

11/12/2013

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.650 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Início meu voto tecendo breves considerações sobre a controvérsia debatida nesta ação direta – relativa ao financiamento de campanhas – e sua conexão com a reforma estrutural mais importante (ainda) a ser formulada neste país: a Política.

Desde a promulgação da Carta cidadão de 1988, o país talvez viva o seu momento de maior estabilidade institucional. Viu-se não apenas a consolidação de estabilização da economia com o fim da hiperinflação, mas também a melhoria dos indicadores sociais e a redução das desigualdades regionais. Tais avanços, embora inquestionáveis e dignos de aplausos, não eliminam algumas patologias crônicas ainda entranhadas na democracia brasileira. E a correção desses *desvios* e *disfunções* perpassa necessariamente por uma urgente Reforma Política.

De fato, não é incomum ouvir que houve um descolamento entre a classe política e a sociedade civil. Existe verdadeiramente uma crise de representatividade no país, colocando em lados opostos os cidadãos, que a cada dia se tornam mais cétricos em relação aos agentes eleitos, e os membros da classe política, que, não raro, privilegiam interesses particulares em detrimento do interesse público. E tal distanciamento compromete, com o passar do tempo, o adequado funcionamento das instituições.

Enquanto governo “*do povo, pelo povo e para o povo*”, a democracia não pode prescindir de uma atividade política intensa e preocupada com tutela dos valores republicanos. É preciso, assim, construir uma relação sinérgica entre os representantes do povo e a sociedade civil, resgatando,

ADI 4650 / DF

neste particular, a *confiança* e a *credibilidade* da população em geral no sistema político.

Ciente desse desafio, um dos pontos centrais da Reforma Política é precisamente o do financiamento de campanhas eleitorais. Nos últimos anos, verificou-se uma crescente influência do poder econômico sobre o processo político, como decorrência do aumento nos gastos de candidatos e de partidos políticos durante a competição eleitoral. De acordo com informações apresentadas na Audiência Pública, nas eleições de 2002, os candidatos gastaram, no total, R\$ 798 milhões, ao passo que em 2012, dez anos depois, os valores arrecadados superaram R\$ 4,5 bilhões, um aumento de 471%. Para que se tenha uma magnitude desse crescimento, basta compará-lo com outros indicadores importantes. No mesmo período, o PIB brasileiro cresceu 41%, a inflação acumulada foi de 78%. Não há justificativa razoável para essa expansão volumosa dos gastos com campanhas.

Na mesma Audiência, o expositor e professor Geraldo Tadeu demonstrou que o gasto *per capita* nas campanhas eleitorais no Brasil é bastante superior aos da França, da Alemanha e do Reino Unido. No Brasil, essa cifra atinge o montante de \$10,93, enquanto que na França é de \$0,45, no Reino Unido, de \$0,77, e na Alemanha chega a 2,21. Quando comparado proporcionalmente ao PIB, o Brasil também se encontra no topo do *ranking* dos países que mais gastam com campanhas eleitorais: 0,89% de toda a riqueza gerada no país se presta a financiar candidaturas a cargos representativos. Aqui, ultrapassamos, inclusive, os Estados Unidos, em que apenas 0,38% do PIB vai para as campanhas eleitorais.

Há mais. Nas eleições gerais de 2010, a vitória de um deputado federal custou, em média, R\$ 1,1 milhão, ao passo que a de um senador R\$ 4,5 milhões. Para se tornar Governador, em média se gastaram R\$ 23,1 milhões. Uma campanha presidencial pode amearhar mais de R\$ 300 milhões (<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes->

ADI 4650 / DF

2010/eleicoes-2010/estatisticas).

É considerando esse quadro empírico que a Corte irá se pronunciar acerca dos critérios vigentes de financiamento de campanhas eleitorais.

Feitas essas breves considerações, passo a votar.

I. PRELIMINAR

Assento, de plano, a legitimidade ativa *ad causam* do Requerente, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, para deflagar o processo de controle concentrado de constitucionalidade, na forma do art. 103, VII, da Constituição da República. Enquanto legitimado *universal*, o Conselho Federal da OAB prescinde da demonstração de pertinência temática para com o conteúdo material do ato normativo impugnado, na linha da remansosa jurisprudência da Corte (Precedentes: ADI nº 4414/AL, Plenário, DJe 17.06.2013, ADC nº 30/DF, Plenário, DJe 29.06.2012, ambas de minhas relatoria, ADI nº 4587 MC/GO, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 22.09.2011; ADI nº 4509, rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe 25.05.2011, entre outras).

Além disso, pontuo que os preceitos das Leis 9.096/95 e 9.504/97, ora questionados nesta ação direta, revelam-se aptos a figurar como objeto no controle concentrado de constitucionalidade, porquanto primários, gerais e abstratos.

Prossigo no exame de admissibilidade para rejeitar a preliminar de não-conhecimento parcial da ação direta suscitada pela Advocacia-Geral da União, em razão de uma suposta impossibilidade jurídica do pedido formulado pelo Conselho Federal da OAB. Segundo a AGU, "*o autor pretende (...) que esse Supremo Tribunal Federal instaure nova disciplina sobre o tema versado pelas normas atacadas, bem como imponha ao Poder Legislativo o*

ADI 4650 / DF

dever de alterar a legislação vigente", o que ofenderia o princípio da Separação dos Poderes (CRFB, art. 2º).

Ocorre, porém, que, neste exame de admissibilidade, descabe investigar a ocorrência (ou não) de violação a qualquer norma constitucional, porquanto o que está em jogo é apenas a viabilidade (e não a procedência) do pleito.

A bem de ver, a própria categoria "*possibilidade jurídica do pedido*" sempre ensejou dificuldades acerca de sua pertinência técnica, uma vez que a natureza de exame que ela envolve se confunde, na maior parte das vezes, com o próprio mérito da pretensão. Aliás, tamanhas eram essas dificuldades que a ideia de "*possibilidade jurídica do pedido*" já foi até mesmo renegada pelo seu criador, professor Enrico Tullio Liebman, que a aboliu de seu clássico Manual de Direito Processual Civil. No projeto do novo CPC brasileiro a "*possibilidade jurídica do pedido*" também já não existe.

De qualquer sorte, é cediço que a dogmática processualista preconiza que o exame da possibilidade jurídica do pedido requer apenas que a pretensão deduzida pelo autor não seja *expressamente* vedada pela ordem jurídica. Um pedido juridicamente impossível é uma postulação categoricamente vedada pela ordem jurídica. (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 394). Sem que haja uma norma jurídica interditando – expressa e categoricamente – a pretensão formulada pelo Requerente, descabe cogitar da impossibilidade de seu pedido.

In casu, os pedidos constantes dos itens "e.1" e "e.2", primeira parte, objetivam apenas que o Tribunal se limite a retirar do âmbito de incidência das normas impugnadas a aplicação reputada como inconstitucional, sem, com isso, proceder à alteração de seu programa normativo. Trata-se, a toda evidência, de pedido de *declaração de*

ADI 4650 / DF

inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, cuja existência e possibilidade são não só reconhecidas pela dogmática constitucional brasileira como pela própria legislação de regência das ações diretas (art. 28, § único, Lei nº 9.868/99).

A propósito, mesmo antes de sua posituação pelo legislador infraconstitucional, a referida técnica de decisão não era estranha à jurisprudência da Corte, tal como se extrai da ementa do julgamento da ADI 491/AM, de relatoria do Ministro Moreira Alves, *verbis*:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. – Ocorrência, no caso, da relevância jurídica e do “periculum in mora”, com relação a ambos os dispositivos impugnados. - Sucede, porém, que a inconstitucionalidade arguida quanto ao parágrafo único do artigo 86 da Constituição do Estado do Amazonas visa apenas a extensão, que ele determina, implicitamente, que se faça ao Ministério Público, do inciso V do artigo 64 da mesma Carta Magna. Implicitamente, porque essa extensão decorre dos termos “IV a XIII” que integram a remissão feita pelo primeiro desses dispositivos. - No caso, portanto, como não se pode suspender a eficácia de qualquer expressão do dispositivo impugnado, pois este não alude ao inciso V do artigo 64 senão implicitamente por meio da expressão abrangente (“IV a XIII”), impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar “para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal”, que, se feita, abarcaria normas autônomas, e, portanto, cindíveis, que não são atacadas como inconstitucionais. Pedido de liminar deferido, em parte, para suspender, “ex nunc”, a eficácia do artigo 9º da Lei n. 1946, de 14.3.90, do Estado do Amazonas, bem como para suspender, sem redução da letra de seu texto, a aplicação do parágrafo único do artigo 86 da Constituição do mesmo Estado, no que concerne a remissão ao inciso V do artigo 64 dela também constante.”

