht**. Fernuniversität Hagen, 1981, un. 2, p. 22-23).

Dessa forma que a “igualdade de chances” converteu-se em princípio constitucional autônomo, um autêntico direito fundamental dos partidos, assegurando-se às agremiações tratamento igualitário por parte do Poder Público e dos seus delegados (TSATSOS, Dimitris Th.; MORLOK, Martin. **Die Parteien in der politischen Ordnung**. Fernuniversität Hagen, un. 3, p. 23; TSATSOS, MOHR, MORLOK e WENZEL. **Deutsches Staatsrecht**, Fernuniversität Hagen, 1981, un. 2, p. 42; BATTIS, Ulrich. **Einführung in das Öffentliche Recht**, cit. p. 22-23)

Não se afigura necessário despender maior esforço de argumentação para que se possa afirmar que a concorrência entre os candidatos indicados pelos partidos, inerente ao próprio modelo democrático e representativo, tem como pressuposto inarredável o princípio de “igualdade de chances”.

Também desnecessário é tecer maiores considerações sobre o papel central que o princípio da igualdade de chances possui para a manutenção das condições do Estado Democrático de Direito sob o pálio da Constituição de 1988.

Também aqui adotamos o modelo da democracia representativa,

ADI 5970 / DF

assentada no pluralismo político (art. 1º, V, e parágrafo único, CF/88), no âmbito da qual os partidos políticos performam função de mediação infungível (art. 17, CF/88).

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal reconhece o papel de destaque desempenhado pelo princípio em referência, consoante evidenciam vários julgados desta Corte – colaciono, abaixo, alguns nesse sentido, mas dispensarei sua leitura:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ELEITORAL. PROPAGANDA PARTIDÁRIA IRREGULAR. REPRESENTAÇÃO. LEGITIMIDADE. ART. 45, § 3º, DA LEI Nº 9.096/95. DIREITO DE ANTENA. ART. 17, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. ESTREITA CONEXÃO COM PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS. MORALIDADE ELEITORAL. IGUALDADE DE CHANCES ENTRE OS PARTIDOS POLÍTICOS (CHANCENGLEICHHEIT DER PARTEIEN). DEFESA DAS MINORIAS. LEGITIMIDADE INAFASTÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A DEFESA DA ORDEM JURÍDICA, DO REGIME DEMOCRÁTICO E DOS INTERESSES SOCIAIS INDISPONÍVEIS. ARTIGOS 127 E 129 DA CONSTITUIÇÃO. ACÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A propaganda partidária, organizada pelos partidos políticos, no afã de difundir suas ideias e propostas para a cooptação de filiados, bem como para enraizar suas plataformas e opiniões na consciência da comunidade, deriva do chamado direito de antena, assegurado aos partidos políticos pelo art. 17, § 3º, da Constituição. 2. A regularidade da propaganda partidária guarda estreita conexão com princípios caros ao Direito Eleitoral, como a igualdade de chances entre os partidos políticos, a moralidade eleitoral, a defesa das minorias, e, em última análise, a Democracia. 3. O princípio da igualdade de chances entre os partidos políticos é elemento basilar das mais modernas democracias ocidentais, a impedir o arbitrário assenhoreamento do livre mercado de ideias por grupos opressores (JÜLICH, Christian. Chancengleichheit der Parteien: zur Grenze staatlichen Handelns gegenüber den

politischen Parteien nach dem Grundgesetz. Berlin: Duncker & Humblot, 1967. p. 65; CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 320). 4. As questões relativas à propaganda partidária não são meras contendas privadas, avultando o caráter público da matéria diante do art. 17 da Constituição, que estabelece parâmetros claros para o funcionamento dos partidos, resguardando a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana, dentre outros preceitos. 5. A legitimidade do Ministério Público para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais indisponíveis, não pode ser verberada, máxime diante da normativa constitucional insculpida nos artigos 127 e 129 da Constituição. 6. O dispositivo que restringe a legitimidade para a propositura de representação por propaganda partidária irregular afronta múltiplos preceitos constitucionais, todos essencialmente vinculados ao regime democrático. Doutrina (GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 324; CÂNDIDO, Joel. Direito Eleitoral brasileiro. 14ª ed. Bauru: Edipro, 2010. p. 71). 7. A representação de que trata o art. 45, § 3º, da Lei nº 9.096/95 pode ser ajuizada por partido político ou pelo Ministério Público, mercê da incidência do art. 22, caput, da Lei Complementar nº 64/90, *verbis*: “Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar (...) utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político”. Exclui-se, nessas hipóteses, a legitimidade de candidatos e coligações, porquanto a propaganda partidária é realizada fora do período eleitoral. 8. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 45, § 3º, da Lei nº 9.096/95, estabelecendo a legitimidade

concorrente dos partidos políticos e do Ministério Público Eleitoral para a propositura da reclamação de que trata o dispositivo. (ADI 4617, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 19.06.2013, DJe de 11.02.2014)

