

MEDIDA CAUTELAR NA 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 |

DECISÃO:

Vistos.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Trabalhista Nacional e 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: (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 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 gratuita, na forma estabelecida neste artigo. (Redação dada pela

ADI 5423 MC / DF

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, de 2015)

II - 10% (dez por cento) distribuídos igualitariamente. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015).

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, nas eleições majoritárias e 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 ao princípio da proporcionalidade e aos arts. 1º, inciso V e parágrafo único, e 17, caput e §§ 1º e 3º, todos da Constituição Federal.

O 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 constitucionalidade. Primeiramente, sustentam que os preceitos violam o § 3º do art. 17 da Constituição Federal, o princípio da isonomia (art. 5º, caput, da CF/88) e o princípio republicano (art. 1º da

ADI 5423 MC / DF

CF/88), e que a repartição do horário de propaganda eleitoral gratuita deveria ocorrer de forma igualitária entre todos os partidos políticos.

Em segundo lugar, questionam o critério de distribuição do tempo de propaganda baseado na representatividade de cada partido na Câmara dos Deputados, com fundamento de que este critério “está em desarmonia com o sistema presidencialista adotado, não considera o papel das coligações nos pleitos e se mostra alienad[o] 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, questiona 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.

Por fim, requer a concessão da medida cautelar, para que se suspenda a eficácia da expressão e dispositivos impugnados. No mérito, requer a declaração de constitucionalidade 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

ADI 5423 MC / DF

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” (fl. 16).

É o breve relato.

Examinados os elementos havidos nos autos, considerando a relevância do caso e que a presente ação tem potencial para surtir efeitos nos planos de mídia para a propaganda eleitoral das próximas eleições municipais de 2016, em caráter excepcional examino monocraticamente, **ad referendum** do Plenário, o pedido de medida cautelar, sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei, conforme precedentes desta Corte, tais como: ADPF nº 130/DF-MC, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 27/2/08; ADI nº 4.307/DF-MC, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ de 8/10/09; ADI nº 4.598/DF-MC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 1º/8/11; ADI nº 4.638/DF-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 1º/2/12; ADI nº 4.705/DF-MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 1º/2/12; ADI nº 4.635-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 5/1/12; ADI nº 4.917-MC, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ de 21/3/13; e ADI 5.184-MC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 9/12/14.

Entendo ausente o **fumus boni iuris** para a concessão da medida cautelar, pelas razões que passo a expor.

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 (ART. 46, CAPUT, DA LEI Nº 9.504/97, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.165/15).

O autor da ação sustenta a inconstitucionalidade da expressão “superior a nove deputados”, constante do art. 46 da Lei 9.504/97, Lei da

ADI 5423 MC / DF

Eleições, com 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 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, de 2015)”

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, assegurando que apenas os candidatos dos partidos de maior representatividade participem dos embates via rádio e televisão.

Veja-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 na redação anterior do preceito, 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 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.

ADI 5423 MC / DF

O que 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 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 (<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>. Acesso em: 17/12/15), 27 (vinte e sete) possuem representação na Câmara dos Deputados. Dentre esses, 17 (dezessete) atendem ao critério aqui questionado (<http://www2.camara.leg.br/deputados/liderancias-e-bancadas/bancadas/bancada-atual>. Acesso em: 17/12/15). Portanto, caso estivéssemos em período eleitoral, 17 (dezessete) legendas estariam aptas a lançarem 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

ADI 5423 MC / DF

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 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. Consigno que 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.

ADI 5423 MC / DF

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 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 trataréi mais adiante.

A propósito, registro que, na ADI nº 4430, 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 na 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 ao art. 17, § 3º, da Carta da República, que fixa que os partidos políticos “têm direito a recursos do fundo partidário **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).

O direito de ter assegurada a participação em debates eleitorais, por

ADI 5423 MC / DF

seu turno, pode sofrer restrição maior, em razão do formato e do objetivo desse tipo de programação.

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).

Veja-se que o debate eleitoral constitui-se 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 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. 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

ADI 5423 MC / DF

Câmara dos Deputados, requisito cuja validade jamais foi ilidida pelo Poder Judiciário, em controle de constitucionalidade (até porque, ao que parece, não chegou nem a ser questionado nesta Corte, ao menos na ADI nº 4430, onde o mesmo critério foi questionado em relação à participação na propaganda eleitoral gratuita) ou pelo legislador ordinário.

O que a norma impugnada fez foi ampliar o critério restritivo, aperfeiçoando o sistema ao privilegiar uma razoável representatividade partidária.

Outrossim, reitero que, ao prever o critério de representação superior a nove Deputados, o caput do art. 46 não obstou 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, ao menos em sede cautelar, ser constitucional a expressão “superior a nove deputados”, constante 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 REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.165/15)

1. Os autores questionam os critérios de distribuição dos horários reservados à propaganda gratuita entre os partidos e 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, observo que tive oportunidade de enfrentar o tema ora em

ADI 5423 MC / DF

análise por ocasião do julgamento da ADI nº 4430 (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, na 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 aludida isonomia de todas as agremiações políticas.

