



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 7094 - PGR - RG

PETIÇÃO DIGITALIZADA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.650

REQUERENTE: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB

REQUERIDA: PRESIDENTA DA REPÚBLICA

REQUERIDO: CONGRESSO NACIONAL

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

Supremo Tribunal Federal

17/10/2012 13:08 0054275



Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 23, §1º, incisos I e II; 24; e 81, caput e §1º, da Lei nº 9.504/97. Artigos 31; 38, inciso III; e 39, caput e §5º, da Lei nº 9.096/95. Financiamento por pessoas jurídicas e limitação às doações por pessoas físicas a partidos políticos e campanhas eleitorais. Utilização de recursos próprios por candidatos no limite de gastos fixado por seus partidos. Preliminares de impossibilidade jurídica de parte dos pedidos e inadequação da via eleita. Descaracterização. Fungibilidade entre ADI e ADO. Mérito. Violação aos princípios constitucionais da cidadania, democracia, República, igualdade, pluralismo político e proporcionalidade (proibição de proteção deficiente). Parecer pela procedência do pedido.

1. Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, em face dos artigos 23, §1º, incisos I e II; 24; e 81, *caput* e §1º, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, e dos artigos 31; 38, inciso III; e 39, *caput* e §5º, da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, do seguinte teor:

QD

Lei nº 9.504/97:

Art. 23. Pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

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

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

II - no caso em que o candidato utilize recursos próprios, ao valor máximo de gastos estabelecido pelo seu partido, na forma desta Lei.

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

I - entidade ou governo estrangeiro;

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

III - concessionário ou permissionário de serviço público;

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

V - entidade de utilidade pública;

VI - entidade de classe ou sindical;

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

VIII - entidades beneficentes e religiosas; (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)

IX - entidades esportivas; (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

X - organizações não-governamentais que recebam recursos públicos; (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)

XI - organizações da sociedade civil de interesse público. (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)

Parágrafo único. Não se incluem nas vedações de que trata este artigo as cooperativas cujos cooperados não sejam concessionários ou permissionários de serviços públicos, desde que não estejam sendo beneficiadas

AO

com recursos públicos, observado o disposto no art. 81. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

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

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

Lei nº 9.096/95:

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

I - entidade ou governo estrangeiros;

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

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

IV - entidade de classe ou sindical.

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

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

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

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

DD

respectivos órgãos de direção e pelas normas estatutárias. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

2. O requerente vê, na permissão de que pessoas jurídicas façam doações financeiras a partidos políticos, violação aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito e da República (art. 1º, *caput*), da cidadania (art. 1º, II), da igualdade (art. 5º, *caput*, e art. 14) e da proporcionalidade (art. 5º, LIV).
3. Sustenta que as pessoas jurídicas consistem em criação fictícia do Direito (“entidades artificiais”) para facilitar o convívio social, não tendo, portanto, relação alguma com o exercício da cidadania. Esta somente cabe às pessoas naturais, os cidadãos, na medida em que são os únicos titulares de direitos políticos de participação.
4. Tem como premissa que a opção legislativa pela possibilidade de doações por pessoas jurídicas permite uma nefasta cooptação do poder político pelo poder econômico, que passa a interferir, direta e indiretamente, nos assuntos de governo para satisfazer seus interesses privados. Com isso, tem-se uma dinâmica de prevalência da vontade de uma minoria economicamente privilegiada em detrimento da maioria da população, que finda desestimulada, ou mesmo, impedida de ingressar ou permanecer no mundo da política institucional.
5. Desse modo, prossegue, atinge-se o direito à participação igualitária no processo eleitoral, com os cidadãos mais pobres alijados de reais condições de competição e vitória nas eleições. Quando o legislador disciplina os canais de participação democrática desse modo, contraria o princípio da proporcionalidade na sua vertente de proibição de proteção

PP

deficiente, pois deixa de promover medidas concretas e eficientes para nivelar materialmente as oportunidades dos cidadãos.

6. Também questiona o critério adotado pelo art. 23, §1º, incisos I e II, da Lei nº 9.504/97, para a definição do limite de valores das doações a serem feitas por particulares. Considera haver discriminação ao se fixar um mesmo percentual para todos os cidadãos em relação a seus rendimentos auferidos no ano anterior ao das eleições.

7. Na mesma linha argumentativa, tem por injusta a regra que permite a utilização de recursos próprios pelos candidatos até o valor máximo de gastos fixado para seu partido (art. 23, §1º, II, da Lei nº 9.504/97). Afinal, persistiria uma disparidade crassa entre as possibilidades competitivas e de êxito eleitoral dos cidadãos ricos e pobres.

8. Assim, pede a declaração de inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade imediata, daqueles dispositivos. Entende como adequada a modulação de efeitos da decisão pelo período de 24 meses, para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria, de modo que não se crie uma lacuna jurídica (fl. 36 da inicial).

9. Foi adotado o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99.

10. A Presidenta da República tem as normas impugnadas por constitucionais. Sustenta, em síntese, a legitimidade da contribuição de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais, nos limites fixados pela legislação, pois elas correspondem a setores organizados da sociedade que expressam os interesses de diversas pessoas.

11. Em suas informações, os Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal afirmam a improcedência dos pedidos, por

envolverem matéria de natureza política e inerente às atribuições típicas do Congresso Nacional, não cabendo ao Judiciário se imiscuir nessa seara.

