

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (Relator):

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista PDT, em face dos artigos 3º e 4º da Lei nº 14.356, de 31 de maio de 2022, que alteram a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, para dispor sobre gastos com publicidade dos órgãos públicos no primeiro semestre do ano de eleição, promovendo ajustes atinentes na redação do art. 73, VII, da Lei das Eleições.

Registre-se que o novel diploma também insere alterações na Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010, que dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências, as quais não são objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade.

O objeto desta ADI reside, portanto, nas alterações de natureza eleitoral, as quais, segundo o autor, implicariam em vulneração aos postulados da isonomia, da segurança jurídica, da anualidade eleitoral e da moralidade, previstos, respectivamente, nos artigos 5º, *caput*; 16; e 37, *caput*, da Constituição Federal.

Eis o teor das normas impugnadas:

Art. 3º O art. 73 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 73.

VII - empenhar, no primeiro semestre do ano de eleição, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a 6 (seis) vezes a média mensal dos valores empenhados e não cancelados nos 3 (três) últimos anos que antecedem o pleito;

.....

§ 14. Para efeito de cálculo da média prevista no inciso VII do caput deste artigo, os gastos serão reajustados pelo IPCA, aferido pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou outro índice que venha a substituí-lo, a partir da data em que foram empenhados.”

Art. 4º Não se sujeita às disposições dos incisos VI e VII do caput do art. 73 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, a publicidade

institucional de atos e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais e de suas respectivas entidades da administração indireta destinados exclusivamente ao enfrentamento da pandemia causada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e à orientação da população quanto a serviços públicos relacionados ao combate da pandemia, resguardada a possibilidade de apuração de eventual conduta abusiva, nos termos da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.

Nesta assentada, submeto à apreciação dos pares a medida cautelar postulada na petição inicial, pela qual se visa a suspensão da eficácia dos artigos 3º e 4º da Lei nº 14.356/2022, até o julgamento de mérito desta Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Informo, ainda, o ajuizamento da ADI n. 7182, pelo Partido dos Trabalhadores (PT), com o mesmo objeto veiculado nestes autos, razão pelas quais trago ambos os feitos para julgamento em conjunto.

1. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO

A Presidência da República argui a inviabilidade da ação, postulando o seu não conhecimento sob o argumento da não ingerência do Poder Judiciário no campo legislativo, a qual deve ser exercida de forma excepcional, cabendo somente em situações de flagrante incompatibilidade da norma atacada com a Constituição Federal, o que não ocorre no presente caso.

Nessa perspectiva, tenho defendido que a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal não pode ser excessivamente ampliada ao ponto de absorver todos os impasses surgidos no contexto da República, os quais devem ser solucionados, prioritariamente, pelos órgãos e autoridades aos quais a Constituição atribui, precipuamente, o exercício de dada atribuição.

Com efeito, o princípio majoritário e a separação dos poderes são elementos que gravitam em torno da jurisdição constitucional, impondo o exercício, em determinados casos, de deferência em relação às decisões políticas dos demais Poderes.

Cito, a propósito, emblemático excerto jurisprudencial extraído do MS n. 25.579-MC, redator para o acórdão o Ministro **Joaquim Barbosa** :

“Na qualidade de guarda da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem a elevada responsabilidade de decidir acerca da juridicidade da ação dos demais Poderes do Estado. No exercício desse mister, deve esta Corte ter sempre em perspectiva a regra de **auto-contenção** que lhe impede de invadir a esfera reservada à decisão política dos dois outros Poderes, bem como o dever de não se demitir do importantíssimo encargo que a Constituição lhe atribui de garantir o acesso à jurisdição de todos aqueles cujos direitos individuais tenham sido lesados ou se achem ameaçados de lesão.”

Todavia, penso não ser cabível, em sede de cognição sumária, a extinção prematura da presente ação, ante a compreensão de que o tema se confunde com o próprio objeto da ação, razão pela qual, em homenagem ao princípio da primazia do mérito, que rege a moderna processualística brasileira, procedo ao exame da medida cautelar, sem descuidar de reflexões mais detidas sobre o tema por ocasião do julgamento do mérito.

2. DA MEDIDA CAUTELAR

A Lei nº 9.504/97 trouxe inovações importantes em prol da lisura das eleições e, essencialmente, da igualdade de oportunidades entre os candidatos, estabelecendo vedações aos agentes públicos durante a campanha eleitoral e penalidades de multa, de cassação do registro e até mesmo do diploma dos candidatos beneficiados pelo uso da máquina administrativa em favor de partidos ou candidatos.

Tais condutas foram tipificadas como ilícitos eleitorais a fim de mitigar eventual vantagem competitiva por parte dos agentes públicos em virtude do instituto da reeleição, introduzido em nossa Carta Política por meio da Emenda Constitucional n. 16, de 4 de junho de 1997.