(ADI nº 491/AM, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 25.10.1991)

ADI 4650 / DF

A inicial, portanto, não veicula qualquer pretensão expressamente vedada pela ordem jurídica. Pelo contrário. Os pedidos constantes dos itens “e.1” e “e.2” são comuns e naturais em qualquer processo de controle abstrato de constitucionalidade.

De igual modo, o pedido aduzido no item “e.5” não revela qualquer impossibilidade que nos autorize a, de plano, reconhecer sua inviabilidade. Isso porque o Requerente simplesmente postula que a Corte profira uma “*sentença aditiva de princípio*” ou “*sentença-delegação*”, técnica de decisão comumente empregada em Cortes Constitucionais algures, notadamente a italiana. Trata-se verdadeiramente de modalidade de sentença de perfil aditivo cuja característica principal é de que, além de instar o legislador a disciplinar a matéria, o Tribunal delinea, concomitantemente, diretrizes que devem ser por ele observadas quando da elaboração da norma. Com extremo didatismo, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, em substanciosa obra intitulada “*Dimensões do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal*”, produto de sua dissertação de mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, explicita a diferença entre a *sentença aditiva* original e a *sentença aditiva de princípios*

“Diferente da aditiva original, que se pode dizer autoaplicativa, na aditiva de princípio, a Corte reconhece a inconstitucionalidade do dispositivo normativo por ser omissivo em um ponto que viola um princípio constitucional, porém, respeitando a situação de haver uma pluralidade de soluções para a omissão, ela não realiza a integração normativa, mas apenas sinaliza para o legislador fazê-lo dentro de certo prazo e dentre as possibilidades normativas permitidas pelo princípio constitucional apontado como transgredido”.

(CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, p. 120-121).

Vê-se, assim, que o pedido articulado pelo Conselho Federal da OAB

ADI 4650 / DF

faz parte da realidade das Cortes Constitucionais. Entender pela sua impossibilidade significaria fechar as portas do Supremo Tribunal Federal para toda e qualquer postulação que implique “sentença aditiva”. Reconheço que essa técnica decisória deva ser vista com cautela em respeito à própria Separação de Poderes (CRFB, art. 2º). Sem embargo, trata-se de instrumento necessário em muitos casos julgados pela Corte, notadamente aqueles, como o presente, em que o debate é travado nos limites do direito posto e do direito a ser criado.

Aliás, justamente em sentido contrário ao defendido pela AGU, parece-me que a técnica de decisão aditiva (de princípios) é perfeitamente compatível com o princípio da separação de poderes, máxime porque o Tribunal respeita a discricionariedade política do legislador, ao mesmo tempo em que afirma seu papel de guardião dos valores constitucionalmente consagrados. Em outras palavras, promove-se, pela sentença aditiva de princípios, a tão esperada harmonia entre os valores centrais do constitucionalismo democrático: a soberania popular e o respeito a garantias humanas fundamentais.

Ademais, e em segundo lugar, nos termos em que vazado o item “e.5”, a atuação normativa do Tribunal Superior Eleitoral seria apenas *subsidiária* e *excepcional*, somente se legitimando em caso de *inertia deliberandi* do Congresso Nacional para regular a matéria após o transcurso de prazo razoável (*in casu*, de dezoito meses). Noutros termos, o papel atribuído à Corte Superior Eleitoral consistiria em colmatar eventual hiato normativo tão somente na hipótese de o Congresso Nacional não disciplinar a matéria. E mais: o preenchimento do hiato legislativo pelo TSE não teria o condão de afastar a prerrogativa de o Parlamento, *quando* e *se* quisesse, instituir uma nova disciplina de financiamento de campanhas, em razão de a temática encerrar uma *preferência de lei*.

Nesse sentido, o pedido aditivo consubstancia, à evidência, notável

ADI 4650 / DF

preocupação com a própria higidez de eventual pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, cuja efetividade não deve ficar ao talante das vontades políticas do Parlamento.

Também não merece guarida a preliminar de inadequação da via eleita, porquanto haveria *“cumula[ção], em um só processo, [de] pedidos de ação direta de inconstitucionalidade e de ação direta de inconstitucionalidade por omissão”*. E isso porque todas as impugnações veiculadas pelo Requerente (*i.e.*, autorização por doações por pessoas jurídicas ou fixação de limites às doações por pessoas naturais) denotam que o legislador não ficou *aquém* de seu mister, mas, ao revés, se excedeu no tratamento dispensado ao financiamento de campanhas. Consectariamente, a ofensa à Constituição apontada é, segundo a inicial, comissiva, e não omissiva, como faz supor a AGU.

Ainda que assim não fosse, a pretensão não subsistiria por outro fundamento: a Corte reconheceu, quando do julgamento conjunto das ADIs nº 875, 1.987, 2.727 e 3.243, todas de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJe 30.04.2010, a fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e omissão. Como bem assentado pelo relator Min. Gilmar Mendes, *“a opção por uma técnica diferenciada de decisão pode trazer soluções viáveis para as presentes ações diretas de inconstitucionalidade. Aqui não se trata de mais de saber se as ações são de inconstitucionalidade por ação ou por omissão (parcial), mas de encontrar uma técnica para superar o alegado estado inconstitucionalidade decorrente de omissão parcial. (...). É preciso reconhecer que, em nosso sistema abstrato de controle de constitucionalidade, deve existir uma natural fungibilidade entre os diversos tipos de ação”*. (grifou-se)

Por fim, assento que os demais requisitos de admissibilidade também se encontram regularmente colmatados (*i.e.*, fundamentação jurídica do pedido e cópia dos atos normativos impugnados).

ADI 4650 / DF

Conheço, pois, integralmente da presente ação direta e passo ao exame de mérito.

II. DELIMITANDO A CONTROVÉRSIA:

O MODELO ATUAL DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHA

A presente ação direta de inconstitucionalidade discute a validade jurídico-constitucional do arcabouço normativo vigente que disciplina o financiamento de campanhas eleitorais. Nos termos da legislação de vigência (Lei nº 9.504/97, art. 17-A), caberá à lei, a cada eleição, fixar, até o dia 10 de junho de cada ano eleitoral, o limite dos gastos de campanha para os cargos em disputa, observadas as peculiaridades de cada localidade.

O art. 17-A da Lei nº 9.504/97 dispõe, ainda, em sua parte final, que, não sendo editada a referida lei até a data estabelecida, caberá a cada agremiação partidária fixar o limite de gastos, devendo comunicá-lo à Justiça Eleitoral, que dará publicidade a tais informações. Mais: o art. 18 da Lei das Eleições impõe que os partidos políticos e coligações devem informar aos respectivos Tribunais Eleitorais os valores máximos de gastos que farão em cada eleição a que concorrerem por cargo eletivo. Até o momento não foi editada a referida lei fixando os limites aos dispêndios, razão por que, na prática, são os partidos quem os estabelecem.

