

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

Nicolas Alan Gabe

**O FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS POLÍTICAS NA PERSPECTIVA DO
DIREITO E SEUS FUNDAMENTOS NA FILOSOFIA POLÍTICA DE JOHN RAWLS**

Porto Alegre

2016

Nicolas Alan Gabe

**O FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS POLÍTICAS NA PERSPECTIVA DO
DIREITO E SEUS FUNDAMENTOS NA FILOSOFIA POLÍTICA DE JOHN RAWLS**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Baptista Caruso
MacDonald

Porto Alegre

2016

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso objetiva analisar duas decisões constitucionais paradigmáticas para o campo jurídico do financiamento de campanhas eleitorais. A primeira delas é *Citizens United v. Federal Election Commission*, de 2010, emanada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. O outro julgamento se refere à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, de 2015, julgada pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil. O exame desses julgados procurou identificar seus principais fundamentos para que, posteriormente, se pudesse observar de que modo a literatura jurídico-filosófica compreende cada um deles. Após constatar uma forte carga principiológica na motivação dos colegiados, representada pelos princípios constitucionais da liberdade de expressão e da igualdade de oportunidade, optou-se pelo filósofo político John Rawls como referencial teórico principal, mormente pela sua obra *Political Liberalism*, de 1993. Reconheceu-se, ao fim, que o melhor ponto de partida para uma regulação sobre financiamento de campanhas é o ideal da Justiça e não o da Ordem, porquanto um debate público arrazoado necessita de participação equitativa e de igual liberdade política, o que somente se obtém com uma perspectiva material da igualdade de oportunidade.

PALAVRAS-CHAVE: financiamento eleitoral; direito constitucional; igualdade de oportunidade; liberdade de expressão; filosofia política.

ABSTRACT

This term paper intend to investigate two paradigmatic constitutional decisions for the legal field of campaign financing. The first one is *Citizens United v. Federal Election Commission*, of 2010, from the Supreme Court of the United States of America. The other judgment refers to the Direct Unconstitutionality Action no. 4650, of 2015, ruled by the Federal Supreme Court of Brazil. The review of these verdicts sought to identify their main foundations so that it could later be observed in which way the philosophical-legal literature comprehends each of these bases. After certifying a strong principled bias in the motivation of the courts, represented by the constitutional principles of freedom of expression and equality of opportunity, the political philosopher John Rawls was chosen as the main theorist of this work, mainly because of his book *Political Liberalism*, of 1993. In the end, it was acknowledged that the best starting point for a regulation on campaign financing is the ideal of Justice and not the ideal of Order, due to the fact that a reasoned public debate needs fair participation and equal political liberty, which can only be obtained through a material perspective of equality of opportunity.

KEYWORDS: campaign financing; constitutional law; equality of opportunity; freedom of expression; political philosophy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
1.1 JUSTIFICATIVA DO TEMA.....	9
1.2 REFERENCIAL TEÓRICO.....	9
2 PARTE I – AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS	12
2.1 CITIZENS UNITED V. FEC – SUPREMA CORTE AMERICANA.....	12
2.1.1 Relato fático do caso.....	14
2.1.2 Opinião da Corte – Justice Kennedy.....	14
2.1.3 Justice Roberts	22
2.1.4 Justice Scalia	23
2.1.5 Justice Stevens.....	24
2.1.5.1 Anticorrupção.....	29
2.1.5.2 Antidistorção	30
2.1.5.3 Proteção dos acionistas.....	32
2.1.6 Justice Thomas.....	33
2.2 ADI Nº 4.650/DF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	33
2.2.1 Ministro Luiz Fux (Relator).....	34
2.2.2 Ministro Joaquim Barbosa	36
2.2.3 Ministro Dias Toffoli	37
2.2.4 Ministro Luís Roberto Barroso	38
2.2.5 Ministro Teori Zavascki (Voto-Vista)	39
2.2.6 Ministro Marco Aurélio	41
2.2.7 Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente).....	41
2.2.8 Ministro Gilmar Mendes (Voto-Vista)	42
2.2.9 Ministra Rosa Weber	45
2.2.10 Ministra Carmen Lúcia	46
2.2.11 Ministro Celso de Mello	47
3 PARTE II – PRINCIPAIS TÓPICOS LEVANTADOS PELAS DECISÕES	48
3.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	48
3.1.1 Robert Post e a integridade eleitoral	48
3.1.2 Timothy Kuhner e o conflito entre capitalismo e democracia.....	53
3.1.3 Pessoas jurídicas e liberdade de expressão.....	57
3.1.3.1 Post.....	57
3.1.3.2 Kuhner.....	61

