

25/08/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	:PARTIDO TRABALHISTA NACIONAL E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	:JOELSON DIAS E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	:CÂMARA DOS DEPUTADOS
ADV.(A/S)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	:CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	:PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 46, caput, expressão “superior a nove deputados”, e 47, § 2º, da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições), com a redação da Lei nº 13.165/15. Debates eleitorais no rádio e na televisão. Participação garantida aos candidatos dos partidos políticos com representação superior a nove deputados. Critério razoável de aferição da representatividade do partido. Distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita. Compreensão do princípio da igualdade em seu aspecto material. Legitimação popular das agremiações partidárias. Improcedência do pedido.

1. O art. 46, **caput**, da Lei nº 9.504/97 assegura a participação, nos debates eleitorais, dos candidatos dos partidos políticos com mais de 9 (nove) representantes na Câmara dos Deputados. Critério razoável de aferição da representatividade do partido, pois não obsta a participação nos debates de legendas com menor representatividade, a qual ainda é facultada, a critério das emissoras de rádio e televisão. O direito de participação em debates eleitorais - diferentemente da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão -, não tem assento constitucional e pode sofrer restrição maior, em razão do formato e do objetivo desse tipo de programação.

ADI 5423 / DF

2. Os incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97, em consonância com a cláusula democrática e com o sistema proporcional, estabelecem regra de equidade, resguardando o direito das minorias partidárias de acesso à propaganda eleitoral e pondo em situação de benefício não odioso aquelas agremiações mais lastreadas na legitimidade popular. O tempo outorgado proporcionalmente à representatividade, embora dividido de forma distinta entre as agremiações, não nulifica a participação de nenhuma legenda concorrente. Precedente: ADI nº 4.430, de **minha relatoria**, Tribunal Pleno, DJ de 19/9/13.

3. A consideração, na distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita, da representatividade dos seis maiores partidos políticos de determinada coligação, formada para as eleições majoritárias (inciso I, do § 2º, do art. 47, da Lei nº 9.504/97), é critério que objetiva um equilíbrio na distribuição do tempo de horário eleitoral gratuito, evitando a concentração, em uma coligação majoritária, de dada quantidade de tempo que pudesse caracterizar o monopólio do horário ou a posse de tempo muito maior do que o dos candidatos adversários. Outrossim, esse regramento desestimula a criação de legendas de ocasião, partidos políticos criados sem nenhuma motivação ideológica, com o único escopo de angariar tempo de propaganda eleitoral.

4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos e nos termos do voto do Relator, em julgar improcedente o pedido formulado, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava parcialmente procedente o pedido, e os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que o julgavam procedente.

Brasília, 25 de agosto de 2016.

ADI 5423 / DF

MINISTRO DIAS TOFFOLI
Relator

24/08/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
REQTE.(S) : **PARTIDO TRABALHISTA NACIONAL E**
 OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : **JOELSON DIAS E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **CÂMARA DOS DEPUTADOS**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Trabalhista Nacional e por outros, tendo como objeto a expressão “superior a nove deputados”, constante do art. 46 da Lei 9.504/97 (Lei da Eleições), e o art. 47, § 2º, da mesma lei, ambos com redação dada pela Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015.

Eis o teor das normas impugnadas:

“Art. 46. Independentemente da veiculação de propaganda eleitoral gratuita no horário definido nesta Lei, é facultada a transmissão por emissora de rádio ou televisão de debates sobre as eleições majoritária ou proporcional, sendo assegurada a participação de candidatos dos partidos com representação **superior a nove Deputados**, e facultada a dos demais, observado o seguinte:

(...)

Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, nos trinta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral

ADI 5423 / DF

gratuita, na forma estabelecida neste artigo.

(...)

§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios:

I - 90% (noventa por cento) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, no caso de coligação para eleições majoritárias, o resultado da soma do número de representantes dos **seis maiores partidos** que a integrem e, nos casos de coligações para eleições proporcionais, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integrem;

II - 10% (dez por cento) distribuídos igualmente.

Os autores narram que a Lei nº 13.165/2015, ao conferir nova redação ao **caput** do art. 46 da Lei das Eleições, alterou as regras de participação de candidatos nos debates eleitorais em emissoras de rádio e de televisão, tanto nas eleições majoritárias como nas proporcionais. De acordo com a redação anterior do preceito em tela, tinham direito a participar dos debates candidatos de partidos que possuíssem pelo menos 1 (um) representante na Câmara dos Deputados. Atualmente, somente é assegurada tal participação aos partidos com representação “superior a nove deputados”. Alega-se que a consequência disso será que candidatos de partidos menores não terão acesso a esses debates, circunstância que implicará violação do princípio da proporcionalidade e dos arts. 1º, inciso V e parágrafo único, e 17, caput e §§ 1º e 3º, todos da Constituição Federal.

Os requerentes também questionam o § 2º do art. 47 da Lei das Eleições, alterado pela Lei nº 13.165/2015. Quanto a essa norma, afirmam haver três níveis de inconstitucionalidade. Primeiramente, defendem que a repartição do horário de propaganda eleitoral gratuita deveria ocorrer de forma igualitária entre todos os partidos políticos, apontando violação do § 3º do art. 17 da Constituição Federal, do princípio da isonomia (art.

ADI 5423 / DF

5º, **caput**, da CF/88) e do princípio republicano (art. 1º da CF/88).

Em segundo lugar, questionam o critério de distribuição do tempo de propaganda baseado na representatividade de cada partido na Câmara dos Deputados, ao argumento de que esse critério “está em desarmonia com o sistema presidencialista adotado”, o qual “não considera o papel das coligações nos pleitos e se mostra alienado do caráter regional das eleições para deputados federais, além de propiciar distorções absurdas quando vem à baila a distribuição do tempo de propaganda de segundo turno de eleições” (fls. 9/10).

Por fim, questionam a expressão “seis maiores”, constante do inciso I do § 2º do art. 47 da Lei das Eleições, afirmando que “mesmo que se admita a possibilidade de discrimen entre os diversos Partidos, no que tange ao exercício do direito de antena, não se mostra razoável e proporcional que se inclua na contagem, no caso de coligação majoritária, somente o tempo dos seis maiores partidos integrantes da coligação” (fl. 12). Aduz que essa regra minimiza o tempo de rádio e televisão dos partidos minoritários, ainda que possuam representação na Câmara dos Deputados.

Requerem, no mérito, a declaração de inconstitucionalidade material:

“a) da expressão ‘**superior a nove deputados**’ constante do art. 46, da Lei 9.504/97, com a redação dada pela Lei nº 13.165/2015;

b) dos incisos I e II, do § 2º, do art. 47, da Lei 9.504/97, respeitando a divisão igualitária do tempo para todos os Partidos, **ou, caso assim não se entenda**,

c) dos incisos I e II, do § 2º, do art. 47, da Lei 9.504/97, respeitando a proporcionalidade da votação das coligações na eleição presidencial, com a consequente divisão igualitária do tempo de cada coligação entre os partidos que a compuseram, ou, ao menos, respeitando a proporcionalidade da votação para o Congresso Nacional, desde que observado o esforço coligado, onde, o tempo proporcional de cada congressista eleito por coligação deve ser dividido entre os partidos que a

ADI 5423 / DF

compuseram, **ou, caso ainda assim não se entenda,**

d) da expressão ‘seis maiores’, constante do inciso I, do § 2º, do art. 47, da Lei 9.504/97, com a redação dada pela Lei 13.165/2015” (fl. 16).

Em 1º de fevereiro de 2016, em caráter excepcional, examinei monocraticamente, **ad referendum** do Plenário, o pedido de medida cautelar, o qual indeferi, “mantendo a eficácia dos dispositivos e das expressões impugnadas, até apreciação dessa decisão pelo Plenário”.

Tendo em vista a relevância da matéria e por razões de eficiência e celeridade processuais, adotei, em seguida, o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99, a fim de que a ação seja julgada em caráter definitivo.

Em suas informações, a Presidência da República aduz que o art. 46 da Lei nº 9.504/97, com a redação conferida pela Lei nº 13.165/15, é constitucional e não obsta o livre funcionamento dos partidos. Entende que a exigência criada pela Lei nº 13.165/15, no sentido de assegurar o direito de participação nos debates aos candidatos cujos partidos possuam pelo menos 10 (dez) representantes na Câmara dos Deputados, não impede que as emissoras de rádio e de televisão, a seu critério, permitam a participação de candidatos que não preencham tal requisito. Afirma, também, que a nova redação do art. 47, § 2º, da Lei 9.504/97, o qual distribui o tempo de propaganda eleitoral gratuita, “não constitui afronta alguma ao princípio republicano, ou ao princípio da igualdade, nem ao direito de acesso gratuito ao rádio e à televisão”.

O Senado Federal, por sua vez, defende a constitucionalidade da Lei nº 13.165/13, assentando não haver

“no caso em questão, tratamento desigual, mas tratamento proporcional à representação de cada partido no Congresso Nacional, posto que, em face de cada bancada, se encontram eles em situações políticas claramente diferenciadas, não havendo que se falar em falta de razoabilidade dos critérios legais empregados”.

ADI 5423 / DF

A Câmara dos Deputados apresentou informações acerca do trâmite do projeto de lei que culminou na Lei nº 13.165/13, que ora se impugna.

A Advocacia-Geral da União sustenta que as normas impugnadas não ofendem o princípio da isonomia, mas, ao contrário, conferem a ele aplicabilidade no plano material, haja vista que o legislador ordinário, ao editar a Lei nº 13.165/13, levou em consideração as diferenças havidas entre as agremiações partidárias. Entende que tais inovações normativas estão, outrossim, em consonância com os princípios constitucionais da representatividade e do desempenho eleitoral e que, por outro lado,

“o artigo 17, § 3º, da Lei Maior trata de conferir *aos partidos políticos* o direito a recursos do fundo partidário e o acesso gratuito ao rádio e à televisão para fins de realização de propaganda eleitoral, mas nada estabelece acerca de debates entre candidatos a cargo eletivo”.

A Procuradoria-Geral da República, por seu turno, manifesta-se pela improcedência do pedido em parecer assim ementado:

“CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 46, *CAPUT*, E 47, § 2º, I E II, DA LEI 9.504/1997, NA REDAÇÃO DA LEI 13.165/2015. PARTICIPAÇÃO EM DEBATES ELEITORAIS E DISTRIBUIÇÃO DO TEMPO DE PROPAGANDA ELEITORAL. CONHECIMENTO DO PEDIDO. LEGITIMIDADE DE MAIS DE UM CRITÉRIO DE REPARTIÇÃO DO TEMPO DE ANTENA. CRITÉRIO DE REPRESENTAÇÃO PARTIDÁRIA NA CÂMARA DOS DEPUTADOS. REDUÇÃO DA PARCELA DESTINADA A DISTRIBUIÇÃO IGUALITÁRIA ENTRE OS PARTIDOS. RAZOABILIDADE DOS PERCENTUAIS.

1. Aplica-se a ações de controle concentrado de constitucionalidade regra de distribuição por prevenção e de reunião de processos para julgamento conjunto, quando haja total ou parcial coincidência de objetos.

2. Admite o Supremo Tribunal Federal apreciar

ADI 5423 / DF

constitucionalidade da disciplina legal da repartição do tempo de propaganda eleitoral gratuita, ainda que para dela extrair interpretação conforme a Constituição, com o objetivo de fazer incidir conteúdo normativo constitucional dotado de carga cogente, cuja produção de efeitos independa de intermediação legislativa. Precedente.

3. São constitucionais as regras que a Lei 13.165/2015 (a chamada 'Minirreforma Eleitoral') introduziu nos arts. 46, **caput**, e 47, § 2º, I e II, da Lei 9.504/1997 (a Lei das Eleições), pois respeitam a representação política legitimamente conquistada no pleito eleitoral e asseguram participação de todos os partidos políticos no rateio do horário eleitoral gratuito.

4. A hiperfragmentação das associações partidárias não tem sido benéfica ao Brasil nem ao sistema representativo. A profusão de pequenos partidos confunde o próprio eleitor, o qual, compreensivelmente, não os consegue associar a programas definidos. Medidas legislativas que estimulem certa concentração partidária não são intrinsecamente ruins, muito menos inconstitucionais.

5. Parecer pela improcedência do pedido.”

É o relatório.

24/08/2016**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423 DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Senhor Presidente, inicio por cumprimentar as manifestações orais, todas lançadas de maneira bastante articulada, organizada e objetiva.

O tema, como já foi dito da tribuna, retorna a esta Corte de eleição em eleição. O Ministro do Tribunal Superior Eleitoral Henrique Neves fez um levantamento: desde 1988 até hoje, já houve mais leis eleitorais do que eleições. Já houve edição de mais leis eleitorais do que eleições. Obviamente, não se trata de leis eleitorais completas, mas de alterações desse ou daquele dispositivo legal.

Eu, com a experiência que tive à frente do Tribunal Superior Eleitoral, e, em contato com outros países, aos poucos, vou refletindo sobre se o nosso sistema não é exageradamente controlado. E temos uma Corte Eleitoral, um Poder Judiciário Eleitoral, eu costumo dizer, que já cassou, no país, mais mandatos do que o regime militar em vinte anos. Obviamente que por meio de decisões judiciais, com ampla defesa, com contraditório, com os sistemas de recursos aos tribunais regionais, aos tribunais superiores e até a esta Suprema Corte, que reiteradamente vem sendo chamada a decidir sobre questões político-eleitorais. Mas isso não é uma exclusividade do Brasil, nos Estados Unidos, por exemplo, a Suprema Corte decide de três a seis casos por ano em matéria eleitoral. Desde leis estaduais que restringem o alistamento até os **civil rights**: se foram prorrogados, se não foram prorrogados. O financiamento de campanha, lá, tem sido discutido, nos últimos vinte anos, muito mais do que aqui.

Enfim, é um tema recorrente. A minha reflexão é que futuramente o Congresso Nacional, a sociedade, a academia, aqueles que atuam no Direito, a classe política devem refletir no sentido de conquistarmos, realmente, uma maior maturidade e uma maior liberdade, uma liberdade

ADI 5423 / DF

responsável. A quantidade de controles leva a uma quantidade de litígios muito grande.

Paralelamente a essa realidade, a que nós assistimos? Nós assistimos à criação das redes sociais; nós assistimos a uma nova forma de se fazer política. Então, estamos aqui discutindo, talvez, algo que são os horários eleitorais gratuitos obrigatórios, no período das eleições, os quais talvez, em pouco tempo, não sejam o veículo de campanha mais eficiente e mais eficaz, senão, talvez, o mais aborrecido de todos, porque, muitas vezes, as pessoas se aborrecem com aquela quantidade de propagandas ou com o nível delas.

Mas, feitas essas palavras introdutórias, o que eu tenho a dizer, Senhor Presidente, eminentes Colegas, é que o julgador, o juiz não pode trabalhar com seu desejo, ele tem que estar vinculado à Constituição e às leis do seu país. O juiz tem uma atuação vinculada.

As análises feitas nas ações, no sentido de procedência, de interpretação conforme, nas manifestações pela improcedência ou, por exemplo, em votos vencidos, do passado, nesta Corte, e me permito citar voto de dois eminentes Colegas, um deles aqui presente, o Ministro **Marco Aurélio**; o outro, do eminente Ministro **Cezar Peluso**, que, ao julgar a Ação 4.430, votaram no sentido de ser o tempo dividido de maneira igual para todos. Todas essas leituras são possíveis, todas essas leituras e todos os argumentos trazidos à tribuna, os textos trazidos nas iniciais, as manifestações são, todos eles, textos, fundamentos, argumentos, sem dúvida nenhuma, com uma base jurídica, uma base técnica a sustentar.

E, como eu disse, o juiz não pode atuar com seu desejo, ele tem que atuar de maneira vinculada. E, em todos os casos que eu estou aqui a julgar e a trazer, em síntese, eu estou levando em consideração que todos esses debates se deram no âmbito do Legislativo, no âmbito do Congresso Nacional, no âmbito de projetos de lei que tramitaram com oitiva em audiências públicas, inclusive de integrantes desta Corte, de integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, de integrantes do Ministério Público, da advocacia eleitoral, da área de comunicação das emissoras, de

ADI 5423 / DF

marqueteiros da área, enfim, de todos que atuam na área.

E, aí, a colocação que se faz é se essa normatização, que a maioria fez prevalecer, estaria ou não dentro de um parâmetro de proporcionalidade e de razoabilidade. E a conclusão a que eu chego, em síntese, em todos os casos, é que estou julgando improcedentes as três ações sob minha relatoria.

Muito interessante a abordagem colocada pelo próprio representante da ABERT que veio à tribuna sobre o critério de se mesclar o número mínimo de parlamentares para a representatividade de um partido com uma proporção do que há nos indicadores das pesquisas eleitorais relativamente a candidatos que estão em partidos ou coligações com menos de dez parlamentares, mas que, por exemplo, estejam em terceiro lugar nas pesquisas eleitorais. Não vou aqui citar nomes para não fazer propaganda eleitoral gratuita por meio da TV Justiça, mas todos sabem de quem se trata. Trata-se de candidatos, em algumas capitais do país, que estão em segundo lugar, talvez em primeiro lugar, em terceiro lugar, mas que, pela fixação legislativa, não têm de ser chamados obrigatoriamente pelas emissoras de TV para os debates. E, aí, vem um segundo ponto: quem fixa as regras são os dois terços daqueles que, por obrigação legal, têm de ser convocados. O que diz o § 5º? Esses dois terços podem decidir quem vai e quem não vai.

Esse é o maior drama, segundo minha análise, de todas as ações aqui postas. Por exemplo, esses dois terços cujos partidos têm mais de nove deputados - e, portanto, obrigatoriamente são chamados pelas emissoras que querem fazer o debate -, eles têm o direito de excluir, por exemplo, um candidato de um partido que tenha dois deputados, mas esteja com 20% das intenções de votos, numa média dos principais institutos de pesquisa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A resposta surge negativa, considerada a liberdade de imprensa, já que o debate é facultativo, não é imposto às emissoras.

ADI 5423 / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Como Relator, já estou provocando exatamente aqueles pontos que mais, Ministro **Marco Aurélio**, atormentam o juiz no momento de decidir.

Eu trouxe a premissa primeira do meu voto e estou dizendo que, neste ponto, estou muito aberto ao debate, a ouvir os Colegas. Qual é a premissa do meu voto? É exatamente privilegiar aquilo que o legislador decidiu. Agora, que há um conteúdo na lei em que a maioria pode excluir uma minoria, isso há.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Isso é que é ditadura da maioria!

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Mas estou aqui fazendo um resumo do voto, me permitam os eminentes advogados que foram à tribuna; o Ministério Público, que se manifestou; a Advocacia-Geral da União, mas fiz distribuir o voto. E, em vez de fazer uma longa leitura, que até nos dispersa e nos desconcentra, gostaria de colocar os problemas que penso existirem.

Quanto à divisão de 90% para aqueles que têm representação e 10% igualmente entre todos, os que não têm e os que têm, não vejo o que glosar nessa opção do legislador. Não vejo. Até porque, no art. 17 da Constituição, que estabelece que os partidos políticos têm direito de acesso ao rádio e à televisão de forma gratuita, há uma vírgula antes de “na forma da lei”. Ele diz “na forma da lei”, então, é essa a sustentação.

Antigamente, um terço era dividido igualmente entre todos os partidos, tivessem ou não tivessem representação no Congresso Nacional, e dois terços, para aqueles que tinham representação no Congresso Nacional.

Isso foi originado por uma decisão do Tribunal Superior Eleitoral, quando ainda não havia lei a respeito. O Tribunal Superior Eleitoral foi provocado por partidos políticos que não tinham representação no Congresso Nacional, após a edição da Lei nº 9.504, de 1997. Os partidos que não tinham representante no Congresso Nacional alegavam: “Nós

ADI 5423 / DF

não teremos participação no horário eleitoral gratuito". Sem parâmetro legal, por construção, com base nos princípios constitucionais da soberania popular, da igualdade, do art. 17, dos partidos políticos, da pluralidade ideológica, que também está no art. 1º, o qual baseia os fundamentos da sociedade brasileira, o Tribunal Superior Eleitoral entendeu por bem fixar esse parâmetro: Vamos dividir um terço igualmente para todos e dois terços exclusivamente para aqueles que tenham representantes no Congresso Nacional, na proporção do número de parlamentares.

Essa Resolução, depois, virou lei. E essa, agora, foi alterada pela Lei de 2015, que determinou uma prevalência maior de tempo para quem tem representação no Congresso Nacional, privilegiando, portanto, aqueles que já tenham tido, como diria o querido Ministro **Ayres Britto**, o "batismo das urnas" e, no "batismo das urnas", tenham tido uma benção maior do que outros catecúmenos. E aumentou-se, então, de dois terços para 90%, e diminuiu-se o tempo daqueles que não têm representação de um terço para 10% - lembrando que esses 10% são divididos também com aqueles que já têm a participação nos 90%.

Eu não vejo aqui outra coisa senão uma opção legítima do legislador, do Legislativo, do órgão competente para, então, regram o art. 17, na forma da lei. E não vejo aqui que tenha andado de uma maneira abusiva ou de uma maneira a excluir as chamadas minorias a legislação. Assim, eu também, nesse ponto, estou a manter a lei.

Portanto, Senhor Presidente, para voltar, pelo menos à ordem, depois de trazer aqui as ponderações e os principais temas que acho que são interessantes; **nós temos também que lembrar que os debates eleitorais são facultativos e não têm assento na Constituição**. Nenhum partido político, nenhum candidato, nenhuma coligação possui direito subjetivo a exigir que uma emissora faça um debate. É uma faculdade das emissoras. O tratamento, portanto, a respeito de debate é totalmente infraconstitucional. Eu penso que é um ponto importante de se destacar.

24/08/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423 DISTRITO FEDERAL**VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Consoante relatado, insurge-se a parte autora na presente ação direta contra os arts. 46, **caput**, e 47, § 2º, da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições), com a redação conferida pela Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015. Impugna o art. 46 do citado diploma normativo na parte em que garante a participação em debates eleitorais nas emissoras de rádio e televisão somente aos candidatos cujos partidos possuam mais de 9 (nove) deputados federais, ficando a critério das emissoras convidar os candidatos que não preencham tal critério. No tocante ao art. 47, § 2º, da mesma lei, apontam que haveria inconstitucionalidade na forma de distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita entre os partidos políticos.

I - DA CONSTITUCIONALIDADE DE SE ASSEGURAR A PARTICIPAÇÃO NOS DEBATES SOBRE AS ELEIÇÕES MAJORITÁRIAS E PROPORCIONAIS AOS CANDIDATOS DE PARTIDOS POLÍTICOS COM REPRESENTAÇÃO SUPERIOR A 9 (NOVE) DEPUTADOS (ARTIGO 46, CAPUT, DA LEI Nº 9.504/97, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.165/15).

Os autores da ação sustentam a inconstitucionalidade da expressão “superior a nove deputados”, constante do art. 46 da Lei 9.504/97, Lei da Eleições, com a redação dada pela Lei nº 13.165/15, ao argumento de que, em síntese, a norma inviabilizaria o fortalecimento dos partidos políticos minoritários, que necessitam de espaço nos debates eleitorais para a difusão de suas ideias e das propostas de seus candidatos. Vejamos o teor da norma em tela:

“Art. 46. Independentemente da veiculação de propaganda eleitoral gratuita no horário definido nesta Lei, é facultada a transmissão por emissora de rádio ou televisão de

ADI 5423 / DF

debates sobre as eleições majoritária ou proporcional, sendo assegurada a participação de candidatos dos partidos com representação **superior a nove Deputados, e facultada a dos demais**, observado o seguinte: (...)”

De início, registre-se que a norma, em sua redação originária, já restringia a participação nos debates aos candidatos integrantes de partidos políticos com representação na Câmara dos Deputados. A norma de 2015 reforçou esse critério, tornando-o mais rigoroso, assegurando que apenas os candidatos dos partidos de maior representatividade participem dos debates via rádio e televisão.

Note-se que o preceito **assegura** a participação, nos debates eleitorais, dos candidatos dos partidos políticos com representação superior a nove deputados. No entanto, assim como ocorria com o preceito em sua redação anterior, é ainda **facultada** a participação de candidatos de partidos que não atendam ao critério legal.

Portanto, a norma não promove a absoluta exclusão das legendas minoritárias dos debates eleitorais, como querem sugerir os autores na petição inicial. Os partidos políticos com menor representação no parlamento poderão ser convidados a compor o debate, a critério da emissora de rádio ou televisão, a qual, possivelmente, terá interesse em convidar os candidatos que, não obstante não atendam ao critério da lei, detenham percentuais significativos das intenções de voto, ou cujo discurso e pautas reforcem a pluralização de ideias no debate.

Como bem apontado pela Procuradoria-Geral da República,

“[p]arece intuitivo que candidatos com forte indicação de preferência eleitoral em pesquisas pré-eleitorais tenderão a ser convidados pelos meios de comunicação, independentemente da bancada de seu partido, uma vez que esses meios têm interesse em dar espaço a candidatos com maior apelo de seus ouvintes, leitores ou espectadores”.

Na linha do que defendi no indeferimento da medida cautelar, **o que**

ADI 5423 / DF

não seria admissível é se a lei trouxesse uma restrição irrazoável ao direito de participação dos candidatos e partidos políticos aos debates eleitorais, de forma a atingir o saudável pluralismo político.

A hipótese aqui cogitada ocorreria, por exemplo, se somente os dois candidatos com maiores percentuais nas pesquisas de intenções de voto fossem convocados. Tal situação somente é tolerável no segundo turno das eleições majoritárias para os cargos de chefia do Poder Executivo, pois, nesse caso, subsistem apenas dois candidatos na disputa. Outra hipótese seria se a lei fixasse um número tal de deputados que somente dois ou três partidos estariam aptos a ter seus candidatos garantidos nos debates.

Entretanto, o cenário hipotético mencionado acima não é viabilizado pela norma em questão, **a qual estabeleceu critério razoável de aferição da representatividade e da expressividade do partido político para efeito de ser assegurada a participação de seus candidatos nos debates eleitorais**.

Com efeito, dos 35 (trinta e cinco) partidos políticos registrados atualmente no Tribunal Superior Eleitoral, 27 (vinte e sete) possuem representação na Câmara dos Deputados. Dentre esses, **15 (quinze) atendem ao critério aqui questionado** (<http://www2.camara.leg.br/deputados/liderancas-e-bancadas/bancadas/bancada-atual>. Acesso em: 18/08/2016).

Portanto, nas eleições de 2016, 15 (quinze) legendas estão aptas a lançar candidatos com espaço assegurado nos debates eleitorais.

Outrossim, vale observar que, embora os debates eleitorais no rádio e na televisão estejam compreendidos no conceito de propaganda eleitoral em tais mídias – ocupando, a propósito, o título “Da Propaganda Eleitoral no Rádio e na Televisão” na Lei nº 9.504/97 – visualizo uma diferença essencial entre o direito de ter assegurada participação nos debates eleitorais no rádio e na televisão e o direito ao horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita. Tal distinção justifica que se confira ao primeiro maior seletividade.

Inicialmente, vale registrar que ambos os direitos concernem ao direito à propaganda eleitoral, que é aquela que se realiza antes de

ADI 5423 / DF

certame eleitoral e objetiva, basicamente, a obtenção de votos, tornando-se instrumento de convencimento do eleitor, que pode, por seu intermédio, ampliar seu conhecimento sobre as convicções de cada candidato ou partido, fazendo a escolha que mais lhe convier.

Assim é a doutrina de Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra:

“Através do conteúdo da propaganda eleitoral os participantes do pleito buscam conquistar o apoio dos cidadãos, tentando convencê-los de que as propostas defendidas são as melhores para a sociedade, utilizando-se muitas vezes de argumentos capciosos” (**Elementos de Direito Eleitoral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 189).

José Néri da Silveira ressalta, de igual modo, a relevância dessa propaganda para o processo eleitoral, nos seguintes termos:

“No desenvolvimento do processo eleitoral, possui especial relevo a fase concernente à propaganda eleitoral, enquanto esta há de constituir o veículo pelo qual partidos políticos e candidatos aos cargos eletivos, legitimamente escolhidos em convenção, buscam conquistar o voto dos membros do corpo eleitoral das respectivas circunscrições, logo após o pleito de registro” (**Aspectos do processo eleitoral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998. p. 109).

A Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições) estabelece, na atualidade, as regras sobre a propaganda eleitoral. A referida legislação buscou tratar minuciosamente da propaganda eleitoral, a fim de garantir a isonomia entre candidatos e partidos, com distribuição equitativa de oportunidades, inclusive em relação às propagandas no rádio e na televisão.

Nesse quadro, a propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, cujo tempo é distribuído na forma do art. 47 da mencionada lei, é o momento em que os candidatos podem promover ampla divulgação

ADI 5423 / DF

de suas ideias e propostas. Trata-se de direito assegurado pela lei, em sua redação atual, aos candidatos de todos os partidos políticos, em razão do que dispõe o art. 17, § 3º, da Constituição Federal, embora em percentuais diferenciados, que levam em conta o aspecto material do princípio da igualdade entre partidos políticos, do qual tratarei mais adiante.

A propósito, registro que, na ADI nº 4.430, de minha relatoria, esta Corte declarou a inconstitucionalidade da expressão “**e representação na Câmara dos Deputados**” contida na cabeça do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/1997, em sua redação originária, visto que, da locução, era possível retirar juízo excludente em relação àquelas agremiações que apresentassem candidaturas sem possuir representação na casa legislativa, em frontal violação do art. 17, § 3º, da Carta da República, que fixa que os partidos políticos “**têm direito a recursos do fundo partidária e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei**”.

Na ocasião, assentei:

“Verifica-se, ademais, que a atuação política do partido é subsidiada, ao menos, pelas duas garantias contidas no mencionado dispositivo constitucional: o acesso aos recursos do fundo partidário e a utilização gratuita do rádio e da televisão para a realização da propaganda partidária e eleitoral. **Essa última, como salientado, constitui mecanismo de efetiva participação no pleito eleitoral, assegurando o espaço de comunicação necessário ao candidato e ao partido político, personagens indissociáveis do processo eleitoral.**

Ora, levar a cabo interpretação restritiva, que impeça a participação de partidos sem representação na Câmara Federal na propaganda eleitoral gratuita, é o mesmo que tolher direito atrelado, de forma imanente, à postulação de cargos eletivos” (grifo no original).

Por seu turno, o direito de participação em debates eleitorais - diferentemente da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão -, **não tem assento constitucional e pode sofrer restrição maior, em razão do formato e do objetivo desse tipo de programação.**

ADI 5423 / DF

José Jairo Gomes assim descreve o funcionamento de um debate eleitoral:

“O debate pode ser compreendido como um encontro face a face entre candidatos concorrentes (normalmente) a cargos do Poder Executivo, em que lhes são feitas perguntas e apresentados temas e problemas diversos para suas apreciações e respostas; sua finalidade primordial é auxiliar a escolha dos eleitores no dia das eleições. O evento é realizado em uma sala ampla, palco ou estúdio, e transmitido pela televisão, rádio ou Internet, sendo objeto de grande interesse do público e larga cobertura da mídia” (**Direito Eleitoral**. 11. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015. p. 423).

Note-se que o debate eleitoral consiste em evento pontual realizado poucas vezes durante todo o período das eleições, e com espaço de poucas horas. Por exemplo, nas eleições presidenciais de 2014, ocorreram exatamente sete debates (Rede Bandeirantes, SBT, TV Aparecida, Rede Record e Rede Globo).

Sendo assim, trata-se de espaço naturalmente restrito, no qual, no entanto, deve haver a exposição e o confronto de ideias com densidade tal que promova, no eleitor, maior esclarecimento a respeito das ideias e das propostas dos candidatos e das diferenças entre essas. Munido de tais informações, o eleitor realiza o cotejo entre elas, podendo, assim, escolher de forma mais consciente em quem votará.

Nesse cenário, o critério seletivo adotado pela norma impugnada quanto aos partidos políticos que terão assegurado o direito de seus candidatos participarem dos debates eleitorais poderá, até mesmo, contribuir para a redução da excessiva pulverização dos debates eleitorais.

A propósito, o direito de ter assegurada a participação em debates eleitorais sempre esteve adstrito aos partidos com representação na Câmara dos Deputados. O que a norma impugnada fez foi ampliar o critério restritivo, **aperfeiçoando o sistema ao privilegiar uma razoável**

ADI 5423 / DF**representatividade partidária.**

Outrossim, reitero que, ao prever o critério de representação superior a nove deputados, o **caput** do art. 46 não obsteu a participação nos debates de partidos políticos com menor representatividade, a qual ainda é facultada, estando a critério das emissoras de rádio e televisão, de modo que não visualizo nenhuma das ofensas apontadas pelos requerentes.

Pelo exposto, entendo ser constitucional a expressão “superior a nove deputados” constante do caput do art. 46 da Lei 9.504/97 (Lei da Eleições).

II- DA CONSTITUCIONALIDADE DAS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DOS HORÁRIOS RESERVADOS À PROPAGANDA GRATUITA DE CADA ELEIÇÃO ENTRE PARTIDOS E COLIGAÇÕES (ART. 47, § 2º, DA LEI Nº 9.504/97, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.165/15)

Os autores questionam os critérios de distribuição dos horários reservados à propaganda gratuita entre os partidos e as coligações. Sustentam que as regras atuais violam o § 3º do art. 17 da Constituição Federal, aduzindo que a repartição do horário de propaganda eleitoral gratuita deveria ocorrer de forma igualitária entre todos os partidos políticos. Também questionam a distribuição do tempo de propaganda gratuita proporcionalmente à representação do partido político na Câmara dos Deputados.

De início, é importante destacar a preocupação das recentes alterações legislativas, em matéria eleitoral, a respeito do chamado “direito de antena”, em especial em razão da importância do rádio e da televisão como meios de divulgação do pensamento político-partidário.

Com efeito, a Carta de 1988 assegurou às agremiações o “direito a recurso do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei” (art. 17, § 3º, da Constituição), direitos esses indispensáveis à existência e ao desenvolvimento dos partidos políticos. Assim como o direito de repartição dos recursos do Fundo Partidário, a previsão

ADI 5423 / DF

constitucional do direito de acesso dos partidos políticos aos meios de comunicação foi inovação do Texto Constitucional de 1988. Esse direito ressalta a isonomia entre os partidos, evitando o uso do poder econômico para fins partidários.

Como destaca Samuel Dal-Farra Napolini,

“[o] reconhecimento por parte do mais alto documento jurídico do país é, deveras, bastante oportuno, e reflete simultaneamente a relevância dos partidos políticos e dos meios de comunicação nas sociedades de massas contemporâneas” (**Pluralismo Político**: subsídios para análise dos sistemas partidário e eleitoral brasileiros em face da Constituição Federal. Curitiba: Juruá, 2006. p. 243).

A evolução dos modernos meios de comunicação - patrocinada pelo desenvolvimento da internet e das redes sociais -, que resultou no incremento da interatividade e na quebra do paradigma entre emissor e receptor da informação, ainda não angariou expressão e volume suficientes para suplantar o alcance das mídias tradicionais (rádio, televisão e imprensa escrita), muito embora tenha interferido nos processos de intercâmbio entre elas.

Daí porque serem constantes nesta Corte debates a respeito do tema, sobressaindo sua importância para a construção de um processo eleitoral razoavelmente equânime entre os partidos políticos, assim como para o livre exercício do direito de eleição dos representantes políticos pelos cidadãos.

Cumpram ressaltar que tive a oportunidade de enfrentar o tema em análise por ocasião do julgamento da **ADI nº 4.430** (Tribunal Pleno, DJ de 19/9/13).

Tratava-se, propriamente, do cotejo dos critérios de divisão então contidos nos incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei 9.504/97, em sua redação originária (quais sejam, um terço do tempo de forma igualitária entre todos os partidos/coligações concorrentes e dois terços somente entre aqueles com representação na Câmara dos Deputados), com a

ADI 5423 / DF

aludida isonomia de todas as agremiações políticas.

No voto que proferi na ADI nº 4.430, tive a oportunidade de descrever a evolução da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão em nosso ordenamento jurídico:

“Vide, a propósito o que dizia o art. 130 da Lei nº 1.164, de 1950, quando a propaganda eleitoral no rádio e na televisão ainda não era gratuita:

‘Art. 130. As estações de rádio, com exceção das referidas no artigo anterior e das de potência inferior e dez kilowatts, nos noventa dias anteriores às eleições gerais de todo o país ou de cada circunscrição eleitoral, reservarão diariamente duas horas à propaganda partidária, sendo uma delas pelo menos à noite, destinando-as, **sob rigoroso critério de rotatividade, aos diferentes partidos, mediante tabela de preços iguais para todos.’**

Como informa Fávila Ribeiro, foi a Lei nº 6.091, de 15 de agosto de 1974, de iniciativa do Deputado Etelvino, que proibiu a propaganda eleitoral paga, no rádio e na televisão, com o objetivo de obstar a intromissão do poder econômico no processo eleitoral, o qual desfigurava a autenticidade democrática das eleições brasileiras. Eis o teor do art. 12 do referido diploma legal:

‘Art. 12. A propaganda eleitoral, no rádio e na televisão, circunscrever-se-á, única e exclusivamente, ao horário gratuito disciplinado pela Justiça Eleitoral, com a expressa proibição de qualquer propaganda paga.

Parágrafo único. Será permitida apenas a divulgação paga, pela imprensa escrita, do **curriculum-vitae** do candidato e do número do seu registro na Justiça Eleitoral, bem como do partido a que pertence.’

Fávila Ribeiro ressalta, ainda, a importância dessa

ADI 5423 / DF

alteração:

‘No regime instituído pelo Código Eleitoral o horário gratuito tinha o sabor de paliativo, a título de compensação, para que os candidatos de menor lastro econômico encontrassem também oportunidade de acesso aos meios de comunicação, eliminando a grande distância que os separava dos candidatos mais bafejados pela fortuna ou com melhor suporte econômico e apoio.

Agora, a situação normativa se completa e se aperfeiçoa, colocando os candidatos em nível comum de disputa, participando todos, igualitária e unicamente, dos programas gratuitos distribuídos entre os partidos, ficando proibida a propaganda paga, elevando, portanto, o coeficiente democrático do debate eleitoral’ (**Direito eleitoral**. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1988. p. 322).

Com efeito, visando ao equilíbrio do pleito e à aplicação do princípio da isonomia, proibiu-se, tanto no âmbito do rádio, quanto no da televisão, qualquer tipo de propaganda paga, limitando-se o uso desses veículos de comunicação, para fins partidários e eleitorais, aos horários gratuitos que a legislação confere à propaganda partidária e à propaganda eleitoral.

Historicamente, o tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita sempre foi tratado de forma igualitária, ou seja, os partidos dispunham da mesma quantidade de horários.