In casu, o Arguente questiona especificamente o complexo normativo de financiamento de campanhas eleitorais e de partidos políticos que, a seu juízo, permitiria a captura do sistema político pelo poder econômico, em flagrante ultraje aos princípios democrático, republicano e da igualdade. Sobre o tema, o panorama legislativo atual é o seguinte:

1. As pessoas jurídicas podem fazer doações e contribuições até o

ADI 4650 / DF

limite de 2% (dois por cento) do faturamento bruto do ano anterior ao da eleição, ressalvados os casos definidos em lei (Lei nº 9.504/97, art. 81, § 1º);

2. As pessoas jurídicas também podem realizar doações diretamente a partidos políticos, hipóteses em que as agremiações poderão aplicar ou distribuir pelas diversas eleições os recursos financeiros recebidos a candidatos, observados os limites impostos pela legislação (Lei nº 9.096/95, art. 39, *caput*, e § 5º; e Resolução TSE nº 23.376/2012, art. 20, § 2º, II c/c art. 25, *caput* e inciso II);

3. As pessoas naturais podem fazer doações e contribuições em dinheiro para campanhas eleitorais, limitadas a até 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior ao pleito (Lei nº 9.504/97, art. 23, *caput*, e § 1º, I);

4. As pessoas naturais podem fazer doações e contribuições “estimáveis em dinheiro”, relativas à utilização de bens móveis ou imóveis de propriedade do doador, desde que o valor não ultrapasse R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) - (Lei nº 9.504/97, art. 23, *caput*, e § 7º);

5. Se o candidato utilizar recursos próprios, o limite de gastos equivalerá ao valor máximo estabelecido pelo seu partido, na forma da lei (Lei nº 9.504/97, art. 23, *caput*, e § 1º, II);

6. As pessoas naturais também podem realizar doações diretamente para partidos políticos, hipótese em que as agremiações poderão aplicar ou distribuir pelas diversas eleições os recursos financeiros recebidos, observados os limites impostos pela legislação (Lei nº 9.096/95, art. 39, *caput*, e § 5º; e Resolução TSE nº 23.376/2012, art. 20, § 2º, II c/c art. 25, *caput* e inciso I).

É contra esse desenho normativo que se insurge o Conselho Federal da OAB. Antes de enfrentar as impugnações a ele direcionadas, convém

ADI 4650 / DF

desenvolver algumas premissas teóricas que irão guiar todo o restante do voto.

III. BREVES REFLEXÕES SOBRE OS LIMITES E AS POSSIBILIDADES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM MATÉRIA DE REFORMA POLÍTICA

A ação direta ora em análise suscita uma reflexão acerca dos limites e possibilidades da jurisdição constitucional em um Estado Democrático de Direito porquanto conclama que esta Suprema Corte se pronuncie acerca da validade *jurídico-constitucional* das normas relativas ao financiamento de campanhas eleitorais – um dos pontos nucleares do nosso sistema político. Daí que a incursão em seu mérito depende do enfrentamento prévio de três pontos centrais, os dois primeiros expressamente suscitados pela Presidência da Câmara dos Deputados e do Senado Federal: 1º) saber se o Poder Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, possui algum *espaço legítimo* para apreciar temas que atingem o núcleo do processo democrático, como é o caso do financiamento de campanhas eleitorais; se houver tal campo de atuação, 2º) delimitar a exata *extensão* desse controle jurisdicional para não restar caracterizada indevida (e, portanto, inconstitucional) interferência judicial no âmbito de atribuições conferidas precipuamente aos poderes políticos; 3º) definir se eventual pronunciamento da Corte é em si *definitivo*, interditando a *rediscussão* da matéria nas instâncias políticas e na sociedade em geral. Passa-se, então, ao exame de cada um deles.

No tocante ao primeiro aspecto (*i.e.*, definir se existe algum espaço a este Supremo Tribunal para apreciar a matéria), a Presidência da Câmara dos Deputados, em suas informações, sustenta que a questão de fundo debatida ostenta inelutável caráter político, rejeitando, por isso, qualquer tipo de intervenção jurisdicional. Em suas palavras, “*a decisão sobre o formato do financiamento das campanhas eleitorais não é dado pronto e acabado contido na norma constitucional, extraível pelo hermeneuta habilitado*”, mas, ao

ADI 4650 / DF

contrário, se trata de “uma decisão política do Congresso Nacional” (grifou-se). No mesmo sentido, a Presidência do Senado Federal assentou que “é o Poder Legislativo o ambiente propício e constitucionalmente adequado para a escolha e delimitação de um novo modelo de financiamento de atividades partidárias e de campanhas eleitorais”.

Não se objeta que o debate acerca das reformas estruturais dentro de um Estado, como é o caso da Reforma Política, deva ser travado nas instâncias políticas majoritárias. É que, em uma democracia, ao menos quando idealmente pensada, o espaço político, notadamente o Parlamento, é o *locus* por excelência em que devem ocorrer as deliberações sobre questões políticas fundamentais da sociedade. Seria, assim, antidemocrático atribuir a juízes não-eleitos e não responsivos à vontade popular a imposição de comportamentos e/ou a invalidação de atos normativos emanados de autoridades escolhidas pelo povo. Disso, porém, não decorre uma interdição completa do exercício da jurisdição constitucional e uma *deferência* cega do juiz constitucional com relação às opções políticas feitas pelo legislador (*judicial self-restraint*).

Com efeito, não raro se vislumbram hipóteses em que se exige uma postura mais *incisiva* da Suprema Corte, especialmente para salvaguardar os pressupostos do regime democrático. Em tais cenários, diagnosticado o inadequado funcionamento das instituições, é dever da Corte Constitucional *otimizar* e *aperfeiçoar* o processo democrático, de sorte (i) a *corrigir* as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a *proteger* os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias. É esse o valioso escólio de John Hart Ely, em clássica obra da teoria constitucional *Democracy and Distrust*,

A abordagem ao controle de constitucionalidade que se sustenta aqui é similar àquilo que pode ser rotulado de sistema ‘antitruste’ no campo econômico, em oposição ao sistema dito

ADI 4650 / DF

‘regulatório’ – em vez de ditar resultados substanciais, o modelo ‘antitruste’ apenas intervém quando o ‘mercado’, no nosso caso o mercado político, não está funcionando bem. (...) Nosso governo não pode ser considerado em mau funcionamento simplesmente porque gera, em alguns casos, resultados com o quais discordamos, qualquer que seja a intensidade dessa discordância (...). Em uma democracia representativa, determinações valorativas devem ser feitas por nossos representantes eleitos e, se a maioria de nós desaprovar, podemos tirá-los do poder nas próximas eleições. O mau funcionamento ocorre quando o processo não merece confiança, quando (1) os de dentro estão bloqueando os canais de mudança política de modo a assegurar que continuarão no poder e que os de fora continuarão alijados, ou (2) quando, embora ninguém seja, a rigor, excluído do processo, os representantes vinculados às maiorias estejam sistematicamente prejudicando alguma minoria por conta de simples hostilidade ou recusa preconceituosa do reconhecimento de interesses comuns, e, assim, negam àquela minoria a mesma proteção assegurada a outros grupos pelo sistema representativo. (tradução livre)

[Do original: “*The approach to constitutional adjudication recommended here is akin to what might be called an ‘antitrust’ as opposed to a ‘regulatory’ orientation to economic affairs – rather than dictate substantive results it intervenes only when the ‘market’, in our case the political market, is systemically malfunctioning. (...) Our government cannot fairly be said to be ‘malfunctioning’ simply because it sometimes generates outcomes with which we disagree, however strongly (...). In a representative democracy value determination are to be made by our elected representatives, and if in fact most of us disapprove we can vote them out of office. Malfunction occurs when the process is undeserving of trust, when (1) the ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representative beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of*”

ADI 4650 / DF

simply hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by representative system”]

(ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Harvard University Press, 1980, p. 102-03)

Sem dúvidas, a discussão acerca do financiamento de campanhas se afigura como importante ferramenta dentro dessa engenharia democrática, impactando decisivamente no prélio eleitoral. Daí por que a defesa de uma postura mais *ativa* do Supremo Tribunal Federal em matérias como a presente não se reduz jamais ao campo estrito da *hermenêutica constitucional*, exurgindo, antes de tudo, como autêntica questão de *modelagem institucional* no Estado Democrático brasileiro (STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico). In.: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 540-544).