3.1.4	John Rawls e a ideia da razão pública.....	70
3.2	IGUALDADE DE OPORTUNIDADE.....	74
3.2.1	John Rawls.....	74
3.2.2	Robert Post	83
3.2.3	Timothy Kuhner	84
3.2.4	Jacob Rowbottom.....	87
3.2.5	Joshua Cohen, Jon Elster e Michael Walzer	88
4	CONCLUSÃO	92
	REFERÊNCIAS.....	95

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se com esta monografia abordar a política enquanto fenômeno que cria e elabora o direito positivo ao mesmo tempo em que se submete à organização e ao controle por ele engendrados. Trata-se de vislumbrar a questão de como se apresenta o debate político e de como seus limites são regulados pelo direito. De forma específica, importa que se cuide do tema do financiamento de campanhas políticas, já que esse momento do processo eleitoral é etapa fundamental do debate político, que irá necessariamente influenciá-lo posteriormente. Cuida-se de explorar o regramento do modo como os partidos políticos e os candidatos angariam recursos financeiros para operacionalizar os gastos com as campanhas eleitorais. Nesse sentido, as grandes discussões acerca dessa temática dizem respeito às fontes de financiamento, principalmente no que concerne à legitimidade das pessoas jurídicas para participarem como financiadoras de candidatos e partidos políticos. Outros aspectos debatidos giram em torno da escolha de percentuais máximos de entrada de recursos privados e públicos para gastos de campanha, além da problemática das despesas com propaganda política e outros discursos eleitoreiros. Não obstante, difícil retratar a matéria sem que se indague pelos fundamentos filosóficos da regulamentação do financiamento de campanhas políticas, com o que o trabalho se estende ao campo da filosofia política para demonstrar a *ratio legis* das diferentes normas sobre o assunto.

O problema de pesquisa foi delimitado a partir de uma inquietação a respeito do ponto de partida que fundamenta e direciona a criação, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas eleitorais no âmbito do financiamento de campanhas políticas. Nesse viés, e considerando que o direito é um saber prático, busca-se, então, a partir dos sentidos alcançados na pesquisa teórica, levantar hipóteses sobre qual o princípio governante que mais apropriadamente deve ser visado pelas normas eleitorais relativas ao tema do financiamento de campanhas eleitorais: a Justiça ou a Ordem. Sendo a primeira compreendida enquanto um sentido material de igualdade, porque preocupada com as condições de fundo da vida social que implicam em diferentes oportunidades; e a segunda como um sentido formal de igualdade, pois se contenta com uma igual consideração das pessoas perante a ordem jurídica. Para poder construir respostas a essa indagação, propõe-se uma análise comparativa de

recentes e paradigmáticas decisões dos tribunais constitucionais dos Estados Unidos (Suprema Corte dos Estados Unidos) e do Brasil (Supremo Tribunal Federal).

A metodologia de elaboração do trabalho de conclusão de curso foi, basicamente, a revisão bibliográfica e a análise de julgamentos relevantes ao escopo da pesquisa. A partir da opção por esse método, e para melhor sistematizar os tópicos escrutinados, a investigação dividiu-se em duas etapas basilares. A primeira enfatizou a leitura e o resumo dos acórdãos dos tribunais constitucionais examinados, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal do Brasil na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF, de 2015, e a Suprema Corte dos Estados Unidos da América na decisão de *Citizens United v. Federal Election Commission*, de 2010. Essas cortes supremas foram selecionadas, primeiramente, em virtude da maior semelhança entre os sistemas de governo e as formas de Estado dos dois países (presidencialismo e federalismo, respectivamente). Ademais, percebeu-se uma similaridade na extensão de recursos gastos em campanhas políticas e nas próprias características geográficas, como o tamanho do território. Por fim, também motivaram a escolha os resultados sensivelmente opostos entre os dois colegiados. A segunda etapa, por sua vez, consistiu no exame crítico dos principais pontos que foram cuidados nos julgamentos, a partir tanto da literatura jurídica e de ciência política a respeito desses julgados quanto da obra de John Rawls, cujo livro *Political Liberalism* foi a principal fonte de respostas práticas ao problema que se pretende responder.