Nesse sentido, o Tribunal Superior Eleitoral afirmou, em casos envolvendo a prática das condutas vedadas, que a normalidade e a legitimidade do pleito, previstas no art. 14, § 9º, da Constituição Federal decorrem da **ideia de igualdade de chances entre os competidores**, entendida assim como a necessária concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, sem a qual se compromete a própria essência do processo democrático (REspe nº 695-41/GO, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJE de 26/06/2015).

Na mesma linha, “[o] Tribunal Superior Eleitoral definiu que as normas disciplinadoras das condutas vedadas aos agentes públicos em campanha

eleitoral têm por finalidade evitar a utilização da máquina administrativa em benefício de determinada candidatura, prejudicando as demais” (REspe nº 798-72/RJ, Rel. Min. **João Otávio De Noronha**, DJE de 11/12/2014).

Tais normas vieram a conferir maior concretude ao **princípio da isonomia ou paridade de armas entre os candidatos**, uma vez que a Lei Complementar nº 64/90, conquanto já houvesse instituído procedimentos para apuração e repressão contra os abusos de poder em suas diversas modalidades - econômico, de autoridade e dos meios de comunicação - em detrimento da liberdade do voto, exigia, para a caracterização da prática abusiva, a sua potencialidade para interferir no resultado das eleições, o que dificultava sobremaneira a efetividade das sanções legais e, por conseguinte, da proteção aos bens jurídicos tutelados pelo art. 14, § 9º, da Carta Política.

A título exemplificativo, no julgamento do RO nº 692/2004, o TSE definiu que, para a procedência da ação baseada no **caput** do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, seria necessário que os atos ou fatos narrados tivessem potencialidade para influir no resultado do pleito, conforme a jurisprudência da corte.

Já em relação às condutas vedadas, aquela Corte Eleitoral entendia dispensável a verificação acerca da potencialidade, bastando a comprovação da prática da conduta prevista na lei, em caráter objetivo. Confira-se:

“Eleição 2004. Recurso Especial. Representação. Conduta vedada (art. 73, IV e VI, b, da Lei nº 9.504/97). Não configurada. Cassação do registro. Impossibilidade. Propaganda divulgada no horário eleitoral gratuito não se confunde com propaganda institucional. Esta supõe o dispêndio de recursos públicos, autorizados por agentes (art. 73, § 1º, da Lei nº 9.504/97). **As condutas vedadas julgam-se objetivamente. Vale dizer, comprovada a prática do ato, incide a penalidade. As normas são rígidas. Pouco importa se o ato tem potencialidade para afetar o resultado do pleito. Em outras palavras, as chamadas condutas vedadas presumem comprometida a igualdade na competição, pela só comprovação da prática do ato. Exige-se, em consequência, a prévia descrição do tipo. A conduta deve corresponder ao tipo definido previamente. A falta de correspondência entre o ato e a hipótese descrita em lei poderá configurar uso indevido do poder de autoridade, que é vedado; não**

"conduta vedada", nos termos da Lei das Eleições. Recursos Especiais conhecidos, mas desprovidos. (Respe nº 24795, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, PSESS Publicado em Sessão em 27/10/2004).

No mesmo sentido: REspe n. 24.862, Rel. designado Min. **Luiz Carlos Madeira** ; Respe n. 24.739, Rel. Min. **Peçanha Martins** e REspe n. 24.937, Rel. Min. **Gilmar Mendes** .

A orientação jurisprudencial contemporânea continua assentando a desnecessidade do requisito da potencialidade para desequilibrar o pleito para a caracterização das condutas vedadas, devendo ser aferida, contudo, a **relevância jurídica ou a gravidade do ilícito**, no momento da dosimetria das sanções, realizando-se o prudente juízo de proporcionalidade, a fim de se aplicar a cassação dos diplomas apenas nos casos mais graves, em que verificada violação aos princípios da legitimidade e da igualdade de chances entre os candidatos. Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes do TSE:

“Representação. Conduta vedada. Inauguração de obra pública. 1. **Este Tribunal Superior já firmou entendimento no sentido de que, quanto às condutas vedadas do art. 73 da Lei nº 9.504/97, a sanção de cassação somente deve ser imposta em casos mais graves, cabendo ser aplicado o princípio da proporcionalidade da sanção em relação à conduta.** 2. **Com base nos princípios da simetria e da razoabilidade, também deve ser levado em consideração o princípio da proporcionalidade na imposição da sanção pela prática da infração ao art. 77 da Lei das Eleições .** 3. Afigura-se desproporcional a imposição de sanção de cassação a candidato à reeleição ao cargo de deputado estadual que comparece em uma única inauguração, em determinado município, na qual não houve a presença de quantidade significativa de eleitores e onde a participação do candidato também não foi expressiva. Agravo regimental não provido.” (RO nº 890235 Rel. Min. **Arnaldo Versiani** , DJE de 21/08/2012);