Em outras palavras, a opção (ou não) por uma atuação judicial mais incisiva se traduz, aqui, como uma *metadecisão* ou *decisão de segunda ordem* (“*second-order decision*”) (SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-Order decisions*. Disponível em www.law.uchicago.edu/files/files/57.CRS.SecondOrder.pdf).

Em termos práticos, isso significa que, antes de decidir a questão constitucional posta na presente ação direta, é preciso *decidir como decidi-la*, franqueando mais ou menos espaço para a intervenção do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal.

Pela sensibilidade da matéria, afeta que é ao funcionamento do *processo* político-eleitoral, acredito que haja sim terreno amplo o suficiente para viabilizar o escrutínio judicial mais estrito e criterioso sobre as opções exercidas pelas maiorias políticas no seio do Parlamento, instância, por excelência, vocacionada à tomada de decisão de primeira

ADI 4650 / DF

ordem sobre a matéria. Há algumas razões para isso.

Inicialmente, repiso que me parece indisputável que a Reforma Política deva ser capitaneada pela classe política, e não pelo Poder Judiciário. Sucede que não se pode olvidar que o produto final deste debate interessa, em alguma medida, aos próprios agentes decisórios que estão no exercício do poder e foram eleitos segundo as regras vigentes. Esse cenário coloca uma questão de *sinceridade* e *realidade institucional*, que poderia ser resumida em uma pergunta direta e imediata: é factível confiar *única* e *exclusivamente* aos agentes políticos a prerrogativa de reformulação das regras concernentes ao financiamento de campanhas, quando, em verdade, foi o exato sistema em vigor que permitiu a sua ascensão aos cargos que ocupam? A resposta é, a meu juízo, negativa. Neste sentido, Oscar Vilhena Vieira bem adverte que

Não serão os próprios representantes os mais indicados para corrigir esses problemas de mau funcionamento democrático. Exemplo disso é o caso da sub-representação dos cidadãos dos Estados mais populosos no Brasil. Esperar que o Congresso – fruto dessa distorção e beneficiário da mesma – a corrija é esperar que a maioria dos parlamentares lute contra seus próprios interesses. Este é um caso típico onde a resolução do problema e o conseqüente fortalecimento da democracia devem sair de fora do sistema representativo.

(VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça. Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 216)

É preciso, pois, cautela para com arranjos institucionais que outorguem a competência para reformá-los exclusivamente àqueles diretamente interessados no resultado dessa reforma. As chances de surgirem disfuncionalidades são autoevidentes. A rigor, tais desenhos não oferecem os *incentivos* corretos e necessários para que os agentes abandonem o *status quo* e, conseqüentemente, implementem as mudanças essenciais ao aprimoramento das instituições democráticas.

ADI 4650 / DF

No caso em comento, confiar a uma só instituição, ainda que legitimada democraticamente como o Poder Legislativo, a prerrogativa de reformular a disciplina do financiamento de campanhas pode comprometer a própria higidez do regime democrático. Não é preciso ir tão longe para perceber a veracidade desta constatação. Exemplo recente da história política brasileira foi a *fidelidade partidária*, que, conquanto salutar ao bom funcionamento das instâncias representativas, só veio a ser, de fato, uma realidade no país após a intervenção deste Supremo Tribunal Federal (MS nº 26.602/DF, rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 04/10/2007, DJe-197 de 16/10/2008; MS nº 26.603/DF, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j.04/10/2007, DJe-241 de 18/12/2008; STF, MS nº 26.604/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 04/10/2007, DJe-187 de 02/10/2008).

Exatamente porque matérias intimamente ligadas ao processo eleitoral aumentam consideravelmente as chances de *manipulação* e *parcialidade* no seu tratamento pelos órgãos eleitos por este mesmo processo, justifica-se, a meu sentir, uma postura mais *expansiva* e *particularista* por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento de opções mais *deferentes* e *formalistas*. Creio que, ao assim agir, a Corte não *amesquinha* a democracia, mas antes a *fortalece*, corrigindo pelo menos algumas de suas naturais disfuncionalidades.

Com isso, todavia, não se pretende advogar uma progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas – Legislativo e Executivo – para o Judiciário, o que configuraria um processo de *juristocracia*, para valer-me de uma expressão cunhada por Ran Hirschl (HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004, p. 1), incompatível com o regime democrático. Muito pelo contrário. A despeito da crise por que passa a democracia representativa, é dos órgãos políticos a tarefa precípua de

ADI 4650 / DF

formular marcos normativos conformadores da vida social. Sem embargo, as considerações aqui tecidas servem para mostrar que qualquer visão da Separação de Poderes não prescinde de uma discussão *sincera* e *realista* acerca das instituições existentes e dos incentivos a que elas são responsivas.

Frise-se, ademais, que essa opção por uma postura mais particularista do Supremo Tribunal Federal não tem que ver com uma suposta *expertise* para tratar com processo eleitoral. Na realidade, muitos membros da classe política detêm vasto conhecimento sobre a temática, além de conseguirem vislumbrar desenhos constitucionais muito efetivos em termos práticos. Contudo, o controle jurisdicional, aqui, decorre verdadeiramente da *posição* de maior insulamento de que desfruta o Poder Judiciário em face do poder político quando comparado com o Legislativo e o Executivo. E, neste ponto, oportuno, mais uma vez, transcrever a lição de Ely, ainda que originalmente endereçada à realidade norte-americana, *verbis*:

Obviamente nossos representantes eleitos são as últimas pessoas em que devemos confiar em qualquer dessas situações [de mau funcionamento do sistema político]. Juízes não-eleitos, porém, estão fora do sistema representativo e apenas precisam se preocupar com sua continuidade no cargo de forma muito oblíqua. Isso não lhes confere nenhum acesso privilegiado aos valores genuínos do povo norte-americano: de fato, eles não o detêm. Isso, contudo, os coloca em uma posição objetivamente neutra para avaliar – embora ninguém possa supor que tais avaliações serão axiologicamente neutras – acusações de que, tanto pelo bloqueio dos canais de mudança ou pela atuação concertada com maiorias tirânicas, nossos representantes eleitos não estão, de fato, representando os interesses daqueles que o sistema político pressupõe que estejam.

[Do original: “*Obviously our elected representatives are the last persons we should trust with identification of either of these situations. Appointed judges, however, are comparative outsiders in*”

ADI 4650 / DF

our governmental system, and need worry about continuance in office only very obliquely. This does not give them some special pipeline to the genuine values of the American people: in fact it goes far to ensure that don't have one. It does, however, put them in a position objectively to assess claims – though no one could suppose the evaluation won't be full of judgment calls – that either by clogging the channels of change or by acting as accessories to majority tyranny, our elected representatives in fact are not representing interests of those whom the system presupposes they are".]

(ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review. op. cit., p. 103*)

Diante disso, devem ser repudiadas visões idealizadas de democracia que desconsiderem a posição de *interesse* da instância decisória. O deslinde de controvérsias de natureza política não pode abster-se da análise de qual *agente* investido do maior grau de *imparcialidade* e *neutralidade* está apto para apreciar a matéria. Precisamente por isso, a objeção democrática, suscitada pela Presidência da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, não desautoriza a intervenção judicial, visto que o exercício da jurisdição constitucional, na espécie, milita em favor do regime democrático.

Assentada a premissa de que *existe* espaço ao controle jurisdicional pela Suprema Corte para apreciar a matéria, o passo seguinte é delimitar a *extensão* dessa atuação. E tal empreitada depende fundamentalmente do exame prévio dos paradigmas constitucionais atinentes à matéria, de ordem a identificar em que *medida* o legislador ordinário se encontra limitado pela Constituição na disciplina do sistema de doações e contribuições a candidatos e partidos políticos.