Com base nos desenvolvimentos da teoria de John Rawls sobre uma concepção política de justiça, uma resposta possível ao problema exsurgiu. Avaliando-se a perspectiva material da igualdade de oportunidade como a mais idônea aos fins buscados pelos pleitos eleitorais democráticos, segue-se que, no âmbito do financiamento eleitoral, é imperiosa a necessidade de escolher a Justiça, e não a Ordem, como o princípio dirigente das regras jurídicas na matéria. A Ordem não consegue, pois, garantir o imprescindível equilíbrio na partida que deve ser visado por uma disputa eleitoral que se pretenda democrática. Ademais, como corolário dessa posição de caráter equitativo, se faz necessário separar as esferas política e econômica, de modo a contribuir para a racionalização do debate político. Essa segunda hipótese fundamental entende que uma legislação relativa ao financiamento de campanhas deve buscar a racionalidade do debate político, no sentido de afastar elementos inapropriados nas discussões, como a situação econômica e social dos participantes.

1.1 JUSTIFICATIVA DO TEMA

Cuida-se de um tema que vem recebendo ultimamente muita atenção dos teóricos do Direito e dos próprios profissionais que atuam na prática jurídica. Há um especial empenho dos tribunais constitucionais, visto que a matéria do financiamento de campanhas políticas enquadra-se no rol dos interesses estatais mais fundamentais e que, por isso, leva a desdobramentos constitucionais. Apresenta, de fato, forte conexão com a teoria e a prática democrática. Uma democracia que não tenha um tratamento satisfatório no tema dificilmente conviverá sem graves defeitos e distorções.

Outra situação que despertou o interesse pelo problema foi a realidade fática de aplicação dos regramentos eleitorais sobre o tema, sobretudo no Brasil, mas também nos Estados Unidos. As estatísticas produzidas, inclusive por órgãos do Poder Judiciário como o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), conduzem a um espanto acerca da magnitude de recursos econômicos movimentados em campanhas para que candidatos sejam eleitos. Outrossim, a corrupção, considerada como uma prática perniciosa e disseminada, está sendo cada vez mais conectada a falhas no sistema de financiamento eleitoral.

1.2 REFERENCIAL TEÓRICO

Dois grupos de referenciais teóricos distintos constituem o embasamento dos argumentos expostos no desenvolvimento do trabalho. Um primeiro grupo compõe-se de autores que escreveram em torno das decisões das cortes supremas supramencionadas, principalmente Robert Post e Timothy Kuhner. O outro grupo abarca pensadores da teoria democrática e da filosofia política, no qual estão compreendidos, entre outros, John Rawls, Jacob Rowbottom e Joshua Cohen.

Contudo, não farão parte do escopo deste trabalho questões processuais relativas aos julgamentos constitucionais, como a competência dessas cortes para julgar matérias de alto caráter político, mesmo que possam ter influenciado no resultado dos pronunciamentos jurisdicionais. Embora se faça uso do instrumental da filosofia política, a ideia é precipuamente ressaltar a forte carga valorativa incidente nas escolhas legislativas e judiciais na matéria, uma vez que as decisões dos

Tribunais Constitucionais analisados estão, sobremaneira, assentadas em princípios. Desse modo, apesar de alguns referenciais filosóficos, a pesquisa pretenderá manter pontos de conexão contínuos com os casos examinados e o direito positivo dos Estados brasileiro e norte-americano.