O Código Eleitoral de 1965 (Lei 4.737), em seu art. 250, § 2º, tratava, expressamente, da isonomia entre os partidos, deixando registrado que, ‘[a] *Justiça Eleitoral, tendo em conta os direitos iguais dos partidos, regulará, para o efeito de fiscalização, os horários concedidos*’.

Posteriormente, esse dispositivo foi alterado pela Lei nº 4.961/66, possibilitando a adoção de critérios de distribuição dos horários, desde que houvesse concordância dos partidos e das emissoras, além de prévia comunicação à Justiça Eleitoral.

ADI 5423 / DF

Tal dispositivo sofreu, ainda, mais duas alterações, em 1976 e em 1977.

Após a Constituição de 1988, porém, a distribuição de tempo no rádio e na televisão entre os partidos foi objeto de regulação específica por dois diplomas legais, a Lei nº 8.713/93, a qual regulava as eleições de 3 de outubro de 1994, e a Lei nº 9.100/95, que estabelecia normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996.

Nesses dois diplomas, era clara a distribuição dos horários levando-se em consideração a representação partidária na Câmara dos Deputados. **Vide** o que diziam os dispositivos legais:

‘Lei nº 8.713/93 - Art. 74. A Justiça Eleitoral distribuirá o tempo em cada um dos períodos diários do horário reservado à propaganda eleitoral gratuita entre os partidos e coligações que tenham candidato a cada eleição de que trata esta lei, observados os seguintes critérios:

IV - nas eleições proporcionais, o horário definido no § 3º do artigo anterior será assim distribuído:

a) vinte minutos divididos igualmente entre os partidos, independentemente de estarem coligados ou não;

b) quarenta minutos divididos **proporcionalmente ao número de representantes de cada partido na Câmara dos Deputados.**’

‘Lei nº 9.100/95 - Art. 57. A Justiça Eleitoral distribuirá cada um dos períodos referidos no artigo anterior entre os partidos e coligações que tenham candidatos registrados, conforme se tratar de eleição majoritária ou proporcional, observado o seguinte:

I - um quinto do tempo, igualmente entre os partidos e coligações;

II - quatro quintos do tempo, entre os partidos e coligações, **proporcionalmente ao número de seus**

ADI 5423 / DF

representantes na Câmara dos Deputados;

III - quando concorrerem apenas dois candidatos à eleição para Prefeito e Vice-Prefeito, o tempo será dividido igualmente entre eles.'

Com a edição da Lei nº 9.504/97, chamada Lei das Eleições, se objetivou conferir maior estabilidade à legislação eleitoral, dotando o ordenamento jurídico de uma lei geral que regulamentasse as diversas situações que poderiam ocorrer durante o processo eleitoral.

Antes do seu advento, editava-se lei específica, a exemplo das citadas Leis nº 8.713/93 e 9.100/95, para cada eleição que acontecia, com regras próprias. No entanto, quando da proposição do Projeto de Lei nº 2.695, de 1997, que deveria, inicialmente, fixar normas para as eleições de 1998, discutiu-se a possibilidade de que essas fossem destinadas a todas as eleições posteriores, tendo sido reunidas, então, contribuições importantes da legislação anterior, às quais foram somadas inovações significativas.

Segundo o relator do projeto na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, Deputado Carlos Apolinário, o Substitutivo ao PL nº 2.695/97 buscava dar um caráter duradouro à matéria, disciplinando não apenas as eleições de 1998, mas também as seguintes, atualizando tópicos corriqueiros nas legislações temporárias.

Com efeito, diante da prevalência, muitas vezes até perniciosa, da televisão e do rádio sobre os demais veículos de comunicação de massa, a Lei nº 9.504/97 buscou minudenciar o regramento do acesso gratuito ao rádio e à televisão em períodos eleitorais, no sentido de impedir o uso abusivo dos canais de TV e das emissoras de rádio nas campanhas eleitorais.

Como mais uma vez destacam Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra:

'Como representa uma ferramenta poderosíssima para garantir a adesão dos cidadãos, podendo mesmo

ADI 5423 / DF

fazer com que acontecimentos falsos assumam a veste de verdadeiros, a legislação eleitoral optou por regulá-la em suas minudências, de modo que possa ser realizada de maneira paritária a todos os candidatos, na tentativa de evitar o abuso do poder econômico' (op. cit. p. 189).

No caso ora em análise, assim como ocorrera nas redações anteriores da norma em tela, **a lei distinguiu, em um primeiro momento, entre os partidos que não têm representação na Câmara Federal e os partidos que a têm.** Distribuiu, então, 10% de forma igualitária entre todos os partidos/coligações concorrentes e 90% do tempo somente entre os partidos com representação na Câmara dos Deputados (art. 47, § 2º, I, da Lei 9.504/97). Nesse ponto, adotou, isoladamente, o **critério da representação.** Mais do que isso, o legislador infraconstitucional foi atento a um padrão equitativo de isonomia, melhor dizendo, **ponderou os aspectos formal e material do princípio da igualdade.**

Na linha do que concluí na ADI 4.430, entendo que a solução interpretativa reclamada pelos requerentes, na direção do tratamento absolutamente igualitário entre todos os partidos, com a consequente distribuição do mesmo tempo de propaganda, **não é suficiente para espelhar a multiplicidade de fatores que influenciam o processo eleitoral, desprezando, caso acatada, a própria essência do sistema proporcional.**

Atento a essa particularidade, entendo possível, e constitucionalmente aceitável, a adoção de tratamento diversificado, quanto à divisão do tempo de propaganda eleitoral gratuita, para partidos com e sem representação na Câmara dos Deputados.

O critério ora adotado, do mesmo modo que reserva espaço destinado às minorias, não desconhece a realidade histórica de agregação de representatividade política experimentada por diversos partidos políticos que na atualidade dominam o cenário político.

Com efeito, não há igualdade material entre agremiações partidárias que contam com representantes na Câmara Federal e legendas que, submetidas ao voto popular, não lograram eleger representantes para a

ADI 5423 / DF

Casa do Povo. Não há como se exigir tratamento absolutamente igualitário entre esses partidos, porque **eles não são materialmente iguais, quer do ponto de vista jurídico, quer da representação política que têm. Embora iguais no plano da legalidade, não são iguais quanto à legitimidade política.**

Destaque-se que essa desigualdade está na própria Constituição, que faz a distinção entre os partidos com e sem representação no Congresso Nacional, albergando a possibilidade desse tratamento diferenciado, por exemplo, ao permitir a inauguração do controle abstrato de normas e a impetração de mandado de segurança coletivo **somente aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional. Vide:**

“Art. 5º (...)

(...)

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político **com representação no Congresso Nacional”;**

“Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...)

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional”.

Vide, ainda, outros casos de tratamento diferenciado, agora relacionados ao funcionamento parlamentar:

“Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

(...)

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de

ADI 5423 / DF

partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.”

“Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

(...)

§ 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de **partido político representado no Congresso Nacional**, assegurada ampla defesa.

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de **partido político representado no Congresso Nacional**, assegurada ampla defesa.”

“Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 1º - Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a **representação proporcional dos partidos** ou dos blocos parlamentares **que participam da respectiva Casa.**”

Como se vê, da própria Constituição Federal pode-se extrair a distinção entre partidos com e sem representação no Congresso Nacional.

Mas, evidentemente, **não pode a legislação instituir mecanismos que, na prática, excluam das legendas menores a possibilidade de crescimento e de consolidação no contexto eleitoral, devendo ser assegurado um mínimo razoável de espaço para que esses partidos possam participar e influenciar no pleito eleitoral, propiciando, inclusive, a renovação dos quadros políticos.**

Dessa perspectiva, o tempo outorgado proporcionalmente à

ADI 5423 / DF

representatividade, embora dividido de forma distinta entre as agremiações, **não nulifica a participação de nenhuma legenda concorrente.**

De fato, o art. 47, § 2º, da Lei nº 9.504/97 resguarda a distribuição igualitária de 10% (dez por cento) entre todos os partidos e coligações, inclusive aquelas sem representação na Câmara dos Deputados.

Por sua vez, a legislação estabeleceu, ainda, num segundo momento, outro critério de distinção, qual seja, **a proporcionalidade da representação**, distribuindo os 90% restante proporcionalmente ao número de representantes de cada partido/coligação na Câmara dos Deputados (art. 47, § 2º, I, da Lei 9.504/97).

Assevero, outrossim, que o critério de divisão adotado – proporcionalidade da representação na Câmara dos Deputados – guarda propriedade com a finalidade colimada de representatividade proporcional. A Câmara dos Deputados é a Casa Legislativa de representação do povo, podendo a eleição de seus membros servir de critério de aferição, tanto quanto possível, da legitimidade popular:

“Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de **representantes do povo**, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.”

Tendo o Brasil adotado, em relação às eleições parlamentares, o sistema proporcional, a divisão do tempo da propaganda eleitoral, de forma semelhante, também agasalha a diferenciação de acordo com a representação da legenda na Câmara dos Deputados.

Nas palavras de Orides Mezzaroba,

“[c]om a adoção do sistema proporcional (art. 45) garante-se constitucionalmente, sobretudo no Legislativo, a fidelidade da representação àquela pluralidade de ideias existentes no interior da Sociedade brasileira” (**Introdução ao Direito Partidário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004. p. 238).

ADI 5423 / DF

A representação do povo, em máxima instância, é conferida à Câmara dos Deputados, sendo legítimo pressupor que a representatividade de seus membros apresenta-se como medida adequada e razoável para a divisão do tempo de acesso ao rádio e à televisão.

Sendo a Câmara Federal o espelho das diversas tendências presentes na sociedade, levar em consideração a força eleitoral de cada uma dessas tendências é consonante com o sistema de representação proporcional.

Daí se vê que os critérios equitativos adotados nos incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei 9.504/97 decorrem todos do próprio **regime democrático** e da lógica da **representatividade proporcional**, sem descuidarem, por outro lado, da **garantia do direito de existência das minorias**.

O acesso gratuito ao rádio e à televisão, de forma proporcional à representação do partido, mas sem excluir desse acesso, conforme assegurado no art. 17, § 3º, da Lei Maior, aquelas agremiações que não possuem representantes na Câmara Federal, viabiliza a presença das condições necessárias para que os partidos/coligações e seus candidatos possam divulgar e promover, em igualdade material de condições, o debate democrático sobre suas propostas e ideias.

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

Reitero que o entendimento aqui adotado está em consonância com a decisão firmada neste Supremo Tribunal no julgamento da ADI nº 4.430, que possui a seguinte ementa:

“(…)

3. A solução interpretativa pela repartição do horário da propaganda eleitoral gratuita de forma igualitária entre todos

ADI 5423 / DF

os partidos partícipes da disputa não é suficiente para espelhar a multiplicidade de fatores que influenciam o processo eleitoral. Não há igualdade material entre agremiações partidárias que contam com representantes na Câmara Federal e legendas que, submetidas ao voto popular, não lograram eleger representantes para a Casa do Povo. Embora iguais no plano da legalidade, não são iguais quanto à legitimidade política. Os incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97, em consonância com o princípio da democracia e com o sistema proporcional, estabelecem regra de equidade, resguardando o direito de acesso à propaganda eleitoral das minorias partidárias e pondo em situação de privilégio não odioso aquelas agremiações mais lastreadas na legitimidade popular. O critério de divisão adotado – proporcionalidade à representação eleita para a Câmara dos Deputados – adéqua-se à finalidade colimada de divisão proporcional e tem respaldo na própria Constituição Federal, que faz a distinção entre os partidos com e sem representação no Congresso Nacional, concedendo certas prerrogativas, exclusivamente, às agremiações que gozam de representatividade nacional (art. 5º, LXX, a; art. 103, VIII; art. 53, § 3º; art. 55, §§ 2º e 3º; art. 58, § 1º). (...)” (ADI 4430, de **minha relatoria**, Tribunal Pleno, DJ de 19/9/13 – grifou-se).

No que tange à impugnação específica do inciso I do § 2º do art. 47 da 9.504/97, verifica-se que **o dispositivo em comento traz critérios diferenciados para o aferição da representatividade das coligações para eleições majoritárias e coligações para cargos eletivos de base proporcional, para efeito de distribuição do tempo de propaganda eleitoral.**

Assim, no caso de coligações para as **eleições proporcionais**, a representatividade na Câmara dos Deputados será aferida pela **soma do número de representantes de todos os partidos que a integrem**. Sendo coligação para as **eleições majoritárias** – e é nesse ponto que reside a irresignação dos requerentes – tal representatividade é aferida pela **soma**

ADI 5423 / DF

do número de representantes dos seis maiores partidos políticos que a integrem.

De início, registro que, ao utilizar a expressão “maiores partidos”, a norma se refere às legendas com os maiores números de representantes na Câmara dos Deputados. Trata-se de interpretação teleológica do art. 47, § 2º, inciso I, o qual tem como escopo distribuir o percentual de 90% (noventa por cento) dos horários reservados à propaganda de cada eleição de forma que reflita, ao máximo, a representatividade dos partidos políticos e das coligações na Câmara dos Deputados.

Dito isso, entendo que o legislador andou bem ao estabelecer critérios distintos para o cálculo da representatividade das coligações formadas para as eleições majoritárias e proporcionais para efeito de distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita, considerando, no caso de coligações para eleições majoritárias, somente os seis maiores partidos que a compõem.

Isso porque é próprio do sistema eleitoral majoritário refletir as correntes majoritárias da sociedade. Esse fator o distingue, essencialmente, do sistema eleitoral proporcional, o qual, diferentemente, objetiva refletir, ao máximo,

“os diversos pensamentos e tendências existentes no meio social. Visa distribuir, entre as múltiplas entidades políticas as vagas existentes nas Casas Legislativas, tornando equânime a disputa pelo poder, principalmente, ensejando a representação de grupos minoritários” (José Jairo Gomes. **Direito Eleitoral**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 122-123).

Assim, a consideração, na distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita, da representatividade dos seis maiores partidos políticos de determinada coligação, formada para as eleições majoritárias, é critério que prestigia a própria essência desse sistema eleitoral, que é considerar as correntes políticas da maioria.

Por outro lado, tal critério objetiva – também – um **equilíbrio na distribuição do tempo de horário eleitoral gratuito, no sentido de evitar**

ADI 5423 / DF

que uma grande coligação majoritária possa vir a concentrar uma quantidade de tempo que possa caracterizar o monopólio do horário ou a posse de um tempo muito maior do que o dos candidatos adversários.

Na medida em que nas eleições majoritárias temos em regra dois candidatos por partido/coligação (titular e seu vice) ou três (no caso dos candidatos a senadores com seus dois suplentes), **a concentração da soma do tempo oportunizada por uma grande coligação geraria um desequilíbrio em relação a candidatos isolados ou de pequenas coligações.** Daí a lei limitar a soma aos seis maiores partidos, descartando, para as eleições majoritárias, o tempo a partir do sétimo partido.

Já nas eleições proporcionais, são inúmeros os candidatos em cada qual dos partidos, razão pela qual – ao menos em tese – não se vislumbra uma concentração em apenas um único ou dois candidatos, porque são vários os que terão direito de aparecer no horário eleitoral gratuito. Daí a lei permitir a soma de tempo de todos os partidos integrantes da coligação proporcional, mesmo que superior a seis.

Outrossim, o dispositivo em referência **contribuirá para que se elimine a prática, tão comum no Brasil, das legendas mais expressivas, ao lançarem seus candidatos às eleições majoritárias, coligarem-se com inúmeros partidos pequenos com o único objetivo de obterem maior tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na TV.**

O resultado dessa estratégia é a formação de coligações enormes, nas quais, muitas das vezes, não há identificação ideológica entre os partidos menores e as demais legendas, o que revela um desvio do escopo constitucional de que os partidos políticos e as coligações intermedeiem a representação popular reunindo ideias e princípios comuns.

Nessa sistemática, a união dos partidos dá-se por uma razão meramente pragmática, funcionando o tempo de propaganda como moeda de troca utilizada pelos partidos menores a seu favor (por exemplo, em troca de cargos públicos, na hipótese de vitória da coligação).

A prática em questão constitui, portanto, uma anomalia de nosso

ADI 5423 / DF

sistema partidário. Ela impacta negativamente a dinâmica democrática também por incentivar a proliferação das chamadas “legendas de aluguel”, partidos políticos criados sem nenhuma motivação ideológica, com o único escopo de angariar tempo de propaganda eleitoral.

Como bem ponderou o Procurador-Geral da República, a

“[d]emocracia carece de partidos sólidos, criados com representatividade de grupos sociais com identidade relativamente clara e não para agregar tempo de rádio e televisão a partidos ou coligações oportunistas, formadas sem harmonia mínima de perfil ideológico e programático, apenas para alcançar representatividade política que não conseguiram por meio do sufrágio.

Distribuição do tempo de propaganda eleitoral indiscriminadamente, sem atenção ao resultado eleitoral demonstrado pelos partidos tende a prestigiar constituição de agremiações meramente formais, não a realidade de sua expressão entre os votantes. Interessa ao regime democrático não apenas a existência de partidos políticos, mas as condições em que atuam: que possuam identidade e coesão ideológicas, que estejam bem estruturados e que tenham propostas bem articuladas, para que possam conduzir a representação eleitoral com coerência”.

Vale lembrar que chegamos ao surpreendente número de 35 (trinta e cinco) partidos políticos registrados no Tribunal Superior Eleitoral (Disponível em: <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>. Acesso em 18/08/16). Existem ainda 32 (trinta e dois) pedidos de registro em andamento no Tribunal (Disponível em: <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/partido-em-formacao>. Acesso em 22/8/16).

Esses dados revelam ser urgente a adoção de medidas que desestimulem a formação de novas legendas, sobretudo quando destituídas de qualquer identidade ideológica ou caráter propositivo.

O pluripartidarismo, assegurado na Constituição de 1988, não dá guarida a um quadro de pulverização partidária; quadro esse que pode

ADI 5423 / DF

comprometer seriamente nosso sistema democrático representativo.

De fato, um grande número de legendas partidárias prejudica a governabilidade, dificultando a aprovação de propostas – principalmente de reformas – pelo Congresso Nacional e favorecendo a instalação de uma dinâmica em que coalizões são formadas e desfeitas de acordo com interesses momentâneos, gerando instabilidade institucional. Outrossim, há um desvirtuamento do papel dos partidos políticos, que, em vez de atuarem como organismos veiculadores de ideologia e projeto político definidos, passam a ser meros intermediários para o exercício do mandato. É o que observa Marisa Amaro dos Reis:

“Se há, em suma, cerca de sete ou oito correntes político-ideológicas – não só no Brasil, mas em todo o mundo –, para que um país precisaria de 32 legendas? Ou de outras mais que certamente surgirão devido à tendência atual de criação de novos partidos? Esse excesso só serve para gerar instabilidade no sistema político-eleitoral de qualquer país.

A governabilidade fica extremamente prejudicada e não se consegue aprovar praticamente nenhuma proposta no Congresso Nacional e, menos ainda, reformas políticas ou eleitorais que dependem de um acordo entre cerca de 20 bancadas.

Portanto, é evidente a falta de partidos organizados, programáticos e com ideologia realmente definida. É necessário salientar que o número excessivo de partidos políticos registrados no Brasil não se deve à grande heterogeneidade social, mas, sim, às imperfeições do próprio sistema eleitoral e político adotado.

É inegável que o país atravessa uma crise de representatividade e credibilidade no sistema político como um todo. Há o entendimento pela população em geral – plenamente justificável – de que os partidos políticos vêm sendo utilizados como mero instrumento de defesa de interesses pessoais em detrimento de sua função constitucional. E que o resultado das urnas, principalmente no que diz respeito

ADI 5423 / DF

às eleições pelo sistema proporcional, é fruto de manipulação partidária e não da expressão da vontade popular.

A dispersão no Parlamento gera um desvio da finalidade das agremiações, reduzindo-as a simples intermediárias do exercício do mandato e não mais a órgãos por meio dos quais a ideologia escolhida pelo povo se manifeste no exercício do mandato por ele atribuído aos eleitos.

Um Legislativo formado com alta dispersão partidária não propicia a governabilidade necessária, tendo em vista o elevado número de partidos ali atuantes, muitos deles sem representatividade alguma, além de prestar um desserviço à própria democracia. Com menos partidos nas casas legislativas, mas dotados de efetiva representatividade, o 'protagonista' da vida política tende a ser o partido e não os políticos.

(...)

A fragmentação no Congresso é, portanto, a principal consequência negativa no elevado número de partidos nele atuantes.

Na tentativa de amenizar o problema da governabilidade (ou da ausência dela), formam-se coalizões dentro das casas legislativas que, fatalmente, são desfeitas ou alteradas conforme interesses momentâneos, o que leva à instabilidade.

Igualmente, a formação de coligações em período eleitoral é feita e desfeita de toda maneira. As pequenas agremiações, por registrarem candidatura de personalidades conhecidas como 'puxadores de votos', são utilizadas como verdadeiras legendas de aluguel. Acabam, assim, conquistando vagas à custa de um só candidato ou por meio de alianças momentâneas, e não pela divulgação de programas de governo, propostas e ideais" (**Cláusula de desempenho e fortalecimento dos sistemas representativo e partidário no Brasil**. Estudos Eleitorais, v. 9, n. 1, jan./abr. 2014).

Enfim, entendo que a alteração legislativa ora impugnada tem aptidão de desestimular a criação de legendas de ocasião, pois considera, na distribuição do tempo de propaganda entre as coligações das eleições

ADI 5423 / DF

majoritárias, tão somente os seis partidos com maior representatividade política. Daqui para frente, os partidos tenderão a compor coligações que levem em conta a afinidade de princípios e ideias, e não a possibilidade de acúmulo de tempo de propaganda eleitoral gratuita.

Entendo, portanto, que a alteração em análise não somente não viola a Constituição Federal como contribui para o fortalecimento do regime democrático e do sistema representativo de nosso país.

Pelo exposto, **voto pela improcedência** dos pedidos veiculados na presente ação direta de inconstitucionalidade.

24/08/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu tinha programado, no meu voto, fazer algumas considerações sobre o que essa minirreforma política não fez, e deveria ter feito. Mas, evidentemente, pelas circunstâncias e até pela gentileza do Ministro Fachin de me permitir votar antes, eu não vou me alongar nesse ponto, embora todos nós saibamos que o grande problema do quadro político, que se manifesta também neste julgamento, é, conforme já observado, a proliferação de partidos políticos de baixa densidade programática e representativa, que um pouco dificulta, quando não inviabiliza, o funcionamento do sistema. E penso que o Congresso Nacional deve ao país um avanço nessa matéria.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Permita-me uma rápida intervenção?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Claro.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Estudando a organização partidária em outros países, nós verificamos, por exemplo, que há países em que há cem, duzentos, trezentos partidos. Só que eles não têm acesso a nenhum tipo de fundo partidário, não têm nenhum acesso a televisão, a rádio, exatamente pela baixa densidade de votos. Eles não receberam aquilo que o **Ayres Britto** chamava "o batismo das urnas". A questão talvez seja essa: não é o número de partidos em si o problema, mas a ideia de que, pelo fato de serem partidos, todos eles têm que ter uma igualdade material entre si, mesmo sem representatividade.

ADI 5423 / DF

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Outro aspecto que Vossa Excelência destacou é que fez a distinção entre debate e propaganda. E aí teve uma dificuldade de enfrentar essa questão, tendo em vista que é facultado o debate, a empresa não é obrigada a fazer - a televisão, a imprensa não é obrigada -, porque isso está calcado na liberdade da imprensa e, ao mesmo tempo, ela, obrigatoriamente, tem de colocar ali no palanque. Se tiverem vinte candidatos que preencham esses dois terços a que a lei se refere, eles vão debater, e ela quer saber se pode convidar um *one-man show* que vai fazer mais sucesso do que os vinte.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, então acho que a primeira coisa que ficou de fora da reforma é esta imperiosa necessidade de se revisitar isso.

Em segundo lugar e sendo muito breve, o problema das coligações em eleições proporcionais, que subsiste e que eu, pessoalmente, considero que fraudam a vontade do eleitor. Há um texto do professor Cláudio Pereira de Sousa Neto em que ele demonstra, por exemplo, em relação às coligações, que num determinado estado, o Partido dos Trabalhadores se coligou com o Partido Republicano. Em matéria de direito das mulheres, o programa do Partido dos Trabalhadores defende, por exemplo, a descriminalização do aborto; o programa do Partido Republicano, que tem forte presença evangélica, é evidentemente contrário à descriminalização do aborto. No entanto, nesse estado da Federação, quem votou no candidato do PT, por força da coligação, pode ter eleito um pastor evangélico de posição diametralmente oposta. Portanto há um problema, a meu ver, de constitucionalidade nessas coligações, porque fraudam a vontade do eleitor.

Em terceiro e último ponto, Presidente, para seguirmos viagem, há o problema do sistema proporcional em lista aberta que, a meu ver, também fraudam com frequência o processo democrático. E por quê? Menos de 10% dos candidatos são eleitos com votação própria nas eleições proporcionais; a grande maioria é eleita por transferência de voto, e cria-se um sistema em que o eleitor não sabe quem elegeu e o

ADI 5423 / DF

eleito não sabe por quem foi eleito. Não há legitimidade democrática que possa resistir a isso. Portanto, a reforma política que o país aguarda exige que se enfrentem essas questões, mas eu passo rapidamente para o voto.

As quatro ações, Presidente, impugnam os dispositivos que disciplinam a distribuição do tempo de propaganda de televisão e, em segundo lugar, que disciplinam o direito de participação dos candidatos nos debates, que são situações evidentemente diversas.

O que a lei fez em relação à propaganda eleitoral gratuita, como já exposto? Ela previu que o tempo seria distribuído da seguinte forma: 90% entre os partidos que têm representantes na Câmara dos Deputados e 10% igualmente entre todos os outros partidos. E, em relação aos debates eleitorais - que são facultativos -, a lei assegura o direito de participação dos candidatos cujos partidos tenham representação superior a nove deputados e faculta a participação dos demais candidatos se dois terços dos candidatos aptos, aqueles cujos partidos têm mais de nove representantes, assim concordarem. Portanto, esses são os pontos centrais da discussão: a questão da divisão 90% e 10%, e a questão de só participarem dos debates aqueles candidatos de partidos que tenham pelo menos dez candidatos, sendo que os demais dependem de dois terços.

Eu começo, Presidente, brevemente, pela questão do tempo de propaganda gratuita, que sofreu impugnações de diferentes ordens: a primeira no sentido de que é inconstitucional a divisão não igualitária entre todos os partidos do tempo de rádio e televisão, usando como fator possuir ou não representação na Câmara dos Deputados. E aqui, na linha de plena concordância com o Relator, eu considero que esse *discrímen* é legítimo, quer dizer, a igualdade, como é corrente, é tratar igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais. E evidentemente um partido que não tenha nenhum representante na Câmara dos Deputados tem uma situação diferente do partido que tenha uma substancial representação na Câmara dos Deputados. Desse modo, a representatividade do partido, e o apoio popular que ele teve, é um critério legítimo para os fins visados pela lei.

ADI 5423 / DF

A segunda ordem de impugnações formuladas contra a lei diz respeito à suposta inconstitucionalidade de se ter somente 10% do tempo total de propaganda para serem distribuídos igualmente por todos os partidos. A jurisprudência do Supremo exige, nesse particular, a existência de um “espaço mínimo razoável” para todos os concorrentes. Essa é a expressão que foi utilizada pelo Tribunal. Eu acho que com 10% nós já estamos chegando no limite do mínimo aceitável, mas ainda acho que é aceitável. O grande problema aqui é o que eu aponte no início da minha exposição. É o número imenso de partidos, e de partidos de baixíssima densidade representativa. Eu lamento – e tive chance de receber os ilustres representantes do Partido Socialismo e Liberdade, que não figura nessa categoria de partido sem densidade programática, justamente ao contrário – que a regra, por ser geral, afete as legendas de aluguel e afete as legendas que têm uma densidade representativa, programática e potencial de crescimento. O problema é que nós temos que ter uma regra que valha para todos. E, portanto, um efeito colateral é prejudicar os pequenos partidos que têm uma legitimidade relevante.

Eu vi a queixa do partido - não sei se alguém viu - em que eles exibiam um filme da corrida de 100 metros rasos do Usain Bolt. E eles demonstravam o tempo, o número de segundos que sobraria para o partido fazer a sua propaganda. Então, começa a corrida e, quando o Bolt está quase chegando, acaba o vídeo. E eles dizem assim: o nosso tempo na televisão não dá nem para assistir uma corrida de cem metros rasos. Portanto, a queixa é legítima. Porém, as circunstâncias do quadro partidário - que cabe ao Congresso resolver, nós não podemos solucionar esse problema - é que geram esse efeito colateral, que eu pessoalmente lastimo, mas acho que a regra tem que valer para todos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mais uma vez, Ministro.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Claro, Ministro Toffoli, com todo o prazer, Vossa Excelência é especialista do

ADI 5423 / DF

ramo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Um partido registrado há vinte anos no Tribunal Superior Eleitoral, que elegeu até hoje apenas um único vereador - em vinte anos -, receberá neste ano cerca de um milhão e meio de reais de Fundo Partidário. Não tem um representante eleito pelo povo. E tem somente mil filiados.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ou seja, vira um negócio privado, o que evidentemente é indesejável.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Desses mil filiados nem todos devem se lembrar que são filiados. Deve ser uma meia dúzia de dirigentes.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Bom, agora passando para a segunda e última questão, Presidente, que é a da participação no debate. O debate é facultativo e, portanto, compete às emissoras de televisão realizá-lo ou não. O argumento de impugnação, em todas as ADIs, é de que é ilegítima a previsão de somente se assegurar a participação de candidatos de partidos com representação superior a nove deputados, portanto, que tenha dez deputados no mínimo, na Câmara dos Deputados.

Eu preciso dizer, Presidente e caros Colegas, que me impressionei com o argumento que ouvi, na audiência ontem e hoje da tribuna, de que esta regra, que prevê os dez, foi criada depois das eleições, ou seja, quando já se sabia quem seria beneficiado e quem seria prejudicado. E o meu primeiro sentimento é de que há, de fato, no mínimo, um tangenciamento do princípio da impessoalidade, porque já se criou a regra sabendo quem ganha e quem perde, o que é problemático. Mas, para se fazer um debate minimamente funcional, é preciso ter alguma regra. Desse modo, superando um pouco essa questão da impessoalidade, que me trouxe desconforto, fui verificar se a regra era

ADI 5423 / DF

razoável. E a realidade, Presidente, é que, neste caso, embora a regra seja *ex post facto*, ainda assim, quatorze, dos trinta e cinco partidos, conservam o direito de participação nos debates, porque têm dez ou mais deputados do Parlamento.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E coligados podem ir se somando.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E coligados podem somar, apesar de todas as minhas reservas em relação à coligação.

Desse modo, dez deputados acaba não sendo um critério arbitrário; dez deputados equivale a 2% dos membros da Câmara, o que não me pareceu um número arbitrário ou desproporcional. Além disso, como observou a Ministra Rosa expressamente, a representatividade na Câmara já é utilizada como critério para outros fins que nós consideramos legítimos – ponto também observado pelo Ministro Dias Toffoli –, como a participação no fundo partidário e o direito de antena. Dessa forma, o critério não é arbitrário, nem o de representação nem o de dez parlamentares. Por isso não creio que, aqui, se esteja violando o pluralismo político.

Por fim, Presidente, o Ministro Dias Toffoli já suscitou o problema, a Ministra Rosa Weber igualmente, e devo dizer que já trouxe o meu voto neste sentido: de fazer uma interpretação conforme a Constituição do § 5º do artigo 46. Vislumbro, nesse artigo, um problema quando trata da definição do número de participantes por deliberação de dois terços dos candidatos aptos. Candidatos aptos é o jargão que se utiliza para aqueles candidatos que têm o direito de participar porque o seu partido tem dez ou mais deputados na Câmara.

Esse dispositivo, o § 5º do artigo 46, cuida dos candidatos que não têm o direito de participar assegurado, que têm a faculdade de participar por deliberação de dois terços dos que têm o direito de participar. E eu acho, como a experiência recentemente bem demonstrou, tanto no caso do Rio de Janeiro, com a candidatura de Marcelo Freixo, quanto no caso

ADI 5423 / DF

de São Paulo, com a candidatura de Luíza Erundina, que os integrantes dos partidos que não adotam coligações, por princípio, ficam prejudicados e podem ser alijados pelo voto da maioria. Logo, a meu ver, viola o princípio do pluralismo político, que é uma decorrência do princípio democrático, você permitir que o adversário decida se você pode ou não participar, sendo que, no caso desses dois exemplos concretos, o partido tem baixa representação na Câmara, mas ambos os candidatos, tanto no Rio quanto em São Paulo, estavam no topo das pesquisas – em segundo e terceiro lugar – portanto, os outros, por dois terços, deliberam excluir da participação facultativa aquele candidato que podia atrapalhá-los, porque tem uma perspectiva eleitoral.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Só uma observação, Ministro Barroso. Eu tenho impressão de que, com essa interpretação, nós vamos inchar o número dos que podem participar.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu vou enfrentar o argumento da ABERT em seguida.

Assim sendo, penso que vulnera o pluralismo político esse dispositivo. A interpretação que estou propondo, em interpretação conforme a Constituição, é que os dois terços previstos no § 5º do artigo 46 podem deliberar e incluir alguém que não tenha direito de participar no debate, isto é, que não seja candidato apto; mas não podem excluir o candidato que a emissora tenha convidado. Porque a emissora faz uma avaliação com base na pesquisa eleitoral, pois tem o interesse legítimo de ter um debate representativo. Então, se o segundo ou o terceiro colocado não podem participar do debate, frustra-se uma legítima pretensão da emissora.

Desse modo, eu acho que ela pode convidar e os outros não podem impedir a participação, se a emissora convidar. Agora, se a emissora não convidar, eu acho que dois terços podem deliberar pela inclusão.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

ADI 5423 / DF

Uma pergunta: qual o critério de legitimidade para o convite? Porque, para se permitir que a emissora convide qualquer candidato, também deveria haver algum limite. Em audiência pública na Câmara dos Deputados, sugeri a conjugação de um número mínimo de parlamentares com um número médio entre três, quatro institutos de pesquisa dos mais conhecidos - Datafolha, Ibope etc. Mas o legislador só colocou o corte do número de deputados.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Toffoli, a solução seria a seguinte: a lei previu os que têm direito; portanto, ela já resolveu um problema.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Pelo número de deputados.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Quanto aos facultativos, tem-se duas possibilidades: ou a emissora convida, ou dois terços dos candidatos deliberam pela inclusão. Eu acho que isso resolve o problema.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Ministro Barroso, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Claro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Por que não a regência pretérita, da Lei nº 9.504/1997?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu vou dar as questões de ordem, de fato, com muito prazer, depois de terminar o meu voto.

Pois não, Ministro Teori.

ADI 5423 / DF

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Quanto à segunda hipótese, essa dos dois terços convidar quem não foi incluído...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Isso é o que está na lei. Já está previsto.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Nós estamos falando dos não aptos. Vossa Excelência está propondo uma interpretação conforme para dizer que os dois terços podem incluir não aptos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Isso, e não podem excluir.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não podem vetar o convidado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E jogamos nos braços dos aptos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Desculpe, Ministro **Teori**, bem rápido. Só um caso concreto que o Ministro **Celso** lembrou: no debate de São Paulo, ontem e anteontem, dois candidatos aceitaram chamar uma candidata que não estava entre os inclusos. Só que tal posição não somou dois terços.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Acho que nós temos que ter cuidado aqui e não criarmos uma lei nova, um critério novo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Esse critério é o que está na lei. A lei já permite. Vou ler o dispositivo.

ADI 5423 / DF

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Ministro Barroso, Vossa Excelência me permite concluir o aparte? Vou ser rápido.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Claro. Depois eu concluo o meu, mas eu, com muito prazer, vou ouvir o aparte de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Nós estamos falando aqui dos não aptos. A lei diz que dois terços podem excluir não aptos. É isso que a lei diz. Vossa Excelência está propondo...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu não leio assim. O dispositivo dispõe assim:

"Para os debates que se realizarem no primeiro turno das eleições, serão consideradas aprovadas as regras, inclusive as que definam o número de participantes, que obtiverem a concordância de pelo menos 2/3 (dois terços) dos candidatos aptos (...)."

Portanto, eles podem incluir. É o que está dito aqui. Dois terços podem incluir ou excluir.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Não, a lei não fala em incluir.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A lei fala que pode definir. Definir se vai participar ou não significa incluir ou excluir.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - É que, na verdade, houve apenas um acréscimo: "inclusive as que definam o número de participantes".

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - A minha observação é a seguinte: a hipótese de dois terços incluir em concorrentes em

ADI 5423 / DF

melhores condições é uma fantasia.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, não é em melhores condições; é incluir algum concorrente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Os dois terços não vão querer incluir ninguém.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Dois candidatos já concordaram em São Paulo em incluir uma candidata.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É isso. O dispositivo é inequivocamente claro: os dois terços vão definir o número de participantes do debate. Evidentemente vão definir dentro dos não aptos, porque os aptos têm direito subjetivo, embora eu vá falar disso em seguida.

Portanto, são cinco candidatos aptos, se eu defino que vão ser sete participantes, estou incluindo dois facultativos. Se eu digo que vão ser seis, eu estou excluindo um facultativo. Portanto, esta previsão me permite incluir ou excluir. O que eu estou dizendo, e que me parece fora de dúvida e corresponde ao pedido da ABERT, é que, se a emissora quiser convidar, dois terços não podem excluir, porque a emissora vai convidar por um critério de representatividade.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Sim, mas essa é a preocupação. Esse critério não está escrito em lugar nenhum.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A emissora vai convidar o último colocado para quê?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Minha preocupação é a seguinte: nós não podemos substituir o critério da lei de quem é

ADI 5423 / DF

obrigado a ir ou não é obrigado a ir por um critério de uma emissora. Se nós dissermos que a emissora pode incluir quem a lei diz que não tem direito de participar e os partidos não podem excluir, nós estamos dizendo que quem inclui ou quem exclui é a emissora.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu estou dizendo exatamente isso. A emissora não pode deixar de assegurar o direito do candidato apto. Agora, os outros candidatos não podem excluir o candidato que a emissora convida. É exatamente isso que eu estou dizendo. É esse o meu entendimento.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Então nós vamos dar à emissora um poder de escolha que a lei não deu.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu acho que...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Por um critério...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Por um critério que é um critério de senso comum.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Não sei se é.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Os partidos opostos...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Se ela for adotar um critério pelas pesquisas, tudo bem.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É o senso comum.

ADI 5423 / DF

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas V. Exa. não está apontando nenhum critério.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Os candidatos concorrentes são muito menos isentos para escolher os facultativos do que a emissora que, em linha de princípio, quer escolher os representativos. A emissora não vai escolher o último... A emissora não faz isso.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Ministro Barroso, nós estamos falando das grandes emissoras, que não têm nenhuma interesse.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - As grandes emissoras não têm nenhum interesse?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Nós temos cinco mil e quinhentos municípios.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu estou imaginando uma rádio lá do...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Veja, a emissora não tem como violar o direito dos candidatos aptos. Além disso, a emissora pode fazer o debate só com os candidatos aptos – a lei possibilita isso. Por que razão não pode trazer um facultativo a mais?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Ministro Barroso, nós estamos raciocinando com debates em São Paulo e no Rio de Janeiro, que foram os exemplos. Nós estamos aqui numa eleição municipal em que tem emissoras locais, onde provavelmente não tem nem pesquisa de opinião pública.