A Constituição de 1988 não contém, em qualquer de suas disposições constitucionais, um tratamento *específico* e *exaustivo* no que concerne ao financiamento de campanhas eleitorais. Deveras, diversamente do elevado grau de detalhamento com que cuidou de inúmeros aspectos da

ADI 4650 / DF

vida, o constituinte originário não entregou ao legislador um modelo pré-elaborado de arrecadação de fundos para as campanhas eleitorais. Poderia fazê-lo, mas, verdadeiramente, não o fez.

Esta constatação tem importantes implicações práticas: em matéria relativa ao financiamento de campanhas eleitorais, a Constituição *não* encerra uma *ordem-fundamento* em *sentido quantitativo* (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 583-84), que institua deveres, imposições ou proibições ao legislador. Ao contrário: pode-se dizer, sem incorrer em equívocos, que o constituinte conferiu uma competência decisória autônoma ao legislador para tratar da temática. No ponto, a consequência disso é que existe uma ampla margem de conformação legislativa na formulação de um modelo constitucionalmente adequado de financiamento. Indaga-se, assim: a ausência de um arranjo constitucional *pré-determinado*, com regras específicas versando o tema, significa a outorga de um *cheque em branco* ao legislador que o habilite a adotar os critérios de financiamento que melhor lhe aprouver? Penso que não.

A Constituição, a despeito de não ter estabelecido regras impondo ou proibindo diretamente um dado modelo de financiamento de campanhas, forneceu uma *moldura* que traça limites à discricionariedade legislativa. É dizer: o constituinte procedeu à escolha de *questões fundamentais* (e.g., princípio democrático, o pluralismo político ou a isonomia política) que norteiam o processo político, e que, desse modo, reduzem, em alguma extensão, o espaço de liberdade do legislador ordinário na elaboração de critérios para as doações e contribuições a candidatos e partidos políticos.

Ressalte-se, por oportuno, que com isso não se pretende advogar uma leitura puramente procedimental da Constituição de 1988, de vez que, como bem destacam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, tal adesão implicaria um paradoxo, notadamente em virtude do

ADI 4650 / DF

caráter profundamente substantivo de seu texto, pródigo em normas de cunho valorativo (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 226). Aqui se sustenta justamente o oposto: em razão de sua densidade normativa, os princípios materiais paradigmas retiram a *liberdade-total* do legislador ordinário para disciplinar o tema.

Portanto, a atuação da Corte *in casu* é, precisamente, a de definir *se* o legislador atuou dentro dessa moldura constitucional, sem a pretensão de substituí-lo, reformulando o modelo de financiamento de campanhas vigentes, o que, aí sim (acredito), violaria o princípio da separação de poderes.

Há ainda uma consideração final. Firmada a *existência* de controle jurisdicional e delimitada a *extensão* dessa atuação na espécie, mister deixar estreme de dúvidas que tal intervenção *em si* não produz uma solução *definitiva* acerca da matéria. Conquanto finalize uma rodada de deliberações, eventual pronunciamento da Corte (*i.e.*, procedência ou improcedência) se destina a abrir os canais de diálogo com os demais atores políticos, notadamente o Poder Legislativo, para a formulação de um modelo constitucionalmente adequado de financiamento de campanhas. Como bem assinala Louis Fisher, “(...) o direito constitucional (...) é um processo em que todos os três poderes convergem e interagem com suas interpretações separadas. Contribuições importantes também vêm dos estados e do público em geral” (FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 3). No mesmo sentido, a jurista canadense Christine Bateup preleciona que o uso judicial das *virtudes passivas* promove o *diálogo constitucional* por propiciarem aos poderes políticos de governo, em conjunto com a sociedade, a oportunidade de debater e resolver questões constitucionais divisoras por meio de canais democráticos. (BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. Brooklyn Law Review. Vol. 71 (3), 2006, p. 1.132). Trata-se, à evidência, de desenho por

ADI 4650 / DF

meio do qual o processo de interpretação constitucional reclama a atuação comum entre o judiciário e outros atores constitucionais, como, no caso, o Poder Legislativo.

Com espeque nesse hodierno marco normativo, a Corte Constitucional deve promover, na espécie, de forma *prudente e intencional*, um “colóquio contínuo” (*continuing colloquy*) com os demais poderes políticos e com as entidades da sociedade civil em geral (BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 1962), sem a pretensão de impor um modelo acabado de financiamento que engesse a atividade legiferante. É exatamente dentro desse marco teórico de diálogo institucional que deve se pautar a Corte. Ao assim proceder, este Supremo Tribunal Federal agirá como um “*catalisador deliberativo*”, promovendo a interação e o diálogo institucional, de modo a maximizar a qualidade democrática na obtenção dos melhores resultados (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 214). Por outro lado, uma postura dialógica não asfixia a atividade do legislador ordinário, impondo exegeses cerradas dos comandos constitucionais. E, como resultado, as críticas de que a intervenção judicial *in casu* usurparia a competência constitucionalmente confiada ao Parlamento caem por terra, máxime porque, como anteriormente afirmado, tal postura fortalece a democracia.

À luz dessas premissas que o Supremo Tribunal Federal deverá julgar a presente ação direta. Passo, na sequência, ao exame das impugnações direcionadas às disposições da Lei nº 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos) e da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições).

IV. DOAÇÕES POR PESSOAS JURÍDICAS

As pessoas jurídicas podem fazer doações e contribuições até o

ADI 4650 / DF

limite de 2% (dois por cento) do faturamento bruto do ano anterior ao da eleição, ressalvados os casos definidos em lei, a teor do art. 81, §1º, da Lei nº 9.504/97. A legislação eleitoral autoriza, ainda, a doação direta por parte das pessoas jurídicas aos partidos políticos, hipótese em que as agremiações poderão aplicar ou distribuir pelas diversas eleições os recursos financeiros recebidos, observados os limites impostos pela legislação (Lei nº 9.096/95, art. 39, *caput*, e § 5º; e Resolução TSE nº 23.376/2012, art. 20, § 2º, II c/c art. 25, *caput* e inciso II).

Transcrevo, a seguir, os referidos preceitos, seguidos por uma breve síntese das impugnações, já detalhadamente expostas no relatório.

Lei nº 9.504/97

“Art. 24. É vedado a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, de:

I – entidade ou governo estrangeiro;

II - órgão da administração pública direta ou indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público;

III - concessionário ou permissionário de serviço público;

IV - entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal;

V - entidade de utilidade pública;

VI - entidade de classe ou sindical;

VII - pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior;

VIII - entidades beneficentes ou religiosas;

IX - entidades esportivas;

X - organizações não-governamentais que recebam recursos públicos;

XI – organizações da sociedade civil de interesse público.

ADI 4650 / DF

Parágrafo único. Não se incluem nas vedações de que trata este artigo as cooperativas cujos cooperados não sejam concessionários ou permissionários de serviços públicos, desde que não estejam sendo beneficiadas com recursos públicos, observado o disposto no art. 81.”

“Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações.

§ 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição.”

Lei nº 9.096/95

“Art. 31. É vedado ao partido receber, direta ou indiretamente, sob qualquer forma ou pretexto, contribuição ou auxílio pecuniário ou estimável em dinheiro, inclusive através de publicidade de qualquer espécie, procedente de:

I- entidades ou governos estrangeiros;

II- autoridades ou órgãos públicos, ressalvadas as dotações referidas no art. 38;

III- autarquias, empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos, sociedades de economia mista e fundações instituídas em virtude de lei e para cujos recursos concorram órgão ou autoridades governamentais;

IV- entidade de classe ou sindical.”

“Art. 38. O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por:

.....

III- doações de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário”

“Art. 39. Ressalvado o disposto no art. 31, o partido político pode receber doações de pessoas físicas e jurídicas para constituição de seus fundos.

....

ADI 4650 / DF

§ 5º. Em ano eleitoral, os partidos políticos poderão aplicar ou distribuir pelas diversas eleições os recursos financeiros recebidos de pessoas físicas ou jurídicas, observando-se o disposto no Parágrafo 1º do art. 23, no art. 24 e no Parágrafo 1º do art. 81 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, e os critérios definidos pelos respectivos órgãos de direção e pelas normas estatutárias.”