Robert C. Post, no livro *Citizens Divided: Campaign Finance Reform and the Constitution*, faz tanto uma exposição histórica a respeito da ideia de autogoverno na América quanto uma análise da decisão da Suprema Corte no caso *Citizens United*. A ideia do constitucionalista norte-americano é mostrar que alguns interesses persuasivos que um Estado pode lançar mão para regular o financiamento de campanhas políticas não apresentam a força argumentativa esperada. Esses interesses estatais ou governamentais que não demonstrariam relevância para a regulação do financiamento são três: a promoção da igualdade, a remoção de distorções e a eliminação da corrupção. Haveria, porém, um interesse primordial que não teria sido apreciado pela Suprema Corte, qual seja, a integridade eleitoral. Estar-se-ia diante de um vetor essencial para a compreensão da necessidade de um Estado reger o sistema de financiamento eleitoral e que se fundamenta na perspectiva da legitimidade democrática, a qual configuraria uma questão de fato, dependente de uma avaliação subjetiva dos cidadãos. Post busca, então, reconciliar as duas perspectivas que se confrontaram na decisão da Suprema Corte, quais sejam, a da representatividade e a da liberdade de expressão (Primeira Emenda).

Timothy K. Kuhner, em *Capitalism v. Democracy: Money in Politics and the Free Market Constitution*, aborda o problema da influência do dinheiro no campo da política. Trata-se de uma perspectiva que intenta depreender a gênese de determinadas falhas no sistema político a partir de uma análise do que vem ocorrendo com a área do direito denominada financiamento eleitoral ou financiamento de campanhas. O autor pretende ressaltar a centralidade de questões ligadas à legitimidade democrática, porquanto percebe diversas impropriedades na política norte-americana que derivariam da subversão produzida por agentes econômicos no âmbito democrático-político. Essa distorção de conceitos e princípios tradicionais da democracia seria fruto ainda de decisões tomadas, sobretudo, pela Suprema Corte Americana, as quais acabaram, na perspectiva de Kuhner, por “derrotar” a reforma do financiamento de campanhas.

John Rawls é o principal referencial teórico deste trabalho de conclusão de curso e sua obra mais consultada foi *Political Liberalism*, cuja primeira edição é de

1993. A escolha desse filósofo político levou em conta a sua proposta de construir uma concepção política de justiça para uma sociedade pluralista, ou seja, com diferentes concepções filosóficas, morais e religiosas. Nesse sentido, um dos objetivos fundamentais da obra é buscar uma “base pública de justificação”, representada pela própria concepção de justiça, e que se destina a resolver as diferenças entre os cidadãos em questões políticas fundamentais. Traduz, assim, a tentativa de estabelecer um plano comum de debates entre posições morais, filosóficas e religiosas razoáveis mas conflitantes. Como implicação desses elementos, Rawls elabora a figura da igualdade de oportunidade no campo político, denominada, nessa esfera, de valor equitativo das liberdades políticas, que condena desigualdades em oportunidades de possuir cargos públicos e de influenciar decisões políticas.

Jacob Rowbottom, no livro *Democracy Distorted: Wealth, Influence and Democratic Politics*, também vislumbra a necessidade de se identificar o papel da riqueza em uma democracia, assim como Timothy Kuhner. O enfoque de Rowbottom, porém, está direcionado ao valor da igualdade política e na forma como este ideal está retratado em diferentes modelos democráticos. O autor estabelece distinções interessantes de categorias, de que são exemplos os “democratas procedimentais” (o que importaria seria o procedimento e não a correção do resultado) e os “democratas constitucionais” (o conteúdo das decisões coletivas deveria tratar as pessoas como iguais), bem como a “igualdade política formal” (demanda a inexistência de impedimentos legais de participação política, sem se preocupar com questões de fundo) e a “igualdade política substancial” (exige efetiva oportunidade de influência em decisões políticas, com os meios para tanto).

2 PARTE I – AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Para iniciar o desenvolvimento deste trabalho de conclusão de curso, é preciso antes de tudo contextualizar e relatar as duas decisões de caráter constitucional que servem de base para a construção argumentativa da investigação. Trata-se de vislumbrar os aspectos fáticos e jurídicos que estão presentes na decisão da Suprema Corte Americana no caso *Citizens United v. Federal Election Commission*, de 2010, e no julgamento da ADI nº 4.650/DF pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de 2015. Por opção, esses julgados serão expostos em ordem cronológica.