“ELEIÇÕES 2012 . AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. CONDUTA VEDADA A AGENTE PÚBLICO. VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE INSTITUCIONAL NOS TRÊS MESES QUE ANTECEDEM O PLEITO E DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE BENS E SERVIÇOS. APLICAÇÃO DE MULTA. DESPROVIMENTO. 1. A decisão agravada assentou: [...]; iii) o acórdão regional concluiu pela responsabilidade do chefe do Executivo pela veiculação de publicidade institucional em período vedado, sendo inviável nova análise das provas dos autos em recurso especial eleitoral; iv) o acórdão, de forma fundamentada, aplicou multa proporcional à conduta vedada praticada; v) em se tratando de

condutas vedadas, não se analisa a potencialidade de a conduta interferir no resultado pleito, mas se é grave o suficiente para violar o bem jurídico tutelado pelo art. 73 da Lei nº 9.504/1997, a paridade de armas ou a igualdade de chances. [...]” (Respe nº 202-80, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE de 01/07/2015);

“AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. **ELEIÇÕES 2016**. EXPREFEITO. REPRESENTAÇÃO. CONDOTA VEDADA. ART. 73, VI, B, DA LEI 9.504/97. ABUSO DE PODER POLÍTICO (ART. 22 DA LC 64/90). PUBLICIDADE INSTITUCIONAL. PERÍODO VEDADO. [...] TEMA DE FUNDO. DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA. 4. A controvérsia não reside na prática de publicidade institucional em período vedado, o que é inequívoco, mas nas consequências jurídicas cabíveis diante da moldura fática do acórdão *a quo*. 5. **Diferenciação entre os requisitos caracterizadores da conduta vedada do art. 73, VI, b, da Lei 9.504/97 (que ensejou a multa) e do abuso de poder político do art. 22 da LC 64/90 (que gerou a inelegibilidade). No primeiro caso, basta a veiculação da publicidade institucional vedada, independentemente de intuito eleitoreiro, enquanto no segundo exige-se prova robusta da interferência na legitimidade do pleito e na paridade de armas. [...] MULTA. CONDOTA VEDADA. ART. 73, VI, B, DA LEI 9.504/97. REDUÇÃO. QUANTITATIVO DE PUBLICAÇÕES. CONTEÚDO. 10. **As sanções decorrentes da prática de condutas vedadas multa e perda do registro ou diploma (art. 73, §§ 4º e 5º, da Lei 9.504/97) devem observar juízo de proporcionalidade, ponderando-se as circunstâncias do caso concreto. Precedentes . [...]”** (Respe nº 060009781, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJE de 09/06/2022);**

ELEIÇÕES 2018 . AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DE PODER E CONDOTA VEDADA. GOVERNADOR E VICEGOVERNADOR. RECURSO CABÍVEL. ORDINÁRIO. SÚMULA Nº 36/TSE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DÚVIDA QUANTO AO MEIO RECURSAL ADEQUADO. ERRO GROSSEIRO. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. DESPROVIMENTO. [...]. 3. *In casu*, embora o Ministério Público Eleitoral, em virtude da suposta prática de conduta vedada por parte dos recorridos, só tenha pedido a aplicação da sanção de multa, deve-se ter em mente que a competência para definir se o ilícito eleitoral ocorreu se preciso for, identificá-lo adequadamente e quais são as sanções aplicáveis (direito indisponível), observados os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do livre convencimento motivado, é desta Justiça especializada, como se observa da redação da Súmula nº 62/TSE. 4. Delineado esse quadro e **tendo em vista que o reconhecimento da conduta vedada análise abstrata pode, a depender**

da gravidade, ensejar a cassação dos mandatos eletivos estaduais dos agravados "nem toda conduta vedada, nem todo abuso do poder político acarretam a automática cassação de registro ou de diploma, competindo à Justiça Eleitoral exercer um juízo de proporcionalidade entre a conduta praticada e a sanção a ser imposta " (REspe nº 33645 /SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 17.4.2015 grifei) , o recurso cabível, de acordo com a Súmula nº 36/TSE, é o ordinário, não o especial, como erroneamente interposto.[...]" (AI nº 060161859, Rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho, DJE de 09/04/2021).

Feitas tais considerações, cumpre adentrar o núcleo da conduta vedada tipificada no art. 73, VII, da Lei n. 9.504/07, ou seja, no cerne da presente ação direta de constitucionalidade, que reside em saber se **a alteração na forma de cálculo da média dos gastos com publicidade institucional nos três anos anteriores ao ano eleitoral, nos moldes das alterações promovidas pela Lei n. 14. 356, de 31 de maio de 2022, vulnera: i) o princípio da anualidade (por implicar em alteração do processo eleitoral há menos de um ano das eleições gerais de 2022, nos termos do art. 16 da CF); ii) da isonomia ou paridade de armas entre os candidatos, da normalidade e legitimidade das eleições (art. 14, § 9º, da CF), bem como da moralidade administrativa (art. 37 da CF) , conforme alegado pelo autor desta ADI.**

Desde já adianto, que, no meu entender, a resposta, ao menos neste juízo de cognição sumária, sem prejuízo de um exame mais aprofundado quando do julgamento meritório, parece ser negativa.