Segundo o Conselho Federal da OAB, a permissão de doações a campanhas eleitorais por pessoas jurídicas protege de forma insuficiente os princípios da isonomia, democrático e republicano, razão por que pugna pela declaração de inconstitucionalidade das aludidas doações, nos termos dos itens “e.1” e “e.2” supramencionados.

Do lado oposto, em defesa da constitucionalidade das normas impugnadas, a Advocacia-Geral da União aduz inexistir fundamento constitucional que interdite as pessoas jurídicas de “*atuar[em] de forma participativa em algum modelo de financiamento de campanhas políticas, através de doações legalmente contabilizadas*”. Por sua vez, a Presidência da República, por intermédio da Consultoria-Geral do Ministério da Justiça e da Consultoria-Geral da União, segue o mesmo tom, afirmando que a doação por pessoas jurídicas não consubstancia fator de desequilíbrio na disputa eleitoral, quando respeitados os limites máximos previstos na legislação de vigência. Ademais, afirma que a discussão deve gravitar em torno dos mecanismos de controle e de transparência dos gastos.

Bem delimitada a controvérsia e identificadas as teses em confronto, passo a votar.

Um primeiro ponto a ser enfrentado consiste em saber se a autorização de doações em campanhas eleitorais por pessoas jurídicas, tal como prevista na legislação eleitoral, promove, em alguma medida, o princípio democrático, ou, ao revés, se revela prejudicial ao seu adequado funcionamento.

ADI 4650 / DF

De início, não me parece que seja inerente ao regime democrático, em geral, e à cidadania, em particular, a participação política por pessoas jurídicas. É que o exercício da cidadania, em seu sentido mais estrito, pressupõe três modalidades de atuação cívica: o *ius suffragii* (i.e., direito de votar), o *jus honorum* (i.e., direito de ser votado) e o direito de influir na formação da vontade política através de instrumentos de democracia direta, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 347). Por suas próprias características, tais modalidades são inerentes às pessoas naturais, afigurando-se um disparate cogitar a sua extensão às pessoas jurídicas. Nesse particular, esta Suprema Corte sumulou entendimento segundo o qual as “*pessoas jurídicas não têm legitimidade para propor ação popular*” (Enunciado da Súmula nº 365 do STF), por essas não ostentarem o *status* de cidadãos. Com invulgar felicidade, o professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro Gustavo Tepedino preleciona

as pessoas jurídicas são sujeitos de direitos (...) dotadas de capacidade de direito e de capacidade postulatória, no plano processual (...) **Todavia, a fundamentação constitucional dos direitos da personalidade, no âmbito dos direitos humanos, e a elevação da pessoa humana ao valor máximo do ordenamento não deixam dúvidas sobre a preponderância do interesse que a ela se refere, e sobre a distinta natureza dos direitos que têm por objeto bens que se irradiam da personalidade humana em relação aos direitos (em regra patrimoniais) da pessoa jurídica, no âmbito da atividade econômica privada**”. Grifou-se.

(TEPEDINO, Gustavo. A Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral no Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 2ª ed, pp. XXVII-XXVIII.)

ADI 4650 / DF

Deveras, o exercício de direitos políticos é incompatível com a essência das pessoas jurídicas. Por certo, uma empresa pode defender bandeiras políticas, como a de direitos humanos, causas ambientais etc., mas daí a bradar pela sua indispensabilidade no campo político, investindo vultosas quantias em campanhas eleitorais, dista uma considerável distância. É o que defende o saudoso filósofo norte-americano Ronald Dworkin: as *“empresas são ficções legais. Elas não têm opiniões próprias para contribuir e direitos para participar com a mesma voz e voto na política”* [Do original: *“Corporations are legal fictions. They have no opinions of their own to contribute and no rights to participate with equal voice or vote in politics.”*] (DWORKIN. Ronald. *“The Devastating Decision”*. In: *The New York Times Review of Books*, 25.02.2010, disponível em (<http://www.public.iastate.edu/~jwcwolf/Law/DworkinCitizensUnited.pdf>). Assim é que autorizar que pessoas jurídicas participem da vida política seria, em primeiro lugar, contrário à essência do próprio regime democrático.

Poder-se-ia cogitar, em franca oposição ao que se afirmou, que a participação de pessoas jurídicas no processo político, por meio de contribuições a campanhas e partidos políticos, encerraria um reforço às próprias instituições democráticas, máxime porque permitiria a circulação de mais propostas e a ampliação das discussões em torno de temas públicos. A meu juízo, ocorre justamente o oposto: a participação de pessoas jurídicas tão só encarece o processo eleitoral, sem oferecer, como contrapartida, a melhora e o aperfeiçoamento do debate. De fato, ao vertiginoso aumento dos custos de campanhas não se segue o aprimoramento do processo político, com a pretendida veiculação de ideias e de projetos pelos candidatos. A rigor, essa elevação dos custos possui uma justificativa pragmática, mas dolorosamente verdadeira: os candidatos que despendam maiores recursos em suas campanhas possuem maiores chances de êxito nas eleições.

ADI 4650 / DF

Este cenário se agrava quando se constata que as pessoas jurídicas, nomeadamente as empresas privadas, são as principais doadoras para candidatos e partidos políticos. Deveras, as pessoas jurídicas são as grandes protagonistas no financiamento das campanhas eleitorais, respondendo pela absoluta maioria das doações. E os dados a este respeito são bastante eloquentes. De acordo com a substanciosa petição apresentada pela entidade Clínica de Direitos Fundamentais da prestigiada Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos, nas eleições de 2012, por exemplo, as pessoas naturais doaram pouco menos de 5% dos recursos. Mesmo entre as pessoas jurídicas existe uma forte concentração entre os principais doadores. No pleito de 2010, por exemplo, apenas 1% dos doadores, o equivalente a 191 empresas, foi responsável por 61% do montante doado. Não bastasse, os dez principais financiadores – em geral construtoras, bancos e indústria – contribuíram com aproximadamente 22% do total arrecadado (Fonte: Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social e Transparency International, em estudo intitulado *A responsabilidade das empresas no processo eleitoral*, 2012, p. 34).

Diante desse quadro empírico, não é difícil constatar que um número restrito de pessoas jurídicas – aproximadamente 20 mil empresas, o que corresponde a menos de 0,5% do total de empresas brasileiras, segundo informações do IBGE – financia as campanhas políticas no Brasil.

Mais: se considerarmos que existe uma correlação de quase 100% (cem por cento) entre a quantidade de dinheiro despendida na campanha eleitoral e os votos amealhados pelos candidatos, como restou demonstrado pelo professor e cientista político Geraldo Tadeu, na Audiência Pública, conclui-se que há irrefragável dependência de partidos políticos e candidatos com relação ao capital dessas empresas. Destarte, diversamente do que alegado nas informações prestadas pela Presidência da República, por intermédio da Consultoria-Geral do

ADI 4650 / DF

Ministério da Justiça e da Consultoria-Geral da União, a doação por pessoas jurídicas consubstancia, sim, fator de desequilíbrio nos certames eleitorais, máxime porque os limites máximos previstos na legislação, em vez de inibir, estimulam que as maiores empresas façam maiores doações. Diante desse quadro, eu indago: é salutar, à luz dos princípios democrático e republicano, a manutenção de um modelo como esse, que permite a captura do político pelos titulares do poder econômico? Aqui também a resposta se afigura negativa.

Ademais, penso que a opção por excluir o financiamento por pessoas jurídicas não ensejará consequências sistêmicas sobre a arrecadação de recursos, seja porque se mantém o acesso aos recursos do fundo partidário e à propaganda eleitoral gratuita, seja porque persistiria o financiamento por pessoas naturais. Perfilhando similar entendimento, cumpre registrar a precisa ponderação da Clínica UERJ Direitos e do Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais, segundo a qual

“(..) a exclusão da possibilidade de pessoas jurídicas doarem a campanhas não terá qualquer efeito adverso sobre a arrecadação dos fundos por parte dos candidatos. De um lado, todos os partidos têm acesso ao fundo partidário e ao horário eleitoral gratuito nos veículos de telecomunicação, que já proporcionam aos partidos e candidatos meios suficientes para promoverem suas campanhas. De outro, como as pessoas físicas ainda poderão efetuar contribuições a campanhas políticas, o efeito da restrição às doações de pessoas jurídicas será meramente o de exigir que os candidatos angariem fundos de um número maior de indivíduos”.