Como referido na seção introdutória desta monografia, os resultados a que chegaram essas cortes supremas foram sensivelmente diversos. Enquanto a decisão da corte norte-americana se enquadra como um desfecho para uma jurisprudência recente de flexibilização e desregulamentação do financiamento de campanhas, o tribunal brasileiro estabeleceu um novo marco na ordem jurídica pátria a respeito da legislação sobre o tema. Em suma, ao passo que o STF proibiu a participação de pessoas jurídicas no financiamento eleitoral, a Suprema Corte permitiu maior influência de corporações (empresas) e de sindicatos no pleito eleitoral.

2.1 CITIZENS UNITED V. FEC – SUPREMA CORTE AMERICANA

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Citizens United v. Federal Election Commission*¹ é datada de 21 de janeiro de 2010. Cuida-se, na origem, de recurso (*appeal*) oriundo da Corte Distrital dos Estados Unidos para o Distrito de Columbia. Participaram do julgamento os Justices Kennedy (encaminhou a opinião da Corte), Roberts, Scalia, Alito e Thomas, os quais compuseram a maioria; além de Stevens, Ginsburg, Breyer e Sotomayor, que, por sua vez, compuseram a parte dissidente. Portanto, enfrentou-se uma questão altamente disputada, dado o resultado de 5 votos contra 4.

No centro da disputa estava a legislação denominada *Bipartisan Campaign Reform Act* de 2002 (BCRA), que, por meio de seu §203, emendou a legislação federal. Esta, então, passou a proibir corporações e sindicatos de usar seus recursos

¹ *Federal Election Commission* (FEC) é a agência administrativa do governo dos Estados Unidos da América responsável pela regulação e fiscalização das eleições federais.

de tesouro geral (patrimônio ordinário) para fazer despesas independentes a discurso que seja comunicação de campanha eleitoral ou a discurso que expressamente defenda a eleição ou a derrota de um candidato. O §441b do Título Segundo do Código dos Estados Unidos (2 U. S. C²) define o que deve ser entendido por “comunicação de campanha eleitoral”, nos seguintes termos:

An electioneering communication is any broadcast, cable, or satellite communication that refers to a clearly identified candidate for Federal office and is made within 30 days of a primary election and that is publicly distributed³.

Para a situação de um candidato para Presidente, considera-se publicamente distribuída a comunicação se esta apresenta a possibilidade de atingir 50 mil indivíduos ou mais, em um estado no qual uma eleição primária esteja ocorrendo dentro de 30 dias.

Caso queiram realizar essas ações (expressa defesa de candidato ou propósitos de comunicação de campanha eleitoral), corporações e sindicatos podem estabelecer um Comitê de Ação Política, do inglês *Political Action Comitee* (PAC). Esse mecanismo consiste em um fundo segregado criado pela corporação ou pelo sindicato e que recebe dinheiro somente de acionistas e empregados ou, no caso de sindicatos, dos seus membros.

São dois os principais precedentes que poderiam, a princípio, ser aplicados à situação concreta: *McConnell* e *Austin*. De acordo com a opinião prevalecente do colegiado, no precedente *McConnell v. Federal Election Comm’n*, a Corte teria sustentado limites nas comunicações de campanha eleitoral em um desafio frontal (*facial challenge*⁴), embasada na posição feita no precedente *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* de que o discurso político poderia ser proibido baseado na identidade corporativa do orador.

² O U. S. C (*United States Code*) é uma codificação de leis federais norte-americanas. O Título Segundo versa a respeito das funções do Congresso.

³ Uma comunicação de campanha eleitoral é qualquer comunicação na TV aberta, a cabo ou por satélite que se refere a um candidato a cargo federal claramente identificado e que é feita nos 30 dias anteriores de uma eleição primária e que é publicamente distribuída. *Tradução nossa*. Página 1 da decisão.

⁴ Espécie de ação constitucional que visa declarar que a legislação questionada é sempre inconstitucional, em todos os casos.

2.1.1 Relato fático do caso

Em janeiro de 2008, a empresa sem fins lucrativos *Citizens United*, lançou um documentário, de nome *Hillary*, crítico a então Senadora Hillary Clinton, candidata para a nomeação presidencial do partido Democrata. A corporação pretendeu divulgar esse filme na TV aberta e a cabo, bem como disponibilizá-lo por *video-on-demand* (vídeo sob demanda). Essa empresa alegou, por temer sofrer responsabilização civil e penal, em medida cautelar declaratória e injuntiva no mês de dezembro de 2007, ser inconstitucional a legislação do BCRA aplicável ao documentário e a suas propagandas. A Corte Distrital, porém, negou para a *Citizens United* uma injunção preliminar e garantiu à parte apelada (FEC) um julgamento sumário.