12. A AGU manifestou-se pelo não conhecimento dos pedidos “e.1”, “e.2” e “e.5”, pois seriam juridicamente impossíveis, contrários ao princípio da separação de poderes e inadequados à via da ADI, por envolverem *“provimento de caráter positivo no sentido de que as pessoas jurídicas em geral não mais poderão efetuar doações eleitorais, ainda que isso não conste de qualquer disposição normativa”* (fl. 9).

13. Afirma que já há normas em vigor disciplinando os temas abordados pela inicial. Caso essas regras inexistissem, seria o caso de propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois entende descabida a conversão de ADI em ADO, bem como a sua cumulação no mesmo caso.

14. No mérito, a AGU também defende a constitucionalidade das normas impugnadas. Entende que a participação de pessoas jurídicas no processo eleitoral coaduna-se com a noção de cidadania, em seu sentido amplo, que abrange todos os sujeitos destinatários das normas estatais. Embora não legitimadas ao exercício do direito ao voto, as pessoas jurídicas poderiam participar das eleições, ao menos indiretamente, mediante apoio financeiro aos candidatos e partidos habilitados, o que não seria vedado pela Constituição Federal.

15. Menciona as experiências de diversos países (EUA, Alemanha, Canadá e México) que adotam o chamado financiamento privado de campanhas e candidatos, destacando que a Constituição de 1988 não apresenta um modelo específico e deixa a sua definição ao crivo discricionário do legislador ordinário.

16. Do mesmo modo entende quanto à estipulação dos limites de recursos próprios a serem utilizados pelos candidatos (art. 23, §1º, I e II, da Lei nº 9.504/97). Defende a opção legislativa pelo limite de percentual referente aos rendimentos do candidato no ano anterior à eleição, que não poderia ser substituída pelo critério do “limite absoluto”, indicado pelo requerente, pois mesmo que constituísse “uma opção política melhor do que a adotada pelos dispositivos atacados não implica a inconstitucionalidade destes (...)” (fl. 16).

17. É o relatório.

18. Não merecem prosperar as preliminares suscitadas pela AGU de impossibilidade jurídica dos pedidos “e.1”, “e.2” e “e.5” e de inadequação da via eleita.

19. Considera-se configurada a viabilidade jurídica dos pedidos apresentados na inicial. A medida almejada pelo requerente (declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto) há muito é consagrada na doutrina pátria¹ e admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal².

20. A partir do debate deflagrado, em 1931, por Carl Schmitt e Hans Kelsen³ sobre a figura do guardião da constituição, desenvolveu-se na teoria constitucional o entendimento de que a jurisdição constitucional exerce importante função democrática ao interpretar e aplicar as normas

1 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003, 5ª ed. rev. atual. e amp., p. 188-195; e MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 275 e ss.

2 ADI 2.866/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-145, 06-08-2010; RE 401436/GO, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 03-12-2004; Rcl 2143 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06-06-2003.

3 KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?” In: *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298; e SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*, Madrid: Tecnos, 1998.

constitucionais, com vistas à atuação dos demais Poderes e à realidade social.

21. Contemporaneamente, há uma tendência das Cortes Constitucionais em se envidar esforços conjuntos, principalmente com o Parlamento, para que seja aprimorada a normatividade jurídica e ampliada a efetivação da Constituição. Esse movimento tem sido identificado pela denominação de “diálogos institucionais”⁴.

22. No caso em tela, não se busca ingressar no âmbito da discricionariedade do Poder Legislativo, de modo que o STF atue como “legislador positivo”, inovando normativamente. Pelo contrário, tenciona-se realizar uma interpretação constitucional de regras legais articulada com uma leitura da realidade social, de modo a se expelir do ordenamento jurídico normas que contrariam princípios fundamentais da Carta de 1988.

23. Para tanto, mostra-se fundamental a compreensão da diferença entre norma e enunciado normativo. Nem todo texto contém norma e nem toda norma consta explicitamente em textos. É possível a existência de texto sem norma (*e.g.*, art. 242, §2º, da CF) e de norma sem texto (*e.g.*, o direito fundamental ao vestuário). Enquanto a norma corresponde ao resultado da interpretação, o texto representa a exteriorização concreta da norma, sendo viável que de vários dispositivos se extraia apenas uma norma e que de um único dispositivo se extraiam

4 Cf. TUSHNET, Mark. Interpretation in Legislatures and Courts: incentives and institutional design. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. (Eds.). *The least examined branch. The role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 355-377; DIXON, DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Deciding Not to Decide: Deferral in Constitutional Design. In: *International Journal of Constitutional Law*, 2011. No Brasil, confira-se: LOIS, Cecília Caballero; SILVA; Rafael Vasconcellos de Lima Costa e. Diálogos institucionais e democracia: novas configurações constitucionais para a proteção e guarda dos direitos nas sociedades pluralistas. In: SILVA, Artur Stamford (Org.). *O judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Recife: Ed. UFPE, 2011, p. 303-329.

várias normas. Assim entendeu o STF no julgamento da ADPF 54 (Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 12/04/2012).

24. No caso dos pedidos “e.1” e “e.2”, busca-se atingir partes implícitas, não escritas, das normas contidas em determinados dispositivos legais que autorizam determinadas práticas. Estas também são reconhecidas, porém de modo explícito, em outros dispositivos, evidenciando-se a norma questionada (autorização para doações financeiras a campanhas eleitorais e partidos políticos por pessoas jurídicas) em dois momentos, a partir de (i) uma leitura a *contrario sensu* dos textos legais que não vedam tal prática; e de (ii) uma interpretação sistemática dos demais textos legais que a permitem expressamente.