ADI 5423 / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Há solução para tudo. A lei assegura os candidatos de partidos que tenham mais de dez representantes na Câmara dos Deputados. Além disso, ou dois terços dos candidatos, ou a emissora podem convidar mais alguém. Eu não consigo imaginar como isso possa ser gravoso ao processo político e acho que é muito melhor do que o que efetivamente aconteceu em São Paulo e no Rio, em que dois terços dos candidatos vetam a participação do segundo ou do terceiro colocados. Isso, sim, impede a participação livre e democrática.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Com muito gosto.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Eu sei que está um pouco difícil para Vossa Excelência concluir o voto, mas me permita dizer duas coisas, Senhor Presidente, brevemente.

No voto que ao tempo devido proferirei, vou tentar fazer uma linha divisória entre esta questão e a que Vossa Excelência está se referindo agora, que são os debates, e a questão da propaganda eleitoral. Não acho que a solução seja a mesma.

E a segunda observação: neste caso concreto, acho que Vossa Excelência está resolvendo um problema. Nós ainda não resolvemos os outros que temos, porque eu tenho dúvida que esta questão esteja posta pela ABERT nesta ação direta de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu estou interpretando a lei conforme a Constituição.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Independentemente do pedido...

ADI 5423 / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E considero inconstitucional que os adversários possam vetar quem foi convidado. É isso que eu acho. Os adversários não podem vetar quem foi convidado. Agora, para dar sentido ao dispositivo – senão vou ter que declará-la inconstitucional, o que eu não estou fazendo –, eu estou o interpretando conforme a Constituição, para afirmar que os candidatos aptos podem incluir alguém, mas não podem excluir quem tenha sido convidado pela emissora.

Eu acho que isso é legítimo e, *data venia*, corresponde a um dos itens do que foi postulado da tribuna, de que a emissora possa convidar, porque acho que foi lesivo ao processo democrático que o candidato ou a candidata que estava em segundo lugar ou em terceiro lugar não tivesse podido participar do debate na televisão. Da forma como está, você permite ao adversário tirar espaço democrático do seu concorrente. Não me parece legítimo isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Agora, no meu modo de ver, também, o que as empresas alegam é que, à luz de um direito próprio, porque a própria lei estabelece a distinção de propaganda e debate, e o debate é facultado e fica ao alvedrio da emissora, que ela também gostaria de diminuir o número desses candidatos aptos. Eu entendi que há essa colocação também.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu vou enfrentar esse problema agora. Aí, o meu último tópico é a posição da ABERT.

Desse modo, eu estou acompanhando a posição do Ministro Toffoli, mas aceitando a problematização que Sua Excelência suscitou, no que foi acompanhado pela Ministra Rosa Weber, eu estou propondo a interpretação conforme a Constituição do § 5º do art. 46 para dizer que os dois terços de candidatos aptos podem incluir algum candidato facultativo, mas não podem excluir o que eventualmente tenha sido

ADI 5423 / DF

convidado pela emissora, que, eu devo pressupor, tem interesse de chamar os candidatos que tragam audiência.

Mas, vamos supor a hipótese que é o temor do Ministro Teori, isto é, que uma emissora do interior, eventualmente de propriedade da família de um dos candidatos, queira incluir o último colocado. Então, a emissora vai chamar, por exemplo, os cinco que têm direito por força de lei mais o último colocado. Acho isso menos grave do que a emissora não poder chamar o segundo colocado, quando ele não tenha direito assegurado por lei. Acho muito menos grave, se Vossa Excelência entende o meu argumento.

Portanto, a ABERT tinha, na verdade, duas postulações: a primeira era que quem ela convidasse não pudesse ser excluído pela deliberação da maioria, e eu estou acolhendo esse pedido. O segundo, eu não estou acolhendo. Eu acho que foi uma interpretação engenhosa do art. 46 – esta segunda proposta pela ABERT – no sentido de permitir que os candidatos aptos, portanto, os tais dois terços, possam deliberar não apenas a inclusão de alguém que não preencha o requisito de o partido ter dez deputados na Câmara – o que eu acho que é legítimo, acho que ela pode deliberar incluir –, mas, também, a exclusão de algum candidato que tinha o direito assegurado pela lei no *caput*, isto é, a exclusão.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas a exclusão também é por dois terços.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Sim, mas é exclusão e, de novo, pelos adversários. Eu entendo o interesse das emissoras de televisão – e acho que é legítimo – de fazerem um debate com um menor número de participantes, para que ele seja mais atraente e mais informativo. Esse interesse das emissoras é legítimo, mas eu não acho que ele possa ser atendido, dando aos adversários o direito de fazerem o que se fez em São Paulo e o que se fez no Rio, que é: dois terços se reúnem e excluem a participação de um candidato que tem apoio popular, mas evidentemente pode derrotar um daqueles que integram os

ADI 5423 / DF

dois terços.

Portanto, eu acho que a alternativa proposta pela ABERT (a segunda postulação) não pode ser atendida, porque acho que daria aos adversários o direito de escolha de quem e quem não pode participar do debate. Com um detalhe, a ABERT suscitou que as regras de exclusão deveriam ser previamente definidas, o que, em seu entender, afastaria o problema democrático aqui mencionado. Acontece que, quando você programa o debate, você já sabe quem é quem. Portanto, não há como disciplinar isso com justiça abstrata, porque, no momento que você definir as regras, você já saberá quem é que está em segundo lugar, quem está em primeiro e quem está em terceiro. Portanto, você dá direito à maioria dos dois terços de excluir o primeiro colocado, que está ameaçando eles. Evidentemente, esta não pode ser uma solução aceitável.

Desse modo, eu considero que esta postulação não pode ser atendida, Presidente, e, assim que eu concluir o meu voto, eu gostaria de ouvir, com muito prazer, uma questão de fato ou uma questão de ordem que a ABERT pretendeu postular. Na verdade, como eu já vou concluir, se Vossa Excelência estiver de acordo, eu já ouviria o advogado agora mesmo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não. Vossa Excelência está com a palavra.

ADVOGADO - Obrigado Excelência. Bem brevemente, é apenas um esclarecimento quanto a esse último ponto que Vossa Excelência mencionou dos dois terços poderem incluir algum candidato não apto. Nós, pela leitura da lei, quer dizer, a realização do debate é facultativa pelo *caput* do art. 46 e o § 4º do art. 46 pressupõe um acordo entre os candidatos que internamente deliberam por dois terços e a emissora. Então essa inclusão para acontecer depende do acordo, da conjunção de vontades da emissora com os dois terços dos candidatos. Era apenas esse o esclarecimento.

ADI 5423 / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O problema é que, se a emissora concordar com a exclusão do candidato que os dois terços quiseram, mesmo que ele esteja em primeiro lugar, ele dança.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas eu acho que isso vai se autorregular pelo seguinte: o debate tem que ser assim ou então não tem debate. Então resolveu o problema da interpretação constitucional.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu acho que vai, acho sim.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É isso que vai acontecer.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas isso é uma questão comercial.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mercadológica, isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Quer dizer, o meu problema é assegurar que seja uma solução justa. A solução justa não pode ser a maioria... Eu não preciso nem dar um exemplo em tese, o exemplo é concreto, a maioria excluiu o candidato que está em segundo lugar no Rio de Janeiro. Portanto, esse critério é inaceitável. Detalhe: ao que parece, nesse caso, a emissora havia convidado. Portanto, o problema é patente e flagrante.

Eu fiz uma reflexão sobre a questão da emissora poder querer favorecer um ou outro candidato, exatamente esse problema que preocupa o Ministro Teori. Como eu não li o meu voto, acabei não a trazendo de início. Mas, só para responder a preocupação de Sua Excelência, vou retomar esse ponto.

Vejam, Presidente e Ministro Teori, não que eu tenha adivinhado a objeção de Vossa Excelência, mas como ela me parece uma objeção

ADI 5423 / DF

possível, digo eu no meu voto escrito:

“A alteração promovida pela minirreforma deve ser interpretada, portanto, no sentido de somente possibilitar que 2/3 dos ‘candidatos aptos’ acrescentem novos participantes ao debate – candidatos que não tenham esse direito assegurado por lei nem tenham sido previamente convidados pela emissora. Com isso, é possível minorar o risco inverso: o de que o conflito de interesses esteja na própria decisão da emissora em convidar ou não um candidato para o pleito. Em pequenas cidades brasileiras é ainda comum que os veículos de comunicação social estejam concentrados nas mãos de oligarquias ou de políticos locais, assim a solução proposta evita tanto que os candidatos quanto as emissoras possam intervir de modo ilegítimo na conformação dos participantes dos debates, garantindo-se, de modo mais pleno, a liberdade de informação, a paridade de armas e a legitimidade do pleito”.

Portanto, eu não estou dando à emissora o direito de tirar quem tem o direito assegurado pela lei – os candidatos aptos –, mas estou dando à emissora o direito de convidar alguém que não tenha sido selecionado pelos dois terços. Eu acho que esta solução produz um equilíbrio, que impede abuso de um lado ou de outro.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Vossa Excelência está dando também o direito dos dois terços de fazerem mais convites contra a vontade da emissora.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu não estou dando esse direito; esse direito já está na norma.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Não, não existe esse direito. Os não aptos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O direito, em si, está

ADI 5423 / DF

na norma, quanto àqueles que "estariam habilitados".

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - O que está na norma não são convidados.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Vamos fazer uma leitura em conjunto. Eu acho que nós todos estamos dizendo a mesma coisa, mas, agora, me deixem ler a norma para ver se nós todos a interpretamos da mesma forma. Ministro Marco Aurélio, é o § 5º do art. 46, que diz o seguinte:

§ 5º Para os debates que se realizarem no primeiro turno das eleições, serão consideradas aprovadas as regras, inclusive as que definam o número de participantes, que obtiverem a concordância de pelo menos 2/3 (dois terços) dos candidatos aptos, no caso de eleição majoritária, e de pelo menos 2/3 (dois terços) dos partidos ou coligações com candidatos aptos, no caso de eleição proporcional.

Portanto, o que esse dispositivo diz é que o número de participantes vai ser fixado pela deliberação dos dois terços dos candidatos aptos. Portanto, eles podem incluir alguém que não seja candidato apto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas podem também, pelo texto, excluir.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É isso que eu estou proibindo. É isso que eu estou dizendo que não podem fazer, porque considero que isso é incompatível com a Constituição.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Então, é isso que eu estou afirmando: Vossa Excelência está dizendo que os dois terços podem convidar candidatos de partidos que não teriam direito e podem convidar contra a vontade da emissora.

ADI 5423 / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Sim. É isso que eu estou dizendo, exatamente isso. Quer dizer, eu estou dizendo não...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Há uma ala que sustenta a liberdade da emissora.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não sou eu que estou dizendo. Eu considero que isso é o que está dito na norma. O que eu estou fazendo é excluindo... Pois, não, Ministra Rosa.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Perdoe-me, Ministro Luís Roberto, mas é que aí, como foi destacado da tribuna, nós temos o § 4º que diz: "O debate será realizado segundo as regras estabelecidas em acordo celebrado entre os partidos políticos e a pessoa jurídica interessada na realização do evento".

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Sim, mas aí não cuida do número de participantes. O número de participantes é fixado por dois terços...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:
É o convencimento de Sua Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Esperem aí! A gente pode divergir quanto à interpretação, mas nós temos que concordar quanto aos fatos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – (Inaudível) o alcance da norma.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - As pessoas

ADI 5423 / DF

têm direito a sua própria opinião, mas não aos seus próprios fatos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

É o convencimento de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O meu entendimento é: quem define o número de participantes, nos termos do § 5º, são os dois terços dos candidatos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Uma verdadeira carta em branco dada aos 2/3!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas Vossa Excelência entende que isso está dito aqui?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Entendo da forma que Vossa Excelência acabou de ler e está em bom português.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Está bem.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Ministro Barroso, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Pois, não.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - O número de participantes, tem um número que a lei definiu e que não pode ser mexido. As palavras estão no art. 46, *caput*.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Sim. O art. 46, *caput*, fala: "É assegurada a participação". É o que se chama de candidatos aptos.

ADI 5423 / DF

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Então, quanto a esses aí, não tem definição de participação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Esses têm o direito de participar.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Certo. Sem definição é quanto aos não aptos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Isso.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - É isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E o § 5º diz que dois terços podem selecionar não aptos. É isso que está dito aqui. Vossa Excelência diverge disso?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Não, não divirjo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ah, bom! Então nós não temos uma divergência!

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu só divirjo quanto à possibilidade... Tem outras divergências quanto ao número de candidatos que os partidos podem escolher quem a emissora não escolheu, porque me parece que isso seria incompatível com o § 4º, mas, enfim...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Se prevalecer o entendimento de Vossa Excelência, nós temos que dizer que esta parte do § 5º é inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Define o número de

ADI 5423 / DF

participantes. Tem que excluir.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Porque eu estou fazendo uma interpretação conforme a Constituição para dizer, o artigo diz "pode incluir ou pode excluir." Digo eu: excluir não pode, é inconstitucional. Se Vossa Excelência acha que também não pode incluir, tem que cair a expressão "as que definam o número de participantes".

Agora, quanto à questão que a Ministra Rosa está suscitando, aflita, aqui do meu lado, a emissora tem, sim, direito de participar da definição das regras do debate, como previsto no §4º; mas existem muitas regras: quem fala primeiro, quem fala depois, se a pergunta é do jornalista, se a pergunta é feita de um candidato para o outro. O número de participantes se submete à regra específica, que é definida nos termos do §5º.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - No parágrafo 5º, fala das regras também. Tem pergunta "antes/depois".

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Ministro Luís Roberto, se me permite, não é que eu esteja aflita, é que essa é a tese do Partido Verde e do PSOL, uma tese mais restrita no sentido da declaração da inconstitucionalidade justamente deste adendo: "inclusive as que definam o número de participantes". Porque essa foi a única alteração trazida a este dispositivo pela Lei 13.165.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas eles cortam a partir de onde?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Aqui: "...inclusive as que definam o número de participantes". É o único acréscimo que foi feito.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Sim.

ADI 5423 / DF

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Aqui está a redação anterior que foi dada pela Lei 12.034.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro Luís Roberto Barroso, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Claro, com muito gosto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A resolução do Tribunal Superior Eleitoral encerrou inteligência – de início –, muito embora, para mim, haja defeito maior inicial, ao prever, no parágrafo 5º do artigo 32, que:

Art. 32

[...]

§ 5. Na elaboração das regras para a realização dos debates, a emissora responsável e os candidatos que representem dois terços dos aptos não poderão deliberar pela exclusão de candidato cuja presença seja garantida nos termos do § 2º.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É. Por esta razão, a ABERT pediu para derrubar também esse dispositivo. Mas eu acho que permitir que a maioria exclua alguém – foi o que aconteceu ontem – ...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Está apta, segundo o *caput* do artigo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - ... e que está apta pelo *caput*, não é aceitável.

ADI 5423 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Peca também pela inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Na linguagem popular: "É o rabo balançando o cachorro".

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Se placitamos a lei – o que não vou fazer –, teremos que dar eficácia à norma e, portanto, teremos que afastar a possibilidade de ser excluído aquele que é declarado, pela norma, apto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, acho que nós estamos chegando próximo a um consenso aqui: Eu estou interpretando conforme a Constituição o §5º para dizer que os dois terços não podem excluir alguém que a emissora convide; e acho que isso me parece natural e óbvio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A de 2/3 não se sobrepõe a essa definição pela emissora.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Isso.

Agora, a nova proposta posta na mesa - porque o Ministro-Relator julgava improcedente - é a do Ministro Teori.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Não, eu não propus nada. Não me comprometo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu julgo improcedente totalmente e mantenho a norma.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O Ministro Teori está esperando, aconteça o que acontecer, ele vai dizer que era aquilo.

ADI 5423 / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Vai começar o processo no Senado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Porque eu estou dizendo assim: ou nós vamos dizer que o artigo significa que pode incluir e excluir - e eu estou dizendo que não pode excluir -, ou nós vamos dizer que não pode incluir nem excluir. Agora, dizer que não vai ser nem uma coisa, nem outra é difícil.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Olha, isso, em princípio só se aplica em recurso. Mas eu estou verificando que nós vamos acabar chegando a uma interpretação que vai gerar uma *reformatio in pejus*. Eles vão chegar à conclusão que seria melhor deixar a lei sem mexer, deixar ao sabor da experiência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Quem?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - As partes.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Porque nós vamos chegar a uma interpretação que vai ser pior para eles.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, espere aí.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, eu digo do jeito que os debates estão ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Os associados da Abert. Para os associados da Abert?

ADI 5423 / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É. Nós estamos mantendo na íntegra as regras que se aplicam à propaganda eleitoral gratuita. Eu estou acompanhando na íntegra o Relator. No tocante à propaganda eleitoral, nós estamos acolhendo a tese de que se...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não, eu não.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É, eu estou propondo. Perdão, eu estou propondo acolher a tese de que se a emissora convidar, os dois terços não podem excluir.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não podem excluir. É uma visão.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Porque considero que é uma forma de uma maioria oprimir o candidato, porque os dois terços, se o partido do primeiro candidato não tiver dez deputados na Câmara, os outros dois terços podem excluí-lo. Impossível alguém achar que isso está correto. Portanto, para que possa haver um debate democrático, você não pode deixar que a maioria exclua o seu concorrente. Agora, eu acho que a maioria pode incluir; não vejo problema de os dois terços quererem incluir alguém. E, com isso, eu preservo o artigo, o dispositivo.

Desse modo, Presidente, eu vou enunciar a conclusão do meu voto. Eu não vou ler toda a ementa por brevidade; eu vou ler só o dispositivo, que é o seguinte: "Por todo o exposto, voto: 1. Pela improcedência das ADI's 5.423 e 5.488, ambas da relatoria do Ministro Dias Toffoli., e pela parcial procedência da ADI 5.487, da relatoria da Ministra Rosa Weber, conferindo-se interpretação conforme ao § 5º do artigo 46 da Lei 9.504/97, com a redação dada pela Lei 3.165/15, para se determinar que os candidatos aptos não possam deliberar pela exclusão dos debates de

ADI 5423 / DF

candidatos cuja participação seja facultativa, quando a emissora tenha optado por convidá-los”. Portanto, vou ler novamente só essa parte final: eu julgo parcialmente procedente a ADI 5.487 para determinar que “os candidatos aptos não possam deliberar pela exclusão dos debates de candidatos cuja participação seja facultativa, quando a emissora tenha optado por convidá-los”.

É como voto. Acho que ficou clara a minha posição, Presidente.

24/08/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

Ementa: DIREITO ELEITORAL. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 13.165/2015 NAS REGRAS DE DIVISÃO DO TEMPO DE PROPAGANDA ELEITORAL GRATUITA EM RÁDIO E TELEVISÃO E NOS REQUISITOS PARA PARTICIPAÇÃO EM DEBATES. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO AO § 5º DO ART. 46 DA LEI Nº 9.504/1997.

1. CRITÉRIOS DE REPARTIÇÃO DO HORÁRIO ELEITORAL GRATUITO ENTRE OS PARTIDOS

1.1. Todos os partidos políticos têm direito à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, inclusive aqueles sem representação na Câmara dos Deputados. É válida, contudo, a divisão de parte do tempo de propaganda com base na representatividade do partido político na Câmara dos Deputados, desde que o critério de divisão adotado não inviabilize a participação das pequenas agremiações.

1.2. O exame da proporcionalidade do critério de distribuição do direito de antena deve levar em conta, entre outros fatores, o tempo total de propaganda eleitoral gratuita assegurado por lei e a quantidade de partidos políticos existentes. No cenário normativo e político-partidário atual, o critério previsto no art. 47, § 2º, da Lei 9.507/1997, com a redação dada pela Lei nº 13.165/2015, revela-se constitucional, assegurando um “espaço mínimo razoável” para as agremiações sem representatividade na Câmara dos Deputados.

1.3. É também constitucional a fixação de critérios distintos para o cálculo da representatividade das coligações conforme se trate de eleições majoritárias ou proporcionais, haja vista a distinta natureza desses dois sistemas de disputa. Assim,

ADI 5423 / DF

a fim de garantir maior equidade na distribuição do horário eleitoral gratuito, é válido que se limite o cômputo da representatividade em eleições majoritárias ao número de representantes dos seis maiores partidos integrantes da coligação.

2. REGRAS PARA A DEFINIÇÃO DOS PARTICIPANTES DOS DEBATES ELEITORAIS

2.1. As emissoras de tv e rádio têm a faculdade de realizar debates eleitorais. Optando, no entanto, por promovê-los, têm de obedecer a diretrizes mínimas fixadas em lei, com a finalidade de assegurar (i) o pluralismo político (democracia), (ii) a paridade de armas entre os candidatos na disputa eleitoral (isonomia), e (iii) o direito à informação dos eleitores (liberdade de expressão).

2.2. Em relação à definição dos participantes dos debates, é válida a fixação, por lei, de um critério objetivo que conceda a parcela dos candidatos (os “candidatos aptos”) direito subjetivo à participação nos debates, não podendo a emissora de tv ou de rádio a ele se opor, ainda que com a concordância de outros candidatos. O critério adotado pela legislação brasileira, tal como interpretado pelo TSE, assegura a participação nos debates dos candidatos de partidos ou coligações que tenham representatividade mínima de 10 deputados federais. Trata-se de critério razoável, coerente com as normas relativas à propaganda eleitoral vigentes no país e que cumpre as finalidades constitucionais acima citadas.

2.3. Todavia, o legislador não fechou as portas do debate político a candidatos de partidos ou coligações que tenham menos de 10 deputados federais, tampouco tolheu por completo a liberdade de programação das emissoras de tv e rádio. Unindo essas duas preocupações, a Lei nº 9.504/1997 facultou que as emissoras convidem para os debates candidatos com representatividade inferior à exigida na lei. No caso de competidores bem colocados nas pesquisas de intenção de voto, é razoável concluir que as emissoras terão estímulos para promover a sua inclusão, tanto como forma de aumentar a

ADI 5423 / DF

audiência, quanto de garantir a credibilidade do programa. Esta é a interpretação que já se extraía da legislação eleitoral antes da minirreforma de 2015 e que deve permanecer possível diante do atual cenário normativo, bastando que se confira interpretação conforme a Constituição à nova redação do art. 46, § 5º, da Lei nº 9.504/1997 dada pela Lei no 13.165/2015.

2.4. A possibilidade de deliberação dos “candidatos aptos” sobre o número de participantes do debate, prevista no art. 46, §5º, deve ser compreendida restritivamente. Eles não podem, sob pena de ofensa à democracia, à isonomia e à liberdade de expressão, excluir candidatos convidados pela emissora de tv ou rádio. Haveria, nessa hipótese, um evidente conflito de interesses: o poder de decidir sobre a participação de um competidor ficaria nas mãos de seus próprios adversários, que, por óbvio, não têm nenhum estímulo para conceder espaço nos meios de comunicação de massa a quem possa subtrair seus votos e visibilidade. A alteração promovida pela minirreforma deve ser interpretada, portanto, no sentido de somente possibilitar que 2/3 dos “candidatos aptos” acrescentem novos participantes ao debate – candidatos que não tenham esse direito assegurado por lei nem tenham sido previamente convidados pela emissora.

3. CONCLUSÃO

3.1. Improcedência das ADI 5.423 e 5.491, de relatoria do Min. Dias Toffoli, e da ADI 5.577, de relatoria da Min. Rosa Weber. Parcial procedência das ADI 5.487, de relatoria da Min. Rosa Weber, e 5.488, de relatoria do Min. Dias Toffoli, conferindo-se interpretação conforme ao § 5º do art. 46 da Lei nº 9.504/1997, com a redação dada pela Lei nº 13.165/2015, para se determinar que os candidatos aptos não possam deliberar pela exclusão dos debates de candidatos cuja participação seja facultativa, quando a emissora tenha optado por convidá-los.

ADI 5423 / DF

VOTO

I. As ADI 5.423, 5.487, 5.488, 5.491 e 5.577

1. Trata-se do julgamento conjunto das ADI 5.423, 5.488 e 5.491, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, e das ADI 5.487 e 5.577, de relatoria da Ministra Rosa Weber. As cinco ações diretas em questão impugnam os seguintes dispositivos da Lei nº 9.504/1997 (a “Lei das Eleições”), todos com a redação dada pela Lei nº 13.165/2015 (a “minirreforma eleitoral de 2015”), relativos (i) à distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita entre os partidos, e (ii) ao direito de participação dos candidatos nos debates:

Art. 46. Independentemente da veiculação de propaganda eleitoral gratuita no horário definido nesta Lei, é facultada a transmissão por emissora de rádio ou televisão de debates sobre as eleições majoritária ou proporcional, sendo assegurada a participação de candidatos dos partidos com **representação superior a nove Deputados**, e facultada a dos demais, observado o seguinte: (Redação dada pela Lei nº 13.165/2015) (...)

§ 5º Para os debates que se realizarem no primeiro turno das eleições, serão consideradas aprovadas as regras, **inclusive as que definam o número de participantes**, que obtiverem a concordância de pelo menos 2/3 (dois terços) dos candidatos aptos, no caso de eleição majoritária, e de pelo menos 2/3 (dois terços) dos partidos ou coligações com candidatos aptos, no caso de eleição proporcional (Redação dada pela Lei nº 13.165/2015)

Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, nos trinta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral

ADI 5423 / DF

gratuita, na forma estabelecida neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 12.875, de 2013)

I - **90% (noventa por cento)** distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, **no caso de coligação para eleições majoritárias, o resultado da soma do número de representantes dos seis maiores partidos que a integrem** e, nos casos de coligações para eleições proporcionais, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integrem; (Redação dada pela Lei nº 13.165/ 2015)

II - **10% (dez por cento) distribuídos igualmente.** (Redação dada pela Lei nº 13.165/2015)

2. O art. 47, § 2º, I e II, da Lei nº 9.504/1997, relativo à distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita entre os partidos, foi impugnado nas ADI 5.423, 5.487 e 5.491. Já o art. 46, *caput* e § 5º, da Lei nº 9.504/1997, relativo às regras de participação dos candidatos nos debates, foi impugnado nas ADI 5.423, 5.487 e 5.488.

3. Na **ADI 5.423**, o Partido Trabalhista Nacional (PTN), o Partido Humanista da Solidariedade (PHS), o Partido Republicano Progressista (PRP) e o Partido Trabalhista Cristão (PTC) defendem que tanto a restrição do acesso aos debates no rádio e na televisão de candidatos de partidos com menos de 10 representantes na Câmara dos Deputados, quanto a repartição desigual do direito de acesso gratuito ao rádio e à televisão entre os partidos, inclusive desconsiderando os esforços dos partidos coligados, violam os princípios da proporcionalidade, republicano e da igualdade, bem como o direito de antena assegurado pelo art. 17, § 3º, da Constituição. Como resultado, em relação aos debates, pedem que seja declarada inconstitucional a expressão “superior a nove deputados” constante do art. 46, *caput*, da Lei

ADI 5423 / DF

nº 9.504/1997. E, em relação à repartição do horário eleitoral gratuito, requerem a declaração de inconstitucionalidade do art. 47, § 2º, I e II da Lei das Eleições em três pedidos alternativos: (i) no primeiro, pedem que se respeite *“a divisão igualitária do tempo para todos os Partidos”*, (ii) no segundo, pedem que se respeite *“a proporcionalidade da votação das coligações na eleição presidencial, com a consequente divisão igualitária do tempo de cada coligação entre os partidos que a compuseram, ou, ao menos, respeitando a proporcionalidade da votação para o Congresso Nacional, desde que observado o esforço coligado, onde, o tempo proporcional de cada congressista eleito por coligação deve ser dividido entre os partidos que a compuseram”*, e, (iii) no terceiro, pedem apenas a declaração de inconstitucionalidade da expressão *“seis maiores”*, constante do inciso I, do § 2º, do art. 47, da Lei 9.504/97, com a redação dada pela Lei nº 13.165/2015, por entender que *“não se mostra razoável e proporcional que se inclua na contagem, no caso de coligação majoritária, somente o tempo dos seis maiores partidos integrantes da coligação”*.

4. Na **ADI 5.487**, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e o Partido Verdade (PV) também questionam as novas regras inseridas pela minirreforma eleitoral de 2015 relativas à divisão do horário eleitoral gratuito e à participação nos debates, ao argumento de que violam o direito de antena, a paridade de armas, o regime democrático e o pluralismo político. Ademais, afirmam que a aplicação, às eleições de 2016, de tais regras, que restringem direitos com base em bancadas formadas no pleito de 2014 (e, logo, antes da edição da lei), constituiria afronta à segurança jurídica. Requerem, quanto à repartição do direito de antena, o reconhecimento da inconstitucionalidade total do art. 47, § 2º, I e II da Lei nº 9.504/1997, com a redação dada pela Lei nº 13.165/2015, de modo que a divisão do tempo de propaganda eleitoral gratuita seja feita de forma igualitária entre todos os partidos e coligações. Já quanto às regras de organização de debates eleitorais, pedem a declaração de inconstitucionalidade parcial do *caput* do art. 46 da Lei nº 9.504/1997, com a supressão do texto da expressão *“nove Deputados”* e, subsidiariamente:

ADI 5423 / DF

(i) a utilização da técnica de declaração da inconstitucionalidade sem redução de texto e interpretação conforme para fixar que “o critério do art. 46 *caput*, que assegura a participação nos debates eleitorais, é “Deputados”, excluindo-se a interpretação ou aplicação do critério “Deputados Federais” e/ou membros da Câmara dos Deputados”; e (ii) a declaração de inconstitucionalidade da regra que permite a fixação número de participantes pelos próprios candidatos competidores, “suprimindo-se do texto a expressão ‘inclusive as que definam o número de participantes’, contida no §5º do art. 46 da Lei 9.504”.

5. Na **ADI 5.488**, a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT) argumenta que a interpretação das regras relativas aos debates que impeça que os candidatos de partidos com mais de 9 Deputados possam, por 2/3 de votos, deliberar pela redução do número de debatedores é incompatível com (i) o princípio democrático e o direito à informação, por impedir “que se desenhem debates capazes de promover em maior e melhor medida o direito dos eleitores à informação adequada”, (ii) as liberdades de expressão e jornalística, ao restringir a liberdade de programação das emissoras, e (iii) a autonomia partidária, que deve permitir aos partidos definirem as regras dos debates, inclusive quanto ao número de participantes. Assim, pede que: (i) seja aplicada interpretação conforme a Constituição ao art. 46, *caput* e §5º, da Lei nº 9.504/1997, para fixar-se o entendimento de que, ao elaborar as regras aplicáveis aos debates, os candidatos e partidos aptos poderão definir o número de participantes, ainda que em quantitativo inferior ao de partidos com representação superior a nove deputados, desde que sejam adotados ex ante, critérios não arbitrários, objetivos e razoáveis para esse fim; e (ii) seja declarada, por arrastamento, a inconstitucionalidade do §5º do art. 32 da Res. TSE nº 23.457/2015, que estabeleceu que “a emissora responsável e os candidatos que representem dois terços dos aptos não poderão deliberar pela exclusão de candidato cuja presença seja garantida”.

6. Na **ADI 5.491**, o Solidariedade (SD) sustenta que a nova

ADI 5423 / DF

redação conferida pela minirreforma eleitoral ao art. 47, § 2º, I (primeira parte) e II, da Lei nº 9.504/1997 reduziu drasticamente o tempo de rádio e televisão em caso de coligação partidária para eleições majoritárias, por somente considerarem o resultado da soma do número de representantes dos seis maiores partidos que a integrem. Segundo alega, tal alteração, ao criar “barreiras à participação de partidos menores” sem qualquer justificativa legítima, afronta o art. 17, § 3º, da Constituição, bem como os princípios do pluralismo político (art. 1º, V, CRFB), da igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB) e da autonomia partidária (art. 17, *caput*, CRFB). Nesse sentido, pede a declaração de inconstitucionalidade do art. 47, § 2º, I (primeira parte) e II, da Lei das Eleições.

7. Por fim, na **ADI 5.577**, o Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB) alega que a expressão “superior a nove Deputados” contida no art. 46, *caput*, da Lei nº 9.504/1997, com a redação dada pela Lei nº 13.165/2015, viola o princípio democrático (art. 1º, CRFB), o princípio da igualdade de chances (art. 5º, *caput* e XIV, CRFB) e a liberdade de expressão da propaganda eleitoral (art. 220, CRFB). Para o PRTB, a alteração, além de restringir “a ampla publicidade da propaganda eleitoral, dos candidatos e de seus projetos”, trouxe “uma distinção maléfica e antiisonômica, privilegiando partidos maiores em detrimento dos menores”. Como resultado, pede a declaração de inconstitucionalidade da expressão “superior a nove Deputados” constante do art. 46, *caput*, da Lei nº 9.504/1997 ou, subsidiariamente, que sejam modulados os efeitos da decisão para que a nova regra só seja aplicável às Eleições de 2020.

8. Em todas as ações diretas acima, adotou-se o rito do art. 12 da Lei nº 9868/99. Apenas a ADI 5.423 teve o pedido de medida cautelar analisado. Na decisão de 19.12.2015, o Min. Relator Dias Toffoli indeferiu a cautelar pleiteada, mantendo a eficácia dos dispositivos e das expressões impugnadas. Ademais, nas quatro ações, os pareceres da Advocacia Geral da União e da Procuradoria Geral da República foram no sentido da improcedência dos pedidos formulados.

ADI 5423 / DF

9. Feitas essas considerações iniciais, passo a votar.

II. A REPARTIÇÃO DESIGUAL DO DIREITO DE ANTENA ENTRE OS PARTIDOS

10. A Constituição de 1988 assegura aos partidos políticos direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito à rádio e à televisão, na forma da lei (art. 17, §3º). Desde a edição da Lei no 9.504/1997, o horário eleitoral gratuito no 1o turno é distribuído entre as agremiações partidárias e coligações de modo que uma parcela maior seja repartida entre os partidos de acordo com a sua representatividade na Câmara dos Deputados, e uma parcela menor do tempo total seja destinada para a distribuição igualitária entre todos os partidos, independentemente de representatividade (art. 47, § 2º). Na redação original do §2º do art. 47, do tempo total reservado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na tv, 1/3 era distribuído igualmente entre todos os partidos ou coligações com candidatos à disputa e representação na Câmara dos Deputados, e os outros 2/3 eram distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados. Posteriormente, a Lei nº 12.875/2013 conferiu nova redação ao §2º do art. 47 da Lei das Eleições, reduzindo a parcela do tempo a ser distribuída por igual entre os partidos e coligações de 1/3 para 1/9.

11. Já com a Lei nº 13.165/2015 houve redução ainda maior: apenas 10% do tempo de propaganda gratuita será distribuído por igual entre os partidos, enquanto os outros 90% serão repartidos de forma proporcional ao número de representantes do partido ou da coligação na Câmara dos Deputados. A minirreforma eleitoral de 2015 reduziu, ainda, o peso da coligação para eleições majoritárias, ao definir que, nesse caso, somente serão contabilizados os representantes dos seis maiores partidos que a integrem, e não a soma do número de representantes de todos os partidos da coligação, como ocorre nas eleições proporcionais.

ADI 5423 / DF

12. Antes da alteração promovida pela Lei nº 13.165/2015, as redações anteriores do §2º do art. 47 da Lei das Eleições tiveram sua validade questionada perante o STF em diversas ocasiões. A primeira norma a ser objeto de decisão do STF foi a redação original do dispositivo, que reservava 1/3 do tempo total de propaganda eleitoral para divisão igualitária. Em 26.06.1998, o Tribunal examinou a ADI 1.822 (Rel. Min. Moreira Alves), em que se alegava, basicamente, que o critério de distribuição da propaganda eleitoral estabelecido no art. 47, §2º, do diploma seria inconstitucional, por violar os princípios da igualdade, do pluralismo político e da proporcionalidade. À época, porém, o STF não conheceu a ação direta, por considerar que o pedido nela veiculado demandaria a atuação do Tribunal como legislador positivo.

13. Em 29.06.2012, o tema da distribuição do direito de antena voltou a ser apreciado pela Corte, nas ADI 4.430 e 4.795, de relatoria do Min. Dias Toffoli. Nessas ações, foi impugnado, dentre outros dispositivos, o art. 47, § 2º, da Lei nº 9.504/1997, que, como visto, já havia sido objeto da ADI 1.822, não conhecida pela Corte. Houve uma primeira discussão a respeito do cabimento das ações: as ADI 4.430 e 4.795 poderiam ser admitidas no ponto em que repetiam pedido considerado juridicamente impossível pelo STF em 1998, por demandar sua atuação como legislador positivo? Por maioria, a Corte entendeu que sim, enfatizando a *“atual dimensão da jurisdição constitucional”* brasileira, bem como o papel do STF como guardião da Constituição.

14. No mérito, o STF declarou inconstitucional a regra que excluía os partidos sem representação na Câmara dos Deputados do acesso ao horário eleitoral gratuito, mas validou o critério de distribuição do tempo de propaganda eleitoral segundo o qual 1/3 seria dividido igualmente entre todos os partidos políticos e os 2/3 restantes conforme a representatividade de cada um deles na Câmara dos Deputados. Na ocasião, a Corte destacou que os partidos políticos, ainda

ADI 5423 / DF

que sem representantes eleitos na Câmara dos Deputados, não poderiam ser completamente alijados da propaganda eleitoral, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade, do pluralismo político e da proporcionalidade. Por outro lado, afirmou que esses mesmos princípios constitucionais seriam satisfeitos por solução que, tal como a adotada pelo legislador, assegurasse apenas um “espaço mínimo razoável” para divisão igualitária e destinasse o tempo restante da propaganda eleitoral para distribuição conforme a representatividade de cada agremiação política. Alguns Ministros chegaram a sinalizar que o modelo legal, de divisão não estritamente igualitária do tempo de propaganda eleitoral, seria não apenas compatível com a Constituição, como por ela exigido. Isso porque o princípio democrático imporia algum peso, na distribuição do direito de antena, aos votos obtidos pelos partidos.

15. Ultrapassada a alegação de que a Constituição de 1988 exigiria divisão puramente igualitária do tempo de propaganda eleitoral, o STF examinou nas ADIs 4.430 e 4.795 outros dois pontos: (i) se a fração de 1/3 assegurada pela Lei nº 9.504/1997 para distribuição igualitária promoveria o “espaço mínimo razoável” de participação; e (ii) se a utilização do critério específico de representatividade na Câmara dos Deputados seria válido para guiar a divisão do tempo restante (2/3 da propaganda eleitoral). A resposta foi positiva para as duas questões.