2.1.2 Opinião da Corte – Justice Kennedy

Citizens United argumentou, primeiramente, que o documentário *Hillary* não seria uma comunicação de campanha eleitoral, por lhe faltar o requisito de distribuição pública. No entanto, essa alegação não foi procedente, na opinião da Corte, porque se levaria em conta o número de pessoas que poderiam receber uma transmissão a cabo. No caso do filme, seriam 34,5 milhões de pessoas, o que superaria tranquilamente o parâmetro exigido para a hipótese de candidato à Presidência (50 mil). A Corte tampouco aceitou a interpretação sugerida de que somente se levasse em conta os potenciais eleitores ou votantes, porquanto:

The First Amendment does not permit laws that force speakers to retain a campaign finance attorney, conduct demographic marketing research, or seek declaratory rulings before discussing the most salient political issues of our day⁵

O documentário *Hillary* se enquadrou, pois, na regra do §441b, na medida em que se mostrou um equivalente funcional à defesa expressa. Isto é, não há outra interpretação razoável além de votar a favor ou contra certo candidato. Igualmente, não foi considerada cabível pela Suprema Corte a alegação de que a exibição sob

⁵ A Primeira Emenda não permite que leis obriguem os oradores a ter um advogado especializado em financiamento de campanhas, a conduzir pesquisas de mercado demográficas ou a buscar decisões declaratórias antes de discutir os mais salientes assuntos políticos do dia. *Tradução nossa*. Página 14 da decisão.

demanda seria menos prejudicial do que a transmissão televisiva, porque isso exigiria que os tribunais redesenhassem linhas constitucionais sobre quais meios de comunicação podem ser usados, ou não, na discussão política. O Poder Judiciário, nesse sentido, também estaria vinculado à Primeira Emenda⁶ e, em virtude dos padrões interpretativos oriundos dessa Emenda, deveria se conceder o benefício de qualquer dúvida em favor da proteção do discurso. Ademais, a empresa *Citizens United* não estaria abrangida por nenhuma exceção ao §441b (exceção do precedente *MCFL*, Emenda *Snow-Jeffords*, exceção *de minimis*), bem como o colegiado optou por não criar uma exceção à proibição de despesas em comunicação de campanha eleitoral por empresa sem fins lucrativos, financiada amplamente por indivíduos, ainda que tenha sido provocado pelas partes litigantes.

Consoante o Precedente *MCFL*, são inconstitucionais as restrições do §441b quando aplicadas para corporações sem fins lucrativos que sejam formadas com o único propósito de promover ideias políticas, não se engajem em atividades comerciais e não aceitem contribuições de corporações com fins lucrativos ou sindicatos laborais. Todavia, *Citizens United* não entraria na exceção do *MCFL*, visto que alguns recursos usados para criar o filme foram doações de corporações com fins lucrativos.

A Emenda *Snow-Jeffords* também não pôde ser usada para afastar o regramento. Essa emenda foi pensada para corporações sem fins lucrativos com discurso financiado exclusivamente por doadores individuais e cujos recursos ficariam em uma conta separada. Uma exceção *de minimis* (exceção específica para o caso concreto) igualmente não seria cabível, na visão proferida pela maioria da Corte, pois permitiria indiretamente o financiamento por parte de empresas com finalidade lucrativa.

Desse modo, a maioria da Corte concluiu, na esteira do voto principal, que o caso posto para julgamento não poderia ser resolvido em uma base particular sem com isso inibir o discurso político, que seria central para o significado e a finalidade da Primeira Emenda. Como o discurso em si mesmo se configuraria de importância primária para a integridade do processo eleitoral, o colegiado expressou o entendimento de que qualquer discurso que se pudesse debater dentro do alcance

⁶ A Primeira Emenda à Constituição norte-americana (1791) impede que o Congresso elabore lei que limite a liberdade religiosa, a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, a liberdade de associação e o direito de petição.