Conquanto as condutas vedadas sejam tipificadas como ilícitos eleitorais, espécies do gênero "abuso do poder político ou de autoridade" não podem ser classificadas, *a priori*, como atos diretamente vinculados ao conceito de "processo eleitoral" para fins da garantia insculpida no art. 16 da Carta Política. Isso porque, no caso, não alteram as regras atinentes às candidaturas e aos direitos políticos assegurados no texto constitucional, bem como não implicam em violação aos direitos das minorias, visando, na essência, ao aprimoramento dos critérios do limite de gastos com publicidade no primeiro semestre do ano eleitoral.

Insta salientar que, conforme esclarecido nas informações prestadas pela Presidência da República, o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 4059/2021 foi antecedido de amplas discussões no âmbito do Congresso Nacional, inclusive no tocante à regra da anualidade.

Nesse ponto, o Senado Federal informou que a proposta de aplicabilidade das normas apenas em 2023 foi destacada e votada em

separado no Plenário, tendo sido rejeitada, por 36 votos a 29, demonstrando o entendimento da maioria dos senadores de que não há no caso em exame modificações no processo eleitoral.

Tal orientação guarda harmonia com o âmbito de proteção irradiada pelo princípio da anualidade eleitoral, porquanto a disciplina das condutas vedadas a agentes públicos em campanha, delineada na Lei das Eleições, consiste em uma série de vedações e limitações aos agentes públicos, considerados sensíveis no âmbito eleitoral, mas que não se enquadram no conceito de processo eleitoral.

Em diversas ocasiões, esta Suprema Corte pronunciou-se sobre o alcance do aludido princípio, fixando, a título de exemplo, que “não infringe o disposto no art. 16 da Constituição de 1988 (texto original) a cláusula de vigência imediata constante do art. 2º da Lei nº 8.037, de 25 de maio de 1990, que introduziu na legislação eleitoral normas relativas à apuração de votos” (ADI n. 354, Rel. Min. **Octavio Galloti**, DJ de 22/06/2001), pois, analisando-se o conceito e a amplitude do “processo eleitoral”, prevaleceu a concepção de que as novas disposições não evidenciariam “a surpresa da interferência na correlação das forças políticas, no equilíbrio das posições dos partidos e candidatos, nos elementos da disputa e de competição, bem como a quebra da isonomia”.

No âmbito acadêmico, tive a oportunidade de lançar algumas reflexões sobre o conceito de processo eleitoral, no artigo jurídico intitulado “As Novas Diretrizes do Direito Processual Brasileiro e o Processo Eleitoral”, em seu dúplice aspecto (substancial e processual), o qual se define, em sentido amplo, como “o conjunto de regras que disciplinam a participação de um cidadão na política e o acesso ao poder estatal”, destacando, ainda, que

“[e]m todas as fases do processo eleitoral brasileiro – gestão do cadastro eleitoral, filiação partidária, registro de candidatura, votação, apuração, proclamação do resultado e diplomação dos candidatos eleitos - há mecanismos para garantir a normalidade dos pleitos, a segurança do voto e a liberdade democrática. Por conta disso, o País se tornou referência mundial em eleições.” (TOFFOLI, J. A. D.; FERNANDES, L.M.C.F. *As Novas Diretrizes do Direito Processual Brasileiro e o Processo Eleitoral*. In: Daniel Castro Gomes da Costa; Gabriela Rollemberg; Karina Kufa e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. (Org.). **Tópicos Avançados de Direito Processual Eleitoral**. De acordo com a Lei n. 13.165/15 e com o Novo Código de Processo Civil. 1ed. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 27).

Nessa perspectiva, o regime das condutas vedadas, a meu ver, escapa aos institutos que integram o processo eleitoral, estruturado em atos e fases preordenadas voltadas para o pleno exercício dos direitos políticos, desdobrado na capacidade eleitoral ativa e passiva.

Mutatis mutandis, em julgado paradigmático sobre o postulado da anualidade, rememora-se o caso em que foi analisada a aplicabilidade das regras introduzidas pela Lei Complementar nº 135, a chamada Lei da Ficha Limpa, que, apesar de ter sido publicada em junho de 2010, somente passou a ser aplicada nas eleições de 2012, justamente por interferir, diretamente, no processo eleitoral ao ampliar os prazos e instituir novas cláusulas de inelegibilidade, ficando claro o *distinguishing* entre aquele precedente e o tema versado nestes autos.

Naquele julgamento, o Tribunal Superior Eleitoral, ao apreciar o primeiro caso concreto que discutiu o indeferimento de um registro de candidatura por inelegibilidade prevista na Lei da Ficha Limpa, entendeu que o diploma seria aplicável às eleições gerais de 2010, mesmo tendo sido publicado há menos de um ano da data das eleições.

No entanto, em sede de recurso extraordinário, prevaleceu o entendimento posterior do Supremo Tribunal Federal (STF) de que a norma não deveria ser aplicada ao pleito de 2010, em respeito ao artigo 16 da Constituição, assentando-se que “ **o princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o Poder Legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral** . A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação.” (RE 633703, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, Tribunal Pleno, DJe de 18.11.2011).