25. O pedido “e.5” refere-se à invalidação das normas que preveem critério, tido como inconstitucional, para fixação de limites financeiros para doações por pessoas naturais para campanhas eleitorais ou partidos políticos, e para o dispêndio de recursos próprios pelos candidatos em suas campanhas. Para se evitar que haja uma lacuna normativa sobre o tema, justifica-se a incidência de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que a vigência daquelas disposições seja mantida durante prazo razoável para o Congresso Nacional editar norma substitutiva, em consonância com os parâmetros constitucionais aventados nesta ação direta.

26. Assim vem entendendo o Supremo Tribunal Federal:

“PARTIDO POLÍTICO - FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR - PROPAGANDA PARTIDÁRIA GRATUITA - FUNDO PARTIDÁRIO. Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz,

substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário. **NORMATIZAÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE - VÁCUO.** *Ante a declaração de inconstitucionalidade de leis, incumbe atentar para a inconveniência do vácuo normativo, projetando-se, no tempo, a vigência de preceito transitório, isso visando a aguardar nova atuação das Casas do Congresso Nacional.”* (ADI 1.351/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 30-03-2007) (grifou-se)

27. Com isso, busca-se preservar a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais, ressaltando-se a necessidade e pertinência da atuação do Legislativo para prover a normatividade adequada à matéria. Evidencia-se, assim, o respeito ao princípio da separação de poderes, diante da busca de atuação harmônica e complementar entre o Judiciário e o Parlamento na consecução dos valores constitucionais.

28. Por fim, ainda que se entenda que o pedido “e.5” seria próprio de ADO, o STF, em julgados mais recentes, vem reconhecendo a plena fungibilidade entre as ações do controle concentrado de constitucionalidade.

29. A título de mero exemplo, a ementa da ADI 875/DF:

“Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n.º 875/DF, ADI n.º 1.987/DF, ADI n.º 2.727/DF e ADI n.º 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fundo de Participação dos Estados - FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar n.º 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a

finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n.º 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012.” (ADI 875/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 24/02/2010, DJe-076, PUBLIC 30-04-2010)

30. E, se são fungíveis entre si, também são logicamente cumuláveis.
31. No mérito, o pedido é procedente.

As limitações da experiência estrangeira e as peculiaridades da formação da cidadania no Brasil

32. Ao longo das duas últimas décadas, observa-se na jurisdição constitucional brasileira um forte influxo de teorias, institutos jurídicos e, notadamente, decisões paradigmáticas oriundas dos tribunais constitucionais de países europeus e norte-americanos. Embora positivo, esse processo de recepção tem também potencialidades negativas, especialmente a apreensão do conhecimento produzido naqueles contextos e sua transposição automática para o caso brasileiro, ignorando as peculiaridades que caracterizam a nossa formação sociopolítica e constitucional⁵.

33. Não devem ser negligenciadas as contribuições da experiência estrangeira, mas é preciso observar os limites da sua

⁵ Na opinião de Andrés Botero Bernal, o colonialismo cultural que marcou a formação dos países latino-americanos tem se manifestado, recentemente, através de um “neocolonialismo jurídico”. Este consiste em um modo de compreensão do Direito, do constitucionalismo e das instituições na América Latina como resultado de transplantes dos modelos europeus e estadunidense. (Matizando o discurso eurocêntrico sobre a interpretação constitucional na América Latina. In: *Revista Sequência*, Florianópolis, nº 59, dez., 2009, p. 253-270).

pertinência em cada caso concreto, diante das nuances que permeiam as relações entre os atores políticos, a sociedade civil e as instituições públicas na história do Brasil.

34. Com exceção parcial do México, todos os países mencionados pela AGU tiveram uma formação política e social diametralmente oposta à do Brasil em termos de construção da cidadania.

35. No contexto norte-atlântico, o advento da Modernidade desenvolveu-se numa dinâmica em que a formação de nações precedeu a construção de seus respectivos Estados, como retratado por Thomas H. Marshall, referência obrigatória no tema⁶. A leitura do sociólogo britânico, baseada na trajetória da Inglaterra, identifica a cidadania com a atribuição de um *status* de direitos às pessoas, que passam a ostentar uma posição jurídica perante o Estado, podendo exigir uma série de direitos, reconhecidos cronologicamente na seguinte ordem: direitos civis (séc. XVIII), direitos políticos (séc. XIX) e direitos sociais (séc. XX).

36. A cidadania é representada como um conceito capaz de homogeneizar as diferenças de sujeitos oriundos de distintas culturas e classes sociais ao situá-los em posições equidistantes em suas relações perante o Estado, sob o símbolo da igualdade formal.

37. No Brasil ocorreu um fenômeno inverso, denominado por José Murilo de Carvalho de “cidadania invertida”⁷, em que a nação foi forjada a partir de um Estado oligárquico. A cidadania foi concedida e regulada⁸, verticalmente, através da atribuição do *status* de cidadão apenas

6 MARSHALL, Thomas Humprey. *Citizenship and Social Class and other essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1950.

7 CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

8 Cf. SALES, Teresa. Raízes da desigualdade social na cultura política brasileira. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, ANPOCS, n.º 25, ano 9, jun., 1994, p. 26-37; e SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e Justiça: a política social na ordem brasileira*. Rio de Janeiro: Ed.

a uma parcela restrita da sociedade, considerada como prioritária pelos detentores do poder político e econômico. Com isso, os direitos de cidadania foram incorporados em outra sequência: direitos sociais, direitos políticos e direitos civis.