No voto que proferi na ADI nº 4430, consignei o seguinte:

“Defende o partido autor da ADI nº 4.430 a necessidade de se declarar a constitucionalidade dos incisos I e II contidos no § 2º do art. 47 Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições), de forma que a repartição do horário da propaganda eleitoral gratuita se faça de forma igualitária entre todos os partidos partícipes da disputa.

Tal fórmula de divisão, asseguradora da participação equitativa dos diversos partidos envolvidos no pleito, já tinha sido conjecturada nos julgamentos do MS nº 746 e do MS nº 754 do TSE, **vide** Acórdão nº 8.427, já mencionado, como se observa no voto do Ministro **Oscar Corrêa**:

“Aos mandados, como se viu, aduziu o eminente Procurador-Geral Eleitoral representação, pugnando pela declaração de constitucionalidade das palavras ‘com representação no Congresso Nacional’ e da alínea ‘b’ do art. 27, II, da Resolução nº 12.924/86 (...).

Com isso, pleiteia-se, em síntese, que partidos, mesmo sem representação no Congresso Nacional, disponham de tempo distribuído dentre dos 40 minutos da alínea ‘b’ do art. 27, II, da Resolução 12.294, que reproduziu o art. 1º, II, ‘b’, da Lei nº 7.508, de 4/7/1986.”

A temática central foi amplamente discutida nesta Corte nos julgamentos da ADI nº 1.351/DF e da ADI nº 1.354/DF, quando se encontrava em xeque o art. 13 da Lei nº 9.096/95 e

ADI 5423 MC / DF

seus conseqüários. Referido dispositivo abrangia a denominada “cláusula de barreira”, por meio da qual se vedava o funcionamento parlamentar, nas diversas Casas Legislativas, dos partidos que não obtivessem representação suficiente na Câmara dos Deputados. **Vide** o mencionado dispositivo legal:

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

Essa regra de acesso tinha repercussões em outras questões, como no enquadramento do partido para a definição do tempo de propaganda partidária semestral, na distribuição dos recursos do fundo partidário, entre outras questões transitórias, conforme se verifica nos dispositivos seguintes:

“Art. 41. O Tribunal Superior Eleitoral, dentro de cinco dias, a contar da data do depósito a que se refere o § 1º do artigo anterior, fará a respectiva distribuição aos órgãos nacionais dos partidos, obedecendo aos seguintes critérios:

I - um por cento do total do Fundo Partidário será destacado para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral;

II - noventa e nove por cento do total do Fundo Partidário serão distribuídos aos partidos que tenham preenchido as condições do art. 13, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.”

ADI 5423 MC / DF

“Art. 48. O partido registrado no Tribunal Superior Eleitoral que não atenda ao disposto no art. 13 tem assegurada a realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de dois minutos.”

“Art. 49. O partido que atenda ao disposto no art. 13 tem assegurado:

I - a realização de um programa, em cadeia nacional e de um programa, em cadeia estadual em cada semestre, com a duração de vinte minutos cada;

II - a utilização do tempo total de quarenta minutos, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais.”

Da discussão, no que concerne ao direito dos partidos políticos na utilização do tempo de propaganda partidária, cabe destacar as conclusões veiculadas pelo Ministro **Marco Aurélio**, **in verbis**:

“O que se contém no artigo 17 da Carta Federal diz respeito a todo e qualquer partido político legitimamente constituído, não encerrando a norma maior a possibilidade de haver partidos de primeira e segunda classes, partidos de sonhos inimagináveis em termos de fortalecimento e partidos fadados a morrer de inanição, quer sob o ângulo da atividade concreta no Parlamento, sem a qual é injustificável a existência jurídica, quer da necessária difusão do perfil junto ao eleitorado em geral, dado indispensável ao desenvolvimento relativo à adesão quando do sufrágio, quer visando, via fundo partidário, a recursos para fazer frente à impiedosa vida econômico-financeira. Em síntese, tudo quanto venha à balha em conflito com os ditames maiores, os constitucionais, há de merecer a excomunhão maior, o rechaço por aqueles

ADI 5423 MC / DF

comprometidos com a ordem constitucional, com a busca do aprimoramento cultural.”

Vide, ainda, trecho do voto do eminente Ministro **Gilmar Mendes**:

“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, artigos 1º, V e parágrafo único). Tal modelo realiza-se, efetivamente, através da atuação dos partidos, que são, por isso, elevados à condição de autênticos e peculiares órgãos públicos *ainda que não estatais*, com relevantes e indispensáveis funções atinentes à formação da vontade política, à criação de legitimidade e ao processo contínuo de mediação (*Vermittlung*) entre povo e Estado (Lei 5.682/71, art. 2º).