Tal julgamento evidenciou os contornos do real alcance e abrangência do conceito de processo eleitoral enquanto objeto da tutela constitucional e referência para interditar a atividade legislativa que implique em alterações casuísticas que possam surpreender os participantes do certame do pleito que se avizinha.

Por outro lado, na apreciação do referendo da medida cautelar na ADPF 738, sob a relatoria do e. Min. **Ricardo Lewandowski** (DJ de 29-10-2020), foi afastada a alegada ofensa ao princípio da anterioridade eleitoral no contexto das novas políticas afirmativas tendentes a incentivar a

apresentação de candidaturas de pessoas negras aos cargos eletivos nas disputas eleitorais que se travam em nosso país. Colhe-se, da ementa daquele julgado, a extensão da tutela albergada sob o manto da anterioridade, nos termos a seguir reproduzidos:

“REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. POLÍTICAS PÚBLICAS DE CARÁTER AFIRMATIVO. INCENTIVO A CANDIDATURAS DE PESSOAS NEGRAS PARA CARGOS ELETIVOS. VALORES CONSTITUCIONAIS DA CIDADANIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IGUALDADE EM SENTIDO MATERIAL. ORIENTAÇÕES CONSTANTES DE RESPOSTA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL À CONSULTA FORMULADA POR PARLAMENTAR FEDERAL. APLICAÇÃO IMEDIATA PARA AS PRÓXIMAS ELEIÇÕES. NÃO INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE OU ANUALIDADE (ART. 16 DA CF/1988). MERO PROCEDIMENTO QUE NÃO ALTERA O PROCESSO ELEITORAL. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA. I - Políticas públicas tendentes a incentivar a apresentação de candidaturas de pessoas negras aos cargos eletivos nas disputas eleitorais que se travam em nosso País, já a partir deste ano, prestam homenagem aos valores constitucionais da cidadania e da dignidade humana, bem como à exortação, abrigada no preâmbulo do texto magno, de construirmos, todos, uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, livre de quaisquer formas de discriminação. II - O princípio da igualdade (art. 5º, caput, da CF), considerado em sua dimensão material, pressupõe a adoção, pelo Estado, seja de políticas universalistas, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de políticas afirmativas, as quais atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo-lhes certas vantagens, por um tempo definido, com vistas a permitir que superem desigualdades decorrentes de situações históricas particulares (ADPF 186/DF, de minha relatoria). Precedentes. III – **O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que só ocorre ofensa ao princípio da anterioridade nas hipóteses de: (i) rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos ou candidatos no processo eleitoral; (ii) deformação que afete a normalidade das eleições; (iii) introdução de elemento perturbador do pleito; ou (iv) mudança motivada por propósito casuístico (ADI 3.741/DF, de minha relatoria). Precedentes .** IV - No caso dos autos, é possível constatar que o TSE não promoveu qualquer inovação nas normas relativas ao processo eleitoral, concebido em sua acepção estrita, porquanto não modificou a disciplina das convenções partidárias, nem os coeficientes eleitorais e nem tampouco a extensão do sufrágio universal. Apenas

introduziu um aperfeiçoamento nas regras relativas à propaganda, ao financiamento das campanhas e à prestação de contas, todas com caráter eminentemente procedimental, com o elevado propósito de ampliar a participação de cidadãos negros no embate democrático pela conquista de cargos políticos . V – Medida cautelar referendada.” (ADPF 738 MC-Ref, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe de 29-10-2020).

Na mesma linha intelectual, afastou-se o argumento em questão, quando questionada a instituição de barreira temporal para a divulgação de pesquisas eleitorais, por não se vislumbrar a deformação do processo eleitoral. Confira-se:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 11.300 /2006 (MINIRREFORMA ELEITORAL). ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI ELEITORAL (CF, ART. 16). INOCORRÊNCIA. MERO APERFEIÇOAMENTO DOS PROCEDIMENTOS ELEITORAIS. INEXISTÊNCIA DE ALTERAÇÃO DO PROCESSO ELEITORAL. PROIBIÇÃO DE DIVULGAÇÃO DE PESQUISAS ELEITORAIS QUINZE DIAS ANTES DO PLEITO. INCONSTITUCIONALIDADE. GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO LIVRE E PLURAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO DIRETA. I - **Inocorrência de rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral. II - **Legislação que não introduz deformação de modo a afetar a normalidade das eleições.** III - **Dispositivos que não constituem fator de perturbação do pleito.** IV - **Inexistência de alteração motivada por propósito casuístico.** V - **Inaplicabilidade do postulado da anterioridade da lei eleitoral .** VI - Direto à informação livre e plural como valor indissociável da ideia de democracia. VII - Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 35-A da Lei introduzido pela Lei 11.300/2006 na Lei 9.504/1997.”** (ADI 3741, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, Tribunal Pleno, DJ de 23/02/2007).