Não bastasse, outra consequência da adoção deste modelo é que o peso político atribuído à participação de uma pessoa jurídica variará de acordo com a sua renda. Quanto maior o poderio econômico da empresa doadora maior será a sua capacidade de influenciar decisivamente no resultado das eleições, o que induziria à indesejada “*plutocratização*” da

ADI 4650 / DF

política brasileira. Em alentado estudo sobre o tema, o cientista político norte-americano David Samuels afirma que a competitividade dos candidatos na disputa eleitoral (*i.e.*, o sucesso ou o fracasso) é diretamente proporcional aos gastos feitos nas campanhas (SAMUELS, David. Pork barrelling is not credit claiming or advertising: campaign finance and the sources of the personal vote in Brazil. *The Journal of Politics*, 64 (3): 845-63, 2002). A este respeito, a metáfora criada pelo professor da King's College London Keith D. Ewing, citada por Marcin Walecki, ilustra bem como deve ser compreendida a competição eleitoral em um cenário de penetração irrestrita do poder econômico no processo eleitoral: seria o mesmo que convidar duas pessoas para participar de uma corrida de automóveis, em que uma delas disputará a competição com uma bicicleta e a outra com um carro esportivo (EWING, Keith D. Ewing. *Money, Politics and Law*. Oxford: Oxford University Press, 1992; WALECKI, Marcin. Political, Money and Corruption. In: *International Foundation for Election Systems (IFES). Political Finance White Paper Series*, p. 7).

Há, porém, um complicador no ponto: consiste em saber se há algum interesse constitucional contraposto que, a um só tempo, autorize a doação por pessoas jurídicas e justifique essa proteção insuficiente aos princípios democrático e republicano? Ou, como sustentam os defensores do modelo, o âmbito de proteção da liberdade de expressão abarca um direito fundamental das pessoas jurídicas realizarem doações em campanhas? Mais uma vez, a resposta é desenganadamente negativa. Convém melhor desenvolver.

Embora não se negue o seu caráter *substantivo*, o princípio da liberdade de expressão, no aspecto político, assume uma dimensão *instrumental* ou *acessória*. E isso porque a sua finalidade é estimular a ampliação do debate público, de sorte a permitir que os indivíduos tomem contato com diferentes plataformas e projetos políticos. Como decorrência, em um cenário ideal, isso os levaria a optar pelos candidatos mais alinhados com suas inclinações políticas.

ADI 4650 / DF

Ocorre que a excessiva penetração do poder econômico no processo político compromete esse estado ideal de coisas na medida em que privilegia alguns poucos candidatos – que possuem ligações com os grandes doadores – em detrimento dos demais. Trata-se de um arranjo que desequilibra, no momento da competição eleitoral, a igualdade política entre os candidatos, repercutindo, conseqüentemente, na formação dos quadros representativos. O quadro empírico também aqui é decisivo para demonstrar o que se acaba de sustentar.

Examinando as informações acerca dos principais doadores de campanhas no país, eliminam-se quaisquer dúvidas quanto à ausência de perfil ideológico das doações por empresas privadas. Da lista com as dez empresas que mais contribuíram para as eleições gerais em 2010, a metade (cinco) realizou doações para os dois principais candidatos à Presidência e a suas respectivas agremiações.

O que se verifica, assim, é que uma mesma empresa contribui para a campanha dos principais candidatos em disputa e para mais de um partido político, razão pela qual a doação por pessoas jurídicas não pode ser concebida, ao menos em termos gerais, como um corolário da liberdade de expressão. A *práxis*, antes refletir as preferências políticas, denota um *agir estratégico* destes grandes doadores que visam a estreitar suas relações com o poder público, de forma republicana ou não republicana. Além disso, e como destacou Daniel Sarmiento e Aline Osório, esse *pragmatismo* empresarial objetiva também evitar “*represálias políticas*”, que podem acarretar a perda de concessões e benefícios concedidos pelo Estado. Nesse sentido, os dois juristas, reportando-se ao estudo “*Corrupção no Brasil: A perspectiva do setor privado*”, sustentam “*que mais de 25% das empresas entrevistadas alegaram terem sido coagidas a fazerem doações a campanhas e, destas, a metade relatou terem sido prometidos favores em troca da contribuição*”. (SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. *Eleições, dinheiro e democracia: a ADI 4.650 e o modelo brasileiro de financiamento*

ADI 4650 / DF

de campanhas eleitorais, 2013, p. 5; ver também ABRAMO, Claudio Weber. *Corrupção no Brasil: A perspectiva do setor privado*, 2003. *Transparência Brasil*, 2004).

Por outro lado, tampouco o precedente paradigma *Citizens United v. Federal Election Commission* proferido pela Suprema Corte americana (558 U.S. 310 (2010)) ampara a tese de que a doação por pessoas jurídicas encerra um exercício de liberdade de expressão. É que no referido precedente a Suprema Corte não cuidou especificamente do financiamento realizado diretamente por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais. Ao contrário, a questão de fundo versava a possibilidade de se efetuar os cognominados *gastos independentes* realizados por empresas, ou seja, gastos realizados em favor de candidato sem a sua prévia consulta.

O referido *distinguishing* entre *doações* e *gastos* foi feito pela primeira vez no célebre caso *Buckley v. Valeo* (424 U.S. 1 (1976)), proferido em 1976, pela Suprema Corte americana. No caso, questionava-se a validade de inúmeras disposições do *Federal Election Campaign Act – FECA*, editado em 1971. Ao decidir a controvérsia, a Suprema Corte asseverou que as restrições aos *gastos independentes* violariam a liberdade de expressão, reputando, por outro lado, como constitucionais os limites impostos pela legislação a doações diretas estabelecidas no FECA.

Portanto, mesmo nos Estados Unidos, país cuja tradição de respeito e valorização à liberdade de expressão é amplamente reconhecida, não há um pronunciamento da Suprema Corte a favor das doações por pessoas jurídicas feitas diretamente às campanhas eleitorais. Pelo contrário: ao que se depreende de *Buckley v. Valeo*, a Corte não vislumbrou que tais doações diretas realizadas por empresas privadas decorrem diretamente da liberdade de expressão, tal como o assentou nas hipóteses de *gastos independentes*.

Outro ponto a ser analisado se refere aos mecanismos de controle

ADI 4650 / DF

dos financiamentos de campanhas. Nesse sentido, a Presidência da República afirma que a discussão em torno das doações por pessoas jurídicas deve girar em torno dos instrumentos de fiscalização e de controle. Também, neste pormenor, penso que tal argumento não tem o condão de afastar a inconstitucionalidade do modelo de doação por pessoas jurídicas. Isso porque defender com fortes tintas que a questão da doação por pessoas jurídicas se restringe aos mecanismos de controle e de transparência dos gastos, *data maxima venia*, me parece insuficiente para amainar o cenário de cooptação do poder político pelo econômico e resgatar a confiança da população no processo eleitoral. O argumento de que as empresas continuariam a investir elevadas quantias nas campanhas eleitorais, desta vez não contabilizadas (“Caixa 2”), não impede que se constate a *disfuncionalidade* do atual modelo e, bem por isso, se promova o seu aperfeiçoamento. Na realidade, tanto a proibição de doações por empresas privadas quanto o aperfeiçoamento das ferramentas de controle podem caminhar juntas. E, a este respeito, proscrever a doação por pessoas jurídicas pode, inclusive, facilitar a tarefa dos órgãos de controle, uma vez que se tornam *autoevidentes* as campanhas mais dispendiosas.