Esta *mediação* tem seu ponto de culminância na realização de eleições, com a livre concorrência das diversas agremiações partidárias.

(...)

Portanto, não se afigura necessário despende maior esforço de argumentação para que se possa afirmar que a concorrência entre os partidos, inerente ao próprio modelo democrático e representativo, tem como pressuposto inarredável o princípio de ‘igualdade de chances’.

(...)

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

ADI 5423 MC / DF

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 se tornar algo ficcional, com grave comprometimento do próprio processo democrático.”

Aderindo ao conteúdo dos votos citados, tenho que tais conclusões refletem ineludivelmente na composição dos critérios de divisão do tempo de rádio e televisão destinados à propaganda eleitoral, tal qual se reconheceu em relação ao funcionamento parlamentar e à distribuição do fundo partidário e do tempo destinado à propaganda partidária.

Esse instrumento de divulgação autoriza o uso de espaço de comunicação essencial para a efetiva participação no pleito eleitoral, sem o qual a concorrência torna-se deficiente ou mesmo inexistente para o partido político preterido.

Observo, contudo, quanto ao ponto chave do questionamento, que **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 no mencionado precedente, 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.**

Nesse sentido, assim como ocorreu nas redações anteriores na 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

ADI 5423 MC / DF

partidos com representação na Câmara dos Deputados (art. 47, § 2º, I, da Lei 9.504/97). Nesse ponto, adotou, isoladamente, o **critério da representação**.

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 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 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

ADI 5423 MC / DF

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 **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 provação 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 provação 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

ADI 5423 MC / DF

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

De fato, o art. 46, § 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). **Por que não distribuiu o legislador esse tempo igualitariamente entre todos os partidos que possuem representantes na Câmara Federal?**

Evidentemente, não se pode colocar em igualdade de situações partidos que, **submetidos ao teste de representatividade**, angariaram maior legitimização popular do que outros.

A soberania popular, consagrada no parágrafo único do artigo inaugural da Constituição Federal de 1988 ("Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos

ADI 5423 MC / DF

termos desta Constituição"), e que constituiu elemento nuclear da democracia, é manifesta pelo povo, de maneira mais pujante, no momento do voto.

Do ponto de vista empírico, talvez este seja o ato que mais se assemelha ao ideal de contrato social, manifestado por Rousseau e outros: a outorga ao eleito do mandato de representação política e da legitimidade para a definição dos rumos do Estado.

Desprezar essa realidade, no momento de se compor a divisão do tempo de propaganda, é menoscabar, em certa medida, a **voluntas populi**.

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).

A representação do povo, em máxima instância, é conferida à

ADI 5423 MC / DF

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 a jurisprudência firmada neste Supremo Tribunal no julgamento da ADI nº 4430, que possui a seguinte ementa:

“(…)

3. A solução interpretativa pela repartição do horário da propaganda eleitoral gratuita de forma igualitária entre todos os partidos partícipes da disputa não é suficiente para espelhar

ADI 5423 MC / DF

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).

2. Por fim, os requerentes questionam a expressão “seis maiores”, constante do inciso I do § 2º do art. 47 da Lei das Eleições. Eis o teor do dispositivo em tela:

“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) (Vide ADI-5105)

I - 90% (noventa por cento) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, no caso de coligação para

ADI 5423 MC / DF

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)

Verifica-se que o dispositivo traz critérios diferenciados para o cálculo de representatividade entre as coligações para eleições majoritárias e as coligações para cargos eletivos de base proporcional.

Assim, em se tratando 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 do número de representantes dos seis maiores partidos políticos que a integrem.

De início, **registro o meu entendimento de 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, inc. I, o qual tem como escopo distribuir o percentual de 90% (noventa porcento) dos horários reservados à propaganda de cada eleição de forma que reflita, ao máximo, a representatividade dos partidos políticos e 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 S.A., 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 que uma grande coligação majoritária possa vir a concentrar uma quantidade de tempo de forma a monopolizar o horário ou a ter um tempo muito maior do que os outros 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 de da soma de muito tempo oportunizada por uma grande coligação trará deveras um desequilíbrio quanto a candidatos isolados ou de pequenas coligações. Daí a Lei limitar a soma aos seis maiores, descartando para as eleições majoritárias o tempo a parti 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.

Portanto, entendo ser constitucional a expressão “seis maiores”, constante do inciso I do § 2º do art. 47 da Lei das Eleições.

III- CONCLUSÃO

Pelo exposto, **indefiro a medida cautelar pleiteada *ad referendum do Plenário***, mantendo a eficácia do dispositivo e das expressões impugnadas, até apreciação dessa decisão pelo Plenário.

Comunique-se com urgência.

À julgamento pelo Plenário.

Publique-se.

Brasília, 19 de dezembro de 2015.

Ministro **DIAS TOFFOLI**

Relator

Documento assinado digitalmente