38. O referido historiador ilustra esse processo através do conceito de “estadania”, que representa:

“uma cidadania construída de cima para baixo e de uma cultura política que oscila entre o paroquialismo e a inatividade, com algumas incursões no ativismo político, adquire grande importância o exame das relações da população diante das investidas do Estado orientadas à ampliação de sua capacidade de controle, e à cooptação de diversos grupos sociais. No Brasil, o século XIX foi marcado pelo esforço de construção estatal, caracterizado pelos intentos de se fortalecer o poder central, secularizar e racionalizar a administração pública, e atrair os setores dominantes da agricultura e do comércio ao interior do sistema político.”⁹

39. Esse processo de formação sociopolítica apresenta algumas características (pessoalidade, personalismo e elitismo) que permitem identificá-la como deficitária em termos republicanos em comparação a diversas democracias ocidentais.

40. Tão constantes são as relações de “confluência perversa”¹⁰ entre público e privado no Brasil, que muitas vezes parece invisível a certas pessoas e grupos políticos a tênue fronteira entre a casa e a rua¹¹ ou

Campus, 1979, p. 75.

9 Idem. Dimensiones de la ciudadanía en el Brasil del siglo XIX. In: SABATO, Hilda. (Coord.). *Ciudadanía política y formación de las naciones: perspectivas históricas de América Latina*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 326.

10 Expressão cunhada em DAGNINO, Evelina. Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando?. In: MATO, Daniel. (Coord.). *Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización*. Caracas: FACES, 2004, p. 95-110.

11 DAMATTA, Roberto. *A casa & a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

o jardim e a praça¹². Observam-se sucessivos modos de apropriação da coisa pública para fins particulares, destacando-se os fenômenos confluentes do patrimonialismo e do coronelismo, ambos nocivos à democracia.

41. Esta vem a ser a explicação central para as mazelas do Estado brasileiro na obra *Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro*, de Raimundo Faoro. Rubens Goyatá Campante, analisando essa obra, registra:

“Para Faoro, uma sociedade de classes possui um potencial equalizador e universalista, já uma do tipo estamental privilegia a desigualdade e o particularismo. O estamento é uma camada organizada e definida politicamente por suas relações com o Estado, e, socialmente, por seu *modus vivendi* estilizado e exclusivista. (...)

O instrumento de poder do estamento é o controle patrimonialista do Estado, traduzido em um Estado centralizador e administrado em prol da camada político-social que lhe infunde vida. Imbuído de uma racionalidade pré-moderna, o patrimonialismo é intrinsecamente personalista, tendendo a desprezar a distinção entre as esferas pública e privada. Em uma sociedade patrimonialista, em que o particularismo e o poder pessoal reinam, o favoritismo é o meio por excelência de ascensão social, e o sistema jurídico, *lato sensu*, englobando o direito expresso e o direito aplicado, costuma exprimir e veicular o poder particular e o privilégio, em detrimento da universalidade e da igualdade formal-legal.”¹³

DD

12 SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993.

13 CAMPANTE, Rubens Goyatá. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira. In: *Dados*, vol. 46. nº 1, p. 153-193.

42. No livro *Raízes do Brasil*, Sérgio Buarque de Holanda assim se referia ao típico membro da elite detentora do poder político no País:

“Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário 'patrimonial' do puro burocrata, conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário 'patrimonial', a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos (...)”¹⁴

43. Por seu turno, o coronelismo denota o entrelaçamento das instâncias pública e privada na sociedade do campo, como expressão das relações de dominação dos trabalhadores pelos senhores de terras, retroalimentadas pelo famigerado voto de cabresto. O pensador social e ex-ministro do STF Victor Nunes Leal¹⁵ delineou esse fenômeno como:

“(...) resultado da superposição de formas desenvolvidas do regime representativo a uma estrutura econômica e social inadequada. Não é, pois, mera sobrevivência do poder privado, cuja hipertrofia constituiu fenômeno típico de nossa história colonial. É antes uma forma peculiar de manifestação do poder privado, ou seja, uma adaptação em virtude da qual os resíduos do nosso antigo e exorbitante poder privado têm conseguido coexistir com um regime político de extensa base representativa. Por isso mesmo, o 'coronelismo' é sobretudo um compromisso, uma troca

14 HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 91.

15 LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 3ª ed., 1ª reimp., Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, p. 40.

AO

de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras”.

44. Como será articulado adiante, não é admissível que perdurem tais práticas oligárquicas no ambiente republicano da Constituição de 1988, resultado do movimento de (re)democratização do País.

O conceito de cidadania e sua perspectiva contemporânea

45. É sabido que o conceito de cidadania denota as relações entre cada pessoa e a comunidade política em que se vive. Após séculos de primazia da vertente passiva da cidadania, calcada na titularidade de direitos e deveres pelos cidadãos perante o Estado, há na atualidade uma tentativa de resgate da conotação ativa desse conceito, identificada pela efetiva participação política e social dos cidadãos no espaço público. Esse fenômeno é identificado como “o retorno do cidadão”¹⁶.

46. Em suma, valoriza-se a figura do cidadão enquanto elemento central da vida política e renovam-se as suas formas de manifestação em meio a uma sociedade cada vez mais complexa e massificada.