16. Quanto à primeira, a Corte fez um *distinguishing* em relação à decisão tomada em duas ações diretas anteriores que versavam sobre a divisão do tempo de propaganda partidária gratuita. Nas ADI 1.351 e 1.354, de relatoria do Min. Marco Aurélio, julgadas em 07.12.2006, o STF declarou a inconstitucionalidade da denominada “cláusula de barreira” ou “cláusula de desempenho”, que restringia direitos dos partidos que não atingissem critérios mínimos de representatividade nas eleições para a Câmara dos Deputados e para Assembleias Legislativas. Entre as restrições impostas pela citada cláusula, constava a de acesso à propaganda partidária no rádio e na tv: os partidos que não

ADI 5423 / DF

preenchessem o desempenho mínimo teriam direito a apenas um programa, por semestre, de 2 minutos, enquanto os demais teriam direito a programa eleitoral e a inserções de, no total, 120 minutos (art. 48 da Lei nº 9.096/1995). Nas ADI 4.430 e 4.795, o STF entendeu que a distribuição igualitária de 1/3 dos horários da propaganda eleitoral a todos os partidos garantia um espaço mínimo razoável aos partidos pequenos, sendo muito menos rigoroso do que o analisado nas ADI 1.351 e 1.354.

17. Já a segunda questão, relativa à utilização do número de Deputados na Câmara como parâmetro para aferir a representatividade do partido como um todo, influenciando na divisão do direito de antena inclusive na disputa para outros cargos, foi resolvida pelo reconhecimento de que nenhum critério de apuração da representatividade dos partidos políticos seria perfeito. Não bastassem as dificuldades impostas pela complexidade do sistema eleitoral brasileiro e pela forma federativa do Estado, o critério a ser empregado precisaria ser claro e objetivo, para viabilizar a compreensão e previsibilidade do jogo eleitoral por todos os agentes políticos. Nos termos do voto do Min. Dias Toffoli, relator das ADI, *“sendo a Câmara Federal o espelho das diversas tendências presentes na sociedade, levar em consideração a força eleitoral de cada uma dessas tendências é consoante com o sistema de representação proporcional”*. Assim, os critérios adotados pela Lei 9.504/1997, que levam em conta a representatividade na Câmara, decorreriam *“todos do próprio regime democrático e da lógica da representatividade proporcional, sem descuidarem, por outro lado, da garantia do direito de existência das minorias”*.

18. Com a edição da Lei nº 12.875/2013, que alterou a redação do §2º do art. 47 da Lei das Eleições de modo a reduzir a parcela do tempo a ser distribuída por igual entre os partidos e coligações de 1/3 para 1/9, o tema voltou mais uma vez à pauta do STF no julgamento da ADI 5.159. A ação, proposta pelo Partido Republicano Progressista (PRP), defendia que, à luz dos princípios do pluralismo político, da igualdade e da soberania popular, o tempo de propaganda eleitoral em rádio e

ADI 5423 / DF

televisão deveria ser dividido por igual entre os partidos. Subsidiariamente, pedia a declaração de inconstitucionalidade do novo critério de divisão do tempo fixado pela Lei nº 12.875/2013, sustentando que a distribuição igualitária de apenas 1/9 dos horários reservados à propaganda eleitoral representaria um esvaziamento quase completo, para as agremiações sem representação na Câmara, do direito de antena conferido pelo art. 17, § 3º, da Constituição. Em 01.10.2015, a ação, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, foi, porém, julgada prejudicada pela perda superveniente de objeto, uma vez que, dois dias antes, havia sido promulgada a Lei nº 13.165, de 29.09.2015 (a minirreforma eleitoral de 2015), que revogou as normas impugnadas.

19. Feito esse histórico da jurisprudência recente do STF sobre o direito de antena, passo a analisar, propriamente, as ações em pauta. As ADI 5.423, 5.487 e 5.491 impugnam a redação dada pela minirreforma eleitoral de 2015 ao art. 47, § 2º, I e II, da Lei nº 9.504/1997. Há, basicamente, três alegações em questão: (i) a inconstitucionalidade da divisão desigualitária do tempo de rádio e tv entre os partidos com e sem representação na Câmara dos Deputados; (ii) a inconstitucionalidade de ter-se somente 10% do tempo total de propaganda eleitoral dividido igualmente entre os partidos; e (iii) a inconstitucionalidade da possibilidade de cômputo, para fins da distribuição dos horários, da representatividade apenas dos seis maiores partidos de uma coligação para eleições majoritárias.

20. Ao apreciar o pedido de medida cautelar formulado na ADI 5.423, em 19.12.2015, o Min. Dias Toffoli, relator da ação, manifestou-se pela constitucionalidade tanto da divisão não estritamente igualitária do tempo de propaganda eleitoral, quanto dos critérios de repartição adotados (*i.e.*, 10% distribuídos por igual entre os partidos e 90% de acordo com a sua representatividade na Câmara), por entender que tais regras estão em linha com o princípio da igualdade, resguardando um “mínimo razoável de espaço” às minorias partidárias, ao mesmo tempo

ADI 5423 / DF

em que colocam em situação de benefício não odioso as agremiações mais lastreadas na legitimidade popular. Dias Toffoli também julgou constitucional a fixação de critérios distintos para o cálculo da representatividade das coligações majoritárias e proporcionais, considerando, no caso de coligações majoritárias, somente os seis maiores partidos que a compõem, sob o fundamento de que o critério prestigia a própria essência desse sistema eleitoral, que é favorecer as correntes políticas da maioria, além de evitar que uma grande coligação majoritária possa monopolizar o horário ou ter um tempo muito maior do que os candidatos adversários.

21. Concordo, em linhas gerais, com o entendimento do Ministro Relator. Em *primeiro lugar*, entendo que é constitucional a repartição dos horários reservados à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na tv entre os partidos conforme a sua representatividade na Câmara dos Deputados, na linha do que o próprio STF já decidiu no julgamento das ADI 4.430 e 4.795. O denominado direito de antena destina-se a promover a paridade de armas entre os candidatos e partidos, ao assegurar que todos os concorrentes possam ter acesso aos meios de comunicação social. *“A obtenção de espaços de propaganda na tv e no rádio costuma envolver custos significativos, de modo que o horário eleitoral assegura às diferentes correntes políticas a possibilidade de se fazerem visíveis ao eleitorado, impedindo que os competidores mais abastados ou com maior proximidade às emissoras possam sair em vantagem na disputa eleitoral pela possibilidade de ‘comprar’ mais visibilidade”*¹. Porém, o princípio da paridade de armas não é incompatível com algumas diferenciações entre partidos e candidatos. Pelo contrário. Em algumas situações, a igualdade exige um tratamento desigual entre eles. Afinal, não podem ser equiparados um partido que não conseguiu eleger nenhum Deputado Federal e outro que tenha formado bancadas substanciais, por ter recebido maior apoio popular. Essa ideia é traduzida no conceito de *“igualdade de chances gradual”*, adotado no Brasil, que confere aos partidos tratamento diverso

1 Aline Osorio. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Dissertação de mestrado defendida no programa de Mestrado da UERJ. No prelo.

ADI 5423 / DF

de acordo com o nível de legitimidade popular angariada.

22. Em *segundo lugar*, muito embora seja possível distribuir os horários reservados à propaganda eleitoral de forma desproporcional entre os partidos com ou sem representatividade, não tenho dúvida de que tal repartição desproporcional não pode chegar ao ponto de alijar partidos pequenos ou novos do direito de antena que lhes é assegurado pelo art. 17, §3º, da Constituição. Conforme assentou o STF nas ADI 4.430 e 4.795, é preciso assegurar um “espaço mínimo razoável” de exposição na propaganda eleitoral gratuita aos partidos de menor representatividade. Com isso, impede-se a cristalização do *status quo* e permite-se que todos os competidores tenham chances reais de obter visibilidade e conquistar apoio junto aos eleitores. No que se refere especificamente a esse ponto, parece-me que a fixação do tempo de propaganda eleitoral a ser dividido igualmente entre os partidos em um décimo do total não chega a inviabilizar, no atual cenário normativo e político-partidário brasileiro, a participação das pequenas agremiações, embora pareça estar próximo do limite aceitável à luz do princípio da proporcionalidade. Mesmo considerados os 35 partidos atualmente existentes no país, a extensão total da propaganda prevista nos arts. 47, *caput* e §1º, e 51 da Lei nº 9.504/1997 ainda assegura um “espaço mínimo razoável” para que as agremiações sem representatividade na Câmara dos Deputados possam expor seus programas e ideias e ganhar visibilidade no pleito eleitoral.

23. Em *terceiro lugar*, reputo constitucional a regra, constante do art. 47, § 2º, I, que define que a representatividade das coligações para eleições majoritárias somente poderá considerar a soma do número de representantes dos seis maiores partidos que as integrem. Na disputa para os cargos majoritários, há, em geral, maior estímulo para a formação de grandes coligações, de modo a permitir uma extrema concentração de tempo de rádio e tv por alguns candidatos, em detrimento dos demais. Nesse sentido, a tentativa de limitar o tamanho das coligações promove –

ADI 5423 / DF

e não limita – o princípio da igualdade de chances entre os partidos, ao garantir uma maior equidade na distribuição do horário eleitoral gratuito.

24. Por tudo isso, entendo que a adoção de critérios de distribuição do tempo de antena que prestigiem a legitimidade popular dos partidos e que reduzam o peso das coligações majoritárias deve ser até mesmo celebrada, na medida em que desestimula a multiplicação de legendas de aluguel, vazias de representatividade e de conteúdo programático, que conseguem se manter vivas graças à possibilidade de negociar a sua parcela do fundo partidário e do tempo de televisão. A política majoritária não conseguirá superar o elevado grau de descrédito que enfrenta enquanto não for capaz de assegurar um mínimo de conteúdo e coerência ideológicos aos programas partidários, com drástica redução do número de agremiações.

25. Voto, portanto, pela improcedência dos pedidos formulados nas ADI 5.423, 5.487 e 5.491 relativos à distribuição dos horários reservados à propaganda eleitoral na tv e no rádio. Enuncio, em consequência do exposto, as seguintes conclusões: (i) todos os partidos políticos têm direito à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, inclusive os partidos sem representação na Câmara dos Deputados; (ii) é válida, contudo, a divisão de parte do tempo de propaganda com base na representatividade do partido político na Câmara dos Deputados, desde que o critério de divisão adotado não inviabilize a participação das pequenas agremiações; (iii) o exame da proporcionalidade do critério de distribuição do direito de antena deve levar em conta, entre outros fatores, o tempo total de propaganda eleitoral gratuita assegurado por lei e a quantidade de partidos políticos existentes; (iv) no cenário normativo e político-partidário atual, o critério previsto no art. 47, § 2º, da Lei nº 9.507/1997, com a redação dada pela Lei nº 13.165/2015, ainda se revela constitucional, assegurando um “espaço mínimo razoável” para as agremiações sem representatividade na Câmara dos Deputados; e (v) é constitucional a fixação de critérios

ADI 5423 / DF

distintos para o cálculo da representatividade das coligações majoritárias e proporcionais, considerando, no caso de coligações majoritárias, somente a representatividade dos seis maiores partidos, de modo a garantir uma maior equidade na distribuição do horário eleitoral gratuito.

III. REGRAS PARA A DEFINIÇÃO DOS PARTICIPANTES DOS DEBATES ELEITORAIS

26. Além de serem obrigadas a reservar horário destinado à divulgação da propaganda eleitoral gratuita, as emissoras de rádio e de televisão têm a faculdade de organizar e transmitir debates sobre as eleições. Os debates eleitorais diferem-se do horário eleitoral gratuito tanto por se enquadrarem na programação normal das emissoras (daí o seu caráter facultativo), quanto por desempenharem papel diverso nos pleitos. Nos programas eleitorais, os candidatos expõem de forma unilateral e sem contestações os seus projetos e programas². Já “por meio dos debates, os meios de comunicação de massa possibilitam o confronto de ideias entre os próprios candidatos e, assim, transformam-se em um poderoso fórum público de discussão de temas de interesse público, aumentando o engajamento dos cidadãos no pleito e facilitando a decisão de voto”³.

27. Como resultado das diferenças enunciadas acima, os debates eleitores devem estar sujeitos a um controle mais brando em relação àquele exercido sobre o horário eleitoral gratuito. A despeito disso, as emissoras de tv e rádio que optarem por promover debates eleitorais têm de obedecer a diretrizes mínimas fixadas em lei, com a finalidade de assegurar (i) o pluralismo político, diretamente relacionado ao princípio democrático (art. 1º, *caput* e inciso V, CRFB), (ii) a paridade de armas entre os candidatos na disputa eleitoral, extraída do princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CRFB), e (iii) o direito à informação dos

2 Gustavo Binenbojm, Debates eleitorais e democracia. *O Globo*, 23 ago. 2016.

3 Aline Osorio. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Dissertação de mestrado defendida no programa de Mestrado da UERJ. No prelo.

ADI 5423 / DF

eleitores, que decorre da liberdade de expressão (arts. 5º, IV e XIV, e 220, CRFB).

28. Em relação à definição dos participantes, a Lei nº 9.504/1997, em sua redação original, estabelecia que é *“assegurada a participação de candidatos dos partidos com representação na Câmara dos Deputados, e facultada a dos demais”* (art. 46, *caput*). Assim, caso optassem pela realização de debates, as emissoras eram obrigadas a enviar convites aos candidatos de todos os partidos com pelo menos 1 (um) Deputado Federal e tinham a faculdade de convidar os candidatos que não alcançassem tal exigência de representatividade. Além dessas regras de participação, a Lei das Eleições já previa normas de organização, como, por exemplo, a possibilidade de fracionar os debates em dias e horários distintos, para que o programa seja realizado com grupos menores de debatedores (art. 46, I, II e III e §§ 1º e 2º). Em relação às regras organizatórias, porém, a Lei das Eleições possibilitou que os próprios candidatos e partidos que alcançassem a representatividade exigida (os chamados *“candidatos aptos”*) participassem da sua formulação, podendo estabelecê-las, pelo quórum de 2/3, em acordo celebrado com a emissora (art. 46, §§ 4º e 5º, Lei nº 9.504/1997, com redação dada pela Lei nº 12.034/2009)⁴.

29. A Lei nº 13.165/2015 promoveu duas alterações em relação aos debates. Primeiro, passou a determinar que apenas terão participação assegurada os *“candidatos dos partidos com representação superior a nove Deputados”* (art. 46, *caput*). Segundo, autorizou que os candidatos aptos

4 Lei nº 9.504/1997, art. 46, § 4º: O debate será realizado segundo as regras estabelecidas em acordo celebrado entre os partidos políticos e a pessoa jurídica interessada na realização do evento, dando-se ciência à Justiça Eleitoral. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009); § 5º - Para os debates que se realizarem no primeiro turno das eleições, serão consideradas aprovadas as regras que obtiverem a concordância de pelo menos 2/3 (dois terços) dos candidatos aptos no caso de eleição majoritária, e de pelo menos 2/3 (dois terços) dos partidos ou coligações com candidatos aptos, no caso de eleição proporcional. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

ADI 5423 / DF

(i.e., com representação de, pelo menos, 10 Deputados) decidissem também a respeito do número de participantes, nos seguintes termos: *“para os debates que se realizarem no primeiro turno das eleições, serão consideradas aprovadas as regras, inclusive as que definam o número de participantes, que obtiverem a concordância de pelo menos 2/3 (dois terços) dos candidatos aptos, no caso de eleição majoritária, e de pelo menos 2/3 (dois terços) dos partidos ou coligações com candidatos aptos, no caso de eleição proporcional”* (art. 46, § 5º, Lei nº 9.504/1997, com a redação dada pela minirreforma eleitoral de 2015).

30. Tais alterações efetivadas pela Lei nº 13.165/2015 são impugnadas nas ADI 5.423, 5.487, 5.488 e 5.577. Há, basicamente, duas alegações em questão. De um lado, nas ADI 5.423, 5.487 e 5.577, argumenta-se que a exigência de representatividade de dez Deputados restringe, de forma indevida, o acesso de candidatos de pequenos partidos aos debates, em violação aos princípios democrático, republicano, da igualdade, da proporcionalidade e da liberdade de expressão. De outro lado, na ADI 5.488, defende-se redução ainda maior do universo de participantes dos debates como forma de permitir que se desenhem debates capazes de promover discussões mais profundas e enriquecedoras para os cidadãos, em harmonia com o princípio democrático e os direitos à informação e à liberdade de programação e jornalística das emissoras.

31. Entendo que a limitação legal do número de candidatos com participação assegurada em debates eleitorais não é, em princípio, inconstitucional. Como dito, o objetivo dos debates é permitir que os candidatos possam confrontar suas ideias e propostas com as de seus adversários, de modo a criar um fórum público de discussão de temas de interesse público e auxiliar a decisão de voto dos eleitores. Porém, tal objetivo pode ser, em certa medida, frustrado em um cenário em que a lei exija a presença de um elevado número de participantes, já que as discussões tornam-se necessariamente menos profundas e dinâmicas.

ADI 5423 / DF

Nesse sentido, como apontou Aline Osorio, “desde que o debate não deixe de fora candidatos com viabilidade eleitoral, a redução dos debatedores pode, sim, ter o condão de aumentar o potencial informativo e o interesse dos eleitores nos debates; a redução do número de debatedores pode, sim, contribuir para aumentar o potencial informativo dos debates eleitorais”⁵. A grande dificuldade está, porém, na definição de critérios para a limitação dos participantes.

32. A Lei nº 13.165/2015 utilizou o número de “Deputados” do partido como critério para definir os candidatos que terão participação assegurada nos debates. Ao interpretar a regra, o Tribunal Superior Eleitoral entendeu, em primeiro lugar, que somente os Deputados Federais devem ser considerados para o cálculo da representatividade de 10 Deputados, à luz de uma interpretação sistemática da legislação eleitoral (que utiliza o mesmo critério – representatividade na Câmara Federal – para divisão do tempo de tv e rádio e do fundo partidário) e do caráter nacional dos partidos⁶. Em segundo lugar, decidiu que as coligações poderiam ser consideradas para fins do cálculo da representatividade exigida, sendo que, no caso de eleições majoritárias, somente se poderia computar “a soma dos representantes dos seis maiores partidos que integrem a coligação”, a partir de aplicação analógica da regra aplicável à distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita⁷.

33. É certo que o emprego da representatividade na Câmara dos Deputados para fins de participação dos debates não é um critério perfeito, pois desconsidera tanto a possibilidade de partidos mais fortes em âmbito local, quanto a possibilidade de que candidatos de partidos sem representatividade tenham uma expressão política considerável e grande parcela de intenções de voto. Porém, embora reconheça esses problemas, não considero o critério de “representação superior a nove Deputados” inválido ou desproporcional. Primeiro porque a

5 Aline Osorio. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Dissertação de mestrado defendida no programa de Mestrado da UERJ. No prelo.

6 TSE, Consulta nº 491-76, Rel. Min. Henrique Neves.

7 TSE, Consulta nº 62-75, Rel. Min. Luciana Lóssio.

ADI 5423 / DF

representatividade na Câmara dos Deputados já é utilizada para diversos fins da legislação eleitoral, como a distribuição do direito de antena e do fundo partidário. Segundo porque a exigência de 10 Deputados (equivalente a cerca de 2% dos membros daquela Casa) não é um critério tão rigoroso a ponto de promover a exclusão dos debates de parcela significativa de candidatos, mesmo no quadro político brasileiro excessivamente fragmentado. Para as eleições municipais de 2016, por exemplo, 14 dos 35 partidos registrados no TSE alcançariam sozinhos a exigência de representatividade de dez Deputados Federais⁸. E com a interpretação do TSE de que a representatividade das coligações pode ingressar no cômputo, a exigência torna-se ainda menos restritiva. Terceiro porque tal critério cumpre as finalidades constitucionais acima citadas, de assegurar (i) o pluralismo político (democracia), (ii) a paridade de armas entre os candidatos na disputa eleitoral (isonomia), e (iii) o direito à informação dos eleitores (liberdade de expressão).

34. Ademais, ao adotar tal critério, o legislador não fechou as portas do debate político a candidatos de partidos ou coligações que tenham menos de 10 deputados federais, tampouco tolheu por completo a liberdade de programação das emissoras de tv e rádio. Unindo essas duas preocupações, a Lei nº 9.504/1997 facultou que as emissoras convidem para os debates candidatos com representatividade inferior à exigida na lei. Tal faculdade, de um lado, permite a benfazeja limitação quantitativa dos debatedores, deixando de fora candidaturas sem apoio popular representativo, e de outro, comporta a inclusão de candidatos que, apesar de integrarem partidos sem grande expressão no legislativo federal, detenham parcelas significativas das intenções de voto ou que

8 Conforme tabela de representatividade das legendas na Câmara dos Deputados para fins de debates, consolidada pela Assessoria Consultiva do TSE, alcançariam 10 Deputados os partidos PT, PMDB, PSDB, PP, PSD, PSB, PR, PTB, PRB, DEM, PDT, SD, PSC e PPS, e não alcançariam tal exigência os partidos PROS, PCdoB, PV, PSOL, PHS, PTN, PRP, PMN, PEN, PSDC, PTC, PTdoB, PSL, PRTB, PSTU, PCB, PCO, PPL, NOVO, REDE e PMB. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Agosto/justica-eleitoral-divulga-representatividade-dos-partidos-para-efeito-de-debates-e-horario-gratuito>>.

ADI 5423 / DF

representem pontos de vista relevantes na sociedade⁹.

35. Contudo, vislumbro um grave problema nas novas regras de debates eleitorais inseridas pela minirreforma eleitoral de 2015 especificamente no que se refere à participação de candidatos cuja presença seja meramente facultativa. Ainda que excepcionalmente, tais regras viabilizam que candidatos com relevante parcela das intenções de voto fiquem de fora dos debates, especialmente aqueles integrantes de partidos programáticos que não adotam a política de coligações. Nesse caso, ao invés de promover debates mais informativos, a regra permitiria a exclusão do debate de importantes pautas, pontos de vista e correntes políticas, com prejuízos evidentes ao direito à informação dos cidadãos (liberdade de expressão), à paridade de armas entre os candidatos (isonomia) e ao pluralismo político (democracia). Esse risco não é meramente potencial. Nas eleições municipais de 2016 que acabam de se

⁹ Tal entendimento foi também manifestado pelo Ministro Dias Toffoli ao indeferir monocraticamente o pedido de medida cautelar formulado na ADI 5.423, manifestando-se pela constitucionalidade das novas regras de debates eleitorais, por três fundamentos principais. Em primeiro lugar, apontou que “a norma não promove a absoluta exclusão das legendas minoritárias dos debates eleitorais”, de modo que “partidos políticos com menor representação no parlamento poderão ser convidados a compor o debate, a critério da emissora de rádio ou televisão, a qual, possivelmente, terá interesse em convocar os candidatos que, não obstante não atendam ao critério da lei, detenham percentuais significativos das intenções de voto, ou cujo discurso e pautas reforcem a pluralização de ideias no debate”. Em segundo lugar, demonstrou que, na prática, a regra não é tão restritiva como parece: no cenário atual, dos 35 partidos com registro no TSE, 27 possuem representação na Câmara e, destes, 17 preenchem a exigência legal, tendo representação superior a 9 Deputados Federais. Por fim, observou que “embora os debates eleitorais no rádio e na televisão estejam compreendidos no conceito de propaganda eleitoral”, haveria uma “diferença essencial” entre o direito de antena e o direito de participar dos debates. Estes, por seu formato e objetivo, constituiriam espaços naturalmente mais restritos, no qual se deve assegurar “a exposição e confronto de ideias com densidade tal que promova, no eleitor, maior esclarecimento a respeito das ideias e propostas dos candidatos e das diferenças entre essas”. Nesse contexto, entendeu que o critério seletivo adotado “poderá, até mesmo, contribuir para a redução da excessiva pulverização dos debates eleitorais”.

ADI 5423 / DF

iniciar, o primeiro debate na tv para a Prefeitura de São Paulo já ocorreu sem a presença de candidata que aparece em 3º lugar nas pesquisas de intenção de voto¹⁰.

36. Por que essa situação específica pode ocorrer? Na redação original do art. 46 da Lei nº 9.504/1997, embora houvesse uma exigência de representatividade (muito mais branda que a atual, é verdade), as emissoras tinham uma válvula de escape para o caso de candidatos com chances de vitória no pleito que não tivessem alcançado o requisito previsto para terem sua participação assegurada nos debates. Elas tinham a faculdade de enviar convites a esses candidatos, sem que os demais participantes do debate pudessem deliberar sobre isso. Assim, no caso de candidatos bem colocados nas pesquisas de intenção de voto, haveria um estímulo para que as rádios e tvs os incluíssem nos debates, tanto como forma de aumentar a audiência, quanto de garantir a credibilidade do programa. Ocorre que a Lei nº 13.165/2015 alterou o § 5º do art. 46 da Lei nº 9.504/1997, dispondo que *“serão consideradas aprovadas as regras, inclusive as que definam o número de participantes, que obtiverem a concordância de pelo menos 2/3 (dois terços) dos candidatos aptos, no caso de eleição majoritária, e de pelo menos 2/3 (dois terços) dos partidos ou coligações com candidatos aptos, no caso de eleição proporcional”*. O dispositivo foi, então, interpretado no sentido de que agora não basta que as emissoras tenham o interesse em convidar um candidato que não tenha sua participação assegurada por lei. É preciso, ainda, que 2/3 (*i.e.*, um quórum qualificado) dos candidatos aptos aprovem a inclusão desse outro participante. Por essas regras, por exemplo, no caso da disputa para a Prefeitura do Rio de Janeiro em 2016, em que há 7 candidatos que preenchem a representatividade exigida, para a inclusão no debate de candidato que se encontra em 2º lugar nas pesquisas de intenção de

10 Disponível em: <<http://www.band.uol.com.br/tv/noticias/100000819569/a-band-abre-o-periodo-eleitoral.html>>

ADI 5423 / DF

voto¹¹, seria necessária a anuência de 5 deles¹².

37. Não há dúvida de que, nesse cenário, a regra eleitoral cria um conflito de interesses incompatível com os princípios democrático, com a isonomia entre os candidatos e com a liberdade de expressão. Afinal, a decisão sobre a inclusão ou não de um candidato nos debates fica nas mãos de seus concorrentes, que, por óbvio, não têm nenhum estímulo para conceder espaço nos meios de comunicação de massa a quem pode subtrair seus votos e visibilidade. Não à toa, já nos primeiros debates para as eleições de 2016 para as Prefeituras do Rio de Janeiro e de São Paulo, os candidatos aptos, por votos de 2/3, deliberaram pela não participação de candidatos que ocupavam as primeiras posições das pesquisas de intenção e voto¹³.

38. Como resultado, promove-se, em primeiro lugar, a exclusão arbitrária de correntes políticas da arena do debate público, de forma contrária ao pluralismo político e ao *princípio democrático*. Em segundo lugar, prejudica-se a possibilidade de competitividade entre candidatos representativos das diferentes correntes políticas em situação de igualdade de oportunidades, afrontando-se a paridade de armas e o *princípio da isonomia*. Por fim, viola-se o direito à informação dos eleitores e *liberdade de expressão*, que pressupõe que os cidadãos tenham acesso a opiniões e pontos de vista divergentes sobre as diversas questões, de modo que possam formar as suas próprias convicções e exercer a sua decisão de voto.

39. Nesse contexto de evidente conflito de interesses, entendo

11 Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/eleicoes/2016/noticia/2016/08/crivella-tem-27-freixo-12-e-bolsonaro-11-diz-ibope-no-rio.html>

12 Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,candidato-do-psol-a-prefeitura-do-rio-marcelo-freixo-e-barrado-de-debate-da-band,10000071330>

13 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/eleicoes-2016/2016/08/1805974-fora-de-debate-erundina-protesta-em-frente-a-tv-e-critica-adversarios.shtml>

ADI 5423 / DF

que é necessário conferir interpretação conforme a Constituição à expressão “*inclusive as que definam o número de participantes*” contida no § 5º do art. 46 da Lei nº 9.504/1997, para se determinar que os candidatos aptos não possam deliberar pela exclusão de candidatos cuja participação seja facultativa, quando a emissora tenha optado por convidá-los, sob pena de violação à democracia, à isonomia e à liberdade de expressão. A alteração promovida pela minirreforma deve ser interpretada, portanto, no sentido de somente possibilitar que 2/3 dos “candidatos aptos” acrescentem novos participantes ao debate – candidatos que não tenham esse direito assegurado por lei nem tenham sido previamente convidados pela emissora. Com isso, é possível minorar o risco inverso: o de que o conflito de interesses esteja na própria decisão da emissora em convidar ou não um candidato para o pleito. Em pequenas cidades brasileiras, é ainda comum que os veículos de comunicação social estejam concentrados nas mãos de oligarquias ou de políticos locais. Assim, a solução proposta evita tanto que os candidatos, quanto que as emissoras possam interferir, de modo ilegítimo, na conformação dos participantes dos debates, garantindo-se, de modo mais pleno, a liberdade de informação, a paridade de armas e a legitimidade do pleito.

40. Passo, então, a analisar, de forma mais específica, os pedidos formulados nas ações diretas em questão. Nas ADI 5.423, 5.487 e 5.577, pede-se, em síntese, (i) a declaração de inconstitucionalidade da expressão “superior a nove Deputados” constante do *caput* do art. 45 da Lei das Eleições; e, subsidiariamente, (ii) a interpretação conforme a Constituição do mesmo dispositivo para que se interprete a palavra “Deputados” de forma a incluir a representatividade dos partidos nos âmbitos estadual e municipal, “*excluindo-se a interpretação ou aplicação do critério ‘Deputados Federais’ e/ou membros da Câmara dos Deputados*”; e (iii) a declaração de inconstitucionalidade da expressão “*inclusive as que definam o número de participantes*” contida no § 5º do art. 46 da Lei nº 9.504/1997. Pelos motivos expostos acima, (i) concluo pela constitucionalidade da expressão “superior a nove Deputados” constante

ADI 5423 / DF

do *caput* do art. 45 da Lei das Eleições, (ii) fixo que a palavra “Deputados” deve ser interpretada como representação na Câmara dos Deputados, e (iii) confiro interpretação conforme a Constituição à expressão “*inclusive as que definam o número de participantes*” contida no § 5º do art. 46 da Lei nº 9.504/1997, para se determinar que os candidatos aptos não possam deliberar pela exclusão de candidatos cuja participação seja facultativa, quando a emissora tenha optado por convidá-los.

41. Já na ADI 5.488, sustenta-se que a única interpretação do art. 46 da Lei das Eleições compatível com a Constituição é aquela que permite que os candidatos aptos possam deliberar, por 2/3 dos votos, não apenas pela inclusão de um participante que não tenha alcançado a representatividade exigida pela lei, mas também pela exclusão de candidatos com representação superior a nove Deputados, desde que sejam adotados *ex ante*, critérios não arbitrários, objetivos e razoáveis para tanto. Embora concorde, em linha de princípio, que debates com um menor número de participantes são capazes de realizar, em maior extensão, o direito à informação dos cidadãos, não se pode deixar nas mãos dos próprios interessados a redução do universo de debatedores. Na prática, não é possível elaborar regras de caráter abstrato e objetivo para a definição do número de participantes dos debates, uma vez que, no momento em que tais regras serão formuladas, já foi iniciada a disputa eleitoral e já se sabe quem são os competidores e suas respectivas chances de vitória. O risco de manipulação é, assim, evidente.

42. Não bastasse, a interpretação conforme a Constituição pleiteada na ADI 5.488 não resiste à interpretação gramatical e sistemática da Lei no 9.504/1997. O § 5º do art. 46 deve ser lido em consonância com o seu *caput*, que, de forma clara, assegura a participação nos debates daqueles candidatos que tenham a representatividade de dez Deputados. Nesse sentido, inclusive, manifestou-se o Tribunal Superior Eleitoral, que, no art. 32, § 5º da Resolução nº 23.457/2015, esclareceu o seguinte: “*Na elaboração das regras para a realização dos debates, a emissora responsável e os*

ADI 5423 / DF

candidatos que representem dois terços dos aptos não poderão deliberar pela exclusão de candidato cuja presença seja garantida (...)". O TSE ressaltou apenas a possibilidade de que o próprio candidato apto concorde com a sua exclusão, prevendo que, nessa hipótese, "o responsável pela emissora, com a anuência dos demais candidatos aptos, poderá ajustar a participação do excluído em entrevista jornalística da emissora pelo tempo que ele teria no debate, sem que isso implique tratamento privilegiado" (art. 32, § 6º, Res. TSE nº 23.457/2015). Portanto, entendo válida a fixação, por lei, de um critério objetivo que conceda a parcela dos candidatos direito subjetivo à participação nos debates, não podendo a emissora de tv ou de rádio a ele se opor, ainda que com o voto de 2/3 dos candidatos. Conforme já se afirmou, o que não é possível é que o § 5º do art. 46 seja interpretado no sentido de permitir que os candidatos aptos deliberem pela exclusão de candidatos cuja participação seja facultativa, ainda quando a emissora os tenha convidado, razão pela qual voto também pela parcial procedência desta ação.

IV. CONCLUSÃO

43. Por todo o exposto, voto (i) pela improcedência das ADI 5.423, 5.491 e 5.577, e (ii) pela parcial procedência das ADI 5.487 e 5.488, conferindo-se interpretação conforme ao § 5º do art. 46 da Lei nº 9.504/1997, com a redação dada pela Lei nº 13.165/2015, para se determinar que os candidatos aptos não possam deliberar pela exclusão dos debates de candidatos cuja participação seja facultativa, quando a emissora tenha optado por convidá-los.

24/08/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Cumprimento Vossa Excelência pelo denso voto. Eu, neste primeiro momento, vou acompanhar integralmente o voto do Relator, Ministro Dias Toffoli, e também a primeira posição da Ministra Rosa Weber. Eu entendo que nós estamos vivendo – como já disse isso, e não vou alongar-me neste tópico – não um pluripartidarismo, mas um hiperpartidarismo. Todos reconhecem, isso é fato público e notório, que a grande maioria dos partidos não tem nenhum caráter programático ou principiológico, e, em não tendo esse caráter, a meu ver, não tem direito também "líquido e certo" – vou usar uma expressão que se aplica ao mandado de segurança – de expressar suas opiniões. Então é preciso que haja um critério, e me parece que o critério escolhido pelo legislador é um critério razoável, baseado na proporcionalidade. E o intérprete constitucional sempre que possível – e o Ministro Barroso tem insistido muito nesse ponto de vista, este é um método de exegese, de hermenêutica – deve aproveitar o máximo possível a lei, que foi aprovada pelo Parlamento, na medida em que ela não é flagrantemente incompatível com a Constituição.

Eu entendo que, no caso, esta lei não é flagrantemente incompatível com a Constituição. Escolheu-se um critério, diante do quadro de hiperpartidarismo, que nós temos, um critério razoável baseado na proporcionalidade. Portanto, penso que não é lícito ao Supremo Tribunal Federal substituir-se ao legislador e criar um novo critério de forma artificial. Esse é um aspecto.

Quanto à interpretação conforme, eu vou pedir vênia para divergir, respeitosamente, do Ministro Barroso, porque entendo que as empresas de comunicação têm interesses de natureza comercial, suas posições têm um grande impacto na formação da opinião pública. Ao escolherem

ADI 5423 / DF

determinado candidato para participarem de um debate, podem dar-lhe um impulso que normalmente não teria e, ao excluir outro, poderiam talvez dificultar a vida política daquele excluído.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Vossa Excelência me permite um brevíssimo comentário?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Sim.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu entendo perfeitamente e respeito, mas é que, para prevenir um risco teórico de uma eventual manipulação pela empresa, a posição chancelará um risco concreto. Os dois terços excluíram a candidata Luíza Erundina, em São Paulo, e excluíram o candidato Marcelo Freixo, no Rio. De modo que eu acho que o risco teórico está sobrepujando o risco que, não só é concreto, como já aconteceu.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas, aí, nós estamos dando a escolha para dois terços de candidatos aptos, e me parece que é um critério razoável, porque os candidatos aptos são aqueles que têm participação na vida congressual, na vida parlamentar. Não me parece que seja, *data venia*, um critério tão distante da razoabilidade, como eu acabei de enunciar.

Eu tenho visto, sobretudo agora que acompanho mais intensamente a vida parlamentar, que grande parte da vida que se processa no Congresso Nacional se dá a partir de acordos, se dá a partir de consensos. E este é um consenso que me parece legítimo, daqueles que têm uma participação mais significativa na vida política. Eu me permito dizer, por exemplo, que o roteiro das regras do *impeachment*, que congregam dispositivos da Lei 1.079, da Constituição Federal, do Precedente de 92, do Regimento Interno da Câmara e do Senado Federal e, também, do Código de Processo Penal, foi construído de comum acordo com todas as

ADI 5423 / DF

lideranças. Pois, então, são regras que são consensualmente adotadas e que funcionam muito bem na prática.

E, por esse motivo, então, singelo, permito-me...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, surge o defeito apontado da tribuna e, também, pelo ministro Luís Roberto Barroso. É que as regras foram fixadas diante de um quadro já conhecido!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Bom, este é um problema, a questão da impessoalidade. Mas, aí, eu me permito também superá-la com os argumentos do próprio Ministro Barroso. Eu acho que o impacto não é tão significativo assim e penso que a vida política e as campanhas eleitorais precisam continuar, esse é um óbice menor.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

REQTE.(S) : PARTIDO TRABALHISTA NACIONAL E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : JOELSON DIAS (10441/DF) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : CÂMARA DOS DEPUTADOS

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), julgando improcedente o pedido formulado, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski (Presidente), o julgamento foi suspenso. Falaram, pelo requerente, o Dr. Joelson Dias e, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Gracie Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso. Plenário, 24.08.2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos
Assessora-Chefe do Plenário

25/08/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminentes Pares, ilustres Advogados que se encontram presentes e que se utilizaram da tribuna para expor suas razões, os alentados votos e os debates que ontem aqui tiveram lugar já nos permitem, com uma certa brevidade, pelo menos de minha parte, o enfrentamento do que julgo o núcleo daquilo que deva a Corte efetivamente desatar nesta matéria.

Portanto, permito-me ir diretamente para dois pontos que julgo centrais, mas não sem antes cumprimentar os eminentes Relatores, eminente Ministro Dias Toffoli, eminente Ministra Rosa Weber, pela contribuição que ambos trouxeram a esta matéria, cujo relevo e pertinência com o sistema constitucional e com o momento que vive o Brasil não necessitam de maiores observações.

Dito isso, Senhora Presidente, entendo como ponto de partida nessa manifestação que farei e que trago a esse Colegiado, e vai espelhar o voto que proponho, uma observação feita pela Ministra Rosa Weber quando indicou, sem embargo de, no seu voto em conclusão não adotar esse caminho, ter todavia apontado no curso da sua argumentação, que um dos elementos centrais era exatamente a elevação que esta Lei, cujos dispositivos se encontram em pauta, a elevação que fez do número de 1 para 10 deputados como um elemento diferenciador daquilo que regulamenta, quer no âmbito da propaganda, quer no âmbito dos debates. Eu vou tomar, portanto, este ponto de partida para distinguir dois elementos e dizer, desde logo, os aspectos em relação aos quais subscrevo por inteiro as conclusões a que chegaram, nas suas respectivas ações, os eminentes Ministros-Relatores.