“LEI COMPLEMENTAR 135/2010, DENOMINADA LEI DA FICHA LIMPA. INAPLICABILIDADE ÀS ELEIÇÕES GERAIS 2010. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL (ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). I. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ELEITORAL. O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de devido processo legal eleitoral. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a aboli-las. O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos. Precedente: ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. em 22.3.2006. A LC 135/2010 interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência como a fase pré-eleitoral, que se inicia com a escolha e a apresentação das candidaturas pelos partidos políticos e vai até o registro das candidaturas na Justiça Eleitoral. Essa fase não pode ser delimitada temporalmente entre os dias 10 e 30 de junho, no qual ocorrem as convenções partidárias, pois o processo político de escolha de candidaturas é muito mais complexo e tem início com a própria filiação partidária do candidato, em outubro do ano anterior. A fase pré-eleitoral de que trata a jurisprudência desta Corte não coincide com as datas de realização das convenções partidárias. Ela começa muito antes, com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candidatos, assim como o

registro dos partidos no Tribunal Superior Eleitoral. A competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso. II. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE DE CHANCES. Toda limitação legal ao direito de sufrágio passivo, isto é, qualquer restrição legal à elegibilidade do cidadão constitui uma limitação da igualdade de oportunidades na competição eleitoral. Não há como conceber causa de inelegibilidade que não restrinja a liberdade de acesso aos cargos públicos, por parte dos candidatos, assim como a liberdade para escolher e apresentar candidaturas por parte dos partidos políticos. E um dos fundamentos teleológicos do art. 16 da Constituição é impedir alterações no sistema eleitoral que venham a atingir a igualdade de participação no prélio eleitoral. III. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS E O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA DEMOCRACIA. O princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o Poder Legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicado por esta Corte. A proteção das minorias parlamentares exige reflexão acerca do papel da Jurisdição Constitucional nessa tarefa. A Jurisdição Constitucional cumpre a sua função quando aplica rigorosamente, sem subterfúgios calcados em considerações subjetivas de moralidade, o princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição, pois essa norma constitui uma garantia da minoria, portanto, uma

ADI 5970 / DF

barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. Recurso extraordinário conhecido para: a) reconhecer a repercussão geral da questão constitucional atinente à aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições de 2010, em face do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição), de modo a permitir aos Tribunais e Turmas Recursais do país a adoção dos procedimentos relacionados ao exercício de retratação ou declaração de inadmissibilidade dos recursos repetitivos, sempre que as decisões recorridas contrariarem ou se pautarem pela orientação ora firmada. b) dar provimento ao recurso, fixando a não aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010 às eleições gerais de 2010. (RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 23.03.2011, DJe de 17.11.2011)

Pois bem. Tenho que, no caso vertente, mais uma vez, a Procuradoria-Geral da República foi assertiva ao identificar a preservação da igualdade de chances como o objetivo perseguido pelo art. 39, § 7º, da Lei 9.504/97. Tanto mais perspicaz o foi ao corretamente concluir que a consideração dessa garantia jusfundamental torna desinfluyente que a participação do artista se dê mediante contraprestação pecuniária ou a título gratuito:

“Em nada muda o fato de o showmício ser realizado sem a cobrança de cachê pelo artista. **O objetivo da norma é impedir o oferecimento de vantagem ao eleitorado, como forma de angariar o voto. Busca, assim, preservar a paridade de armas entre os concorrentes da disputa eleitoral.** As normas são razoáveis e proporcionais para o fim perseguido.” (eDOC 36, fl. 8).

Com efeito, afigura-se premente convir que o dever de fomentar a igualdade de chances no processo eleitoral envolve adotar desenho normativo propício a limitar o abuso de poder econômico. Inclusive

ADI 5970 / DF

aquelas modalidades de abuso que se dão de modo indireto, mediante utilidades imateriais, como um entretenimento. E as limitações veiculadas pelo art. 39, § 7º, da Lei 9.504/1997 cumprem essa finalidade.

O pedido, no ponto, é improcedente.

4) Art. 23, § 4º, inc. V da Lei 9.504/97.