Para o jurista José Jairo Gomes, em sentido amplo,

“o processo eleitoral pode ser compreendido como espaço democrático e público de livre manifestação da vontade política coletiva. É o *locus* em que são concretizados direitos políticos fundamentais, nomeadamente as cidadanias ativa (*ius suffragii*) e passiva (*ius honorum*). Trata-se de fenômeno coparticipativo, em que

inúmeras pessoas e entes atuam cooperativamente em prol da efetivação da soberania popular e concretização do direito fundamental de sufrágio.

Mas não apenas isso: o processo eleitoral é também instrumento essencial de controle da normalidade e legitimidade das eleições e, portanto, das investidas político-eletivas. É por ele que se perfaz a ocupação consentida de cargos político-eletivos e o consequente exercício legítimo do poder estatal” (GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral** . 16 ed. São Paulo: Atlas, 2020, pag. 362).

Não se vislumbra, outrossim, ofensa ao postulado da isonomia ou igualdade de chances entre os candidatos, na medida em que **as regras questionadas nesta ADI não traduzem um salvo conduto para o aumento de despesas, desvios de finalidade ou utilização da publicidade institucional em benefício de partidos e candidatos** , limitando-se a alterar os critérios de aferição da média de gastos efetuados sob essa rubrica, além de prever índice de correção monetária e permitir a realização de propaganda direcionada à pandemia da COVID-19 sem prejudicar outras campanhas de interesse público.

Esta Corte já se pronunciou sobre a natureza jurídica das condutas vedadas no julgamento da ADI n. 3.305 em relação ao art. 77 da Lei n. 9.504 /97, na qual o e. Relator, Min. **Eros Grau** , consignou não se tratar de nova condição de elegibilidade, afastando, sob tal argumento, a tese de violação princípio da isonomia dos *players* da competição eleitoral – um dos argumentos apresentados na inicial desta ADI. Trago à colação a ementa do aludido precedente:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 77 DA LEI FEDERAL N. 9.504/97. PROIBIÇÃO IMPOSTA AOS CANDIDATOS A CARGOS DO PODER EXECUTIVO REFERENTE À PARTICIPAÇÃO EM INAUGURAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS NOS TRÊS MESES QUE PRECEDEM O PLEITO ELETIVO. SUJEIÇÃO DO INFRATOR À CASSAÇÃO DO REGISTRO DA CANDIDATURA. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. ARTIGO 5º, CAPUT E INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INOCORRÊNCIA. 1. A proibição veiculada pelo preceito atacado não consubstancia nova condição de elegibilidade. Precedentes. 2. **O preceito inscrito no artigo 77 da Lei federal n. 9.504 visa a coibir abusos, conferindo igualdade de tratamento aos candidatos, sem afronta ao disposto no artigo 14, § 9º, da Constituição do Brasil** . 3. A alegação de que o artigo impugnado violaria o princípio da isonomia

improcede. A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais. 4. Os atos normativos podem, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. É necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.” (ADI 3305, Rel. Min. **Eros Grau**, Tribunal Pleno, DJ de 24/11/2006).

Delineado esse panorama doutrinário e jurisprudencial, não se pode afirmar que a matéria versada na Lei n. 14.356/2022 esteja compreendida na acepção de processo eleitoral para fins de incidência da barreira erigida pelo art. 16 da Constituição Federal, sobretudo porque, **em caso de eventuais abusos, estes serão devidamente apurados pela Justiça Eleitoral, nos termos do art. 4º da Lei n. 14.356/2022**, que assim preceitua, *in verbis*:

“Art. 4º Não se sujeita às disposições dos incisos VI e VII do caput do art. 73 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, a publicidade institucional de atos e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais e de suas respectivas entidades da administração indireta destinados exclusivamente ao enfrentamento da pandemia causada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e à orientação da população quanto a serviços públicos relacionados ao combate da pandemia, **resguardada a possibilidade de apuração de eventual conduta abusiva, nos termos da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**.” (grifei)

Procedendo a uma recapitulação histórica da conduta descrita no art. 73, VII, da Lei n. 9.504/95, rememora-se que, antes da reforma promovida pela Lei n. 13.165/2015, a dicção do dispositivo previa o cálculo das médias dos gastos com publicidade nos três anos anteriores ao ano eleitoral, alterando-se o critério para a média semestral. Com a alteração promovida pelo Lei 13.165/2015, a norma passou a ter a seguinte redação:

“Art. 73. [...]

VII - realizar, no primeiro semestre do ano de eleição, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, **que excedam a média dos gastos no primeiro semestre dos três últimos anos que antecedem o pleito** ;”

E o que vem dispor a nova dicção da norma em apreço?

O dispositivo substitui a expressão “despesas” pelo termo técnico “empenho”, e, no lugar da “média dos gastos no primeiro semestre dos três últimos anos que antecedem o pleito”, estabelece o critério de “6 (seis) vezes a média mensal dos valores empenhados e não cancelados nos 3 (três) últimos anos que antecedem o pleito”. Vejamos:

“Art. 73. [...]