Os dois aspectos estão, como não poderia deixar de ser, centrados, de um lado, na propaganda eleitoral e, de outro, nos debates. Acho que há duas singelas questões a serem respondidas, vale dizer, do ponto de

ADI 5423 / DF

vista de uma controvérsia interpretativa, se o artigo 47 e todas as questões que se encontram em torno dele nucleadas têm, no seu assento, um paradigma constitucional atendido. E, portanto, se o regulamento atinente à propaganda eleitoral obrigatória, tal como feita agora nos dispositivos impugnados, vai ao encontro ou vai de encontro em relação a esse paradigma constitucional.

E o segundo elemento interrogativo emerge do artigo 46 e do seu *caput* e diz respeito à espacialidade, própria dos debates, e, portanto, diz saber se a restrição que agora se dá, com a presença do requisito mínimo de dez deputados, que se aplica à propaganda eleitoral, também se projeta para a seara dos debates, e, ao assim se projetar, como fez o legislador infraconstitucional, o legislador ordinário nessa matéria, se essa projeção tem ou não guarida constitucional.

De modo que, em relação ao primeiro tema, quero subscrever as conclusões a que os eminentes Relatores chegaram. Ou seja, no que diz respeito à propaganda eleitoral obrigatória, tenho para mim que o teor do § 3º do artigo 17 da Constituição, ao estabelecer diretrizes normativas gerais, vinculantes por óbvio, abre uma espacialidade, uma latitude legislativa própria do legislador infraconstitucional. Ao usar a expressão "na forma da lei", a Lei tomou esta forma que aqui se encontra, que pode, do ponto de vista de um juízo de valor, para uma certa mirada, eventualmente não ser o mais adequado, mas é uma opção legislativa.

Aqui estou, portanto, aliando-me à conclusão a que os eminentes Relatores chegaram em relação ao rechaçar de qualquer inconstitucionalidade, no que diz respeito ao conjunto das regras atinentes ao que está nucleado em torno do artigo 47 e, nomeadamente, § 2º, inciso II, que é o dispositivo colocado aqui em debate. Assim sendo, a primeira indagação me leva a esta conclusão.

A segunda, todavia, aqui vou me permitir apresentar um ponto de vista diverso, eis que entendo, com a devida vênua, que a racionalidade que informa os debates e encontra-se nucleada no *caput* do artigo 46, ao receber como projeção esta mesma limitação da presença de candidato apto apenas em relação ao partido que tenha dez deputados na Câmara

ADI 5423 / DF

dos Deputados, entendo que esta limitação não encontra um paradigma constitucional. Aqui há, no meu modo de ver, um conjunto de princípios e diretrizes constitucionais de índole normativa que garante a participação às minorias, e isso está, à luz da ideia de pluralismo que informa a própria República e advém do inciso V do § 1º, está também no *caput* do artigo 17, em meu modo de ver, o que não dá sustentação a essa restrição que o legislador ordinário encontrou. Portanto, a conclusão a que isto vai levar e que vou sustentar no acolhimento parcial desta pretensão é, em alguma medida, um efeito repristinatório da regra anterior que se referia à representação na Câmara dos Deputados. E onde isso, em meu modo de ver, encontra uma racionalidade de sustentação? Em diversos momentos, a Constituição da República, ao encontrar uma latitude de garantia às minorias, refere-se precisamente à representação que se dá com a presença, obviamente, de pelo menos um parlamentar com assento na Câmara dos Deputados. Isso advém de diversos fenômenos jurídicos - aliás alguns deles referidos pelo eminente Ministro Dias Toffoli, como, por exemplo, a legitimidade ao mandado de segurança coletivo, inciso LXX do artigo 5º, na ação direta de inconstitucionalidade, hipótese do inciso VIII do artigo 103, entre outras circunstâncias -, que este elemento normativo se faz presente, não diretamente, ao tratar dos debates eleitorais, já que não há guarida direta expressa, mas, em meu modo de ver, pode-se haurir que, para efeito de garantias às minorias, esse critério se faz presente.

Então, nesse sentido a segunda questão...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ministro Fachin, por favor. Eu poderia fazer um aparte?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Sem dúvida, Ministro Gilmar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É só para pensar de

ADI 5423 / DF

forma audível. Aqui, é sempre um pouco um experimento institucional entre as diversas opções. Ontem, enquanto o debate corria, fiz uma pesquisa e, em São Paulo e no Rio de Janeiro, temos onze candidatos - salvo engano, acho que é essa a situação. Mas, em tese, considerando o número de parlamentares hoje na Câmara dos Deputados, representados nesse sentido, teríamos hoje 28 ou... Portanto, isso, primeiro, é um desestímulo ao debate, porque as empresas, óbvio, querem, também, que o debate seja útil. Imaginemos um debate com 20, mesmo com 11 candidatos, acaba não havendo grande utilidade.

A mim, parece-me que esse é o dilema da igualdade de chances. Ela tem que ser uma igualdade conformada, quer dizer, precisamos encontrar um critério razoável.

Pensando alto e vendo o debate que ontem o ministro Barroso suscitou, a mim, sensibiliza-me bastante a ideia de compensar isso. Até vi ontem a presença da deputada Erundina, que está em situação realmente muito singular, porque está em terceiro lugar nas pesquisas - pesquisas confiáveis -, mas, por não preencher o requisito, não pode participar. Mas, aí, seria legítimo que a emissora, como colocou o ministro Barroso e o ministro Toffoli, também, ficou um pouco aberto a isso ...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu lancei, esse para mim foi o grande drama. Eu estou aberto a essa possibilidade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Porque, a mim, parece-me que esse é um campo que deveria ter certa autorregulação; quer dizer, os partidos participam...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

ADI 5423 / DF

Desculpe-me interrompê-lo, Ministro Gilmar. Os debates são autorregulados, porque são as partes contratantes que estabelecem as regras, de comum acordo. A Justiça Eleitoral nada tem a ver com o debate.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu estou aberto. Estou compreendendo e todos estamos concordando com o diagnóstico. Realmente, temos uma situação incômoda.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Agora, quanto a ampliar a todos, como propõe o Ministro **Fachin**, eu penso que o legislador, de maneira razoável, estabeleceu um limite.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Não é exatamente aos 35; não é a todos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A questão que o Ministro **Gilmar** coloca é essa, esse é o drama que eu iniciei. Eu vou retomar o início, de onde eu disse ter sido meu voto mais dramático. Dois terços - por exemplo, os que estão em terceiro e quarto lugares - podem excluir quem está em primeiro ou segundo nas pesquisas. Eu disse, no início de meu voto, que eu parti da premissa de preservar o que o legislador fez, mas estaria aberto - como estou aberto - ao debate com os Colegas.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Toffoli, eu gostaria só de relembrar a nós que pertencemos ao TSE que, na nossa Resolução nº 23.457, de 2015, há um norte para essa questão. O que diz a resolução?

"Art. 33. Inexistindo acordo, os debates transmitidos por emissora de rádio ou de televisão deverão obedecer às seguintes regras:

I - nas eleições majoritárias, a apresentação dos debates poderá ser feita:

a) em conjunto, estando presentes todos os candidatos a um mesmo cargo eletivo;

ADI 5423 / DF

b) em grupos, estando presentes, no mínimo, três candidatos.

(...)

§ 1º Na hipótese deste artigo, é assegurada a participação de candidatos dos partidos políticos que possuam mais de nove representantes na Câmara dos Deputados, facultada a dos demais (...)."

Isso está mais ou menos na linha dessa interpretação de Vossa Excelência, porque é mais do que razoável que os que são aptos são aptos, e os ...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Aí os dois terços não poderiam vetar os que foram convidados.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Agora, quanto aos que estão em melhores condições nas pesquisas, favorece a democracia de que esses participem também do debate.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Seria um voto médio entre o que propõe o Ministro **Fachin**, que se referiria a todos os que têm representantes no Congresso, e a posição de ficar só com os que têm nove ou mais. Estou aberto a uma posição média dessa, até ouvindo o Presidente do TSE.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O TSE desta vez tentou traduzir - pelo menos era esse o esforço - e não saíram do *script* fixado na legislação, até porque temos hoje um conflito permanente com o Congresso em função, às vezes, de interpretações criativas.

Mas eu só queria pontuar isso, porque... mas sinalizando também algo que a experiência tem indicado. A gente não se tem dado bem - estou falando agora do Supremo Tribunal Federal - com nossas intervenções no campo político-eleitoral. Aí vem cláusula de barreira, a própria questão do financiamento, uma série de questões, porque temos reações do sistema e tudo o mais.

Essa Lei tem problemas, mas, pelo menos, tem um convite à autorregulação. Eu até esperava que os candidatos em São Paulo

ADI 5423 / DF

produzissem esse consenso. Acho que o normal é que um candidato forte esteja na campanha, esteja nos debates. E era um fortalecimento dessa regra da autorregulação a ideia de os dois terços aqui poderem deliberar.

Mas eu imagino que corremos o risco de, ao abrirmos - e eu tenho um compromisso com a tese da igualdade de chances, até porque me bato por ela já há alguns anos; talvez tenha sido um dos primeiros a escrever sobre o tema ainda sob a Constituição de 67/69, quando se discutiu, também, esse tema em relação a candidaturas majoritárias no TSE. Mas isso tem que ter uma certa conformação. Certamente, estamos longe do ideal.

Agora, considerando, primeiro, que as emissoras podem fazê-lo ou não, realizar o debate ou não; considerando que, dependendo do formato, quase que vamos, faticamente, cassar o debate, porque as emissoras vão dizer... Vou usar a imagem que o ministro Barroso usou ontem. Se um candidato vai ter que falar com a velocidade do Usain Bolt, certamente ficou desinteressante; ou pronunciar uma frase como "Eu sou Enéas", a célebre frase. Então, temos aqui dilemas.

Essa lei também tem uma outra vantagem, mantida a coligação - que é um problema que está sendo discutido -, ela, também, tem certo elemento de indução. Aquele partido que não supera o número de mais de nove podia conceber arranjos eleitorais que levassem à superação desse óbice.

Mas eu só queria fazer essa ponderação para nós, pelo menos, não incorreremos no risco de jogar o bebê e a água fora. Ao invés de termos um debate mais ou menos selecionado, não termos debate algum.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Ministro Gilmar, como Vossa Excelência mencionou, no plano das premissas e das preocupações, há uma comunhão de ideias nos núcleos centrais daquilo que estamos a refletir.

A nossa dissensão começa na percepção, digamos, de elementos empíricos. O Ministro Gilmar usou agora o verbo cassar o debate.

ADI 5423 / DF

Permito-me usar esse verbo para dizer que, também do ponto de vista empírico, considerando trinta e cinco partidos regularmente reconhecidos na ambiência do TSE, mantida a regra da Lei, nós iríamos "cassar" dois terços desse quantitativo dos debates. De modo que, do ponto de vista empírico, é uma opção efetivamente difícil a que se está a fazer neste momento. E voltando só para arrematar, porque, de fato, acredito que as premissas estão postas e as conclusões também. Onde procurei, Senhora Presidente, encontrar um paradigma para solver, digamos assim, essa ansiedade juridicamente qualificada no plano da controvérsia na tentativa de identificar um paradigma constitucional que sustente o *discrímen* que o legislador fez. No que diz respeito à propaganda eleitoral, esse *discrímen* está na Constituição. O art. 17 e o seu respectivo parágrafo remetem ao legislador esta limitação. No plano dos debates, não há, a tal ponto que aqui chegou-se a mencionar tratar de matéria infraconstitucional. Houve uma rápida referência a isso nos debates de ontem. Não iria por esse caminho. Entendo que nós estamos numa seara que tem um agasalho de índole constitucional, mas não encontro, neste sistema constitucional de princípios e regras e, portanto, de normas que evidentemente são vinculantes, uma autorização de restrição desta índole.

E, portanto, o que eu estou acolhendo é, no *caput* do art. 46, um efeito repristinatório de admitir-se representação na Câmara dos Deputados e não com representação superior a nove deputados. Isso tem alguns efeitos em relação a todas as demais demandas, mas é a *ratio* que eu estou adotando. Todos os demais pedidos subsidiários, eu estou acolhendo o julgamento de improcedência e, portanto, substancialmente acompanhando os eminentes Relatores. Mas estou acolhendo essa posição, Senhora Presidente, e, especialmente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.487, estou acolhendo o pedido de interpretação do § 5º para fixar que a discricionariedade dos dois terços aptos para definir regras de participação, inclusive de outros participantes, restrinja-se a candidatos cuja presença não seja obrigatória por força de lei. O que remete um pouco ao que o Ministro Barroso traduziu. Mas o Ministro

ADI 5423 / DF

Barroso, na verdade, foi por um outro caminho. E já adianto que divirjo da sugestão que Sua Excelência apresentou ontem, porque ele está indo para além do que contém o § 5º do art. 32 da Resolução do TSE, atribuindo, digamos assim, um poder à emissora, que não está na Resolução, e também não está na Lei. Eu ficaria com a percepção, segundo a qual a dicção correta desse dispositivo constitucional está dada pela Resolução do Tribunal Superior Eleitoral, o que, na prática, significaria o seguinte: o julgamento improcedente que o Ministro Dias Toffoli propôs, em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela ABERT, em meu modo de ver, do ponto de vista concreto, solve esta questão, porque mantém hígida a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -Mas a conclusão de Vossa Excelência é no sentido, portanto, de, neste caso, dar parcial procedência com interpretação conforme ao § 5º do art. 46.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Isso, mas na 5.487.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Vossa Excelência me permite, Senhora Presidente? - Não sei se o Ministro Fachin me permite.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Sem dúvida.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER- É que, na verdade, o que se buscou nessa Ação foi a declaração de inconstitucionalidade de modo que se excluísse do Texto legal justamente a sua novidade. O 5º do art. 46 diz:

"§ 5º Para os debates que se realizarem no primeiro turno das eleições, serão consideradas aprovadas as regras, inclusive as que definam o número de participantes, (...)".

Então, buscou-se que esse adendo - "inclusive as que definam o número de participantes" – fosse excluído.

Essa colocação do eminente Ministro Fachin vem exatamente ao encontro daquilo que talvez não tenha sido questionado, porque é objeto expresso da Resolução do TSE. A Resolução do TSE, no seu art. 32 § 5º, diz o seguinte:

ADI 5423 / DF

"§ 5º Na elaboração das regras para a realização dos debates, a emissora responsável e os candidatos que representem dois terços dos aptos não poderão deliberar pela exclusão de candidato cuja presença seja garantida nos termos do § 2º."

Ou seja, aqueles candidatos tidos por aptos pelo *caput* do art. 46 não poderiam ser excluídos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas poderia ser incluído alguém que não estivesse naquele rol específico.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Sim, e inclusive é nessa linha que vem a divergência aberta pelo Ministro Roberto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu queria só, se o Ministro Fachin me permitisse ...

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Sem dúvida, Senhora Presidente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas, nem discordando ainda, nem votando, na linha do que o Ministro Toffoli ontem, ao votar e se colocar aberto a debates, e agora também o que enfatiza o Ministro Gilmar, dois elementos me chamam atenção nesta matéria desde todas as discussões que vem a cada eleição. Primeiro, Sua Excelência, o fato; o fato político é que o cidadão quer ver, ouvir e debater com quem ele tenha demonstrado interesse. Acho que essas pesquisas, quando legítimas, podem realmente fazer com que não se cassem debates, mas se percam inteiramente o objeto que poderia levar a sua ocorrência, uma vez que não é obrigatório. Então, este é um dado que não pode ser desprezado na interpretação das normas para dar maior efetividade jurídica e social a uma norma, que é algo que diz respeito diretamente ao cidadão.

E o segundo é que os debates, o processo eleitoral, têm como núcleo central não a emissora, ou candidato ou partido, mas o cidadão, o eleitor. O eleitor quer ouvir pessoas que tenham algo a dizer, segundo o que ele já aponta como um caminho. Acho que, na interpretação da Constituição e muito mais da legislação eleitoral, que tem forte conteúdo político,

ADI 5423 / DF

tendo a considerar, em primeiro lugar, como é que leria a norma, para dar efetividade social, além da efetividade jurídica, o eleitor.

Então, tenho certo receio de nossas interpretações, que são de dentro de um gabinete, que é o pior lugar para se olhar o mundo e o direito, enquanto lá fora a vida corre e esse debate é feito para esse mundo, para esse circuito.

Enfim, mas até encaminho um pouco na tendência - na hora do meu voto registrarei - pela parcial procedência no sentido do que agora foi enfatizado pela Ministra Rosa e que já tinha sido ontem, de alguma forma, aberto e acolhido depois pelo Ministro Gilmar. Aos que estão obrigados e aos que não estão obrigados, mas que são permitidos, porque com isto....

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Nisso estamos de acordo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - ...nós teríamos a possibilidade de aqueles que têm condições por critérios objetivos, não por critérios subjetivos ...

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Também estamos de acordo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA -quebra-se a lógica do sistema, quer dizer, o que foi aqui ontem afirmado e lembrado é que aquele que está, por pesquisas legítimas, bem cotado, digamos, pelos eleitores até um determinado momento por meio de pesquisas e comprovado por meio de pesquisas, também por critérios objetivos, que tenham um interesse para o eleitor, ficar de fora, porque não se pode dar oportunidade, porque o partido dele não está na lista preparada no limite, acho extremamente frustrante, talvez, para o cidadão.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - O cerne, Ministra Presidente, do que trago a rigor está no *caput* do art. 46. No § 5º, inclusive, o julgamento improcedente, pedidos subsidiários, eu estou acompanhando os eminentes Relatores, sem embargo de entender que a interpretação conforme do § 5º é aquela dada pelo Tribunal Superior Eleitoral, ou seja, definir o número de participantes, está a referir-se

ADI 5423 / DF

apenas aqueles cuja a presença é facultativa, e não aqueles cuja presença, aptidão, a Lei já a eles reconheceu.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Esses são obrigados.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Portanto, nisso estamos de pleno acordo.

Quanto ao outro aspecto, permito-me dizer que Vossa Excelência e eu também somos de uma geração que aprendemos a não brigar com os fatos, mas a entender que, em face de fatos, também há argumentos.

E aqui o argumento que trago é o argumento da liberdade de informação, não obstante resultados de pesquisas possam circunstancialmente indicar o interesse num ou noutro sentido, garantir que em havendo debate - que é mesmo uma faculdade -, haja uma espacialidade maior de representação e garantir o critério de acesso a quem tem a representação parlamentar - tal como era o critério da Lei anterior, porque este novo, no meu modo de ver, não encontra paradigma de restrição na Constituição - é que me parece a diretriz e foi por onde andei, mas quanto aos demais, estamos, portanto, no mesmo sentido.

Assim, eu estou apenas divergindo na interpretação do *caput* do art. 46, onde está representação superior a 9 deputados; estou reconhecendo parcialmente a procedência para aqui entender que a constitucionalidade somente se conforta com a expressão "com representação na Câmara dos Deputados", e não o critério superior a 9 deputados, e dar interpretação conforme ao § 5º desse art. 46 na direção da Resolução do Tribunal Superior Eleitoral, qual seja, os dois terços podem definir regras e, quando definirem participantes, esses participantes são aqueles cuja presença a Lei reputa facultativa. E, no caso da interpretação que estou a dar, estão facultados apenas àqueles que não tenham representação na Câmara dos Deputados. Com essas ponderações, pedindo vênias aos entendimentos diversos, é o que mais conforta o olhar que deposito como adequado a partir da Constituição Federal.

É como voto, Senhora Presidente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então,

ADI 5423 / DF

Vossa Excelência julga improcedentes, acompanhando o Relator, Ministro Dias Toffoli, as três ações da relatoria de Sua Excelência? Ou em todas está dando parcial procedência?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - A rigor, eu estou dando parcial procedência para acolher a inconstitucionalidade de parte do *caput* do art. 46.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então, neste caso, todas são parcialmente procedentes.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - No caso da relatoria da Ministra Rosa, para dar interpretação conforme ao § 5º do art. 46. Portanto, eu estou acolhendo a improcedência na 5.488 e, nas demais, Senhora Presidente, aí, a procedência é parcial.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Parcial procedência.

25/08/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423 DISTRITO FEDERAL

E S C L A R E C I M E N T O

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, como Relator, eu peço a palavra, porque fui eu quem abriu os debates ontem, provocando exatamente este tema, com minha dúvida em relação ao corte de mais de nove deputados, ou seja, tem que haver dez. E, aí, segundo essas regras, dois terços poderiam incluir ou excluir. Eu procurei dar a interpretação - com minha convicção formada - de que se deve privilegiar aquilo que o legislador estabeleceu.

O que me afligia, quanto à sugestão do Ministro **Barroso** - no sentido de permitir, que a emissora, por si só, sem a necessidade da concordância dos dois terços, convidasse alguém que não estivesse no rol dos legalmente previstos - era, como comentou o Ministro **Teori Zavascki**, que nós estamos tratando do Brasil inteiro. E é de todos sabido que, em muitas localidades, há emissoras que são de familiares ou de políticos etc. e tal. Então, ao se permitir isso, poder-se-ia, em tese, permitir que um candidato desse grupo familiar dono de emissora convidasse alguém que, pela lei, não seria obrigatoriamente convidado para estar no debate, sem que os outros dois terços pudessem impedir.

Mas isso para mim, agora, depois do debate, é uma premissa menor, porque a premissa maior, Presidente - Vossa Excelência colocou há pouco - é ampliar o debate político e a densidade democrática. Foi até por isso que eu pedi a palavra antes, porque dialoguei muito com o Ministro **Teori** ontem também - e não só aqui no Plenário, mas depois - e concordei com Sua Excelência quanto a essa perspectiva da análise nacional.

Mas, então, vamos ao passado. O Ministro **Fachin** puxou o passado. No passado, todos tinham que ser chamados, desde que tivessem representantes no Congresso Nacional, todos. Então, se havia 24 partidos com representantes no Congresso Nacional, como foram as eleições de 2014, tinha que se convidar os 24 candidatos.

ADI 5423 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? A Lei anterior cogitava da realização dos debates em blocos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Sim, mas aí sempre entra a realidade, porque tinha que ter a unanimidade na concordância. Se um único desses candidatos não concordasse em fazer a separação em bloco, poderia a emissora dizer: "Então, já não tenho mais interesse".

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A Lei previa, Ministro, a possibilidade de o candidato simplesmente definir em que bloco estimaria estar?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não! É que tinha que ter a concordância nas regras do debate. E o formato dos debates não é regrado pela lei...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A Lei na redação primitiva.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Ministro Toffoli, me permite?

A Lei nº 8.713/93, art. 71 e 72, assegurava a participação nos debates a todos os candidatos, indistintamente; a todos os partidos que tivessem candidatos, indistintamente, tanto nas proporcionais quanto nas majoritárias. Extensão igualmente observada na Lei nº 9.100/95, art. 62. A exigência da representação na Câmara de Deputados surgiu com a Lei nº 9.504/97 na redação originária. Em um primeiro momento, suficiente um representante.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E o regramento, como o regramento não é feito pela Justiça Eleitoral, é feito pelos particulares - quais particulares? Emissora e candidatos -, se

ADI 5423 / DF

um deles não concordasse com a forma/regra do debate, pronto, não havia o debate.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Frustração total.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Frustração total.

A premissa maior, então, é incluir o máximo de candidatos possível. A Lei veio e estabeleceu que, com essa quantidade de partidos que existem, com esse nível de representação, a realidade está impedindo os debates e sua utilidade. E, legitimamente, o Congresso, então, estabeleceu, digamos, um corte: aqueles partidos que tenham dez ou mais parlamentares.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mais de nove.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mais de nove. Então, no mínimo dez.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Dez, a partir de dez.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - No mínimo, dez.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O TSE entendeu, respondendo à consulta, que esse número dez podia, inclusive, ser a soma da Coligação.

Pois bem. E existe a regra de que não precisa mais a unanimidade para se estabelecer a regra dos debates, porque isso o inviabilizava às

ADI 5423 / DF

vezes: se um único candidato não aceitasse as regras, o debate ficava inviabilizado.

Então, estabeleceu o legislador - não foi a Justiça, foi o legislador - o corte de dez deputados e a exigência da concordância de dois terços dos candidatos aptos para estabelecer as regras.

Aí, eu me pergunto, Ministro **Teori**, permitir à emissora, exclusivamente, seja de televisão, seja de rádio, que convide alguém que esteja fora desse rol, isso é mais favorável à democracia ou menos favorável à democracia e ao debate democrático? Os debates feitos e a manifestação de Vossa Excelência agora há pouco me convencem, Senhora Presidente, de que, retirar dos dois terços o poder de excluir alguém que a emissora, legitimamente, quer convidar, diminui a densidade democrática do debate.

Por isso, eu vou reajustar o meu voto neste ponto desde logo. Concordava, até agora há pouco, com a posição do Ministro **Teori**, por isso pedi a palavra antes do voto de Sua Excelência - desculpe-me - para reajustar o voto.

Neste ponto, pedindo vênua à posição do Ministro **Fachin** - o Ministro **Fachin** permite que se possa convidar todos que tenham representantes, pelo que eu entendi do voto de Sua Excelência, o que significaria que voltaríamos ao sistema anterior -, divirjo de Sua Excelência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Por isso a reprimenda que Vossa Excelência propõe.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mantenho meus votos anteriores e reajusto quanto à posição trazida pelo Ministro Luís **Roberto Barroso** para entender que uma emissora pode convidar alguém que, pela lei, não está apto a participar dos debates, sem a necessidade da concordância dos dois terços, porque isso dá mais densidade democrática ao debate. Então, desde logo, eu reajusto para adotar essa fórmula.

ADI 5423 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Isso na Ação Direta nº 5.487?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Exatamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Parágrafo 5º.

Presidente, Vossa Excelência, acho que deu uma diretriz quando ressaltou o aspecto

Eu estava dizendo que, na linha agora colocada pelo ministro Toffoli, e considerando as observações que Vossa Excelência fez, talvez, até não se pudesse deixar ao arbítrio da própria emissora, mas considerando esses critérios que Vossa Excelência falou, da representatividade, porque, aí, indicaríamos alguma coisa, tendo em vista a ...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sem objetividade, nós vamos ter outro problema nas eleições atuais.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso. Os critérios de pesquisa, não é? Quer dizer, se são ... se partem de ... é claro que, daqui a pouco, haverá um contra-argumento. Eu já até me adianto, porque daqui a pouco ... mas são empresas de pesquisas fiáveis ou confiáveis? Em suma, a perfeição ...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas é um dado, porque há um diferencial grande entre a eleição que foi presidida pelo Ministro Dias Toffoli e a que eu presidi em 2012, e Vossa Excelência também. Eleições municipais são 5.668 eleições no Brasil. E, aí,

ADI 5423 / DF

esses debates locais levam em consideração e podem triturar alguém, pode ter degola mesmo, porque, aí, é numa região pequena. Então, também isso me leva a a esta referência em que a lei é feita para o cidadão ter a possibilidade de se informar e formar o seu convencimento. Por isso que chamei a figura do cidadão.

Mas registro e volto a dar palavra a Vossa Excelência, na ordem certa de votação.

25/08/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423 DISTRITO FEDERAL**DEBATE**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, só para fazer o registro: quando eu votei, eu também disse, nos dois processos sob a minha relatoria, especificamente na ADI 5.487, que o ponto sensível, e que tinha me causado maior dificuldade, se situava não no *caput* do art. 46 e, sim, no § 5º do art. 46, justamente em função dessa situação que se criou.

Agora, não tenho nenhuma dificuldade, já disse ontem, tinha até voto alternativo, fazendo esta adequação no § 5º. E a colocação do Ministro Fachin, a meu juízo, é perfeita. Só entendi que não havia necessidade da interpretação conforme, porque já estava até consagrado na Resolução, e todos estavam entendendo dessa forma, mas a adequação do voto, eu faço com a maior tranquilidade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É só para poder acompanhar ou não, porque vou votar depois, quer dizer, a adequação do voto de Vossa Excelência é no sentido também da adequação formulada pelo Ministro Toffoli, com as observações do Ministro Gilmar e da Ministra Cármen, no sentido de que os candidatos aptos não podem ser excluídos.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - O que diz a Resolução?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas as emissoras podem facultativamente, na forma da nossa Resolução do Tribunal Superior Eleitoral, digamos, convidar o candidato mais indicado nas pesquisas. Enfim, nós não podemos colocar isso, porque seríamos legisladores positivos. Mas a ideia é essa, porque até - o Direito não vive apartado dos fatos - ninguém pode imaginar que a emissora vai convidar um sujeito que não tem a menor a menor expressão.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Existe o grupo dos obrigatórios por lei e existe o outro grupo dos facultativos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, facultativo. Eu só queria

ADI 5423 / DF

saber se é isso também que Vossa Excelência ...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu confesso que o passo está um pouco largo para mim, porque acho que nós estaremos atuando como legisladores positivos *stricto sensu*, estabelecendo um novo critério, no meu ponto de vista. Eu estava votando a minha procedência parcial, no sentido da Declaração de Inconstitucionalidade do acréscimo, que veio no § 5º, quanto à possibilidade de definição do número de participantes por dois terços, justamente entendendo que havia uma quebra de paridade de armas, ou seja, aqueles que estavam legitimados, estavam considerados aptos, poderiam, por sua vontade, excluir a outros a que a lei...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Aptos também?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não os aptos, aqueles a que a lei facultava o convite e que, uma vez convidados pela emissora, a eles se opunham os dois terços. Eu tenho dificuldade com o § 4º, que exige um acordo nessa linha.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Vossa Excelência, então, não admite que os dois terços possam excluir esse convidado?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Os aptos, não, de forma alguma.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, não, os aptos não podem excluir...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - É o que diz a nossa Resolução.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - ... excluir os aptos.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Sim.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Agora, os aptos podem excluir os facultativos? É essa...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Essa é a questão que eu trouxe como a mais sensível.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Que o Ministro Toffoli...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu só estou aguardando a formulação exata do voto de Vossa Excelência, porque o Ministro Luís

ADI 5423 / DF

Roberto...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, o Ministro Barroso propôs isso.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - ... fez uma ampliação bem maior, e eu tenho dificuldade em acompanhá-lo. Estou aguardando a formulação.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O critério estabelecido, porque, aí, é o problema de sermos legisladores positivos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro Edson Fachin, por favor.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Eu votei em relação às cinco ações diretas de inconstitucionalidade que nós temos sobre a Mesa. O Ministro Toffoli volta àquela interpretação sugerida pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Sem embargo da impressão inicial que tive, que vai na direção do que a Ministra Rosa acaba de traduzir, mas quando esse ponto for colocado à apreciação, porque ele, a rigor, em sede desse controle concentrado, em tese, poderia desbordar, a conclusão que indico, de início, é que, como se trata de uma ação direta de inconstitucionalidade, acho que há legitimidade para chegar a esse ponto, Ministra Rosa, mas, oportunamente, eu gostaria de me manifestar sobre esse ponto especificamente no momento da votação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim, no momento de finalização de votação, portanto.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Isso. Eu não sei se além das cinco ações, nós devemos já também nós pronunciar sobre esse aspecto específico, que derivou ontem do voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Porque esse é o voto do Ministro Barroso, pela parcial procedência.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Isso. E agora o Ministro Toffoli acaba de apoiar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não, o

ADI 5423 / DF

Ministro Toffoli, como ele não tinha votado nas ações da Ministra Rosa Weber, ele terá a palavra. E, nessa oportunidade, ele diz que pretende reajustar.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Ah, muito bem. Então, reservo-me depois, se for o caso, voltar. Eu vou aguardar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Se Vossa Excelência, após o voto do Ministro Dias Toffoli, quiser fazer reajustes, darei a palavra a Vossa Excelência.

25/08/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhora Presidente, vou ao ponto que está causando polêmica: a questão dos debates. Algumas premissas, parece, têm consenso.

Primeiro, debates não é a mesma coisa que o direito de antena, que está previsto na Constituição. Debates, portanto, é matéria típica de legislador ordinário. Não que seja matéria constitucional. É matéria de conformação do legislador ordinário, cuja legitimidade constitucional pode ser examinada, como, aliás, nós estamos fazendo. Então, é matéria infraconstitucional.

O modo como está disciplinado prevê o direito de participação nos debates de candidatos de partidos com representação na Câmara dos Deputados superior a nove deputados. As regras são estabelecidas de comum acordo entre a emissora e os participantes, mas, se não houver um acordo, prevalecem as regras estabelecidas pelos dois terços, inclusive quanto à participação, quanto ao número de participantes. Também parece que ficou certo que a definição sobre o número de participantes, a que se refere esse § 5º, não diz respeito àqueles que têm direito de participar. O que se pode deliberar, por acordo, é apenas em relação àqueles cuja participação é facultativa. Então, parece que, até aí, há uma concordância. A dificuldade que surge é em relação justamente a esses que, não tendo o direito de participar, são convidados a participar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Exatamente, "é aí que o toucinho vira torresmo"; é onde estamos.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Essa é a questão fundamental. Aqui houve várias propostas. Uma, de dar uma interpretação puramente literal à lei, a qual diz que os dois terços podem não aceitar; e está se dando uma outra interpretação conforme que, na verdade, no meu entender, não é uma interpretação conforme, é a criação de uma nova participação obrigatória, que é daqueles a quem a lei faculta

ADI 5423 / DF

participar, mas que a emissora convida. De modo que teríamos, a adotar essa interpretação conforme, uma outra classe de participantes obrigatórios, que seria a classe dos convidados. Por isso que essa interpretação conforme é uma criação do Direito.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas a lei não vedou a participação.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – É certo que a lei não vedou, mas a lei diz que pode ser excluído, e estamos dizendo que os dois terços não podem excluir quem a emissora convidou. Na medida que dizemos que os dois terços não podem excluir aqueles que a emissora convidou, (por um critério de convite que não está bem definido, segundo o Ministro Barroso ela pode convidar quem quiser). Aqui, na tribuna, foi defendido um critério objetivo, aqueles que têm melhor participação nas pesquisas. A melhor participação também é um conceito indeterminado. Mas a proposta do Ministro Barroso sequer tem esse critério objetivo. De modo que a emissora poderia convidar quem não tem nenhuma representatividade em pesquisa e deixar de fora aquele que tem uma boa representatividade na pesquisa, e assim mesmo essa participação seria também obrigatória.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Permita-me, Ministro Teori.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Estou colocando os problemas para depois tentar orientar.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não queria interromper, mas já interrompendo. As pesquisas eleitorais, elas, obrigatoriamente, são registradas na Justiça eleitoral e são auditáveis pelos partidos e pelos candidatos. Então, uma formulação; eu estou devendo um critério; Vossa Excelência disse que o critério do Ministro **Barroso** é muito amplo: basta o convite. A Ministra **Rosa** se colocou - pelo que entendi - dizendo que estaria aguardando meu critério. Estou aqui a pensar nesse critério. E em qual eu acabo de pensar? Se as pesquisas eleitorais são registradas na Justiça eleitoral, e, se, dentre essas pesquisas - que são auditáveis -, há candidatos que estejam com

ADI 5423 / DF

percentuais de projeção de votos acima dos de candidatos que sejam, pelo **caput** do 46, obrigatoriamente participantes dos debates, a emissora tem a faculdade de convidá-los. Não fica aberto pra todo ou qualquer candidato, mas para aquele que tem uma legitimidade dentro de uma pesquisa; e não é uma pesquisa qualquer, não é uma enquete; e a Justiça Eleitoral distingue entre enquete e pesquisa. Pesquisa é aquela registrada na Justiça Eleitoral e auditável.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Ministro Dias Toffoli, deixa-me dizer a Vossa Excelência que esse é um critério justíssimo.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Também acho.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Com apenas um problema: é que se trata de um critério diferente daquele que está na lei. Trata-se de um critério novo. Essa é a dificuldade. Qual é o problema aqui? Estamos diante de situações fáticas, desiguais. E, diante de situações dessa natureza, não há como estabelecer um critério que, em maior ou menor medida, não importe tratamento desigual. Estamos numa situação em que os partidos são diferentes, o número de candidatos é diferente, a colocação nas pesquisas é diferente, o número de representação na Câmara de Deputados é diferente. Estamos estabelecendo uma regra geral. Não há como, em alguma medida, desigualar. Veja o próprio critério que decorreria da declaração de inconstitucionalidade dessa expressão "com representação superior nove". Substituir-se-ia por quem tem representação no Congresso Nacional. Estamos assim mesmo mantendo uma situação de desigualdade entre aqueles que têm representação no Congresso Nacional e aqueles que não têm. Então, não há como, não há critério que limite a participação que não importe, em alguma medida, um tratamento desigual. Assim como podiam ser quatro deputados na Câmara dos Deputados, podiam ser doze deputados na Câmara dos Deputados; quer dizer, em maior ou menor medida, existe uma desigualação.

Portanto, no meu entender, olhada a questão do ponto de vista do princípio da isonomia, sempre haverá alguma razão para identificar

ADI 5423 / DF

tratamento anti-isonômico em situações dessa natureza.

Qual é o papel do Supremo Tribunal Federal em situações como essas? Penso que pior do que julgar constitucional ou inconstitucional uma lei dessa natureza, o mais perigoso seria nos arvorarmos no papel de legislador positivo, ainda que a pretexto de dar interpretação conforme. No meu entender, as propostas de interpretação conforme apresentadas aqui disfarçam, sem muito sucesso, um papel evidentemente de legislador positivo. Incluirmos uma categoria de participante obrigatório que não está na lei, qualquer que seja o critério que formos adotar, importa criar mais uma situação de inovação no sistema escolhido pelo legislador. Qual é, no meu entender, o nosso papel? O nosso papel não é procurar aqui um critério que seja, que aproxime, que seja menos desigual. É possível que esse critério de interpretação conforme crie uma situação de menor desigualdade - pode ser -, mas não é esse o papel, a meu ver; o papel no controle de constitucionalidade. Em meu modo de ver, não será de legislar, obviamente, nem de, a pretexto de dar interpretação conforme, criar uma nova norma. O que nós temos que examinar é se o critério que o legislador adotou desigualando - porque não tem como não dar um tratamento desigual em alguma medida - é um critério razoável, ou não é razoável. Eu penso que devemos ficar nisso.

E sinceramente podemos dizer que a lei antiga, que permitia a participação de todos os candidatos, era melhor, mas tem um subproduto negativo. Podemos dizer que a participação só daqueles que têm representação na Câmara dos Deputados, ainda que seja de um deputado, seja o melhor critério - é o critério proposto pelo Ministro Fachin -; certamente, pode ser, mas é um critério que criará uma desigualdade. A lei disse: "... acima de nove deputados". Será esse critério absolutamente desarrazoado ou inconstitucional? Sinceramente, não vejo isso; que vai criar situações de injustiça, vai criar. Podemos dizer: "Não, mas é importante para democracia, enfim ..."; porém, esse tipo de valoração, a meu ver, não poder ser colocado aqui, sob pena de nos transformarmos em legislador positivo.