47. Paralelamente à ampliação do seu raio de alcance, mediante o reconhecimento jurídico dos interesses de novos grupos sociais na forma de direitos multiculturais, a cidadania contemporânea é marcada pelo advento de novos atores, espaços e práticas de manifestação. Para além das

¹⁶ KYMLICKA, Will; NORMAN, Wayne. El retorno del ciudadano: una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía. In: *Agora*, Buenos Aires, nº 7, 1997, p. 05-42.

figuras tradicionais dos partidos políticos e sindicatos, das fábricas e das urnas, bem como do exercício do voto¹⁷.

48. Por pertinência ao caso em questão, enfatiza-se aqui a figura dos novos atores político-sociais. Diante das limitações do modelo formal da cidadania passiva, calcado numa perspectiva estadocêntrica, constituíram-se no âmbito da sociedade civil, em sentido amplo, os chamados movimentos sociais e, em sentido estrito, as organizações não-governamentais (ONGs). Assim, tem-se a passagem do paradigma da democracia representativa para o da democracia deliberativa e participativa, no qual surgem novas formas perenes de atuação política, complementares às sazonais desenvolvidas através dos partidos políticos nas eleições.

49. Atento a essa dinâmica social, a partir do reconhecimento do princípio da participação popular e do controle social da administração, o constituinte pátrio franqueou uma série de espaços e mecanismos para a participação desses sujeitos na arena política, desde a formulação à aplicação e fiscalização de políticas públicas. O assunto é disciplinado por marcos legais, que definem os limites dessa atuação da sociedade civil em relação ao Estado. Em especial, as Leis nºs 9.636/98 e 9.790/99 tratam das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público, respectivamente.

50. No que tange ao processo eleitoral, em observação aos ditames constitucionais e à dinâmica social, além dos cidadãos individualmente, o legislador reconhece algumas figuras político-jurídicas a servirem de intermediárias perante a institucionalidade estatal. Este é o

17 Cf. BELLO, Enzo. *Teoria dialética da cidadania: política e direito na atuação dos movimentos sociais urbanos de ocupação na cidade do Rio de Janeiro*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

caso dos partidos políticos, que, embora sejam dotados de personalidade jurídica de direito privado, possuem natureza nitidamente política e são consideradas as únicas pessoas jurídicas legitimadas à participação no processo eleitoral (art. 17 da CR¹⁸).

51. Por conseguinte, as demais pessoas jurídicas de direito privado, por exemplo os sindicatos, por mais que tenham finalidades políticas, não são legitimadas pela Constituição para participar do processo eleitoral, o que também vale para as organizações da sociedade civil. Nesse sentido dispõem os incisos VI, X e XI do art. 24, da Lei nº 9.504/97.

52. Com mais razão ainda, devem ficar afastadas da participação, direta ou indireta, nos processos eleitorais as pessoas jurídicas de direito privado sem conotação política, na medida em que não gozam do *status* de cidadão, nem representam interesses públicos ou sociais. Pelo contrário, seus atos constitutivos referem-se explicitamente a negócios privados, geralmente de índole mercantil.

53. Ressalte-se que é recorrente entre as pessoas mais ricas, no Brasil, a prática de alocação de seus bens no patrimônio das pessoas jurídicas das quais são acionistas, ficando pequena parcela do restante em nome das pessoas físicas, em razão da redução tributária que isso proporciona. Essa ficção jurídica também permite que os verdadeiros doadores das campanhas eleitorais fiquem escondidos atrás das máscaras de empresas, as quais geralmente fornecem a maioria das contribuições às candidaturas.

54. Com isso não se está a afirmar que os interesses particulares não possam ser projetados sobre a esfera pública. Tal pode e deve ocorrer,

18 Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

para que sejam reconhecidos e promovidos valores individuais. Todavia, essa manifestação deve provir de cada cidadão individualmente identificado ou através das pessoas jurídicas criadas especificamente para essa finalidade, de modo que se garanta a isenção do processo eleitoral perante interesses puramente econômicos, a razão de ser das pessoas jurídicas de direito privado.

55. Nesse sentido, e como será detalhado adiante, mostram-se contrários à Constituição os artigos 24 (interpretado a *contrario sensu*), art. 81, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 9.504/97, assim como os artigos 31 (interpretado a *contrario sensu*), 38, inciso III (expressão “ou jurídica”), 39, §5º (expressão “e jurídica”), da Lei nº 9.096/95.

Parâmetros constitucionais para a definição do modelo de financiamento de campanhas eleitorais e partidos políticos

56. O tema da reforma política está permanentemente em voga e ganha destaque especial na mídia a cada episódio que evidencia a necessidade de aprimoramento das instituições e dos mecanismos eleitorais, o que é típico de um regime democrático. Obviamente, sua condução deve se dar pelo Congresso Nacional, que instituirá os instrumentos aptos a ampliar a participação popular e, conseqüentemente, o grau de representatividade democrática do Parlamento.

57. No caso em apreço, embora se discuta sobre modelos de financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais, a questão de fundo reside no perfil de processo eleitoral preconizado pela Constituição de 1988 e na adequação, ou não, das regras já positivadas pelo legislador ordinário. Portanto, não se trata de deflagrar ou realizar a reforma política a partir do Judiciário. PP

58. De fato, o constituinte não indicou, expressamente, um modelo fechado de financiamento, mas apresenta uma série de elementos normativos a servirem de diretrizes à atuação do legislador ordinário na sua definição.

59. Logo, os dispositivos legais ora impugnados devem ser considerados à luz da unidade da Constituição, por meio de interpretação sistemática e integrativa dos dispositivos constitucionais pertinentes que respaldam a abordagem do tema.