VII - **empenhar**, no primeiro semestre do ano de eleição, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, **que excedam a 6 (seis) vezes a média mensal dos valores empenhados e não cancelados nos 3 (três) últimos anos que antecedem o pleito ;**” (Redação conferida pela Lei 14.356/2022)

Verifica-se, na verdade, um **aprimoramento técnico** na redação da norma, o que encontra ressonância na doutrina de José Jairo Gomes, nos seguintes termos:

“Outro importante ponto a ser esclarecido na regra em comento diz respeito à definição do ato relevante para a caracterização da conduta vedada. O texto legal emprega as expressões “realizar despesas” e “gastos”. Sabe-se, porém, que despesa é termo genérico, denotando os procedimentos de empenho, liquidação e pagamento. Pelo empenho, é autorizada a contratação de uma obrigação e a realização de uma despesa, indicando-se no orçamento montante pecuniário bastante para o seu adimplemento” (**op. cit.**, p. 803).

Como observado nesta análise, o critério da “ **média dos gastos no primeiro semestre dos três últimos anos que antecedem o pleito**” foi substituído pelo critério de “6 (seis) vezes a média mensal dos valores empenhados e não cancelados nos 3 (três) últimos anos que antecedem o pleito”.

Neste particular, parecem razoáveis as informações prestadas pela Câmara dos Deputados no sentido de que: a) o texto anterior, ao considerar a média do primeiro semestre dos três últimos anos, **permitia ao gestor “inflar” artificialmente o limite, concentrando as despesas com publicidade dos anos anteriores no primeiro semestre ;** b) **o multiplicador de seis vezes não deve causar estranhamento, porque a média adotada passou a ser mensal, de modo que, multiplicada por seis, gera um parâmetro semestral .**

No âmbito jurisprudencial, tendo em vista *a ratio essendi* da norma, que visa refrear gastos excessivos ou desproporcionais com publicidade institucional em ano eleitoral, buscando mantê-los dentro da média “dos semestres anteriores”, o Tribunal Superior Eleitoral já proferiu orientação no sentido de que **o critério não poderia ser apenas o das médias anuais, semestrais ou anuais**, mas, sim, **o da proporcionalidade, de forma a evidenciar, no caso concreto, a realização de gastos excessivos**, em detrimento dos valores e bens jurídicos tutelados pelo Direito Eleitoral.

A propósito, colaciono elucidativo precedente daquela Corte Superior:

“ELEIÇÕES 2012. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CONDOTA VEDADA. GASTOS EXCESSIVOS COM PUBLICIDADE INSTITUCIONAL NO PRIMEIRO SEMESTRE DO ANO DA ELEIÇÃO. ABUSO DE PODER POLÍTICO/AUTORIDADE. DESVIRTUAMENTO DA PUBLICIDADE INSTITUCIONAL NO PRIMEIRO SEMESTRE DO ANO DA ELEIÇÃO.

[...]

2. Com base na compreensão da reserva legal proporcional, nem toda conduta vedada e nem todo abuso do poder político acarretam a automática cassação de registro ou de diploma, competindo à Justiça Eleitoral exercer um juízo de proporcionalidade entre a conduta praticada e a sanção a ser imposta.

3. O Tribunal Regional Eleitoral concluiu pela cassação do diploma, declaração de inelegibilidade e aplicação de multa com fundamento em conduta vedada (extrapolação dos gastos com publicidade institucional) e abuso do poder político (desvirtuamento da publicidade institucional).

4. **Conduta vedada e gastos com publicidade institucional: os gastos com publicidade institucional não podem ultrapassar a média dos três anos anteriores ou a do ano imediatamente anterior à eleição - art. 73, inciso VII, da Lei nº 9.504/1997. A compreensão sistemática das condutas vedadas, que busca justamente tutelar a igualdade de chances na perspectiva da disputa entre candidatos, leva à conclusão de que, no primeiro semestre do ano da eleição, é autorizada a veiculação de publicidade institucional, respeitados os limites de gastos dos últimos três anos ou do último ano, enquanto, nos três meses antes da eleição, é proibida a publicidade institucional, salvo exceções (art. 73, inciso VI, alínea b, da Lei nº 9.504/1997). Consequentemente, os gastos com publicidade institucional, no ano de eleição, serão concentrados no primeiro semestre, pois no segundo semestre, além das limitações, algumas publicidades dependem de autorização da Justiça Eleitoral. O critério a ser utilizado não pode ser**