das regras criadas para regular o discurso político seria desencorajador. As restrições, assim, funcionariam como o equivalente de uma censura prévia, dando ao FEC um poder análogo ao tipo de práticas governamentais que a Primeira Emenda foi designada para proibir. Justice Kennedy assim enfatiza a conclusão da Corte: “Liberdades derivadas da Primeira Emenda necessitam de espaço de respiração para sobreviver.”⁷

Por essas considerações, a visão predominante na Suprema Corte foi a de que o precedente *Austin* estaria superado e, por isso, não poderia mais servir de base para permitir que o Governo limitasse despesas independentes corporativas. Em virtude de a proibição do §441b consistir, para a parte vencedora da Corte, em uma interdição completa no discurso, respaldada por sanções criminais, as restrições por ele impostas foram consideradas, pois, inválidas e não puderam se aplicar ao caso *Hillary*. Parte do precedente *McConnell* igualmente foi superada.

A Corte reconheceu que, de fato, um PAC criado por uma corporação poderia discursar, mas este seria somente uma associação separada da corporação e não a própria corporação. Os PAC's, além disso, seriam muito custosos e onerosos, o que refletiria no dado de que menos de duas mil corporações possuiriam esse instrumento.

Na sequência, proferiram-se diversas asserções a respeito da finalidade da Primeira Emenda, enquanto protetiva da liberdade de expressão frente ao ente governamental:

Because speech is an essential mechanism of democracy - it is the means to hold officials accountable to the people - political speech must prevail against laws that would suppress it by design or inadvertence.⁸

Leis de tal caráter estariam, por isso, sujeitas à escrutínio estrito, ou seja, requereriam que o Governo provasse que a restrição visaria a um interesse persuasivo e que seria particularmente ajustada para atingir esse interesse. A razão para tal procedimento decorre do fato de que a Primeira Emenda teria como premissa a desconfiança no poder governamental. Ela se voltaria contra tentativas de desfavorecer certos assuntos ou pontos de vista, ou de distinguir entre diferentes oradores, o que poderia ser um meio de se controlar o conteúdo. A Corte ainda

⁷ “First Amendment freedoms need breathing space to survive.” *Tradução nossa*. Página 12 da decisão.

⁸ Porque o discurso é um mecanismo essencial da democracia – é o meio pelo qual se atribui responsabilidade dos eleitos perante o povo – o discurso político deve prevalecer diante de leis que o suprimiriam por intenção ou por inadvertência. *Tradução nossa*. Página 3 da decisão.

ressalta que o Governo poderia cometer um ilícito constitucional, quando por lei ele identificasse certos oradores preferidos, visto que não existiria base para a proposição de que o Governo poderia impor restrições a certos oradores desaprovados. O propósito do §441b consistiria, nesse viés, em silenciar entidades que o governo considerasse suspeitas no discurso.

Justice Kennedy, utilizando passagens do precedente *Buckley*, exprime mais uma forte preocupação da maioria estabelecida na Corte, conectada com a não discriminação de oradores, e que iria guiar de modo considerável a inclinação do colegiado pela rejeição da lei. Cito o trecho referido:

As a “restriction on the amount of money a person or group can spend on political communication during a campaign,” that statute “necessarily reduces the quantity of expression by restricting the number of issues discussed, the depth of their exploration, and the size of the audience reached.”⁹

Conforme a compreensão desenvolvida pela opinião da Corte, a discriminação entre oradores seria, portanto, inadmissível, sobretudo porque não estaria em jogo a função de uma entidade governamental que poderia restringir o discurso de determinado ente. Um exemplo de função de entidade governamental que permitiria restrição de discurso de determinado ente são as escolas, as organizações militares e o serviço público.

Outra constatação importante da Corte diz respeito ao reconhecimento firmado pelo colegiado de que a Primeira Emenda se aplicaria para corporações e de que essa proteção se estenderia inclusive para o contexto do discurso político. Todos os canais de comunicação deveriam estar, pois, abertos durante cada eleição, sem que houvesse restrição ou proibição de pontos de vista. Os eleitores, por conseguinte, deveriam estar livres para, assim, obter informações de diversas fontes com vistas a determinar como lançar seus votos.