O critério de tornar obrigatória, a participação desde que convidado

ADI 5423 / DF

- e, aí, nós também teríamos essa outorga de poder, que não é pequeno -, as emissoras, que, convidando, tornariam a participação obrigatória. Nós estamos pensando também nos municípios, onde há pesquisas confiáveis.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas todas as pesquisas são registradas na Justiça Eleitoral e auditáveis.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu sei, mas onde é que se faz pesquisa, Ministro Toffoli? Em São Paulo, nas grandes cidades.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – E, também, só temos geradoras, pelo menos para esse debate, em municípios de uma dada...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas emissora de rádio.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ah, sim, é verdade.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Esse é o problema.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Foi por isso que pensei nesse critério das pesquisas registradas. Eu lanço isso ao debate, para pensarmos.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Diante de tudo isso, sinceramente, não vejo como, sem desarmarmos em legisladores positivos, tentar melhorar essa lei. E não vejo também que a lei seja absolutamente incompatível com a Constituição, embora se deva reconhecer, porque isso é ineliminável numa situação dessa, que a lei cria situações de desigualdade, até injustificáveis sob certo aspecto. Nós estamos todos aqui um pouco ou muito influenciados com as pesquisas

ADI 5423 / DF

do Rio de Janeiro e São Paulo.

Por essas razões, Senhora Presidente, vou pedir vênias para manter o juízo de improcedência, que foi o juízo da Ministra Rosa e o juízo inicial do Ministro Toffoli.

É assim que voto.

25/08/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, se me permite, apenas para esclarecer, entendeu-se de trazer *ad referendum* o indeferimento da liminar, porque se impunha, mas o próprio autor da ação já pediu que o julgamento se fizesse de forma conjunta. Então, entendo que ...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Convola-se o indeferimento na improcedência da ação.

Então, nós mudaremos, inclusive o de ontem, registrando nesse sentido.

25/08/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, por ora, mantenho o meu juízo de improcedência. Entendo, a partir dos debates, o que seria razoável, com todo o respeito, para não chegarmos à condição de legisladores positivos, embora também tenha restrições pessoais à retirada de determinados partidos dos debates, sobretudo quando há o convite - no caso dos que têm a presença facultada, não há presença obrigatória, embora eu também tenha esse sentimento de injustiça -, entendo que, à luz da Constituição, só seria razoável julgar procedente, em parte, a ação, sob a minha relatoria.

E, aí, eu tenho alguma dificuldade, porque vi que o Ministro Toffoli, longamente, pronunciou-se sobre o próprio § 5º, mas, parece-me, que o pedido da ação...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Qual é o objeto do pedido?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - É exclusivamente o caput do art. 46. Então, eu manteria os juízos de improcedência.

Fiquei também com alguma dificuldade na ação da ABERT, porque ela pede manifestação expressa, embora numa outra ótica, com relação ao § 5º do art. 46. Mas, como não iria à interpretação preconizada, manteria o juízo de improcedência também.

E, na ação que relato, pelo menos num primeiro momento - quem sabe, ouvindo os demais Colegas, possa evoluir -, eu acolheria, em parte, a sugestão do Ministro Fachin, que é a minha, no sentido de julgar parcialmente procedente para dar interpretação conforme ao § 5º do art. 46, no sentido de que a exclusão, passível de ser promovida pelos dois terços, diz respeito exclusivamente aos candidatos não aptos, nos termos do *caput*, que é a interpretação presente na Resolução do TSE, a qual

ADI 5423 / DF

entendi que já havia solucionado o problema.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Vossa Excelência reajusta o voto na 5.487?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Por ora, fico no meu juízo de improcedência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Juízo de improcedência, então, Vossa Excelência não acompanha o Ministro Fachin?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não, o voto do Ministro Fachin é mais amplo, porque o Ministro Fachin - e por isso que ele também vota assim numa das ações do Ministro Toffoli - proclama a inconstitucionalidade do próprio *caput* do 46 naquilo que exige mais de nove. Sua Excelência preconiza que se retorne à redação anterior, bastaria a representação na Câmara. Eu, nesse ponto, não acompanho o Ministro Fachin com todo o respeito.

Eu adequaria, na linha do Ministro Fachin, no segundo aspecto, que é dar interpretação conforme ao § 5º do art. 46 de modo a que se entenda que a exclusão refere-se, exclusivamente, aos candidatos facultativos.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhora Presidente, quanto a esse ponto, eu estou de pleno acordo, mas penso ser até desnecessária essa interpretação conforme.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Pois é, também acho desnecessário, mas não tenho dificuldade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Isso manteria a improcedência.

ADI 5423 / DF

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – É a única interpretação possível da conjugação dos dois dispositivos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Isso manteria a improcedência.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - É.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - A improcedência, por isso que a Ministra Rosa está dizendo que ela mantém a improcedência.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Não há nenhuma dificuldade de dizer, a título de esclarecimento, que essa exclusão não comporta exclusão daqueles que têm direito. Mas até isso é desnecessário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite?

Aliás, isso já foi implementado na Resolução do Tribunal Superior Eleitoral.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim, por isso estou dizendo: mantém-se a improcedência, o juízo de improcedência.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mantém a improcedência com esse esclarecimento.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas aí não é interpretação conforme.

25/08/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Advogados e Estudantes presentes.

Senhora Presidente, muito já se debateu aqui, e eu, na verdade, como o assunto era palpitante, e falava de perto com as novas funções exercidas no Tribunal Eleitoral, tinha preparado aqui um voto, em que eu estabelecia algumas premissas teóricas da coexistência da jurisdição constitucional e do constitucionalismo com a democracia; quer dizer, até que ponto nós podemos nos imiscuir nessa questão política.

E aqui, então, eu estabeleci uma série de premissas com base na teoria nacional e na teoria de alhures, principalmente com base na obra "Jurisdição e Democracia" do Professor Dieter Grimm, no sentido de que, nesse campo, a jurisdição constitucional tem que ser minimalista em uma postura de deferência. E, exatamente por isso, entendi que só em algumas situações seria possível o Supremo Tribunal Federal intervir: quando houvesse aquela inconstitucionalidade chapada, quando não houvesse justificativa suficiente para excepcionar no campo eleitoral com violação do princípio democrático etc. e, finalmente, quando a jurisdição tivesse que garantir os fundamentos da democracia. E é nesse particular dessa premissa que eu gostaria de me fixar.

Eu colho de um dos mais atuais constitucionalistas, sob vários ângulos da Constituição, Professor Amartya Sen, na obra "Ideia de Justiça" (tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes, São Paulo, Companhia das Letras, 2011, páginas 15 e 358), que o que identifica a democracia é o governo por meio de debate, que é mais ou menos isso que Vossa Excelência destacou, que o Ministro Gilmar destacou, que o Ministro Toffoli destacou e que o Ministro Luís Roberto Barroso destacou. Então, parece absolutamente inafastável, da ideia de democracia, o debate plural. E esse debate plural, segundo a lei, tem uma

ADI 5423 / DF

regra que é, inclusive, encontrada na Constituição até para outros efeitos - como o Ministro Toffoli destacou -, como, por exemplo, representação por inconstitucionalidade, tem que ter um número "x" de parlamentares. E aqui também a lei estabeleceu, como critério, o fato de que os partidos que têm dez representantes são considerados aptos e inafastáveis do debate. Subjaz, então, essa questão relativa ao convite facultativo deferível às emissoras.

No meu modo de ver, a nossa Resolução do TSE resolveu essa questão. Em primeiro lugar, tem o aspecto, digamos assim, interdisciplinar. Isso é objeto de um debate, de um acordo prévio. Se não tiver acordo prévio, não vai ter debate. Isso fica fácil de resolver. Então, é evidente o protagonismo das empresas que vão promover esse debate. Nós não podemos desconhecer a realidade.

Por outro lado, a nossa Resolução é clara: ela repisa a lei e no § 1º, ela dispõe:

"§ 1º ...é assegurada a participação de candidatos dos partidos políticos que possuam mais de nove representantes na Câmara dos Deputados, facultada a dos demais."

Pois bem, nós temos, então, em confronto, uma norma secundária e uma legislação infraconstitucional. No constitucionalismo moderno, a leitura da legislação infraconstitucional tem que passar pelo tecido da Constituição, tem que passar pela óptica da Constituição. Ora, nós estamos num campo da liberdade de imprensa. Não há nenhuma autorização constitucional para dispor sobre o debate - nós estamos no campo da liberdade de imprensa. Então, evidentemente nós temos que fazer essa leitura à luz exatamente desse princípio da liberdade de imprensa, da liberdade de informação. E, à luz desses cânones, o consectário lógico é que o debate seja o mais expressivo possível, com esses candidatos a que o Ministro Toffoli se referiu -, registrados nas pesquisas como políticos destacados -, que são aqueles que vão acrescentar elementos em prol do aprimoramento do processo político democrático. Eu responderia à pergunta de Vossa Excelência: o que é mais importante para a democracia?

ADI 5423 / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não seriam quaisquer candidatos, seriam aqueles facultativos, os que estivessem, em pesquisas registradas na Justiça Eleitoral, entre aqueles mais bem colocados.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu sei, eu não poria isso, porque isso seria realmente, como o Ministro Teori afirma, assumir um papel de legislador positivo. Mas é quase que intuitivo que as empresas de comunicação vão convocar aqueles candidatos que têm como colaborar para o aprimoramento do processo democrático. Não vai chamar o último da pesquisa. Vai chamar o que estiver com destaque na pesquisa, certamente, como candidato facultativo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Em São Paulo, não se chegou a dois terços para se aceitarem candidatos que não eram obrigatórios. E, aí, foi excluída uma candidata que está em terceiro lugar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pois é.

De sorte que, fazendo essa leitura da legislação infraconstitucional à luz da Constituição Federal, eu verifico a plausibilidade, mais do que a razoabilidade, dessa interpretação conforme à Constituição, no sentido de que os candidatos aptos não podem ser escolhidos, mas, por força desse campo que está entre o público e o privado, a empresa tem o direito de convocar outro candidato, que certamente será aquele melhor colocado nas pesquisas.

Por outro lado, acho que estamos desconsiderando dois aspectos da nossa jurisprudência. O primeiro, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, há uma *causa petendi* aberta. Isso já é definido pela Corte. Em segundo lugar, a ação que visa a declarar a inconstitucionalidade é continente em relação ao pedido de interpretação conforme, que é uma declaração parcial de inconstitucionalidade. Então, é claro que está embutido, dentro da declaração total de inconstitucionalidade, uma declaração parcial de inconstitucionalidade. E essa declaração parcial de inconstitucionalidade se dá por força da interpretação conforme à Constituição, que é essa a interpretação que, no

ADI 5423 / DF

meu modo de ver, propôs, agora no reajuste do voto, Vossa Excelência, propôs o Ministro Barroso, propôs o Ministro Gilmar, propôs a Ministra Cármen Lúcia.

Então, nesse sentido, Senhora Presidente, fazendo essa leitura da legislação infraconstitucional à luz da Constituição, entendo perfeitamente possível - não é julgamento *ultra petita* - nós declararmos uma inconstitucionalidade parcial através da técnica da interpretação conforme à Constituição, apta a permitir o convite, pela emissora, de candidatos que não são aqueles obrigatórios, prestigiando inclusive a resolução do Tribunal Superior Eleitoral.

Estou acompanhando o Ministro Toffoli, o Relator, nessa linha de reajuste, que está igual à do Ministro Barroso, não é, Ministro Toffoli?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Só que, no caso do Ministro **Barroso**, Sua Excelência não estabelecia um critério, estabelecia que a emissora poderia convidar quem lhe aprovesse. Eu estou estabelecendo um critério. Qual é o critério? Desde que, em pesquisas registradas na Justiça Eleitoral, esse que a emissora venha a convidar esteja, em termos de expectativa de votos, entre aqueles cuja participação é obrigatória.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Se Vossa Excelência me permite, eu acho que isso poderia ser incluído numa *ratio decidendi* da conclusão do voto, mas se inserirmos isso, estaremos realmente agindo como legisladores positivos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Sim, seria até, talvez, uma provocação ao TSE para que faça uma resolução a respeito.

25/08/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhora Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Advogados e Estudantes presentes.

Cuida-se de julgamento conjunto das ações diretas de inconstitucionalidade nº 5.423, nº 5.488, nº 5.491, de relatoria do eminente Ministro Dias Toffoli, e nº 5487 e nº 5577, ambas de relatoria da Ministra Rosa Weber.

Na **ADI nº 5.423 (rel. Min. Dias Toffoli)**, os Requerentes (PTN, PHS, PRP e o PTC) alegam, em síntese, que

(i) a “restrição de acesso aos debates no rádio e na televisão de candidatos de partidos com menos de nove representantes na Câmara constitui limitação inconstitucional ante sua flagrante violação ao princípio da proporcionalidade, assim como aos artigos 1º, V, e parágrafo único, e 17, caput, e §§ 1º e 3º, da Constituição da República de 1988”;

(ii) “os dispositivos impugnados, com efeito, dispensam tratamento diferenciado para as diversas agremiações partidária partícipes da disputa eleitoral no que toca à repartição do horário da propaganda eleitoral gratuita e, nesse passo, violam diretamente o § 3º, do art. 17, da Constituição da República de 1988, assim como o princípio republicano (art. 1º, da CR/88) e, particularmente, o princípio da isonomia ou igualdade (art. 5º, caput, da CR/88), pilar de qualquer Estado Democrático de Direito”;

(iii) “a divisão em função do número de representantes na Câmara dos Deputados é, por diversas razões, injusta e prejudicial ao modelo democrático: está em desarmonia com o sistema presidencialista adotado, não considera o papel

ADI 5423 / DF

das coligações nos pleitos e se mostra alienada do caráter regional das eleições para deputados federais”;

(iv) “mesmo que se admita a possibilidade de discrimen entre os diversos Partidos, no que tange ao direito de antena, não se mostra razoável e proporcional que se inclua na contagem, no caso de coligação majoritária, somente o tempo dos seis maiores partidos intrigantes da coligação”.

Pugnam, então, pela declaração de inconstitucionalidade:

a) da expressão “*superior a nove deputados*” constante do art. 46, da Lei 9.504/97, com a redação dada pela Lei no 13.165/2015;

b) dos incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei 9.504/97, respeitando a divisão igualitária do tempo para todos os Partidos, ou, caso assim não se entenda,

c) dos incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei 9.504/97, respeitando a proporcionalidade da votação das coligações na eleição presidencial, com a consequente divisão igualitária do tempo de cada coligação entre os partidos que a compuseram, ou, ao menos, respeitando a proporcionalidade da votação para o Congresso Nacional, desde que observado o esforço coligado, onde, o tempo proporcional de cada congressista eleito por coligação deve ser dividido entre os partidos que a compuseram, ou, caso ainda assim não se entenda,

d) da expressão “*seis maiores*”, constante do inciso I do § 2º do art. 47 da Lei 9.504/97, com a redação dada pela Lei 13.165/2015.

Na **ADI nº 5.487 (rel. Min. Rosa Weber)**, os Arguentes (PSOL e PV) alegam que os dispositivos impugnados “*instituem cláusula de barreira imediatamente para as eleições municipais de 2016; não respeitam a anterioridade numérica dos Partidos advinda das eleições de 2014; são*

ADI 5423 / DF

desproporcionais; restritivas dos direitos dos partidos numericamente menores e; como tal, são inconstitucionais, principalmente pela ofensa ao art. 17 da CRFB/88". Sustentam, ademais, ser "flagrantemente inconstitucional no caput do art. 46 a frase 'sendo assegurada a participação de candidatos dos partidos com representação superior a nove Deputados, e facultada aos demais', uma vez que nela encontra-se o limite, a restrição legal não autorizada pelo § 3º do art. 17 da CRFB/88". Afirmam, ainda, que "é inconstitucional a nova redação dos incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei 9.504, dado que a proporcionalidade ali definida restringe direta e completamente o direito partidário de acesso ao rádio e à televisão". Propugnam, ao final, pela declaração de inconstitucionalidade, nos seguintes termos:

a) da expressão "nove deputados" constante do art. 46, da Lei 9.504/1997, com a redação dada pela Lei no 13.165/2015;

b) dos incisos I e II, do § 2º, do art. 47, da Lei 9.504/1997;

c) alternativamente, aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição ao art. 46, *caput*, da Lei 9.504/1997, a fim de assegurar que a expressão "Deputados" não se limite a Deputados Federais;

d) da expressão "inclusive as que definam o número de participantes", contida no art. 46, § 5º, da Lei 9.504/1997.

O Solidariedade, na **ADI nº 5.491 (rel. Min. Dias Toffoli)**, a agremiação requerente aduz, em síntese, que a lei impugnada "*impôs, claramente, uma barreira aos partidos menores*". Afirmam que "*o art. 17, caput, da CF/1988 não faz qualquer distinção entre os partidos políticos*" e que "*assim, ao impedir a divisão igualitária do tempo de TV e rádio - determinando 90% para os seis maiores partidos da coligação -, a legislação ora objurgada esbarrou, exatamente, no princípio da isonomia entre os partidos políticos, pois atribuiu, em última análise, uma diferenciação radical e desarrazoada, entre partidos com maior representação nas casas e os partidos com menor representação*". Alega,

ADI 5423 / DF

ainda, ultraje “à ‘igualdade de chances’ entre agremiações políticas, inerente a um regime democrático, representativo e pluripartidário”. Articula, por fim, afronta à razoabilidade, uma vez que a lei impugnada “fez uma diferenciação injustificável entre eleições majoritárias e proporcionais” e estabelece sem embasamento jurídico em 6 (seis) o número de partidos levado em consideração para determinação do tempo de propaganda eleitoral de determinada coligação nas eleições majoritárias.

Requer, em vista desse conjunto de argumentos, a inconstitucionalidade **da primeira parte do art. 47, § 2º, I e a integralidade do inciso II**, ambos da Lei 9.504/1997, com redação do art. 2º da Lei 13.165/2015 (Minirreforma Eleitoral).

Na **ADI nº 5.488 (rel. Min. Dias Toffoli)**, a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT) pede que seja emprestada interpretação conforme a Constituição ao art. 46, *caput* e § 5º, da Lei 9.504/1997, na redação da Lei 13.165/2015, a fim de fixar-se entendimento no sentido de que, ao elaborar regras aplicáveis a debates antes do primeiro turno das eleições, os candidatos e partidos aptos a deliberar, nos termos da lei, poderão definir o número de participantes, ainda que inferior ao de partidos com representação superior a nove deputados, desde que sejam adotados *ex ante*, critérios não arbitrários, objetivos e razoáveis para esse fim. Requer, ainda, por arrastamento, a suspensão de eficácia do art. 32 da Resolução 23.457, de 15 de dezembro de 2015, do Tribunal Superior Eleitoral.

Sustenta, ainda, que “a intenção é esclarecer que, a despeito da ambiguidade dos dispositivos impugnados, os candidatos aptos (...) podem, em conformidade com a Constituição, deliberar pela limitação do número de debatedores, a fim de promover discussões mais profundas e enriquecedoras para os cidadãos interessados”.

Alega que “a leitura constitucional dos mencionados dispositivos não

ADI 5423 / DF

impede - antes autoriza - a limitação do número de participantes nos debates, justificada para promover o direito à informação, e desde que esteja pautada em regras objetivas, razoáveis e fixadas ex ante, aprovadas por 2/3 dos candidatos aptos à deliberação”.

Na **ADI nº 5.577 (rel. Min. Rosa Weber)**, o Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB) questionou a validade jurídico-constitucional de dispositivos da Lei Eleitoral sobre a participação em debates de TV e rádio (LE, art. 46, *caput*, e Resolução nº 23.457/2015, art. 32, § 2º). Em suas razões, sustenta, em apertada síntese, ofensa (i) ao princípio da isonomia da propaganda eleitoral, (ii) ao pluralismo político, (iii) ao regime democrático e (iv) lesão a direitos fundamentais e extinção das minorias.

Transcrevo, por oportuno, as disposições normativas adversadas:

Lei das Eleições

Art. 46. Independentemente da veiculação de propaganda eleitoral gratuita no horário definido nesta Lei, é facultada a transmissão por emissora de rádio ou televisão de debates sobre as eleições majoritária ou proporcional, sendo assegurada a participação de candidatos dos partidos com representação **superior a nove Deputados**, e facultada a dos demais, observado o seguinte: [...]

§ 5º Para os debates que se realizarem no primeiro turno das eleições, serão consideradas aprovadas as regras, inclusive as que definam o número de participantes, que obtiverem a concordância de pelo menos 2/3 ([...]) dos candidatos aptos, no caso de eleição majoritária, e de pelo menos 2/3 ([...]) dos partidos ou coligações com candidatos aptos, no caso de eleição proporcional.

Art. 47. [...].

§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos

ADI 5423 / DF

termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, **observados os seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 12.875, de 2013)**

I - 90% (noventa por cento) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, no caso de coligação para eleições majoritárias, o resultado da soma do número de representantes dos seis maiores partidos que a integrem e, nos casos de coligações para eleições proporcionais, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integrem; (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

II - 10% (dez por cento) distribuídos igualmente.

Dada a coincidência parcial ou total verificada entre os pleitos deduzidos nas quatro ações diretas, os pareceres do Ministério Público Federal foram elaborados no mesmo sentido. Nas **ADIs nº 5.423, nº 5.487 e nº 5.491**, o *Parquet* Federal manifestou-se pela **improcedência** do pedido veiculado. Eis as ementas dos pronunciamentos ministeriais:

CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 46, *CAPUT*, E 47, § 2º, I E II, DA LEI 9.504/1997, NA REDAÇÃO DA LEI 13.165/2015. PARTICIPAÇÃO EM DEBATES ELEITORAIS E DISTRIBUIÇÃO DO TEMPO DE PROPAGANDA ELEITORAL. CONHECIMENTO DO PEDIDO. LEGITIMIDADE DE MAIS DE UM CRITÉRIO DE REPARTIÇÃO DO TEMPO DE ANTENA. CRITÉRIO DE REPRESENTAÇÃO PARTIDÁRIA NA CÂMARA DOS DEPUTADOS. REDUÇÃO DA PARCELA DESTINADA A DISTRIBUIÇÃO IGUALITÁRIA ENTRE OS PARTIDOS. RAZOABILIDADE DOS PERCENTUAIS.

1. Aplica-se a ações de controle concentrado de constitucionalidade regra de distribuição por prevenção e de reunião de processos para julgamento conjunto, quando haja total ou parcial coincidência de objetos.

2. Admite o Supremo Tribunal Federal apreciar constitucionalidade da disciplina legal da repartição do tempo

ADI 5423 / DF

de propaganda eleitoral gratuita, ainda que para dela extrair interpretação conforme a Constituição, com o objetivo de fazer incidir conteúdo normativo constitucional dotado de carga cogente, cuja produção de efeitos independa de intermediação legislativa. Precedente.

3. São constitucionais as regras que a Lei 13.165/2015 (a chamada “Minirreforma Eleitoral”) introduziu nos arts. 46, *caput*, e 47, § 2º, I e II, da Lei 9.504/1997 (a Lei das Eleições), pois respeitam a representação política legitimamente conquistada no pleito eleitoral e asseguram participação de todos os partidos políticos no rateio do horário eleitoral gratuito.

4. A hiperfragmentação das associações partidárias não tem sido benéfica ao Brasil nem ao sistema representativo. A profusão de pequenos partidos confunde o próprio eleitor, o qual, compreensivelmente, não os consegue associar a programas definidos. Medidas legislativas que estimulem certa concentração partidária não são intrinsecamente ruins, muito menos inconstitucionais.

5. Parecer pela improcedência do pedido.

Na **ADI nº 5.488**, opinou, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação, e, no mérito, pela improcedência. O parecer restou assim ementado:

CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 46, *CAPUT* E § 5º, DA LEI 9.504/1997, REDAÇÃO DA LEI 13.165/2015. DEBATES ELEITORAIS. OBRIGATORIEDADE DE CONVITE DE CANDIDATO CUJO PARTIDO POLÍTICO POSSUA MAIS DE NOVE DEPUTADOS FEDERAIS. DEFINIÇÃO DO NÚMERO DE PARTICIPANTES. SENTIDO UNÍVOCO DAS NORMAS. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUIR CANDIDATOS CUJO CONVITE SEJA LEGALMENTE COMPULSÓRIO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. INAPLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA QUE PERMITE AMPLIAR OU REDUZIR, EM DEBATES, O NÚMERO DE CANDIDATOS CUJA PARTICIPAÇÃO SEJA

ADI 5423 / DF

FACULTATIVA.

1. Aplica-se a ações de controle concentrado de constitucionalidade regra de distribuição por prevenção e de reunião de processos para julgamento conjunto, quando haja total ou parcial coincidência de objetos (art. 77-B do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

2. A técnica de decisão da interpretação conforme a constituição pressupõe caráter polissêmico ou plurissignificativo da norma, a ensejar duas ou mais interpretações, desde que uma delas seja compatível com o texto constitucional.

3. Conflito aparente de normas que se resolve por interpretação sistemática de parágrafo com o *caput* de artigo não dá ensejo a aplicação de interpretação conforme a constituição, por conduzir a sentido unívoco das normas supostamente conflitantes.

4. Interpretação sistemática do art. 46, *caput* e § 5º, da Lei 9.504/1997 (conhecida como Lei das Eleições), na redação da Lei 13.165/2015 (conhecida como “Minirreforma Eleitoral”), leva a concluir que a permissão de definição do número de candidatos nas regras que presidirão debates eleitorais diz respeito unicamente aos candidatos a quem a lei faculte participação. Não há permissão legal para excluir candidatos cuja presença seja legalmente assegurada.

5. Interpretação que enseje exclusão de debates eleitorais de candidato de partido político com mais de nove representantes na Câmara dos Deputados contraria os princípios do pluralismo político e da igualdade de chances.

6. Parecer por não conhecimento da ação e, no mérito, por improcedência do pedido.

É o relatório suficiente. Passo a votar.

PREMISSAS TEÓRICAS:

A NECESSIDADE DE AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL E DE DEFERÊNCIA AOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS CONCERNENTES AO PROCESSO POLÍTICO-

ADI 5423 / DF

ELEITORAL

A controvérsia jurídica travada nos autos dessas ações diretas questiona a validade jurídico-constitucional de um novo arranjo institucional erigido pela Lei nº 13.165, de 2015, cognominada de Minirreforma Eleitoral, acerca do regime jurídico dos debates políticos nas emissoras de rádio e televisão, bem como estabelecendo novos parâmetros para a distribuição do direito de antena. E o enfrentamento da *quaestio* não prescinde uma incursão, ainda, que perfunctória, acerca dos limites e possibilidades da *judicial review* em imiscuir-se em marcos regulatórios levados a efeito pelo processo político-majoritário.

Em diversas oportunidades, externei minha preocupação acerca da necessidade de preservação da legitimidade democrática da *judicial review* – a clássica dificuldade contramajoritária –, que decorre da circunstância de os juízes, não submetidos ao escrutínio das urnas, poderem invalidar as decisões do legislador, ancorando-se, muitas vezes, em disposições constitucionais dotadas de abstração e vagueza, e, em consequência, moldando a Constituição de acordo com suas preferências políticas.

Isso porque, como bem destacou Vital Moreira, “(...) *por definição, toda Constituição constitui um limite da expressão e da autonomia da vontade popular. Constituição quer dizer limitação da maioria de cada momento, e, neste sentido, quanto mais Constituição, mais limitação do princípio democrático. (...) O problema consiste em saber até que ponto é que a excessiva constitucionalização não se traduz em prejuízo do princípio democrático*” (MOREIRA, Vital. “Constituição e Democracia”. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.) *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 272).

Nesse sentido, a Constituição não pode ser vista como repositório de todas as decisões coletivas, senão apenas dos lineamentos básicos e

ADI 5423 / DF

objetivos fundamentais da República. Deve-se, portanto, rechaçar qualquer leitura maximalista das cláusulas constitucionais, nomeadamente aquelas dotadas de elevado grau de vagueza e de indeterminação semântica, que acabe por aniquilar o papel da política ordinária na vida social. É esse o magistério de Dieter Grimm:

“A Constituição estrutura a ação política organizando-a, guiando-a, limitando-a. Mas ela não regula a ponto de a política estar reduzida à mera execução de ordens constitucionais. **Dentro da moldura constitucional, os órgãos políticos estão livres para fazer as escolhas que, de acordo com seu ponto de vista, o bem comum exige.** A eleição decide qual dos pontos de vista em competição é o preferido pela sociedade e qual o grupo político deve, dessa forma, liderar as posições no Estado e executar seu programa político. A seu turno, as Cortes, especificamente as Cortes Constitucionais, são chamadas a controlar se os outros ramos de poder, ao definir, concretizar e implementar os objetivos políticos agiram de acordo com os princípios constitucionais e não ultrapassaram os limites constitucionais”

[Do original: *The constitution structures political action by organizing, guiding and limiting it. But it does not regulate it to an extent which would reduce politics to mere execution of constitutional orders. Within the framework of the constitution the political organs are free to make those choices which, according to their view, the common best requires. The election decides which of the competing views is preferred by society and which political group may therefore fill the leading positions in the state and carry out its political program. By contrast, courts and especially constitutional courts, are called to control whether the other branches of government, in defining, concretizing and implementing the political goals, have acted in accordance with the constitutional principles and not transgressed the constitutional limits*].

(GRIMM, Dieter. Constitution Adjudication and democracy. *Israel Law Review*, vol. 33, 1999, p. 210).

ADI 5423 / DF

À jurisdição constitucional, nesse cenário, incumbe a tarefa de encontrar o ponto ótimo de equilíbrio entre estes dois pilares sobre os quais se erige o Estado Democrático de Direito – democracia e constitucionalismo. A depender da calibragem de suas decisões (*i.e.*, atribuindo importância maior a qualquer destes ideais), os tribunais podem tolher a autonomia pública dos cidadãos, substituindo as escolhas políticas de seus representantes por preferências pessoais de magistrados não responsivos à vontade popular, ou, ao revés, podem as cortes cancelar o advento de um despotismo das majorias, de maneira a comprometer a supremacia e a efetividade da Lei Fundamental.

Se estas dificuldades já impõem certa cautela, a prudência é redobrada quando o complexo normativo adversado foi engendrado com o escopo de *redefinir* aspectos pontuais do processo político-eleitoral, como sói ocorrer *in casu*.

Como consectário, seria 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.

Sem embargo, vislumbro, ao menos, **quatro** situações, as quais, a meu sentir, autorizam uma atuação mais *incisiva* e *particularista* dessa Suprema Corte em controvérsias desse jaez.

Na **primeira** delas, e ancorando-me no valioso escólio de James Bradley Thayer (The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review* Vol. 7 (3), 1893, p. 129/156, disponível em <<https://archive.org/details/jstor-1322284>>), **reputo que a invalidação de leis ou atos normativos somente deve ocorrer nas hipóteses de cabal e incontestado ultraje à Constituição, de ordem que, nas situações de dúvida ou dissenso razoável acerca da (in)compatibilidade do conteúdo da norma adversada com a Lei**

ADI 5423 / DF

Fundamental, a declaração de constitucionalidade é medida que se impõe.

A inconstitucionalidade, portanto, para ser reconhecida, deve ser chapada.

Prosseguindo, um **segundo parâmetro** que autoriza a intervenção jurisdicional mais incisiva do Supremo Tribunal Federal circunscreve-se à possibilidade de invalidar leis ou atos normativos cujos resultados concretos produzam consequências que desbordem dos balizamentos constitucionais. Desenvolve-se com mais vagar.

O constituinte originário não outorgou um cheque em branco ao legislador para colmatar as disposições constitucionais ao seu alvedrio ou para adotar os critérios normativos que melhor lhe aprouver. Ao revés, a Constituição forneceu uma moldura que traça limites à discricionariedade legislativa (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 583-84).

Em matéria eleitoral, hipótese dos autos, o constituinte procedeu à escolha de questões fundamentais (*e.g.*, princípio democrático, republicano, pluralismo político, isonomia política, moralidade e ética administrativa) que norteiam o processo político, e que, conseqüentemente, reduzem o espaço de liberdade do legislador ordinário na elaboração da disciplina normativa balizadora desse sistema político.

Esse desenho normativo autoriza a fiscalização por parte da Suprema Corte das leis e atos normativos emanados das instâncias majoritárias, com vistas a resguardar a supremacia e a efetividade da Constituição. Com isso, todavia, não se pretende advogar uma *juristocracia* ou um modelo *juriscêntrico de hermenêutica constitucional*. Muito pelo contrário.

ADI 5423 / DF

Tenho defendido em meus votos a existência de amplo espaço de conformação regulatória para o legislador, no afã de densificar as disposições constitucionais, apenas expungindo do ordenamento jurídico aquelas normas editadas sempre que inexistirem *causas jurídicas suficientes* para justificar a sua validade jurídica. Destarte, as normas limitadoras desses imperativos fundamentais reitores do processo político-eleitoral devem se **submeter a um escrutínio rigoroso de constitucionalidade.**

Em tais casos, recai sobre o legislador o ônus de demonstrar argumentativamente que a norma excepcional do princípio republicano se justifica à luz de outros valores constitucionalmente salvaguardados: inverte-se, em situações como a dos autos, a *regra de ônus argumentativo*, exigindo que a restrição ao conteúdo âmbito de proteção do postulado da publicidade e da transparência seja acompanhada de causa jurídica *suficiente* para ampará-la. Ausente qualquer justificativa idônea, forçoso reconhecer a inconstitucionalidade da norma.

Reconheço, de antemão, que esse critério de suficiência envolve um *problema de valoração*, que, no limite, permitiria que o Poder Judiciário substituísse os critérios de relevância eleitos pelo legislador. Pode-se, todavia, contornar esse problema conferindo ao Poder Legislativo significativa margem de discricionariedade para lidar com a matéria. E é exatamente que assim que tenho me manifestado. Ilustrativamente, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, de minha relatoria, em que o Plenário, por maioria, asseverou a incompatibilidade material das doações de pessoas jurídicas quando em cotejo com os postulados democrático e da igualdade política e de chances.

Enquanto mandamentos cardeais do processo político, aludidos princípios restringem a liberdade legiferante, de ordem a obstar a formulação de desenhos que transladem para a seara política as

ADI 5423 / DF

iniquidades existentes no campo econômico, vilipendiando intrinsecamente a higidez e a normalidade do prélio eleitoral.

No caso, os impactos normativos o regime jurídico de financiamento empresarial de campanhas (calcado no percentual do faturamento bruto da empresa no ano anterior) gerava um resultado no mundo dos fatos em completa dissonância da axiologia constitucional, e materializada nessas normas substantivas reitoras da competição eleitoral (*e.g.*, princípio democrático, da igualdade de chances e política). É dizer, as regras de doações empresarias propiciavam que apenas lograssem êxito os candidatos que mais despenderam vultosas quantias em suas campanhas eleitorais, modelo que não se coaduna com esses vetores fundamentais.

De igual modo foi a minha manifestação nos autos da ADI nº 5.394, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, em que o Plenário da Corte, à unanimidade, deferiu medida cautelar, a fim de suspender, com efeitos *ex tunc*, a eficácia da expressão “*sem individualização dos doadores*”, constante da parte final do § 12 do art. 28 da Lei 9.504/1997, incluído pela Lei nº 13.165/2015 (Minirreforma Eleitoral).

Naquela oportunidade, consignei que o art. 28, § 12, da Lei das Eleições, por consubstanciar norma de limitadora dos postulados da publicidade e da transparência, se submete a um escrutínio mais rigoroso de constitucionalidade, em que o legislador possui o ônus argumentativo de justificar a restrição. Na ocasião, ao proceder à análise dos fundamentos, assentei a inidoneidade constitucional da argumentação expendida pelas autoridades que emanaram o ato normativo, reconhecendo a inconstitucionalidade material das cognominadas *doações ocultas*.

Um terceiro standard de atuação mais particularista da Corte consiste na salvaguarda as condições de funcionamento da democracia (*i.e.*, defesa dos pressupostos democráticos). Em tais cenários,

ADI 5423 / DF

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 ‘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*”

ADI 5423 / DF

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 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)

Consoante averbei em sede doutrinária (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na fronteira entre o Direito e a Política: alguns parâmetros de atuação. In.: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 37-72), 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. Aludido parâmetro de atuação judicial também presente na ADI nº 4.650, e posteriormente reiterada no ADI nº 5.105 (Caso Direito de Antena II), ambas de minha relatoria.

Destarte, não se verificando esses *standards* de atuação, os quais

ADI 5423 / DF

reputo autorizadores da adoção de postura mais incisiva e particularista por parte da Suprema Corte, **presume-se que o legislador, investido que é em suas prerrogativas pelo escrutínio das urnas, exsurge como autoridade máxima na tomada de decisões políticas legítimas substantivas à luz dos cânones constitucionais.**

A postura de autorrestrrição judicial, aqui, se justifica em decorrência do fato de que a colmatação do sentido das disposições magnas se situa no amplo espaço de conformação legislativa, motivo por que eventual crítica à substância do produto legislativo não pode nunca ter o condão de inquiná-la de nulidade.

O **quarto parâmetro** de intervenção judicial legítimo, segundo penso, sobressai para tutelar direitos das minorias, cujas demandas não sejam tratadas com o respeito devido e consideração no processo político-majoritário. Isso porque, não raro, diversas pautas ou reivindicações de interesse de grupos vulneráveis ou estigmatizados pode não encontrar eco ou mesmo serem desprezadas no Parlamento, tramitando durante décadas, sem qualquer definição, em especial aquelas que se revelarem impopulares para determinados setores da sociedade.

De fato, existem grupos que, apesar de expressiva quantidade de sujeitos que os compõe, são sub-representados na esfera política tradicional, não possuindo uma representatividade política, social ou econômica que permitam que suas demandas sejam levadas a efeito no Congresso Nacional.

Tal constatação autoriza a atuação mais incisiva da Suprema Corte para salvaguardar esses direitos e interesses, sem que, com esta postura, haja a usurpação de competência congressional. É precisamente a hipótese na ADPF nº 347, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário pátrio. Portanto, quando os direitos

ADI 5423 / DF

de minorias excluídas são sistematicamente violados, é o Poder Judiciário o último guardião desses direitos e o Supremo Tribunal Federal deve deles fazer a sua morada.

Assentadas essas premissas teóricas, passo ao caso *sub examine*.

O CASO SUB EXAMINE

In casu, o novel regime jurídico do art. 46, *caput* e § 5º, da LE, estabeleceu critérios mais rígidos para a participação das agremiações nos debates sobre as eleições majoritárias e proporcionais realizados por emissoras de rádio e TV. Nesse novo marco, apenas as agremiações com representação superior a nove deputados na Câmara possuem a participação assegurada. Eis a expressa dicção legal:

Art. 46. Independentemente da veiculação de propaganda eleitoral gratuita no horário definido nesta Lei, é facultada a transmissão por emissora de rádio ou televisão de debates sobre as eleições majoritária ou proporcional, sendo assegurada a participação de candidatos dos partidos com representação **superior a nove Deputados**, e facultada a dos demais, observado o seguinte: [...]