60. O tema dos processos eleitorais, no âmbito do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), tem relação direta com alguns dos mais importantes fundamentos da República brasileira: a cidadania (art. 1º, II) e o pluralismo político (art. 1º, V). Aliados a outros princípios, estes são os vetores a serem considerados ao se delinear o perfil de financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais adequado ao sistema constitucional.

República e Democracia na perspectiva da Carta de 1988

61. Foi Cícero quem definiu conceitualmente o significado de *res publica*, pondo em relevo a coisa do povo, o bem comum, o interesse comum e, principalmente, a conformidade com a lei comum¹⁹.

62. Para Kant, uma Constituição, para ser definida como republicana, tem que atender aos seguintes requisitos: ter como princípio a liberdade de todos os seus membros, a sujeição de todos a uma legislação

19 MATTEUCCI, Nicola. Vocábulo "República". In "Dicionário de Política", 2ª ed. Orgs. N. Bobbio, N. Matteucci e G. Pasquino. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1986, pp. 1107-1108.

comum e que o princípio da isonomia prepondere entre todos os seus cidadãos²⁰.

63. Tais ideias-força persistem na atualidade. Cármen Lúcia aponta como princípios constitucionais inerentes à República Democrática brasileira a dignidade da pessoa humana, a igualdade dos indivíduos, a moralidade e a responsabilidade públicas²¹.

64. Geraldo Ataliba reforça tal compreensão:

“Não teria sentido que os cidadãos se reunissem em *república*, erigissem um Estado, outorgassem a si mesmos uma Constituição em termos republicanos, para consagrar instituições que tolerassem ou permitissem – seja de modo direto, seja indireto – a violação da igualdade fundamental, que foi o próprio postulado básico, condicional da ereção do regime. Que dessem ao Estado – que criaram em rigorosa isonomia cidadã – poderes para serem usados criando privilégios, engendrando desigualdades, favorecendo grupos ou pessoas, ou atuando em detrimento de quem quer que seja. A *res publica* é de todos e para todos. Os poderes que de todos recebe devem traduzir-se em benefícios e encargos iguais para todos os cidadãos. De nada valeria a legalidade se não fosse marcada pela igualdade.”²²

65. O ideário republicano é central no sistema constitucional de 1988 e embasa a edificação do Estado Democrático de Direito. Além de servir como escudo a repelir antigas práticas oligárquicas que persistem na

20 KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 128.

21 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. República e 'res publica' no Brasil. In: *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2. Direito Administrativo e Constitucional*. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (Org.). São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 249.

22 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 160.

atualidade, também oferece diretrizes para o aprimoramento das instituições e práticas públicas na busca da maximização do sistema democrático.

66. O pensamento republicano é crucial enquanto referência para se concretizar o que Norberto Bobbio²³ denominou de uma das promessas não cumpridas da democracia representativa: a igualdade factual entre os cidadãos nos processos políticos eleitorais. Inviabilizada, ou ao menos escamoteada, pela influência excessiva do poder econômico na seara política, a igualdade de oportunidades representa a forma mais eficiente de inclusão na cidadania e combate aos modelos tecnocráticos de elitismo democrático²⁴.

67. Na medida em que representa os interesses da sociedade como um todo, em um regime democrático o Estado deve figurar como agente de contenção ao poder econômico das parcelas dominantes que há tempos dominam os acessos à institucionalidade²⁵. Desse modo, justifica-se como republicana uma intervenção na liberdade econômica da minoria da população em prol da maximização da participação cívica de todos os cidadãos, atingindo-se graus mais elevados de legitimidade representativa²⁶. Assim prevê o §9º do art. 14 da Constituição Federal ao dispor sobre o dever do Estado de proteger “*a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico*”.

AD

23 *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

24 Sobre uma defesa do modelo de democracia elitista, veja-se: SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalism, socialism, and democracy*. 3ª ed. London: G. Allen & Unwin, 1950.

25 WOOD, Ellen Meiksins. *Democracia contra capitalismo*. São Paulo: Boitempo Ed., 2003.

26 DECOMAIN, Pedro Roberto. Influência do poder econômico e financiamento público de campanhas eleitorais. In: *Resenha eleitoral – Revista do TRE/SC*. Florianópolis, vol. 13, 2006, p. 13-29.

***Da promoção do pluralismo político através da
concretização da igualdade material***

68. Em princípio, não há antítese no binômio público-privado quando se trata da participação cidadã na cena política. Trata-se de uma dinâmica em que as vontades particulares se manifestam a partir de cada subjetividade individual para assumir a forma pública de vontades gerais, no sentido rousseauiano.

69. A participação cívica de cada pessoa é voluntária e pode ocorrer através de qualquer meio lícito, desde a militância política própria à transferência de recursos financeiros para o custeio de materiais publicitários de campanhas eleitorais ou a subsistência dos partidos políticos. Trata-se de livre manifestação da autonomia de vontade a ser permitida pelo Estado, nos limites em que esse exercício não menoscabe a possibilidade de real participação dos demais cidadãos.

70. Tendo em vista uma série de fatores, como a escassez de tempo para a militância, atualmente opta-se mais pela transferência de atribuições, fenômeno da profissionalização da política.

71. No Brasil, prepondera o expediente das doações financeiras a partidos políticos para que estes gerenciem os recursos, cada vez mais elevados, a serem utilizados em campanhas eleitorais suntuosas e sofisticadas. Como demonstram dados da Justiça Eleitoral, a maioria absoluta dessa verba é proveniente de pessoas jurídicas e, nesse universo, de grandes conglomerados corporativos e empresariais.