apenas as médias anuais, semestrais ou mensais, nem mesmo a legislação assim fixou, mas o critério de proporcionalidade. O acórdão regional demonstra que os gastos no primeiro semestre de 2012 (R\$1.340.891,95 - um milhão, trezentos e quarenta mil, oitocentos e noventa e um reais e noventa e cinco centavos) representaram aproximadamente: 68% dos gastos realizados em 2011 (R\$1.958.977,91 - um milhão, novecentos e cinquenta e oito mil, novecentos e setenta e sete reais e noventa e um centavos), 24% a mais do que os realizados em 2010 (R\$1.079.546,97 - um milhão, setenta e nove mil, quinhentos e quarenta e seis reais e noventa e sete centavos) e 94% dos gastos do ano de 2009 (R\$1.415.633,93 - um milhão, quatrocentos e quinze mil, seiscentos e trinta e três reais e noventa e três centavos), o que dispensa maiores cálculos matemáticos acerca da evidente desproporcionalidade das despesas com publicidade institucional no primeiro semestre de 2012, a revelar quebra da igualdade de chances. Some-se a isso o fundamento ressaltado pelo acórdão regional de que "os números demonstram que os gastos em excesso foram bastante expressivos, superiores a 80% (oitenta por cento) do valor autorizado por lei, o que torna a conduta ainda mais grave" (fl. 356).

5. Abuso de poder político no desvirtuamento da publicidade institucional: o princípio da publicidade, que exige o direito e o acesso à informação correta dos atos estatais, entrelaça-se com o princípio da impessoalidade, corolário do princípio republicano. A propaganda institucional constitui legítima manifestação do princípio da publicidade dos atos da administração pública federal, desde que observadas a necessária vinculação a temas de interesse público - como decorrência lógica do princípio da impessoalidade - e as balizas definidas no art. 37, § 1º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual, "a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos" . Enquanto a propaganda partidária é um canal de aproximação entre partidos e eleitores, disponível a todas as agremiações registradas no Tribunal Superior Eleitoral, a publicidade institucional de municípios é uma ferramenta acessível ao Poder Executivo local e sua utilização com contornos eleitorais deve ser analisada com rigor pela Justiça Eleitoral, sob pena de violação da ideia de igualdade de chances entre os contendores - candidatos -, entendida assim como a necessária concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, sem a qual fica comprometida a própria essência do processo democrático. Acórdão regional que demonstra concretamente grave desvirtuamento da publicidade institucional. É inviável o reenquadramento jurídico dos fatos.

6. Desprovimento do recurso."

(Respe nº 336-45/SC, Rel. Min. **Gilmar Mendes** , DJe de 24/03 /2015).

Não se pode afirmar, portanto, com o juízo de verossimilhança, exigido para a concessão da medida cautelar pretendida nestes autos, que a alteração da fórmula de apuração da média de gastos vá implicar, necessariamente, um aumento desproporcional de recursos com publicidade institucional, revelando-se bastante plausíveis as justificativas que embasaram a alteração legislativa, quais sejam: a) a atualização da norma para o contexto atual repleto de consequências deixadas por dois anos de combate à pandemia; b) a concentração dos gastos pelos estados e municípios no primeiro semestre de cada ano, distorcendo a média de gastos e c) que a grave crise sanitária enfrentada nos últimos anos fez com que as verbas de publicidade institucional fossem direcionadas ao combate da pandemia, especialmente em campanhas educativas e de vacinação, o que reduziu e prejudicou a publicidade direcionada a outros temas de utilidade pública, igualmente relevantes para a sociedade.

Vale refletir, que, nessa mesma senda, foi editada a **Emenda Constitucional n. 107/2020** , estabelecendo que

“no segundo semestre de 2020, poderá ser realizada a publicidade institucional de atos e campanhas dos órgãos públicos municipais e de suas respectivas entidades da administração indireta destinados ao enfrentamento à pandemia da Covid-19 e à orientação da população quanto a serviços públicos e a outros temas afetados pela pandemia, resguardada a possibilidade de apuração de eventual conduta abusiva nos termos do art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990”.

Por outro lado, o disposto no art. 4º do aludido diploma visa a resguardar recursos para a publicidade institucional destinada ao enfrentamento da pandemia causada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e à orientação da população quanto a serviços públicos relacionados ao combate da pandemia, assegurada a possibilidade de apuração de eventual conduta abusiva, nos termos da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Por isso, entendo ser legítima a opção legislativa no sentido de fortalecer o esclarecimento e o combate das graves consequências que ainda assolam todo o país diante da grave crise sanitária deflagrada pela COVID-19.

Logo, considerado o contexto em que editada a 14.356, de 31 de maio de 2022, não se pode deduzir, pela mera alteração nos critérios do cálculo da média de gastos com publicidade institucional no primeiro semestre do ano eleitoral, que a alteração legislativa vai alterar a dinâmica ou o equilíbrio e a legitimidade do processo eleitoral em curso ou que vulnere o princípio da moralidade administrativa, o que afasta o requisito do *fumus boni juris* e, por conseguinte, inviabiliza a concessão da pretendida medida cautelar.

Do mesmo modo, também não se constata, neste juízo sumário, inerente às pretensões de natureza liminar, o requisito da plausibilidade do direito vindicado na inicial, sem prejuízo de proceder a um juízo mais verticalizado da matéria por ocasião do julgamento definitivo.

Ante o exposto, **indefiro a medida cautelar** postulada nos autos da presente ação direta de inconstitucionalidade.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 24/05/2022