Por fim, mas não menos importante, também vislumbro a inconstitucionalidade dos critérios de doação a campanhas por pessoas jurídicas sob o enfoque da isonomia entre pessoas jurídicas. E isso porque a Lei das Eleições, em seu art. 24, não estende tal faculdade a toda e qualquer espécie de pessoa jurídica. Em verdade, o indigitado preceito estabeleceu um rol de entidades que não podem realizar doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro a candidatos e a partidos políticos, proscrevendo, por exemplo, contribuições por associações de classe e sindicais, bem como de entidades integrantes do denominado terceiro setor. E como resultado dessa vedação, as empresas privadas, cuja esmagadora maioria se destina à atividade lucrativa, são as protagonistas entre as pessoas jurídicas em detrimento das entidades sem fins lucrativos e dos sindicatos.

ADI 4650 / DF

Com efeito, ao vedar que associações civis sem fins lucrativos e entidades sindicais realizem doações, a legislação eleitoral cria, sem qualquer *fundamento constitucional*, uma desequiparação entre pessoas jurídicas, razão por que a violação à isonomia é manifesta. Com efeito, o princípio geral de igualdade, encartado no art. 5º, *caput*, da Lei Maior, se afigura como limite *material*, e não apenas *formal*, ao legislador. Ele impõe que exista uma *razão constitucional suficiente* que justifique a diferenciação, bem como reclama a necessidade de que esse tratamento diferenciado guarde pertinência com a causa jurídica distintiva. Como bem explica Robert Alexy, “*a assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência a possibilidade de compreender o enunciado legal de igualdade como um princípio de igualdade, que prima facie exige tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos*”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008). No caso, porém, ocorre justamente o oposto: se o *telos* que orienta a norma proibitiva for evitar o surgimento de relações promíscuas entre as referidas entidades e o sistema político, deveria *a fortiori* ser proscrita qualquer doação por empresas privadas.

Na realidade, não existem *princípios contrapostos* que justifiquem a autorização de doações a campanhas por parte de empresas, mas que não franqueiem similar possibilidade às entidades sindicais. A mesma racionalidade pode ser estendida à proibição de doações por entidades não-governamentais que recebam recursos públicos, prevista no art. 24, X, da Lei nº 9.504/97. Ora, se as empresas privadas que contratam com o governo não apenas podem doar como também figuram entre os maiores doadores, é inelutável que entidades não-governamentais também devem poder realizar doações a campanhas políticas. Daí por que, se a *mens legislatoris* do art. 24, X, da Lei nº 9.504/97 quis impedir a formação de pactos anti-republicanos entre associações que recebem recursos governamentais com o poder público, a permissão de doações por

ADI 4650 / DF

empresas privadas colide frontalmente com a sua finalidade subjacente. Trata-se, destarte, de critérios injustificáveis que, além de não promover quaisquer valores constitucionais, deturpam a própria noção de cidadania e de igualdade entre as pessoas jurídicas.

Ex positis, voto pela procedência do pedido contido no item “e.1” da peça vestibular, para declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do **art. 24 da Lei nº 9.504/97, na parte em que autoriza, a contrario sensu, a doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais.** Ademais, voto pela inconstitucionalidade **do art. 24, parágrafo único, e do art. 81, caput, e § 1º, da Lei nº 9.507/94.**

Outrossim, voto pela procedência do pedido veiculado no item “e.2” da exordial, assentando a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto **do art. 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, a contrario sensu, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos.** Voto também pela declaração de inconstitucionalidade das expressões **“ou pessoa jurídica”**, constante no art. 38, inciso III, e **“e jurídicas”**, inserta no art. 39, *caput* e § 5º, todos os preceitos da Lei nº 9.096/95.

V.1. DOAÇÕES POR PESSOAS NATURAIS E USO DE RECURSOS PRÓPRIOS POR CANDIDATOS

As pessoas naturais podem fazer doações e contribuições em dinheiro para campanhas eleitorais, limitadas a até 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior ao pleito, *ex vi* do art. 23, *caput* e § 1º, inciso I, da Lei nº 9.504/97. Ademais, nos termos do art. 23, *caput*, e § 7º, também podem efetuar doações “estimáveis em dinheiro”, relativas à utilização de bens móveis ou imóveis de propriedade do doador, desde que o valor não ultrapasse R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

ADI 4650 / DF

A legislação de regência prevê, ainda, que os candidatos possam utilizar recursos próprios, cujo limite equivalerá ao valor máximo estabelecido pelo seu partido, na forma da lei, com espeque no art. 23, *caput*, e § 1º, II, da Lei nº 9.504/97. Reproduzo, para melhor compreensão, os textos hostilizados, seguidos, imediatamente, de sucinta exposição dos argumentos, detidamente apresentados no relatório.

Lei nº 9.504/97

“Art. 23. As pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta lei:

§ 1º. As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas:

I - no caso de pessoa física, a dez por cento dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição.

II - no caso de candidato que utilize recursos próprios, ao valor máximo de gastos estabelecido pelo seu partido, na forma da lei.”

Lei nº 9.096/95

“Art. 39. Ressalvado o disposto no art. 31, o partido político pode receber doações de pessoas físicas e jurídicas para constituição de seus fundos.

....

§ 5º. Em ano eleitoral, os partidos políticos poderão aplicar ou distribuir pelas diversas eleições os recursos financeiros recebidos de pessoas físicas ou jurídicas, observando-se o disposto no Parágrafo 1º do art. 23, no art. 24 e no Parágrafo 1º do art. 81 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, e os critérios definidos pelos respectivos órgãos de direção e pelas normas estatutárias.”

Quanto à doação por pessoas naturais, a AGU, em seu parecer, defendeu a constitucionalidade do modelo, firme no argumento de que *“a fixação de percentual sobre os rendimentos auferidos no ano anterior à eleição*

ADI 4650 / DF

como critério para limitar as doações feitas por pessoas físicas a partidos e campanhas eleitorais não revela qualquer inconstitucionalidade por afronta aos postulados da isonomia e da proporcionalidade”, porquanto “[se] trata de opção política exercida pelo Poder Legislativo no âmbito de sua atuação discricionária, cuja decisão, por não ser incompatível com qualquer disposição constitucional, não pode ser simplesmente substituída pelo critério sugerido pelo requerente”.

No tocante ao uso de recursos próprios, aduz o Requerente que “o critério em discussão autoriza doações a campanha de milhões de reais, que podem, verdadeiramente, decidir pleitos eleitorais”. Assevera também que “[a adoção do referido critério] perpetua a desigualdade, ao conferir um poder político incomparavelmente maior aos ricos do que aos pobres”.

Em suas informações, a Advocacia-Geral da União defende a constitucionalidade das normas vergastadas, asseverando que a utilização de recursos próprios pelos candidatos para financiar suas campanhas “homenageia os princípios da liberdade de participação política, da cidadania e do pluralismo político”.

Confrontadas as teses, passo a examinar o ponto.

Ab initio, manifestei-me pela incompatibilidade material das normas *sub examine* com os cânones jusfundamentais da igualdade política e de gênero, bem como por ultraje aos princípios republicano e democrático. Contudo, após refletir sobre as ponderações lançadas pelos meus eminentes pares, evoluí em meu posicionamento para acompanhar a maioria do Colegiado que se formou, no sentido de reconhecer a constitucionalidade do arcabouço normativo reitor das doações para pessoas naturais e do uso de recursos próprios pelos candidatos, razão por que reajusto, apenas neste particular, meu voto anteriormente proferido.

Pelo exposto, julgo improcedentes os pedidos deduzidos pelo

ADI 4650 / DF

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, acerca dos critérios de doação de pessoas naturais e do uso próprio de recursos pelos candidatos, para **declarar a constitucionalidade do art. 23, § 1º, I e II, da Lei nº 9.504/97 e do art. 39, § 5º, da Lei nº 9.096/95.**

É como voto, reajustando parcialmente minha manifestação anteriormente proferida nesta Corte.