O § 4º do art. 23 da Lei 9.504/97 exige que a **doação de recursos financeiros** tramite necessariamente pela conta bancária específica da campanha política, que a propósito destina-se a “*registrar todo o movimento financeiro da campanha*” (art. 22 da Lei 9.504/97).

E os incisos do referido § 4º limitam-se a enunciar, *numerus clausus*, os meios pelos os quais as **doações de recursos financeiros** podem ser realizadas: cheques cruzados e nominais, transferência eletrônica (inc. I); depósitos em espécie (inc. II); mecanismo disponível em sítio do candidato, partido ou coligação na *internet*, permitindo inclusive o uso de cartão de crédito (inc. III); financiamento coletivo (inc. IV); e, por fim, a hipótese prevista no inc. V ora em questionamento: “*comercialização de bens e/ou serviços, ou promoção de eventos de arrecadação realizados diretamente pelo candidato ou pelo partido político*”.

O autor requer uma interpretação conforme à Constituição do inc. V do § 4º do art. 23 da Lei 9.504/97. Uma interpretação que no resultado é restritiva, porque “exclui os referidos eventos artísticos e musicais do seu campo de incidência” (eDOC 1, fl. 3). Articula com um “*elevado risco de que se adote a compreensão de que tal preceito não abrange a realização de espetáculos artísticos, em razão da vedação aos showmícios*” e de que também não abarcaria a “*apresentação de artistas para animar eventos eleitorais*”.

Na verdade, isso não é exatamente um risco. Com exceção de uma decisão tomada em novembro de 2020, **o Tribunal Superior Eleitoral, desde a Reforma de 2006, não aquiesce com a participação de artistas em eventos eleitorais.**

Na **Consulta n. 1.295**, indagado se é permitida “a presença de

artistas ou animadores” em “eventos fechados em propriedades privadas”, o Tribunal Superior Eleitoral, em caso Relatado pelo eminente **Ministro Carlos Ayres Britto** pontificou:

“Em suma, pouco importa se o evento é aberto ou fechado e se a propriedade é pública ou privada. Para a lei, **sendo reunião de caráter eleitoral, abrangente de quaisquer das situações retromencionadas, é vedada a presença de artistas ou animadores**, bem como a utilização de camisetas e outros materiais que possam proporcionar alguma vantagem ao eleitor.” (TSE, CTA 1295, Resolução n. 22.274, de 29.06.2006).

Isso porque, para Sua Excelência, que foi acompanhado à unanimidade, *“verifica-se que a intenção do legislador, visando coibir o abuso do poder econômico e estabelecer o equilíbrio na propaganda eleitoral, foi vedar a contratação e a apresentação de artistas e animadores em evento eleitoral, sem excepcionar a realização de evento fechado em propriedade privada.”*

A solidez de tal entendimento é que explica o interesse dos Autores na declaração de inconstitucionalidade do art. 39, § 7º da Lei 9.504/97.

Ora, a improcedência do primeiro pedido, mantendo-se a proibição à realização de showmícios gratuitos que é expressa no art. 39, § 7º da Lei 9.504/97, prejudica este segundo pedido: **inviável que se entenda que a arrecadação de recursos para uma candidatura possa se dar por meio de evento com a participação de artista, se até mesmo um evento gratuito é expressamente vedado** (art. 39, § 7º, Lei 9.504/97).

Tanto é assim que também em Consulta julgada em 2020, o TSE averbou que *“A realização de eventos com a presença de candidatos e de artistas em geral, transmitidos pela internet e assim denominados como “lives eleitorais”, equivale à própria figura do showmício, ainda que em formato distinto do presencial, tratando-se, assim, de conduta expressamente vedada pelo art. 39, § 7º, da Lei 9.504/97”*. (Consulta n. 0601243-23.2020.6.00.0000, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 18.9.2020)

E um ponto do mesmo julgado me parece de fundamental

ADI 5970 / DF

consideração: “A proibição compreende não apenas a hipótese de *showmício*, como também a de ‘**evento assemelhado**’, o que, de todo modo, albergaria as denominadas ‘*lives eleitorais*’”.

Concordo, mas vou além. Não apenas o trecho “evento assemelhado” inviabiliza a participação de artista em evento de arrecadação. Cumpre assentar que o § 7º do art. 39 da Lei 9.504/97 é específico quanto à vedação de artistas não apenas em comício, mas também em **reunião eleitoral**:

“Art. 39 (...)