72. Para se ter uma ideia, nas eleições presidenciais de 2010, analisados os dados fornecidos pelos dois candidatos que disputaram o segundo turno, Dilma Rousseff (PT) e José Serra (PSDB), verifica-se, em

suas receitas, os percentuais de 15,6% e 7,7% como provenientes de doações por pessoas jurídicas, respectivamente. Por outro lado, tem-se os percentuais de 83,6% e 92,3% referentes à sigla “outros recursos”²⁷.

73. Essa dinâmica é nociva em termos democráticos, vez que gera uma conseqüente reprodução dos interesses de grupos econômicos nas instituições públicas. Ademais, reforça a apatia política e a desmobilização dos cidadãos em geral, manifestadas na ausência de engajamento seja na construção de candidaturas, seja na militância de apoio.

74. Em observância aos valores republicanos preconizados na Constituição Federal, cabe ao legislador atuar para promover a ampliação do acesso aos postos públicos, oxigenando os debates públicos com uma pluralidade de ideias e opiniões. Essa é a perspectiva contemporânea da igualdade material, concebida enquanto diversidade²⁸, no sentido de que a esfera pública, especialmente o Parlamento, seja composta por um leque político vasto e colorido que reflita os interesses e visões de mundo das diferentes parcelas da sociedade e as represente de modo efetivo.

75. Essa relação intrínseca entre democracia e diversidade é trabalhada por John Rawls através da categoria “fato do pluralismo”, assim explicitada por Gisele Cittadino²⁹:

“Isto significa que, em qualquer democracia, há uma enorme diversidade de interesses pessoais, da mesma forma que variadas perspectivas através das quais as

27 Cf. <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-2010/estatisticas-de-candidaturas>. Ressalta-se que os valores totais das receitas arrecadadas pelas referidas campanhas eleitorais atingiram os montantes de R\$39.554.648,13 por Dilma Rousseff e R\$26.047.688,21 por José Serra.

28 DENNINGER, Erhard. Segurança, Diversidade e Solidariedade ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol. 88, dezembro de 2003, p. 21-45.

29 *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 80.

pessoas observam e compreendem o mundo. Ressalte-se, entretanto, que, para Rawls, este 'pluralismo como tal' não garante a estabilidade de uma sociedade democrática. A característica permanente da cultura pública de uma sociedade democrática é a convivência de várias doutrinas compreensivas razoáveis, ou seja, o 'fato do pluralismo razoável'. Em outras palavras, o pluralismo razoável não é uma mera conjuntura histórica que pode vir a desaparecer; trata-se, na verdade, de marca duradoura, porque intrínseca, de qualquer regime democrático”.

76. Por destoarem dessas diretrizes e do sistema axiológico da Constituição de 1988, não podem subsistir as regras jurídicas contidas no art. 23, §1º, incisos I e II, da Lei nº 9.504/97. Quando aplicados na prática, os critérios ali definidos permitem a perpetuação de uma lógica seletiva e desigual no acesso aos cargos públicos eletivos.

77. Em tese, essas regras igualariam todos na mesma posição, mas, na prática, revelam-se excessivamente rigorosas com os mais pobres e permissivas com os mais ricos. Como demonstra o requerente: *“Se, por exemplo, dois indivíduos tivessem, no ano anterior à eleição, rendimentos de, respectivamente, R\$ 100.000,00 e R\$ 20.000,00, uma doação a um candidato feita pelo primeiro no valor de R\$ 5.000,00 seria perfeitamente lícita, mas o segundo, se praticasse o mesmo ato, cometeria um ilícito eleitoral que o sujeitaria a multa de valor entre R\$ 15.000,00 e R\$ 30.000,00 (art. 24, §3º, Lei 9.504/97).”* (fl. 15 da inicial).

78. A metodologia concretista da Constituição, desenvolvida por autores como Konrad Hesse e Friedrich Müller³⁰, fornece técnicas de interpretação para dar conta das recentes e constantes inovações sociais. Com fundamento no princípio da máxima efetividade das normas

30 Cf. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991; e MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

constitucionais, mostra-se necessário agregar novos patamares aos canônicos planos de análise das normas jurídicas (existência, validade e eficácia). Propõe-se, assim, um deslocamento do eixo da discussão normativa do plano da eficácia para o da efetividade e, conseqüentemente, da eficiência³¹.

79. Na atualidade, não basta que uma norma constitucional tenha aptidão para produzir efeitos (eficácia), pois nada garante que estes serão, necessariamente, produzidos no mundo fático. Isso em razão de uma série de fatores (econômicos, políticos, culturais etc.). Portanto, uma vez assentada essa possibilidade de geração de efeitos, é preciso vislumbrar em que medida e qual a melhor forma para que uma norma de eficácia plena possa ser concretizada no plano do real. Para tanto, deve-se pensar nos seus atores e instrumentos de implementação.

80. No caso em questão, é possível afirmar que a efetivação do direito à igualdade terá maior grau de intensidade se disciplinado por regulamentação legislativa com critério de limitação de gastos por pessoas físicas que garanta a paridade de oportunidades entre os candidatos. Ao se delinear as suas hipóteses e modos de incidência, será aumentado o nível de concretização da norma constitucional, de modo que sejam produzidos seus efeitos em caráter mais amplo e eficiente.