§ 5º Para os debates que se realizarem no primeiro turno das eleições, serão consideradas aprovadas as regras, inclusive as que definam o número de participantes, que obtiverem a concordância de pelo menos 2/3 ([...]) dos candidatos aptos, no caso de eleição majoritária, e de pelo menos 2/3 ([...]) dos partidos ou coligações com candidatos aptos, no caso de eleição proporcional.

Art. 47. [...].

§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, **observados os seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 12.875, de 2013)**

ADI 5423 / DF

I - 90% (noventa por cento) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, no caso de coligação para eleições majoritárias, o resultado da soma do número de representantes dos seis maiores partidos que a integrem e, nos casos de coligações para eleições proporcionais, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integrem; (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

II - 10% (dez por cento) distribuídos igualmente.

Como se percebe, a discussão *sub examine* versa sobre o direito de participação em debates eleitorais, evento pontual, materializado no embate entre candidatos concorrentes, em geral (mas não só) postulantes a cargos político-eletivos no Poder Executivo, no bojo dos quais são formuladas perguntas e feitas provocações a respeito de assuntos e pautas de interesse da coletividade.

O *telos* precípua dos debates eleitorais consiste em permitir que os cidadãos possam saber, de antemão, a opinião, a plataforma e os projetos políticos dos concorrentes em disputa sobre indigitados temas e, assim, proceder à sua escolha, consciente e refletida, do candidato que melhor atenda a seus anseios. Diversamente da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, cognominado direito de antena, os debates não possuem assento constitucional, razão por que é mais amplo o espaço de conformação legislativa para disciplinar aspectos a eles relativos, seja em razão do formato, seja em função do escopo desse tipo de evento. A doutrina eleitoralista assim define os debates eleitorais:

“O debate pode ser compreendido como um encontro face a face entre candidatos concorrentes (normalmente) a cargos do Poder Executivo, em que lhes são feitas perguntas e apresentados temas e problemas diversos para suas apreciações e respostas; sua finalidade primordial é auxiliar a escolha dos eleitores no dia das eleições. O evento é realizado em uma sala ampla, palco ou estúdio, e transmitido pela televisão, rádio ou

ADI 5423 / DF

Internet, sendo objeto de grande interesse do público e larga cobertura da mídia” (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 11. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015. p. 423)

Justamente porque inexistem parâmetros constitucionais, específicos e objetivos, a nortear a atuação do legislador na elaboração de marcos regulatórios dos debates eleitorais, impõe-se maior prudência e autocontenção, por parte do Supremo Tribunal Federal, na apreciação da validade jurídico-constitucional das alterações levadas a cabo pela Lei nº 13.165/2015.

Como corolário, é de se rejeitar qualquer alegação de inconstitucionalidade nos critérios adotados pela norma impugnada quanto à definição acerca de quais partidos políticos terão assegurado o direito de seus candidatos participarem dos debates eleitorais. Aliás, diante do cenário de excessiva fragmentação partidária, aludido regime jurídico, que limita a participação nos debates às agremiações que logrem obter mais de 9 (nove) deputados federais, pode contribuir para a redução da excessiva pulverização dos debates eleitorais.

Não se pode olvidar, na esteira do que bem pontuou o Ministro Dias Toffoli, que o direito de ter assegurada a participação em debates eleitorais sempre esteve adstrito aos partidos com representação na Câmara dos Deputados, de forma que o legislador, repiso, dentro do seu amplo espaço de conformação legislativa apenas e tão só ampliou a restrição, à luz de parâmetros calcados na proporcionalidade e na razoabilidade.

Em desabono a pretensão deduzida, pode-se, ainda, argumentar que o legislador não interditou a participação das minorias parlamentares nos debates eleitorais, as quais podem, facultativamente, serem convidadas a critério das emissoras de rádio e televisão.

À luz desses argumentos, rejeito o pedido de declaração de

ADI 5423 / DF

inconstitucionalidade da expressão “*superior a nove deputados*”, inserta no art. 46, *caput*, da Lei nº 9.504/97, na redação dada pela Minirreforma Eleitoral.

Rechaço, igualmente, a impugnação do art. 47, § 2º, I e II, da Lei 9.504/1997, também modificados pela Lei nº 13.165/2015. Em primeiro lugar, porque, a despeito de encerrar direito conferido constitucionalmente às agremiações partidárias, o direito de antena foi gravado com reserva de lei por expressa opção do constituinte. É dizer, cabe à lei ordinária a definição dos critérios de distribuição aos partidos do acesso à rádio e à televisão, de forma que o Parlamento pode, de tempos em tempos, proceder aos ajustes que reputar necessário na formulação de desenhos normativos para aperfeiçoar o regime anterior, desde que observados os parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade.

Ao erigir o novo critério (10% do tempo distribuído de forma igualitária e 90% distribuídos de forma proporcional), o Congresso Nacional prestigiou, de um lado, a representatividade da agremiação na Câmara Baixa, enquanto instância representativa da sociedade em geral, e, de outro lado, salvaguardou a igualdade política que deve presidir o processo político-eleitoral. Portanto, não se distanciou dos balizamentos constitucionais de representatividade.

Aqui, mais uma vez, esta constatação tem importantes implicações práticas: em matéria relativa à distribuição do acesso gratuito ao rádio e à televisão, a Constituição *não* encerra uma *ordem-fundamento* em *sentido quantitativo* (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 583-584), 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. Assentar, na hipótese, a incompatibilidade material dos preceitos adversados, de ordem a

ADI 5423 / DF

substituir os critérios utilizados pelo legislador, que se situam na sua margem de discricionariedade, revelar-se-ia de elevado voluntarismo judicial, postura que não se coaduna com as premissas teóricas a respeito da legítima atuação da *judicial review* em uma democracia constitucional que desenvolvi algures.

Por essas razões, também julgo improcedentes os pedidos veiculados quanto à inconstitucionalidade do art. 47, § 2º, incisos I e II, da Lei das Eleições.

Por fim, quanto à impugnação relativa ao art. 46, § 5º, da Lei das Eleições, na redação dada pela Minirreforma de 2015, assento que candidatos que têm participação assegurada em debate eleitoral não podem deliberar pela exclusão de participantes convidados por emissoras de rádio e televisão, cuja presença seja facultativa. De acordo com aludida disposição, *“para os debates que se realizarem no primeiro turno das eleições, serão consideradas aprovadas as regras, inclusive as que definam o número de participantes, que obtiverem a concordância de pelo menos 2/3 (dois terços) dos candidatos aptos, no caso de eleição majoritária, e de pelo menos 2/3 (dois terços) dos partidos ou coligações com candidatos aptos, no caso de eleição proporcional”*.

Decerto, referido modelo, se interpretado em sua acepção literal, poderia permitir que os candidatos com direito assegurado nos debates eleitorais pudessem, em conluio, obstar a participação de outros concorrentes, mormente os fortes adversários no pleito, que não lograssem atender os critérios legais, e, com isso, neutralizar o embate de ideias e propostas na arena pública (no caso, no rádio e na televisão).

Precisamente por isso, a alteração promovida pela minirreforma somente se conforma com os cânones constitucionais se interpretada no sentido de somente possibilitar que dois terços dos candidatos aptos possam acrescentar, e não subtrair, novos participantes ao debate. Vale dizer: convidar candidatos outros que não tivessem esse direito

ADI 5423 / DF

assegurado por lei e que não tivessem sido previamente convidados pela emissora.

Não se pode olvidar que, em municipalidades menores, existe uma grande concentração dos veículos de comunicação social controlados por pequenas oligarquias ou por políticos locais. Isso significa que a solução alvitrada evitaria, ou, ao menos, amainaria, que os candidatos e as emissoras intervenham de forma ilegítima na conformação dos participantes dos debates, de sorte a garantir, de modo pleno, a liberdade de informação, a paridade de armas e a legitimidade do pleito.

Pelo exposto, empresto interpretação conforme ao art. 46, § 5º, da Lei das Eleições, na redação dada pela Minirreforma de 2015, para consignar que candidatos que têm participação assegurada em debate eleitoral não podem deliberar pela exclusão de participantes convidados por emissoras de rádio e televisão, cuja presença seja facultativa.

É como voto.

25/08/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro Dias Toffoli, apenas para esclarecer que o Ministro Barroso, do que foi registrado ontem e, portanto, vai constar, acompanhou Vossa Excelência na improcedência das três ações, porque nelas o objeto específico não é o § 5º, e deu parcial provimento, com interpretação conforme, ao § 5º só na ADI nº 5.487. Apenas para esclarecer.

E verifico aqui que, efetivamente, no mesmo sentido não da parcial procedência, o Ministro Ricardo Lewandowski também considerou improcedentes as ações, porque, nesses casos, a interpretação do § 5º não é o objeto do pedido.

Então, se Vossa Excelência reajusta, quero saber exatamente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Mas o § 5º, na ação de minha relatoria de nº 5.488, proposta pela ABERT, foi, sim, enfrentado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então, Vossa Excelência reajusta só nesta?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pelo que eu tenho aqui, a matéria é comum a todas as ações.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Foi enfrentada. Então, eu reajusto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então Vossa Excelência reajusta nesta específica, na 5.488? E mantém a improcedência das duas outras?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Das outras.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Está bem.

25/08/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, antes estivesse em jogo apenas o princípio da anterioridade pura, porque não seríamos tentados a adentrar campo reservado ao Congresso e partir para a atuação como legisladores positivos.

Afasto peremptoriamente essa possibilidade de desconhecer que devemos examinar o articulado nas ações a partir dos preceitos impugnados e da Carta da República. Afasto, por completo, a possibilidade de fixar critérios.

Dois são os temas em jogo. Atrevo-me a classificá-los como principal e secundário. Para mim, o principal está ligado ao horário da propaganda eleitoral gratuita, e não à problemática dos debates a serem procedidos em veículos de comunicação.

Tenho presente sempre valor maior que é o relacionado à preservação das minorias, porque, sem elas, não é dado falar em democracia. Sem terem voz, também não há democracia. Sem o respeito do Estado, é impossível cogitar-se de Estado Democrático. Então, a interpretação que faço, dos dispositivos impugnados, parte dessa premissa: preservar-se sempre e sempre as minorias.

Falou-se bastante na cláusula final do § 3º do artigo 17 da Constituição Federal, como se fosse uma carta em branco ao legislador para adentrar qualquer campo, inclusive o da criação da barreira, quanto ao surgimento e ao funcionamento de partidos políticos. A tradição constitucional revela que cláusula de barreira há de estar prevista na Lei Maior, porque, considerado o nela contido, não se pode cogitar de cláusula de barreira. Isso ficou muito bem explicitado em julgamento procedido, pelo Tribunal, em 2006, que contou com a presença de dez integrantes. Estava ausente, justificadamente, apenas o ministro Joaquim Barbosa. Compúnhamos o Tribunal eu próprio, os ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Sepúlveda Pertence, Carlos Ayres Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Vossa Excelência – Cármen

ADI 5423 / DF

Lúcia. A uma só voz, sem discrepância – fui o Relator do caso –, consignou-se a inconstitucionalidade de preceitos da lei dos partidos políticos que encerravam cláusulas de barreira. Não me arrependo do voto que proferi à época, e, na assentada de ontem, o ministro Dias Toffoli apontou que eu e o ministro Cezar Peluso concluimos que o tratamento, tanto quanto possível – e é possível esse tratamento normativo – deve ser igualitário.

Outra premissa, Presidente. Em disputa eleitoral, a isonomia há de prevalecer sob pena de estabelecer-se a existência, no cenário político, de forças distintas: a estampada na maioria e, outra, na minoria.

O Congresso adentrou o campo do retrocesso ao reformar, conforme o fez, a Lei nº 9.504/1997, que, devo reconhecer, possuía, considerada a propaganda eleitoral gratuita, bem assim o debate em veículo de comunicação, alguns pecadinhos, mas não pecados tão fortes como os que vejo na disciplina atual.

Em primeiro lugar, dispôs-se, observado o princípio da anterioridade pura – porque, entre a lei nova e as eleições, tem-se período superior a um ano –, já sabendo o quadro político que nortearia não só a propaganda eleitoral, como também a participação em debates. Claro que não se lançou, na lei nova, a nomenclatura dos partidos políticos que ficariam prejudicados com a nova regência, mas dispôs-se, a partir do conhecimento do quadro – e esse dado foi um dos fundamentos do pronunciamento a que me referi, do Supremo, na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.531 –, das consequências que se teria a normatização. Conhecia-se os destinatários das vedações.

Reporto-me ao voto proferido, que farei transcrever, na referida ação direta de inconstitucionalidade nº 1.531.

Em segundo lugar, examinando os novos dispositivos, vejo que se potencializou a voz não das minorias, mas das majorias. Constata-se isso no que o tempo de propaganda eleitoral foi dividido homenageando-se a maioria, isso ao se cogitar, no novo inciso I do § 2º do artigo 47 da Lei nº 9.504/1997, da divisão do tempo em benefício, repito, das majorias, ao se prever que 90% será distribuído proporcionalmente, considerado o

ADI 5423 / DF

número de representantes na Câmara dos Deputados. Os 10% restantes, distribuídos igualitariamente, com participação, foi ressaltado da tribuna, não só dos partidos minoritários como também dos majoritários.

Houve, sem dúvidas, retrocesso, porque a Lei nº 9.504/1997 continha distribuição diversa, que não prejudicava tanto como o faz a atual os partidos minoritários, ao prever que os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º do artigo 47, sejam distribuídos entre todos e coligações que tivessem candidatos, observados certos critérios. Tinha-se 2/3 distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados e, do restante, 1/3 distribuído igualitariamente e 2/3, proporcionalmente ao número de representantes eleitos no pleito imediatamente anterior para a Câmara dos Deputados.

Surge a problemática alusiva aos debates. Tenho ressaltado no Plenário que, em 1988, houve a opção, na passagem do regime de exceção para o essencialmente democrático, pelo privado. A óptica deve homenagear a liberdade de mercado.

O que se tem quanto aos debates? Em primeiro lugar, cogitou-se, de forma diversa da versada anteriormente, na Lei nº 9.504/1997, de participação obrigatória. A lei, na redação primitiva, previa a participação obrigatória e a facultativa. Então, passou-se a exigir, para ter-se essa participação, chegando-se a distorções, como já foi ressaltado no Plenário, representação superior a nove deputados, ou seja, ter o partido pelo menos dez deputados na Câmara dos Deputados.

Mas foi-se além, dando-se à maioria a possibilidade de obstaculizar convite, pela emissora, no campo da liberdade a que me referi, a candidato de partido que não atenda ao requisito legal: ter pelo menos dez representantes na Câmara dos Deputados. Previu-se, em norma de extravagância maior, que, em acordo, contando-se com certa percentagem, a concordância de pelo 2/3 dos candidatos aptos, pode haver, inclusive, contrariando-se a liberdade da emissora ou do veículo de comunicação, a criação de obstáculo definitivo à participação.

Acolho os pedidos formulados nas ações diretas de inconstitucionalidade e transcrevo o voto que proferi na de nº 1.531:

ADI 5423 / DF

Na assentada em que teve início o julgamento, os Ministros Sydney Sanches (Relator), Nelson Jobim, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence, votaram no sentido do indeferimento da liminar. Pela concessão, para dar ao dispositivo atacado interpretação consentânea com o inciso III do artigo 38 da Constituição Federal, votaram os Ministros Maurício Corrêa, Octavio Gallotti, Néri da Silveira e Carlos Velloso. O empate conduziu ao adiamento da conclusão, para colher-se não só o meu voto, como também os votos dos Ministros Moreira Alves e Celso de Mello, já que não estivemos presentes à assentada de 12 de junho de 1997.

O preceito impugnado tem o seguinte teor:

“Art. 25. O exercício da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da intermediação de seus serviços ou de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão.

[...]

§ 2º A diplomação, na hipótese de mandato eletivo, e a posse, nos demais casos, implicará o afastamento da atividade.”
(Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994)

Já a norma em que se baseia a inicial consigna:

“Art. 38. Ao servidor público em exercício de mandato eletivo aplicam-se as seguintes disposições:

[...]

III - investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo

ADI 5423 / DF

compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior;”

Esta última está ligada ao afastamento do cargo, emprego ou função, facultando-se optar pela remuneração correspondente.

O Ministro-Relator, em longo voto no qual fez transcrever as alegações do Partido-autor e as informações prestadas pelo Senado, bem como as oriundas da Consultoria Geral da União, concluiu no sentido de não se aplicar à espécie o inciso III do artigo 38 da Constituição Federal, anotando ainda que, em face do teor do § 1º do artigo 236 da Constituição Federal, era dado ao legislador ordinário dispor como o fez. Refutou a pertinência da óptica consagrada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 178.236-6/RJ, relatado pelo Ministro Octavio Gallotti, cujo acórdão foi publicado no Diário de Justiça de 11 de abril de 1997, ementário 1.864, segundo a qual os notários estão submetidos à compulsória de que cuida o inciso II do artigo 40 da Constituição Federal. No primeiro voto divergente, o Ministro Maurício Corrêa disse ser impossível adotar o tratamento diferenciado, tomando-se o notário como servidor *lato sensu* para efeito de aposentadoria compulsória e excluindo-se o benefício inserto no inciso III do artigo 38 da Carta, no que prevista a possibilidade de seqüência dos trabalhos cartorários mesmo investido o oficial no mandato de vereador, desde que existente compatibilidade horária. Passo a votar sobre a matéria.

Em primeiro lugar, entendo que os preceitos limitadores do exercício dos direitos políticos merecem somente interpretação estrita. De um modo geral, os cidadãos, consideradas as condições de elegibilidade e as de inelegibilidade previstas na Carta da República e em lei complementar, estão habilitados a credenciar-se ao sufrágio universal, quer como eleitores, quer como candidatos. Ora, de acordo com o artigo 236 da Constituição Federal, os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado por

ADI 5423 / DF

delegação do poder público. Já aqui não exsurge com a indispensável razoabilidade dispositivo de lei ordinária que restrinja, em face do desenvolvimento de atividade em caráter privado, o direito político de, sem quebra da continuidade do exercício notarial, vir o titular a exercer função política. Todavia, conforme salientado por aqueles que concluíram no sentido da concessão da liminar, esta Corte, no campo da ficção jurídica e a meu ver, com a devida vênia, à margem do texto do *caput* do artigo 236 referido, enquadrou os notários como servidores públicos *lato sensu*. Fê-lo relativamente a uma limitação constitucional, isto é, a aposentadoria compulsória aos setenta anos. Como, então, a esta altura, afastar a pertinência de regra constitucional que encerra o benefício da continuidade nos serviços notariais, uma vez assentada a compatibilidade de horário, quando investido o oficial em mandato de vereador? O conflito de enfoques foi bem apanhado pelos Ministros Maurício Corrêa, Octavio Gallotti, Néri da Silveira e Carlos Velloso. Tenderia a perfilhar com o Ministro Sepúlveda Pertence, que, de forma absolutamente coerente, apontou não se aplicar ao notário a regra do inciso III do artigo 38 da Constituição Federal. Não obstante, basta-me, no caso, considerar a ausência de razoabilidade constitucional, no que o § 2º do artigo 25 da Lei Federal nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, impôs o afastamento da atividade na hipótese de acesso, pelo oficial, a mandato eletivo. Com base nesta óptica, acompanho os que afastam a incidência do citado preceito.

É como voto na espécie, com a devida vênia.

25/08/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, como disse, de fato, mais uma vez, estamos diante de um grande desafio. Certamente, essa questão constitui um grande desafio para a legislação, à definição de algum critério e se concebe, sempre, fórmula diversa, mas é quase impossível fugir-se do critério daquele mínimo de representatividade, a presença de parlamentares que representem o partido. Esse é sempre um problema, por que, como tratar das novas forças políticas que surgem, muitas vezes, com grande representatividade popular, com algum tipo de densidade?

Estamos a assistir agora a esse desenvolvimento peculiar em vários países, mas Espanha e Portugal passam por uma renovação política com candidatos que vêm por partidos novos, de um espectro ou de outro, mas que, do dia para noite, já têm presença marcante no parlamento.

Talvez, até conversava esses dias com o Presidente, *speaker*, do Parlamento sueco e ele dizia que, antes, era quase inimaginável a formação de um partido político imediato. Mas hoje e até a experiência sueca indica, isso passa a ocorrer. Talvez, devido, inclusive, aos fenômenos de comunicação, basicamente da Internet. Portanto, esse é um dado que devemos levar em conta e, aí, a regulação, ela se torna muito mais complexa, porque partidos plausíveis, sem até representação no Congresso Nacional, para usar o critério que é referencial, passam a disputar a eleição, inclusive, eleições majoritárias com grandes chances de êxito ou de participação exemplar.

Por outro lado, temos aqui a advertência que todos fazem, em função, inclusive, das nossas experiências - e são legítimas essas advertências -, de que a tentativa de regular, a partir de uma leitura de

ADI 5423 / DF

interpretação conforme, ou mesmo de um perfil relativamente aditivo, nesse tipo de matéria, não tem sido a mais promissora.

Diferentemente do ministro Marco Aurélio, eu formei, na maioria que desenvolveu em torno do tema da cláusula de barreira, alguma decisão tem-se de tomar em relação a isso, não é? Eu me lembro, participamos ativamente desse debate, também, claro, a formulação legislativa não era, talvez, a mais perfeita, falávamos, à época, de uma opção do legislador por uma extinção do partido por inanição, porque se ia retirando a participação, o direito de antena, a participação no processo político com a representação no Congresso Nacional, direito de gabinete, direito de liderança, coisas que têm grande valor e simbolismo no processo político. Nós, então, optamos, ali, por julgar inconstitucional aquela norma. Claro que nos preocupamos, porque naquela época já tínhamos os sinais de que havia todo aquele movimento, que chamamos de transfuguismo, o troca-troca partidário e, em seguida, já naquela decisão, sinalizávamos que era preciso de reverter ou rever nosso entendimento sobre a fidelidade partidária. Foi esse o antídoto que concebemos naquele momento: "Vamos declarar a inconstitucionalidade da cláusula de barreira, tal como ela está, mas vamos sinalizar que o transfuguismo poderá levar à perda do mandato". Essa foi a orientação que prevaleceu e, claro, avançamos nessa definição. Tentamos, inclusive, produzir uma sentença aditiva, um processo de perda de mandato, que foi deferido ao TSE e tudo o mais.

Bom, qual foi o resultado? Ou, antes: qual seria a alternativa do legislador? Qual das alternativas do legislador, inadmitida essa tese... E, veja-se, o legislador, naquele caso, na legislação, tinha optado por dar dez anos, salvo engano, de prazo para aplicação do novo modelo, sugerindo, portanto, que os partidos fizessem todo o esforço no sentido de cumprir os requisitos que estavam estabelecidos. E, aí, um problema de caráter procedimental: o que aconteceu? Na verdade, o Tribunal, numa composição anterior, indeferiu a liminar e passou, para o estamento

ADI 5423 / DF

político, a ideia de que tudo estava bem. Portanto, era uma lei que tinha essa enorme *vacatio*; a liminar foi indeferida; os partidos pequenos - claro, com muitos méritos, partidos, inclusive, de forte base ideológica - vieram agora, depois das eleições, conhecidos os resultados das eleições, pedir que julgássemos o mérito e o julgamos e invertemos as expectativas. Portanto, houve uma confusão no diálogo institucional.

Mas eu pergunto: se tivéssemos sugerido, ou se o legislador tivesse adotado uma cláusula de barreira mais radical? Os senhores sabem, por exemplo, que a Alemanha, em nome da estabilidade, adotou a chamada *Sperrklausel* de 5%, com variações, tendo em vista, agora, a realidade da chamada Alemanha Oriental. Mas 5% é um índice muito alto, relativamente alto, e se colocou, então, um problema para saber quanto ao financiamento dos partidos que não atingissem a cláusula de 5%. A Corte Constitucional veio e disse: "Não é o critério de 5%, não pode ser, tem de ser um critério abaixo desse, mas terá de ter algum critério, quer dizer, um critério que revele, pelo menos, que o partido é sério, que disputa eleição com intenção de cumprir seu papel no jogo democrático". E ficou em 0,5, 1%, alguma coisa assim, para receber... A Alemanha tem um financiamento complexo, que envolve, inclusive, um tipo de indenização ao partido por voto, é como se houvesse um pagamento por voto obtido - tipo de financiamento público. Ora, vejam aqui questões, portanto, os critérios já mudam, chamando a atenção, por isso que eles chamam, inclusive, esse princípio de igualdade de chance, de uma igualdade de chance gradual, ou uma gradação da igualdade de chance, desse princípio da oportunidade eleitoral.

Mas, vejam os senhores, vejam ministros, o que aconteceria entre nós se o Parlamento amanhã decidisse que, além do quociente eleitoral, que poderia ser resolvido com a questão, talvez, da coligação; o quociente eleitoral entre nós sem a coligação já é uma cláusula de barreira. E já tivemos vários embates, inclusive, aqui, não é? Bons candidatos que tiveram votação expressiva, às vezes, candidatos que obtiveram a maior

ADI 5423 / DF

votação num estado - acho que foi o caso de Dante de Oliveira, em Mato Grosso -, mas que não lograram ultrapassar essa cláusula de barreira. Por quê? Porque o partido pelo qual concorreu, na época era o PDT, não lograra atingir o quociente eleitoral. Houve um debate no TSE e esse foi, também, o entendimento que sempre adotamos. Mas imaginemos que entre nós se adotasse uma cláusula de barreira, verdadeiramente, de um, dois, três, quatro, cinco por cento, teria ela sido mais radical do que aquela que o Congresso adotou? Por quê? Porque a cláusula de barreira, no viés alemão, envolve, verdadeiramente, não dar o direito de acesso ao Parlamento. Aqui, o que se permitiu foi: tem um mandato, mas haverá um mandato com restrições; não haverá representação do partido, uma série de restrições que se estabeleceu. Nesse sentido, vejam que, alguma opção tem que se fazer, em algum limite, há alguma coisa de pragmática, decisionista, não é ministro Fux? Quer dizer, tem que se decidir, tendo em vista que a igualdade absoluta não se realiza, ou torna o sistema disfuncional. Isso é evidente.

Eu devo confessar aos senhores - e aí continuando, pensando alto - que me causa muito desconforto, por exemplo, o debate agora realizado em São Paulo. E isso pode ocorrer. Pode ocorrer com partido que tenha representantes no Congresso, como está ocorrendo com o PSOL, em que a candidata tem um bom desempenho em pesquisas confiáveis, a deputada Erundina, mas poderia ocorrer - e certamente vai ocorrer - com um partido novo. De fato, existe um partido agora com esse nome, com pessoas também de credibilidade e que, sem nenhum representante no Congresso, passe a despontar, por exemplo, numa eleição com bons candidatos, que podem estar em primeiro ou segundo lugar, pela fórmula adotada, estariam fora do ... Isso me impressiona.

Mas todo o desconforto que o ministro Teori manifestou aqui, também, é meu. De fato, considerando toda nossa experiência, inclusive, nosso diálogo mal compreendido com o Congresso e as reações que sempre vêm em função desse processo, confesso ter muita dúvida quanto

ADI 5423 / DF

ao tema. Se eu tivesse segurança - e, aí, submeto - que seria confiável o critério de conferir às emissoras, em diálogo com os participantes, tendo em vista a representatividade dos candidatos, eu ...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas isso a lei já faculta.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não. Mas desde que...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

...os dois terços concordem com o convite.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não. Pois é. Mas, claro, num processo de autorregulação. Como vimos, no caso de São Paulo, esse processo não logrou êxito. Então, quer dizer, permitir que a emissora indicasse, de forma mais imperativa, a possibilidade de convidar.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E o Dr. Odin sopesou que o partido político - embora Sua Excelência diretamente também não tenha dito isso - é um ente privado, pelo art. 17, e o serviço de radiodifusão é um serviço público. Então, seria sopesar em favor do que é o serviço público. E o Ministro **Fux** destacou o direito à informação em seu voto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É uma meia verdade isso, porque a gente chama os partidos políticos de entes privados por uma concepção de arranjo institucional, mas é claro que são veículos. Veja, até porque, em nosso sistema, ainda mais enfaticamente, não há candidatura avulsa, só se candidata via partido; portanto, isso são instrumentos - vamos chamar assim - de caráter publicizado.

ADI 5423 / DF

Por outro lado, no que diz respeito à regulação do serviço de rádio e televisão, à divulgação da campanha, o legislador já se manifestou, já estabeleceu critérios. A questão do debate não está estritamente vinculada à da divulgação das ideias. Em princípio, essas já são divulgáveis no modelo da chamada campanha gratuita - que, de gratuita, não tem nada, como sabemos, porque há toda uma compensação e é um modelo, inclusive, de financiamento público aqui que se olvida.

Então, a mim, me parece que essa perspectiva seria animadora. O problema é que a questão não está restrita - como lembrou o ministro Teori - aos grandes centros que, claro, têm disputas extremamente importantes, mas isso se estende Brasil a fora, inclusive, nas concessões de rádio, são exatamente os instrumentos, e que - também não vamos fugir da realidade - estão distribuídas, gostemos ou não, por pessoas que, também, têm mandato eletivo e participam do processo eleitoral ativamente. Algumas têm até cadeia de rádio, ou controlam, seja lá o que for. Bom, certamente isso pode dar ensejo a abuso. Claro que se pode redarguir aqui que ... claro que isso poderá ser de uso indevido e poderá, até, caracterizar abuso, que a Justiça Eleitoral poderá perscrutar.

Então, compartilho um pouco dessas angústias e, em princípio, se lográssemos formular um encaminhamento no sentido de estabelecer um critério em que se desse à emissora a possibilidade de, claro que, em algum tipo de acordo com aqueles que têm a representação obrigatória no debate, preenchem aqueles requisitos, convidar, porque, imaginem os senhores, e não é difícil imaginar esse quadro no Rio, São Paulo ou grandes cidades, grandes capitais, do Brasil, tenhamos candidatos que não atendam aos requisitos, nos primeiros lugares.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Ministro Gilmar, Vossa Excelência me permite? Eu gostaria de subscrever esse desconforto, que o voto de Vossa Excelência está a manifestar, quanto ao resultado que se

ADI 5423 / DF

tem da atual sistemática normativa e também a dificuldade de encontrar uma equação que, minimamente, dê estabilidade e previsibilidade. Isso, de algum modo, vem ao encontro de um pedido alternativo subsidiário, que há na 5.487, sendo que o pedido principal ali, ao qual dirigi o meu acolhimento, e provavelmente ficarei vencido na declaração da inconstitucionalidade desse número superior a nove deputados, mas há um pedido alternativo para excluir, numa interpretação conforme, essa expressão que se encontra, no § 5º, inclusive, as que definam o número de participantes, no tocante às regras. E, portanto, por isso, aliás, disse a Senhora Presidente que depois gostaria de voltar a essa matéria, porque, vencido um pedido principal, eu examinarei esse pedido alternativo em relação ao qual provavelmente também ficarei vencido, mas o faço para dizer que ele compreende a sugestão dada pelo Ministro Barroso. Portanto, é ...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência estaria sugerindo, então, que, no § 5º ...

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Nesta 5.487, Ministro Gilmar, o pedido da letra "b" da petição inicial pede, deduz a pretensão para a declaração de inconstitucionalidade da regra constante do § 5º do artigo 46 que permite a fixação do número de participantes, pelos próprios candidatos competidores, suprimindo-se do texto a expressão, inclusive as que definam o número de participantes. Vossa Excelência fez um apelo, essa ideia do consenso, e, precisamente, nesta direção é que se pode assentar, sem embargos das dificuldades, que daqui possam emergir, e creio que ...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Aí, seríamos legisladores negativos, e, não, positivos.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - E, legislador negativo. E de qualquer ...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Tiraria a expressão

ADI 5423 / DF

"inclusive"?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Tiraria essa expressão, que, de algum modo, ainda em sentido amplo, compreende a sugestão feita pelo Ministro Luís Roberto Barroso e retomada hoje pelo Ministro Dias Toffoli, com as achegas feita pelo ilustre representante do Ministério Público, com as quais eu estou de acordo, exatamente na linha de uma latitude maior das minorias, ou seja, de uma garantia do pluralismo democrático e do próprio princípio democrático, e, alcança, em *ultima ratio*, se chegarmos a esse ponto, inclusive a ideia sustentada pelo Ministro Barroso, do convite feito com bases nesses critérios de percepção pela negatividade, ou seja, pela extensão da adoção de critérios discricionários que chegam à arbitrariedade.

Portanto, Senhora Presidente, estou pedindo apenas esse aparte para dizer que vencido - por isso estou, de algum modo adiantando - no pedido principal, como provavelmente já estou da 5.487, a este pedido da letra "b", que, em maior extensão trata desse tema, dá uma solução possível. E, se vencido nesta, compreendo e reajustarei o voto de acompanhar o Ministro Luís Roberto Barroso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Na 5.487, que é a que tem o § 5º.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Na 5.487.

E agradeço o aparte ao Ministro Gilmar Mendes.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Ministro Gilmar, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por favor.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Gostaria de fazer aqui um pouco o papel de advogado do diabo para colocar as consequências da decisão. Não falar em "inclusive, as que definem os números de participantes" significaria dizer que o número de participantes compreenderia aqueles obrigatórios do art. 46, mais aquele

ADI 5423 / DF

ou aqueles que a emissora pura e simplesmente convidasse. Esse é um critério que dá, na verdade, um poder enorme às emissoras. Nós estamos aqui muito influenciados, talvez até fazendo uma legislação. Talvez fosse o caso de aprovarmos uma regra geral, exceto Rio e São Paulo, e vamos uma regra especial para Rio e São Paulo, porque é evidente a preocupação com o caso Rio e São Paulo. Mas nós não podemos esquecer, essa é uma regra nacional.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É verdade.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Quer dizer, nós vamos permitir que uma emissora possa deixar de fora aquele que está melhor cotado nas pesquisas e escolha um que não tem nenhuma...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não, mas todos os partidos que tiverem mais de nove parlamentares, obrigatoriamente, têm que participar.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Quanto a isso, sim, mas nós estamos falando dos outros.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas o que o Ministro Teori parece dizer, é sobre outros critérios.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Nós estamos dizendo que os outros, quanto aos outros participantes, a emissora não poderia deixar de incluir os que têm número maior de nove.

Quando se fala em definição, é dos outros. Quem é que definiria os outros, se não são os dois terços aqui? A emissora, convidando ou não. Será esse um critério democrático?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Esse era o critério, se me permite, Ministro Teori...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Há um critério melhor do que esse que está na lei?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Era o critério que vigorava anteriormente.

Então, na verdade, bastava a oposição de um para que não saísse o

ADI 5423 / DF

acordo.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas essa seria uma interpretação possível.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Então, agora, procurou-se fazer o regramento.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Mas, a outra interpretação - retirando o acréscimo "inclusive os que definem os número de participantes" - significaria dizer que não haveria a possibilidade de vetar o número de participante por quem quer que seja.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

.... não poderiam vetar.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Mas, Ministro Teori, e perdão a interrupção.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - A não ser a própria emissora.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - A diretriz é suscitar o consenso. E o acordo, aliás, é o § 4º, anterior a esse que estamos a ler, que sugere a direção da preocupação que o Ministro Gilmar Mendes estava a traduzir. Diz o § 4º:

"§ 4º - O debate será realizado segundo as regras estabelecidas em acordo celebrado entre os partidos políticos e a pessoa jurídica interessada na realização do evento, dando-se ciência à Justiça Eleitoral."

Ou seja, a ideia de buscar o consenso, se estamos na espacialidade da política, estamos precisamente na espacialidade que desafia o dissenso, desafia o consenso. E aqui prefiro a liberdade do que amarrar, excluindo as minorias.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Vossa Excelência está querendo dizer, então, que, excluindo a expressão, inclusive, as que definem o número de participantes, o número de participantes seria necessariamente definido por acordo?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Dos facultativos, se eu depender do universo...

ADI 5423 / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Incluídos, sempre...

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Incluídos sempre os aptos.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Nós vamos ter o mesmo problema que temos hoje, porque, lá em São Paulo e no Rio de Janeiro, não houve acordo para incluir quem não estava bem nas pesquisas. Quer dizer, o problema não se resolve. É isso o que eu quero dizer. Nós não temos uma solução perfeita em nenhuma situação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não. não temos. Bom, ministra Rosa já se pronunciou.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Já. Era, digamos assim, a procedência parcial que eu havia aventado, o acolhimento exatamente desse pedido alternativo. Mas, pareceu-me, no cômputo geral, que nós não chegaríamos a uma melhor solução, porque afastaríamos um problema, mas cairíamos noutra problema, como agora foi explicitado. Por isso é que optei por um juízo de improcedência que continuo reafirmando, mas aberta a ouvir uma solução mais adequada.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu também gostaria de dizer o seguinte. Não quero deixar transitar em julgado, acho que todos estamos um pouco afetados com um certo sentimento de culpa, em sentido geral, de nossos exercícios de intervencionismo e de legislação, mas entendo que, no modelo atual de jurisdição constitucional, é quase impossível manejar todo esse arsenal que está aí, sem, às vezes, utilizar de algum mecanismo que saia do chamado modelo tradicional, que Kelsen formulou, do chamado legislador negativo. Esse próprio conceito, ele tem alguma inadequação. Por quê? Quando se derruba um dado modelo jurídico, coloca-se outro no lugar. Portanto, o legislador negativo também é legislador positivo. Mas, é claro que também temos de ter limites no

ADI 5423 / DF

diálogo com quem tem legitimidade democrática etc.

O grande problema aqui é que o pano de fundo é a isonomia. E é isonomia eleitoral em sentido daquilo a que chamamos de "exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade". Por quê? Porque se dá determinada vantagem com base num critério a alguns e excluem-se outros. Esse é o problema. Dessa forma e aqui não temos tempo de devolver essa legislação para o Congresso. Os alemães poder-se-iam valer da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade e dizer: "Consideramos esse modelo inconstitucional, Congresso refaça". Não teria utilidade aqui, porque estamos, inclusive, com eleições em curso. Temos que, talvez, desenvolver uma ideia de, ainda que metódica e minimalisticamente, algumas decisões de caráter aditivo.