§ 7º É proibida a realização de *showmício* e de evento assemelhado para promoção de candidatos, bem como a apresentação, remunerada ou não, de artistas com a finalidade de animar comício e **reunião eleitoral**.”

Essa segunda parte do dispositivo, que foi lamentavelmente amputada dos argumentos até aqui lançados, veda a participação de artistas em eventos de arrecadação. E foi amputada pela sua inconveniência: ela reforça que o § 7º do art. 39 da Lei 9.504/97 é **norma específica quanto à participação de artistas no processo eleitoral** – seja em *showmícios* ou nas demais **reuniões eleitorais**. **E somente com algum artificialismo se poderia sustentar que um evento de arrecadação com uma celebridade não teria um conteúdo eleitoral.**

Por tudo isso, a declaração parcial de inconstitucionalidade proposta – com as vênias de estilo – equivale a uma reelaboração do marco normativo vigente, e seu efeito prático é o de reprimar o regramento jurídico anterior à Reforma Eleitoral de 2006. E o reprimaria de modo incompleto – diria eu, capenga – conduzindo a resultados incongruentes com as demais regras que regem esse domínio normativo.

Victor Nunes Leal dizia que legislar é matéria tão difícil que equivale a acondicionar materiais explosivos. Declarações de inconstitucionalidade como a que se empreende agora, também. O ônus de modificar o arranjo normativo do combate ao abuso do poder econômico nas eleições não é vencido com a intenção de fazer o bem. Muitas vezes, a busca por se fazer

ADI 5970 / DF

um aceno simpático a determinado segmento da sociedade gera consequências negativas inimagináveis, e para todos os segmentos do espectro político – inclusive aquele que à primeira vista é beneficiado com a modificação.

E para o tema em debate, não é preciso qualquer talento mediúnico para perceber as consequências em jogo. De pronto, penso que a vedação ao financiamento eleitoral por pessoas jurídicas foi contornado pela decisão de hoje. A pulverização da doação ilícita encontra na cobrança de ingressos para os eventos de arrecadação um meio apto para esquentar dinheiro sujo ou para contornar a proibição que a jurisprudência desta Corte construiu.

Também o limite que incide sobre pessoas físicas, de 10% dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição pode ser burlado pelo novo método. A economia criativa nos cachês artísticos levaria a toda sorte de fraudes na quantificação do serviço prestado pelo artista – dado que o limite da doação (estimável em dinheiro) em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) é abertamente irreal.

Fácil perceber que, a depender da sorte do candidato, de suas conexões, a parceria com uma estrela de sucesso pode ser decisiva para sua eleição.

Não é crível cogitar que a Justiça Eleitoral teria condições de identificar todos esses arranjos. O abandono à regra em questão cobrará um preço: uma grande sobrecarga na avaliação, caso a caso, no sentido de se precisar se determinada participação de um artista consubstanciou um abuso de poder econômico. Melhor valorizar a função de direção que exerce o direito legislado na estabilização do sistema jurídico (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 28).

E uma última observação, Senhor Presidente. Independentemente do preocupante cenário que se desenha, e que sem felicidade alguma descrevo, o que me acalma o espírito é saber que a Justiça Eleitoral, o Congresso Nacional e os atores políticos em geral terão tempo adequado para se adaptarem ao novo desenho normativo que agora aquiesce com a

ADI 5970 / DF

participação de artistas no processo político.

É que este Tribunal, salvo melhor juízo, tem entendimento sólido no sentido de que mudanças na jurisprudência eleitoral têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. Exige assim – e nós já o dissemos – que para tais câmbios jurisprudenciais, a observância à regra da anterioridade eleitoral, positivada no art. 16 da Constituição (que é cláusula pétreia).

Como estamos a menos de 1 (um) ano das eleições de 2022, dado que as eleições ocorrerão no dia 05 de outubro de 2022, e a presente sessão se dá em 7 de outubro, os efeitos do novo entendimento desta Corte apenas se farão sentir nas eleições de 2024 – isso se não houver reversão legislativa.

5) Conclusão

Pelo quanto exposto, percebe-se que os dispositivos questionados concretizaram otimamente a ponderação entre, de um lado, os princípios da liberdade de expressão e, de outro, a necessidade de imposição de restrições à propaganda eleitoral, imprescindível para proteção da legitimidade democrática. As normas constituem escolhas políticas validamente exercidas pelo Congresso Nacional no âmbito de sua competência (art. 22, I, CF) e liberdade de conformação.

Ante o exposto, conheço da ação direta e julgo **improcedente** o pedido.