81. A Comissão Especial de Reforma Política do Senado Federal tem realizado eventos para debates e encaminhamento de propostas nesse sentido. Em uma de suas audiências, o Ministro Dias Toffoli, do STF, que preside a Comissão de Juristas do Senado Federal para

31 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. "O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro". In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327-378.

elaboração de um novo Código Eleitoral, manifestou-se favoravelmente à extinção da possibilidade de doações por empresas a partidos políticos e campanhas eleitorais.

82. A síntese de suas proposições encontra-se em artigo doutrinário publicado em 2010, no qual assevera que:

“A pessoa jurídica não vota, não pode ser votada e, caso pudesse votar, não haveria como se lhe computar um voto formal e materialmente igual ao de todos. Portanto, não há um porquê, perante a Constituição Federal, em participar, financeiramente ou por qualquer outra forma, do processo eleitoral, excetuando-se as empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens as quais, por serem concessionárias de serviço público, arcam com o ônus da concessão no período eleitoral, e a imprensa escrita e a *internet*, que são regidas pela garantia da liberdade de manifestação do pensamento. Já a pessoa física tem o direito, como detentora, por excelência, da soberania popular, de contribuir financeiramente para as campanhas, desde que dentro de limites. Deve-se, pois, superar a discussão bifurcada entre financiamento público ou privado de campanha, como a única forma de se coibir os ilícitos eleitorais. Estes, em sua maioria, têm participação de pessoas jurídicas. Assim, evoluímos no sentido de que as empresas devem se manter distanciadadas do processo eleitoral brasileiro, em que modalidade for. Por fim, a lei deveria estabelecer um teto máximo de gastos para as campanhas eleitorais de cada qual dos cargos em disputa, de forma a uma maior igualdade, lisura e equidade no processo eleitoral.”³²

DD

32 TOFFOLI, José Dias. A participação da pessoa jurídica no processo eleitoral brasileiro. In: CIAMPOLINI NETO, Cesar; WARDE JR., Walfrido Jorge. (Coords.). **O direito de empresa nos tribunais brasileiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 42.

Da violação ao princípio da proporcionalidade

83. Como sabido, a cláusula do devido processo legal tem sua trajetória histórica recente marcada por distintas tradições: a europeia e a estadunidense.

84. No contexto europeu, a partir do direito penal surgiu a vertente do *substantive due process of law*, evidenciada na obra “Dos delitos e das penas”, de Cesare Beccaria³³, que sustentava a necessidade de uma justa proporção entre os delitos praticados e as penas a eles cominadas. No âmbito do direito administrativo foi formulada a teoria do desvio de finalidade dos atos de poder. E no direito constitucional passou-se a conceber e aplicar a noção de proporcionalidade no controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, como forma de proteção dos direitos fundamentais através da proibição de medidas de proteção deficiente (*Untermassverbot*) e excessiva (*Übermassverbot*).

85. Diante do reconhecimento de que o Estado tem o dever de agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional, a doutrina vem assentando que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas quando há excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta manifestamente deficiente.³⁴

86. O tema ganhou destaque no voto do Ministro Gilmar Mendes, em julgamento no qual a Corte recusou a extensão, à união estável, da aplicação de dispositivo do Código Penal (hoje revogado), que

33 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

34 Cf. Martin Borowski. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 162/166; Ingo Wolfgang Sarlet. “Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição de Excesso e Deficiência”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 47, 2004, p. 60-122; e Lênio Luiz Streck. “Bem Jurídico e Constituição: Da Proibição do Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*)”. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 80, 2004, p. 303/345.

PP

previa a extinção de punibilidade do crime do estupro sempre que o autor se casasse com a vítima³⁵. Eis fragmento do voto:

“[...] De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção deficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.

Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.’ (Streck, Lênio Luiz. A dupla face do

35 RE 418.376, Plenário, relator o Ministro MARCO AURÉLIO, redator para o acórdão o Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJ de 23/3/2007.

princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p.180).

No mesmo sentido, o Professor Ingo Sarlet:

'A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.' (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 107.)

E continua o Professor Ingo Sarlet:

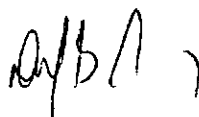
'A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo).' (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 132.)" (grifou-se)

MPD

87. Caracteriza-se, no caso em questão, a hipótese de violação ao princípio da proporcionalidade (art. 5º, inciso LIV, da CR), na sua vertente de proibição de proteção deficiente³⁶. Na medida em que a legislação eleitoral prevê regras aquém do necessário à promoção da igualdade material de condições no processo eleitoral, possibilita a prevalência de interesses econômicos privados de poucas pessoas em detrimento da isonomia política entre todos os cidadãos³⁷.

Ante o exposto, o parecer é pela procedência do pedido.

Brasília, **31** de agosto de 2012.



DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
VICE-PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

APROVO:



ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EB

36 Cf. Martin Borowski. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 162/166; Ingo Wolfgang Sarlet. "Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição de Excesso e Deficiência". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 47, 2004, p. 60-122; e Lênio Luiz Streck. "Bem Jurídico e Constituição: Da Proibição do Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*)". *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 80, 2004, p. 303/345.

37 Assim afirma Walber de Moura Agra: "A predominância do sistema de financiamento privado fez com que os detentores do poder econômico tenham vantagem nas eleições, tornando o sistema eleitoral extremamente desigual, haja vista privilegiar os cidadãos que dispõem de fontes de financiamento em detrimento daqueles que não possuem condições financeiras suficientes". (Financiamento de campanha e prestação de contas. In: *Estudos eleitorais*, v. 5, n. 2, mai/ago, 2010, p. 9).