Nesse sentido, estava a me aventurar - e tinha, até, sugerido ao ministro Toffoli, mas sempre com as reservas todas que estão sendo feitas e compreendendo toda a dificuldade -, que poderíamos enunciar, à guisa de interpretação conforme, com esse perfil aditivo, também em relação ao § 5º, que seria constitucional, sim, que se assegurasse a participação de candidatos que postulam, disputam a eleição com representatividade popular aferível objetivamente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas não seria exatamente o que o Ministro sugeriu? Apenas ele deu uns critérios possíveis.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É isso que estou dizendo. Mas estou colocando isso com toda a ...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E colocar isso em aberto também.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – É. Estou colocando isso, mas aberto também às dificuldades, porque, claro, de novo, o

ADI 5423 / DF

ministro Teori colocou o dedo na ferida de maneira muito própria como sói acontecer. A rigor, dever-se-ia ter legislação para municípios, uma vez que, no fundo, há um município como São Paulo, que é maior do que várias unidades da federação, já em número de eleitores.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas, Ministro **Gilmar**, também fico aqui a refletir; eu, que venho do interior. Na verdade, o abuso dos donos dos meios de comunicação, nessas realidades colocadas pelo Ministro **Teori**, não se dá em razão do debate; dá-se ao longo de toda a programação, e ao longo até de anos não eleitorais. Quem conhece o interior sabe disso.

Por isso que, talvez aqui, ao levarmos em conta essa realidade, podemos na verdade limitar a possibilidade de um espaço que se daria para o adversário daquele que é o candidato do dono do meio de comunicação, que, em programas dos mais variados tipos, consegue colocar coisas como: "Patrocínio da oficina tal". E essa oficina tal é o sobrenome do candidato. Isso é muito comum no interior.

Então, temos também de refletir. Por isso que reavalei, Ministro **Gilmar**, e deixei em aberto. Qual é a densidade democrática maior? É permitir que as concessionárias de rádio e televisão, que exercem uma função pública, um serviço público, possam convidar um terceiro candidato de convite não obrigatório por lei, mas que essa participação possa ser vetada, segundo a lei fixada pelo Parlamento, por dois terços dos candidatos obrigatórios, ou dizer que esses dois terços não podem vetar tal participação, dando maior densidade democrática ao debate, na linha do que manifestou o Ministro **Fux**?

Ninguém nega, Ministro **Teori**, essa realidade que Vossa Excelência trouxe do "Brasilão" afora. Quem vem do interior sabe que, em cidades pequenas, o tempo todo as rádios fazem campanha, 24 horas por dia, o ano inteiro, mesmo nos anos não eleitorais.

ADI 5423 / DF

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Não vai ser a primeira, nem a última vez que vamos produzir aqui sentenças aditivas nesse controle.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Isso não é proibido.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E os abusos vão para a Justiça Eleitoral.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Sim. Mas Vossa Excelência reformularia o voto no sentido de ...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

No sentido de permitir que as emissoras possam convidar candidatos além daqueles obrigatoriamente previstos segundo a lei.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas com destaque nas pesquisas.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Mas elas podem.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas, Ministro Toffoli, essa permissão já existe.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Elas podem, desde que não haja ...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Problema é saber se é possível vetar, quer dizer ...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Aí, a vedação, o veto ...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Partiu para os outros participantes.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A vedação dos outros participantes seria eliminada.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Eliminada.

ADI 5423 / DF

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – É.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Esse seria o resultado da interpretação.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Esse seria o resultado.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Essa possibilidade de convidar já existe, só que a lei agrega a isso o poder de veto dos outros.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Como é um serviço público ...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Está-se retirando o poder de veto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O Ministro Toffoli está aventando a possibilidade de afastar esse poder de veto em nome de, sendo concessionárias essas empresas, que elas se restrinjam aos princípios constitucionais da isonomia, do respeito ao interesse do cidadão, e de maneira objetiva; é isso que ele está dizendo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – E, aqui, minha assessoria do Eleitoral lembra, inclusive, que, por um rápido apanhado, temos municípios médios no Brasil que são expressivos, em que muito provavelmente nenhum candidato, ou a maioria deles, não tenha o critério, não atenda ao critério previsto na lei.

Portanto, essa brincadeira de aprendiz de feiticeiro, não é?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Haveria cidades em que nenhum candidato alcançaria o critério da obrigatoriedade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Da obrigatoriedade;

ADI 5423 / DF

porque, claro, disputam por partidos pequenos, mas ...

O SENHOR ODIM BRANDÃO (SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA) - Mais uma razão para não deixar ao arbítrio do concessionário.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É, sim.

Então, Presidente, já tenho manifestado aquele desconforto, vou acompanhar a proposta do ministro Dias Toffoli, a nova proposta do ministro Dias Toffoli, tentando fazer, então, essa abordagem na linha de permitir às emissoras que convidem candidatos representativos, tendo em vista esses critérios objetivos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

De pesquisas eleitorais registradas na Justiça Eleitoral.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Que são auditadas ou auditáveis.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E, Ministro Gilmar Mendes, se me permite. Depois do julgamento, nada obsta que nós acrescentemos esse dado na Resolução.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, sim.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Em uma nova resolução.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Ou, então, não fixaríamos aqui algo aditivo e provocaríamos o TSE, visto que não podemos aguardar o Congresso, por conta do prazo das Eleições...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Vamos no critério da resolução.

ADI 5423 / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

... adequando-se esta decisão nas Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Talvez essa fosse a solução melhor.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Portanto, Ministro ...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Pensando alto, novamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - é preciso sinalizar, porque certamente daqui a uma semana ...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Cada dia, a sua agonia.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Ministro Gilmar, então, Vossa Excelência, nos casos, que são as Ações Diretas 5.488, 5.487, que são as que tratam especificamente do § 5º, Vossa Excelência está julgando parcialmente procedente; e, nas ações, nas quais este tema não é abordado, as quais são as Ações 5.423, 5.491 e 5.577, Vossa Excelência julgaria improcedente?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Improcedente. Estou fixando nessa questão.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu estou apenas ...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Claro.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Porque aí tive que fazer um quadrinho do objeto, porque o objeto que ficou sendo o ponto da maior polêmica e das divergências é exatamente o § 5º do art.

ADI 5423 / DF

46. Por isso que tive que fazer essa alquimia aqui.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, não sei se Vossa Excelência computou a ADI 5.577.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - 5.577.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - A 5.577 diz respeito exclusivamente ao *caput* do art. 46, no que tange acima de nove deputados, e, por arrastamento à Resolução. Ela está fora, não é?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Por arrastamento ao 32, por isso é que ela não trata desse objeto. Portanto, há quase unanimidade quanto à improcedência, ressalva feita aos votos dos Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio.

25/08/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Quando a TV Bandeirantes (BAND) promoveu, nesta última segunda-feira, dia 22 de agosto, o seu tradicional primeiro debate eleitoral no município de São Paulo/SP, **constatou-se, nele, a ausência conspícua** de uma candidata que, **não obstante** dotada de expressivo relevo político e significativa densidade eleitoral, foi impedida, *assim mesmo*, de participar desse importante encontro **por efeito** da norma restritiva **fundada** no “caput” e no § 5º do art. 46 da Lei nº 9.504/97, na redação que lhe deu a Lei nº 13.165/2015, a denominada *Lei da Minirreforma Eleitoral*.

A Deputada Federal Luiza Erundina **foi impedida** de exercer o direito de participar do debate eleitoral em questão, **muito embora** os índices de pesquisa de opinião pública lhe fossem inteiramente favoráveis, **posicionando-a** em patamar **igual ou superior** ao de candidatos filiados a agremiações partidárias **com mais** de 9 (nove) Deputados Federais, **como assinala, p. ex., pesquisa IBOPE, registrada no TRE/SP, encomendada** pela TV Globo e pelo jornal *O Estado de S. Paulo* e **divulgada** há poucos dias.

Destaco esse fato singular, **pois entendo que ele revela o caráter excludente** da regra legal questionada, **que vulnera** um dos postulados fundamentais e estruturantes do sistema político-eleitoral **consagrado** por nossa Constituição: **o princípio da igualdade de oportunidades ou de chances, que representa garantia básica de igual competitividade** que deve **sempre** prevalecer nas disputas eleitorais.

Essa regra legal **rompe** a igualdade de participação **dos que atuam** no processo eleitoral *como protagonistas relevantes* (as agremiações

ADI 5423 / DF

partidárias, *de um lado*, e os seus candidatos, *de outro*), **valendo enfatizar** que o postulado da igualdade de chances ou de oportunidades **tem como suporte constitucional legitimador os princípios essenciais que consagram** o regime democrático, representativo e pluripartidário, **além da especial proteção** que se deve dispensar às *minorias* e ao seu correspondente direito de oposição.

A **regulação normativa** pelo Congresso Nacional **não pode comprometer** o debate público, **sob pena** de transgredir o próprio sentido que informa a ideia de democracia deliberativa, **o que culminaria por aniquilar** o direito básico que impõe ao Estado respeito ao princípio da igualdade de oportunidades.

Não basta, portanto, que o Estado **assuma**, no plano formal ou meramente retórico, o **compromisso** de proteger essa prerrogativa essencial, **consistente** no efetivo exercício, **inclusive por parte das minorias**, do direito de participação política, **sem** que este sofra a incidência de *injustos* fatores de discriminação. **Incumbe** ao Poder Público, *na verdade*, **como adverte** a Professora Eneida Desirée Salgado, da Universidade Federal do Paraná, “*assegurar a efetiva participação de todas as vozes no debate político*”.

Na realidade, a ideia de **viabilizar** a participação **de todas** as vozes no debate eleitoral **extrai** a sua legitimação de um dos fundamentos *mais expressivos* **subjacentes** à própria concepção democrática de poder, **que se traduz no respeito** ao pluralismo político (CF, art. 1º, V).

A **noção** de que as sociedades plurais **constituem** *expressões visíveis* de regimes políticos **impregnados** de perfil democrático **torna inevitável** a sua *íntima vinculação* à liberdade de manifestação do pensamento, cujo exercício **permite a qualquer** pessoa, **notadamente** ao cidadão militante **que busca acesso** ao poder estatal **mediante processo competitivo de caráter eleitoral**, o direito de expender opiniões e de torná-las conhecidas, **ainda**

ADI 5423 / DF

que estas, expostas ao livre mercado de ideias, possam, até mesmo, conflitar com as concepções **prevalecentes, em determinado momento histórico, no meio social.**

Isso significa que o Estado, **que não dispõe** de poder sobre a consciência de seus cidadãos, **ainda mais** daqueles **que disputam** mandatos populares em processos eleitorais, **não pode restringir-lhes** o direito fundamental de expressão de seu pensamento, **pois todos hão de ser livres** para manifestar ideias, **ainda que estas possam insurgir-se ou revelar-se em desconformidade frontal com a linha** de pensamento dominante no âmbito da coletividade.

Vê-se, portanto, que não se pode reconhecer ao Estado, **notadamente** aos grupos hegemônicos que o dirigem, **a possibilidade de, mediante** manipulação das formulações legislativas, **restringir** o espaço do dissenso, **subtrair** às correntes minoritárias o direito de buscar o poder governamental **e inibir-lhes** a livre manifestação de suas convicções, **em ordem a perpetuar-se** no controle do aparelho estatal, **esterilizando, gravemente,** a liberdade fundamental de participação política que a Constituição da República **assegura a todos e a cada um de nós.**

O ato legislativo **que compromete** a liberdade de manifestação dos candidatos **representantes** das minorias, **frustrando-lhes** a prerrogativa de fazerem circular suas ideias e convicções em espaços de debates públicos **e dispensando-lhes** tratamento discriminatório **mediante** denegação de acesso aos programas de rádio e televisão, **transgride, frontalmente, o postulado da igualdade de oportunidades, que constitui** valor fundamental **que legitima** a estrutura democrática do processo eleitoral.

Não basta, desse modo, que se proclame, teoricamente, a igualdade de todos os candidatos **perante a lei. Mais do que isso,** torna-se imperioso **assegurar, sem quaisquer** fatores de arbitrária discriminação, **o efetivo concurso e participação de todos os pensamentos, de todas as vozes, de**

ADI 5423 / DF

todas as ideias **e de todas** as concepções de mundo no debate eleitoral, **sem o que restará afetado o coeficiente democrático** de qualquer ordem política.

Em uma palavra: **sem** a possibilidade de livre transmissão do pensamento, das ideias, da visão doutrinária **e** das mensagens políticas **de todos** os candidatos, **quaisquer** que estes sejam, **filiados, ou não**, a agremiações partidárias *poderosas*, **não haverá verdadeiro regime** de democracia representativa, plural **e** multipartidária.

Daí a **significativa importância** de preservar-se, *no contexto de qualquer disputa eleitoral*, **o verdadeiro** sentido da proteção constitucional à liberdade de manifestação do pensamento, **que se traduz** no dever de **GARANTIR** *não apenas o direito daqueles que pensam como nós*, **MAS**, *igualmente*, no de **AMPARAR o direito dos que sustentam ideias que odiamos, abominamos e**, até mesmo, *repudiamos!*

Memoráveis, por isso mesmo, **as palavras** do Justice OLIVER WENDELL HOLMES, JR. (que foi Juiz da Suprema Corte dos EUA), **no caso** “*United States v. Rosika Schwimmer*” (279 U.S. 644), **proferidas, em 1929**, em notável e histórico *voto vencido* (**hoje qualificado** como uma “*powerful dissenting opinion*”), **então** inteiramente acompanhado pelo Juiz Louis Brandeis, **nas quais HOLMES deixou positivado** um “*dictum*” imorredouro **fundado** na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América:

“(...) but IF there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought – not free thought for those who agree with us BUT freedom for the thought that we hate.”

O pluralismo político (*que legitima a livre circulação de ideias*) **exprime, bem por isso, um dos fundamentos estruturantes** do Estado Democrático de Direito! **É o que expressamente proclama**, em seu art. 1º, inciso V, **a própria** Constituição da República.

ADI 5423 / DF

As ideias, Senhora Presidente, **inclusive** aquelas emanadas *das correntes minoritárias*, **podem** ser fecundas, libertadoras, subversivas **ou** transformadoras, **provocando** mudanças, **superando** imobilismos **e rompendo** paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais, **oferecendo**, *desse modo*, **ao corpo eleitoral** *uma gama extensa de opções em torno* de múltiplos projetos políticos e sociais em debate no contexto do processo eleitoral.

É por isso que se **impõe** construir espaços de liberdade, *em tudo compatíveis* com o sentido democrático **que anima** nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, **para que** o pensamento *de todos os candidatos*, **mesmo** os associados a correntes minoritárias, **não seja reprimido e**, *o que se mostra fundamental*, **para que** as ideias **possam** florescer, *sem indevidas restrições*, em um ambiente de livre circulação e de plena tolerância, que, **longe** de sufocar ou excluir opiniões divergentes, **legitime** a instauração do dissenso **e viabilize**, *pelo conteúdo argumentativo do discurso* **fundado** em convicções divergentes, **a concretização** de um dos valores essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito: **o respeito ao pluralismo político**.

A livre e ampla circulação de ideias, portanto, **representa** um signo inerente às formações democráticas **que convivem** com a diversidade, *vale dizer*, **com pensamentos antagônicos** que se contrapõem, *em permanente movimento dialético*, a padrões, convicções e opiniões que exprimem, *em dado momento histórico-cultural*, o “mainstream”, **ou seja, a corrente dominante** em determinada sociedade.

É por isso, **como advertem** os ilustres Advogados Gustavo Paim e Caetano Cuervo Lo Pumo, **em preciso estudo** sobre “**Democracia, Igualdade de Oportunidades e o Horário Eleitoral Gratuito**”, **que se impõe reconhecer** que a “(...) *democracia exige a realização do sufrágio. Não se trata, porém, da mera formalização de eleições periódicas, mas de uma disputa eleitoral que permita um amplo debate e que todos os candidatos envolvidos na*

ADI 5423 / DF

disputa tenham oportunidades reais de levar sua mensagem ao eleitor. Há, sobretudo, a necessidade de se garantir, por meio da lei, a igualdade de oportunidade entre todos os candidatos (...)”.

Salientam referidos autores, por isso mesmo, **com apoio** na lição de SCHUMPETER, que “(...) ‘o método democrático é um sistema institucional para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelo voto do eleitor’. As regras estabelecidas devem garantir essa disputa competitiva, permitindo que todos os candidatos desfrutem de reais possibilidades de levar suas ideias ao eleitor e, eventualmente, serem eleitos”, **sobressaindo**, nesse ponto, “(...) a importância da igualdade de oportunidades, especialmente no que tange à propaganda eleitoral, com o que se garantirá o amplo debate”.

No estudo em questão, esses ilustres Advogados, **ao acentuarem a importância da igualdade de oportunidades, enfatizam** ser possível afirmar “(...) que uma eleição, sem amplo debate e sem uma igualdade mínima entre os candidatos, não atende aos anseios do Estado democrático de direito”, **relembrando**, em suas reflexões, o pensamento de Jürgen Habermas:

“(...) todos os membros têm que poder tomar parte no discurso, mesmo que os modos sejam diferentes. Cada um deve ter basicamente as mesmas chances de tomar posição, dizendo ‘sim’ ou ‘não’ sobre todos os proferimentos relevantes, sem o que as soluções apresentadas serão sempre impostas – mesmo que democraticamente legitimadas por mecanismos institucionais existentes. O conceito moderno de democracia, portanto, exige a garantia de um debate amplo, em todas as esferas, e, especialmente, durante as eleições. E tal debate exige igualdade de oportunidade entre os candidatos, em especial no que tange às possibilidades de eles levarem sua mensagem ao eleitor.” (grifei)

Revela-se tão significativo o regime de tratamento não diferenciado resultante da projeção específica do postulado da isonomia, **no âmbito do**

ADI 5423 / DF

processo eleitoral, **que o congressista que dispute mandato eletivo, enquanto ostentar a condição de candidato, não** disporá, **em relação a seus concorrentes, da prerrogativa da imunidade parlamentar, que deixará de incidir, p. ex., nos casos de prática eventual de crimes (eleitorais)** contra a honra de seus adversários, **tal como o Plenário** do Supremo Tribunal Federal **decidiu em precedente que vale rememorar:**

“IMUNIDADE PARLAMENTAR EM SENTIDO MATERIAL (CE, ART. 53, ‘CAPUT’) – ALCANCE, SIGNIFICADO E FUNÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DA CLÁUSULA DE INVIOABILIDADE – GARANTIA CONSTITUCIONAL QUE NÃO PROTEGE O PARLAMENTAR, QUANDO CANDIDATO, EM PRONUNCIAMENTOS MOTIVADOS POR PROPÓSITOS EXCLUSIVAMENTE ELEITORAIS E QUE NÃO GUARDAM VINCULAÇÃO COM O EXERCÍCIO DO MANDATO LEGISLATIVO – PROPOSTA DE CONCESSÃO, DE OFÍCIO, DA ORDEM DE ‘HABEAS CORPUS’, QUE SE REJEITA.

– A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CE, art. 53, ‘caput’) – destinada a viabilizar a prática independente, pelo membro do Congresso Nacional, do mandato legislativo de que é titular – não se estende ao congressista, quando, na condição de candidato a qualquer cargo eletivo, vem a ofender, moralmente, a honra de terceira pessoa, inclusive a de outros candidatos, em pronunciamento motivado por finalidade exclusivamente eleitoral, que não guarda qualquer conexão com o exercício das funções congressuais. Precedentes.

– O postulado republicano – que repele privilégios e não tolera discriminações – impede que o parlamentar-candidato tenha, sobre seus concorrentes, qualquer vantagem de ordem jurídico-penal resultante da garantia da imunidade parlamentar, sob pena de dispensar-se, ao congressista, nos pronunciamentos estranhos à atividade legislativa, tratamento diferenciado e seletivo, capaz de gerar, no contexto do processo eleitoral, inaceitável quebra da essencial igualdade que deve existir

ADI 5423 / DF

entre **todos** aqueles que, **parlamentares ou não, disputam mandatos eletivos.**"

(Inq 1.400-QO/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

Daí a autorizada observação do eminente Ministro GILMAR MENDES, **em substancioso estudo** sobre os direitos políticos na Constituição ("Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade", p. 541/631, 599, 602, 609 e 611, 4ª ed., 2012, Saraiva), **no qual, ao tratar da igualdade de chances** entre as agremiações partidárias concorrentes e os candidatos a elas filiados, **expendeu lição** de que extraio importante fragmento:

"O princípio da igualdade entre os partidos políticos é fundamental para a adequada atuação dessas instituições no complexo processo democrático. (...). A importância do princípio da igualdade está em que sem a sua observância não haverá possibilidade de se estabelecer uma concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, o que acabará por comprometer a essência do próprio processo democrático. (...).

.....
Converteu-se, assim, a igualdade de chances 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.

.....
Não parece subsistir dúvida, portanto, de que o princípio da isonomia tem integral aplicação à atividade político-partidária, fixando os limites e contornos do poder de regular a concorrência entre os partidos.

Ademais, como já observado, faz-se mister notar que o princípio da igualdade de chances entre os partidos políticos parece encontrar fundamento, igualmente, nos preceitos constitucionais que instituem o regime democrático, representativo e pluripartidário (CF, art. 1º, V, e parágrafo único). (...).

ADI 5423 / DF

Assinale-se, porém, que, tal como observado, o princípio da 'igualdade de chances' entre os partidos políticos abrange todo o processo de concorrência entre os partidos, não estando, por isso, adstrito a um segmento específico. É fundamental, portanto, que a legislação que disciplina o sistema eleitoral, a atividade dos partidos políticos e dos candidatos, o seu financiamento, o acesso aos meios de comunicação, o uso de propaganda governamental, dentre outras, não negligencie a ideia de igualdade de chances sob pena de a concorrência entre agremiações e candidatos tornar-se algo ficcional, com grave comprometimento do próprio processo democrático." (grifei)

É por isso que a Constituição Federal, ao delinear os mecanismos de atuação do regime democrático e ao proclamar os postulados básicos concernentes às instituições partidárias, **consagrou**, em seu texto, o próprio estatuto jurídico dos partidos políticos, **definindo** princípios que, **revestidos** de estatura jurídica incontestável, **fixam** diretrizes normativas e **instituem** vetores condicionantes da organização e funcionamento das agremiações partidárias, **consoante proclamou**, em decisões plenárias, o Supremo Tribunal Federal no julgamento **da ADI 1.063/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 178/22-24) e **da ADI 1.407/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 176/578-580).

A normação constitucional dos partidos políticos, desse modo, tem por objetivo regular e disciplinar, em seus aspectos gerais, **não só** o processo de institucionalização desses corpos intermediários, **como também assegurar o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, na medida em que pertence às agremiações partidárias – e somente a estas – o monopólio das candidaturas aos cargos eletivos** (Código Eleitoral, art. 87), **não obstante a existência de relevante controvérsia fundada** na interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Artigo 23, ns. 1 e 2) e, também, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 25).

ADI 5423 / DF

As agremiações partidárias, *como corpos intermediários que são*, atuam como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos e das reivindicações sociais dos diversos estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional.

A ação dos partidos políticos – que se dirige, *na concepção weberiana*, à conquista do poder estatal – **é informada** por um substrato doutrinário de que deriva o perfil ideológico que ostentam.

Os partidos políticos constituem, *pois*, **instrumentos** de ação democrática, **destinados** a assegurar a autenticidade do sistema representativo. **Formam-se** em decorrência do exercício concreto da liberdade de associação consagrada no texto constitucional.

A importância jurídico-política das agremiações partidárias revela-se tão intensa que o ordenamento positivo nacional, **ao consagrar** o princípio do monopólio partidário das candidaturas (**a despeito** da controvérsia a que anteriormente aludi), **estabeleceu** que a disputa dos cargos eletivos dar-se-á, *apenas*, através de partidos políticos. **Desse modo**, somente candidatos registrados por Partidos **podem** concorrer às eleições (**Código Eleitoral**, art. 87).

É extremamente significativa a participação dos partidos políticos no processo de poder. As agremiações partidárias, cuja institucionalização jurídica é historicamente recente, **atuam como corpos intermediários, posicionando-se, nessa particular condição, entre** a sociedade civil e a sociedade política. Os partidos políticos **não são** órgãos do Estado **nem** se acham incorporados ao aparelho estatal. **Constituem, no entanto**, entidades **revestidas** de caráter institucional, **absolutamente indispensáveis** à dinâmica do processo governamental, **na medida** em que, **consoante registra** a experiência constitucional comparada, *“concorrem para a formação da vontade política do povo”* (**Lei Fundamental de Bonn**, art. 21, n. 1).

ADI 5423 / DF

A essencialidade dos partidos políticos, no Estado de Direito, tanto mais se acentua **quando** se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo **na concretização** do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu à sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais **no processo de legitimação** do poder estatal, na exata medida em que o Povo – fonte de que emana a soberania nacional – **tem nessas agremiações o veículo necessário** ao desempenho das funções de regência política do Estado.

Cumpre insistir, neste ponto, no reconhecimento – **em tudo compatível** com a essência democrática **que qualifica** o regime político brasileiro, **tal como** veio este a ser definido pelo próprio texto da Constituição da República – de que “*O fato de a maioria não necessitar dos votos da minoria para lograr sucesso em todas as suas iniciativas não significa possa ela, só por isso, violentar normas constitucionais e regimentais para abreviar a consumação de atos de seu interesse. A minoria, face à lei, está colocada em pé de igualdade com ela e todos têm a obrigação indeclinável de se subordinar às normas que se impuseram através de Regimento e às que lhes impôs a Constituição*”, **tal como assinalou**, em memorável julgamento, o E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (**RT 442/193-210, 196**).

Cabe atribuir relevo, bem por isso, até mesmo para efeito de **neutralizar** a opressão da maioria sobre grupos minoritários, **à função contramajoritária** do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito e **ressaltar que se impõe** ao Estado tornar viável **a proteção das minorias**, analisada essa questão na perspectiva **de uma concepção material** de democracia constitucional.

Esse **tema** que se revela **intimamente associado** ao presente debate constitucional **concerne** ao **relevantíssimo** papel que ao Supremo Tribunal Federal **incumbe** desempenhar **no plano** da **jurisdição das liberdades**: o de órgão **investido** do poder e da responsabilidade institucional **de proteger**

ADI 5423 / DF

as minorias **contra** eventuais excessos *da maioria* **ou**, ainda, **contra** omissões que, **imputáveis** aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, **em face** da inércia do Estado, **aos direitos** daqueles **que sofrem** os efeitos perversos da discriminação **e** da exclusão jurídica.

Tal situação, *se admitida*, **culminaria** por gerar um quadro *de submissão de grupos minoritários* à vontade hegemônica da maioria, **o que comprometeria**, gravemente, por reduzi-lo, **o próprio** coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, **pois, ninguém o ignora**, o regime democrático **não** tolera **nem** admite a opressão da minoria por grupos majoritários.

É evidente que o *princípio majoritário* desempenha importante papel no processo decisório **que se desenvolve** no âmbito das instâncias governamentais, **mas não pode legitimar**, *na perspectiva de uma concepção material* de democracia constitucional, a **supressão, a frustração e a aniquilação** de direitos fundamentais, **como** o livre exercício da igualdade, da liberdade **e** da participação política, **sob pena** de descaracterização **da própria essência** que qualifica o Estado democrático de direito.

Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **tem proferido**, muitas vezes, **decisões de caráter nitidamente contramajoritário**, **em clara demonstração** de que os julgamentos **desta** Corte Suprema, *quando assim proferidos*, **objetivam preservar**, *em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais*, a **intangibilidade** de direitos, interesses e valores **que identificam os grupos minoritários** **expostos** a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política **e que**, *por efeito de tal condição*, **tornam-se objeto** de intolerância, de perseguição, de discriminação **e** de injusta exclusão.

ADI 5423 / DF

*Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, **incumbida**, por efeito de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos, *inclusive de grupos minoritários*, que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional.*

*Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, **proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se**, na verdade, **como fundamento imprescindível à plena legitimação material** do Estado Democrático de Direito, **havendo merecido tutela efetiva**, por parte desta Suprema Corte, **quando** grupos majoritários, *por exemplo*, **atuando** no âmbito do Congresso Nacional, **ensaiaram** medidas arbitrárias **destinadas a frustrar** o exercício, *por minorias*, de direitos **assegurados** pela ordem constitucional (**MS 24.831/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **MS 24.849/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **MS 26.441/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).*

***Não se revela possível desconsiderar as minorias**, cuja presença militante **atua** como verdadeiro **pressuposto de legitimação** da ordem democrática. **Orienta-se**, nesse sentido, **o próprio** magistério jurisprudencial dos Tribunais (**RT 442/193-210, 196**):*

*“A atuação dum governo **democrático** e responsável ante o povo **requer**, pois, o **concurso de uma oposição que desempenhe a dupla função do princípio motor e de órgão de proteção da Constituição**.*

*Se um dos vários setores da coletividade **está descontente**, nada serve melhor, **nem** com mais eficácia, para expressão desse descontentamento, **que a conduta da oposição parlamentar**.*

.....
Não há**, na realidade, **regime democrático sem oposição e que a esta se assegure o pleno direito de fiscalizar os atos do

ADI 5423 / DF

grupo majoritário e contribuir para o aperfeiçoamento das instituições.” (grifei)

Também o eminente e saudoso Professor PINTO FERREIRA (“Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno”, tomo I/195-196, item n. 8, 5ª ed., 1971, RT) **demonstra igual percepção** do tema **ao enfatizar** – com fundamento em irrepreensíveis considerações de ordem doutrinária – **que a essência democrática** de qualquer regime de governo **apoia-se** na existência de uma imprescindível harmonia **entre a “Majority rule” e os “Minority rights”**:

“A verdadeira idéia da democracia corresponde, em geral, a uma síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e dominação da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas, sem o que não se compreende a verdadeira democracia constitucional.

A dominação majoritária em si, como o centro de gravidade da democracia, exige esse respeito às minorias políticas vencidas nas eleições. O princípio majoritário é o pólo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu pólo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia.

O princípio democrático não é, pois, a tirania do número, nem a ditadura da opinião pública, nem tampouco a opressão das minorias, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas com o devido respeito aos direitos das minorias políticas, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia.

A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia. STUART MILL já reconhecia essa impossibilidade, ainda no século transato: ‘Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma opinião, não estaria a humanidade mais justificada em reduzir ao silêncio tal pessoa, do que esta, se tivesse força, em fazer calar o mundo inteiro’. Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas Considerations on

ADI 5423 / DF

Representative Government, quando fala da verdadeira e da falsa democracia (of true and false Democracy): 'A falsa democracia é só representação da maioria, a verdadeira é representação de todos, inclusive das minorias. A sua peculiar e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante entre maioria e minoria.'
(grifei)

Vê-se, daí, que a questão ora submetida ao julgamento desta Suprema Corte **faz com que** este Tribunal se defronte **com um tema de extração iniludivelmente constitucional, eis que o reconhecimento do direito de oposição, de um lado, e a afirmação da necessidade de assegurar-se a proteção às minorias políticas, de outro, qualificam-se, na verdade, como fundamentos imprescindíveis à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito.**

Lapidar, sob tal aspecto, **a advertência** do saudoso e eminente Professor GERALDO ATALIBA (“**Judiciário e Minorias**”, “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 96/189-194):

“É que só há verdadeira república democrática onde se assegure que as minorias possam atuar, erigir-se em oposição institucionalizada e tenham garantidos seus direitos de dissensão, crítica e veiculação de sua pregação. Onde, enfim, as oposições possam usar de todos os meios democráticos para tentar chegar ao governo. Há república onde, de modo efetivo, a alternância no poder seja uma possibilidade juridicamente assegurada, condicionada só a mecanismos políticos dependentes da opinião pública.

.....
A Constituição verdadeiramente democrática há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais que isso – por mecanismos que assegurem representação proporcional –, deve atribuir um relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas.
.....

ADI 5423 / DF

Na democracia, governa a maioria, mas – em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo, não pode oprimir a minoria. Esta exerce também função política importante, decisiva mesmo: a de oposição institucional, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas.

O principal papel da oposição é o de formular propostas alternativas às idéias e ações do governo da maioria que o sustenta. Correlatamente, critica, fiscaliza, aponta falhas e censura a maioria, propondo-se, à opinião pública, como alternativa. Se a maioria governa, entretanto, não é dona do poder, mas age sob os princípios da relação de administração.

.....
Daí a necessidade de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, liberdade de ação e influência da minoria, para que se tenha verdadeira república.

.....
Pela proteção e resguardo das minorias e sua necessária participação no processo político, a república faz da oposição instrumento institucional de governo.

.....
É imperioso que a Constituição não só garanta a minoria (a oposição), como ainda lhe reconheça direitos e até funções.

.....
Se a maioria souber que – por obstáculo constitucional – não pode prevalecer-se da força, nem ser arbitrária nem prepotente, mas deve respeitar a minoria, então os compromissos passam a ser meios de convivência política.” (grifei)

O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, **mais** do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, **reflete**, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas.

ADI 5423 / DF

A opção do legislador constituinte **pela concepção democrática** do Estado de Direito **não pode esgotar-se** numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, *por isso mesmo*, **há de ter consequências efetivas**, Senhora Presidente, **no plano** de nossa organização política, **na esfera** das relações institucionais entre os poderes da República **e no âmbito** da formulação de uma teoria das liberdades públicas **e do próprio regime democrático**. **Em uma palavra: ninguém** se sobrepõe, **nem mesmo** os grupos majoritários, **aos princípios superiores** consagrados pela Constituição da República.

Para que o regime democrático **não se reduza** a uma categoria político-jurídica **meramente conceitual**, **torna-se necessário assegurar**, às minorias, **mesmo** em sede jurisdicional, **quando** tal se impuser, **a plenitude de meios** que lhes permitam exercer, **de modo efetivo**, um direito fundamental **que vela** ao pé das instituições democráticas: **o direito de oposição**.

Não basta, *desse modo*, **que se atribua** aos grupos minoritários o direito de oposição, **quer se cuide de oposição parlamentar**, **quer se trate de oposição extraparlamentar**. **Mais do que** o mero reconhecimento formal da existência desse direito, **torna-se imperioso garantir-lhe**, *em plenitude*, o seu **efetivo exercício**, **com todas as consequências** que dele derivem, **notadamente** o direito de acesso ao poder, **que se vê sensivelmente reduzido** com as regras legais ora impugnadas, **particularmente** aquela **que pré-exclui** dos debates eleitorais candidatos filiados a partidos políticos **com menos** de 10 Deputados Federais.

Isso significa, *portanto*, **numa perspectiva pluralística**, *em tudo compatível* **com os fundamentos estruturantes** da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que, **ao lado do reconhecimento do direito de oposição**, **há que haver a garantia instrumental de efetivamente opor-se**, para que essa prerrogativa essencial **não se converta em fórmula destituída de significação**, **o que subtrairia** – consoante **adverte** a doutrina (SÉRGIO

ADI 5423 / DF

SÉRVULO DA CUNHA, “**Fundamentos de Direito Constitucional**”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.

Por isso mesmo, Senhora Presidente, **o direito de oposição, especialmente aquele reconhecido às minorias políticas, há de ser aparelhado** com instrumentos de atuação **que viabilizem a sua efetiva prática concreta, para que não venha a transformar-se em uma promessa constitucional inconsequente...**

São essas as razões, Senhora Presidente, **consideradas** as premissas *que dão suporte a este voto, que me levam a julgar inteiramente procedente a presente* ação direta de inconstitucionalidade, **acolhendo**, *por isso mesmo, o pedido* nela formulado.

É o meu voto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Todas procedentes. Vossa Excelência julga improcedente apenas a 5.488.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Exatamente, Senhora Presidente: **julgo inteiramente procedentes os pedidos formulados na ADI 5.423/DF, na ADI 5.487/DF e na ADI 5.577/DF, pois, na ADI 5.488/DF, o meu voto orienta-se no sentido de julgá-la improcedente.**

25/08/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Vou ser breve, porque os fecundos debates havidos nessa assentada e na de ontem são suficientes para não acreditar em liberdade sem informação. Quanto mais informado o eleitor, melhor formado o cidadão.

Também acredito ser o Direito instrumento imprescindível para que se tenha, não apenas eleições com igualdade de condições, que se hão de considerar, relativamente, a todo processo eleitoral, mas também a devida normatividade estabelecida observada. E o Congresso Nacional legislou sobre a matéria, exerceu a sua competência, que só pode ser afastada, evidente, se e naquilo que tiver ultrapassado princípios constitucionais ou regras constitucionais. No caso específico para o tema, que acabou despertando maior questionamento, qual seja o relativo a debates eleitorais, temos de partir dos princípios para chegar à conclusão sobre a higidez ou não, a validade ou não dessas normas constitucionais.

Por outro lado, também levo em consideração, nos meus estudos, a necessidade de se garantir a igualdade, respeitando-se a necessidade de se ter a efetividade dos direitos fundamentais, incluída aí a dos direitos das minorias. Há que se obter, em benefício do eleitor, o melhor aproveitamento desses debates, para que se tenha a perfeita informação, sem desnaturar o caráter não obrigatório desses debates.

É essa a razão que me conduz a acompanhar, basicamente, o voto do Ministro Dias Toffoli, nas Ações nº 5.423, 5.488, 5.491, com as vênias dos que pensam em contrário, como irei proclamar, ou seja, na 5.423 e na 5.491, da relatoria de Sua Excelência. Voto pela improcedência dessas ações. Relativamente à 5.488, julgo-a parcialmente procedente, porque nela se põe em discussão o § 5º do art. 46, no qual se contém a questão relativa à possibilidade de não haver veto àqueles que, não tendo sido contemplados pela previsão legal, possam ter a oportunidade de ser convidados para os debates, pelas emissoras, a partir de critérios

ADI 5423 / DF

objetivos. Relativamente à Ação Direta nº 5.487, da relatoria de Vossa Excelência, Ministra Rosa, julgo-a parcialmente procedente, acompanhando, portanto, o voto reajustado do Ministro Dias Toffoli, na linha do que tinha sido ontem voto divergente do Ministro Roberto Barroso.

E na ação n. 5.577, na qual não se põe esse tema - não é objeto do debate esse tema -, também acompanho para julgar improcedente, com as vênias dos votos em contrário.

25/08/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423 DISTRITO FEDERAL

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, eu vou pedir vênia às compreensões contrárias, acho que o tema é realmente delicado, importantíssimo, já foi extremamente debatido, e a construção coletiva seguramente aponta a melhor solução.

Mas eu peço vênia para ficar vencida, mantendo o juízo de improcedência tanto na ADI 5.487 quanto na ADI 5.577 e em todas as ações sob a relatoria do Ministro Toffoli. E acho até, dizia a Sua Excelência, mais adequado, porque assim se refaz aquele critério da prevenção que por um descuido terminou não sendo observado, com a redação do acórdão, por Sua Excelência.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.423

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

REQTE.(S) : PARTIDO TRABALHISTA NACIONAL E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : JOELSON DIAS (10441/DF) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : CÂMARA DOS DEPUTADOS

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), julgando improcedente o pedido formulado, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski (Presidente), o julgamento foi suspenso. Falaram, pelo requerente, o Dr. Joelson Dias e, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Gracie Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso. Plenário, 24.08.2016.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente o pedido formulado, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava parcialmente procedente o pedido, e os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que o julgavam procedente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente) e Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Plenário, 25.08.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Edson Fachin.

Ausentes, justificadamente, os Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente) e Roberto Barroso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos
Assessora-Chefe do Plenário