A Suprema Corte também realizou uma retrospectiva dos precedentes mais relevantes em matéria de financiamento de campanhas até a decisão em *Austin*. No precedente *Buckley*, a Corte sustentou limites em contribuições diretas para candidatos, de modo a reconhecer um interesse governamental em prevenir corrupção *quid pro quo* (dinheiro em troca de voto ou dinheiro em troca de favor). A

⁹ Como uma ‘restrição na quantidade de dinheiro que uma pessoa ou grupo pode gastar na comunicação política durante uma campanha, a lei ‘necessariamente reduz a quantidade de expressão ao restringir o número de assuntos/problemas discutidos, a profundidade de sua exploração e o tamanho da audiência alcançada’. *Tradução nossa*. Página 29 da decisão.

Corte, entretanto, invalidou a limitação de despesas ou gastos - o que se aplica para indivíduos, corporações e sindicatos -, porque essa restrição falharia em servir a qualquer interesse governamental substancial em frear a realidade ou a aparência de corrupção no processo eleitoral. Foi esse julgado, então, que formulou a distinção entre *soft money*, isto é, despesas ou gastos independentes, e *hard money*, ou seja, contribuições diretas. O *soft money*, de acordo com a decisão estabelecida, não apresentaria sequer teto, frente a ausência de pré-arranjo e coordenação.

Em *Bellotti*, precedente também anterior a *Austin*, enfrentou-se uma proibição estadual sobre despesas independentes de corporações relacionadas a referendos e não a eleições propriamente ditas. Os magistrados teriam exarado nesse *decisum*, para opinião da Corte, a ideia de que o Governo não teria o poder de banir o discurso de corporações.

Por sua vez, o precedente *Austin* reconheceu um novo interesse governamental em prevenir os efeitos corrosivos e distorcidos de imensas agregações de riqueza que teriam pouco ou nenhuma correlação com o apoio público às ideias políticas da corporação. Com a finalidade de preencher esse escopo, sustentou-se uma restrição direta em despesas independentes de fundos para discurso político pela primeira vez na história da Suprema Corte. Em virtude dessa escolha normativa, a parte vencedora dos membros da Corte vislumbrou nesse julgado um interesse de igualdade entre os participantes de eleições, correlacionado com o interesse antidistorção. Contudo, Kennedy enfatizou que o precedente *Buckley* rejeitaria a premissa de um interesse em equalizar a relativa habilidade de indivíduos e grupos para influenciar o resultado de eleições. Nivelar oportunidades eleitorais, dessa maneira, significaria fazer e implementar julgamentos sobre quais forças deveriam ser permitidas para contribuir com o resultado de uma eleição. O Congresso entraria, portanto, em um empreendimento perigoso ao usar leis eleitorais para influenciar as escolhas dos eleitores. Ademais, o custo altamente elevado das campanhas políticas não suportaria a proibição governamental.

De forma esquematizada, haveria, desse modo, duas linhas conflitantes de precedentes na opinião dominante da Corte:

- Pré-*Austin* (*Buckley* e *Bellotti*): proibição de restrições ao discurso baseadas na identidade corporativa do orador.
- Pós-*Austin* (*McConnell*): permissão dessas restrições, com base em um interesse antidistorção.

Entretanto, a maioria da Corte julgou que nenhuma das justificações levantadas sustentariam as restrições impostas pelo §441b do 2 U. S. C.; nem sequer o interesse de prevenção da corrupção, pois este somente diria respeito à modalidade *quid pro quo*, além de ele não poder conflitar com a Constituição, como, por exemplo, ferir direitos da Primeira Emenda.

Especificamente quanto à razão de decidir do precedente *Austin* (interesse antidistorção), pretendeu-se prevenir que as corporações obtivessem uma desvantagem injusta no mercado político ao utilizar recursos acumulados no mercado econômico. Contudo, na posição firmada pela Corte, a proteção dada pela Primeira Emenda não dependeria da capacidade ou da habilidade financeira do orador em se engajar em discussões públicas. Portanto, distinguir indivíduos ricos de corporações, com base nas vantagens especiais destas, como por exemplo a responsabilidade limitada, não seria suficiente para permitir legislações proibindo o discurso. Seria irrelevante, para os propósitos da Primeira Emenda, que os recursos das corporações pudessem ter “pouca ou nenhuma correlação com o apoio público às ideias políticas da corporação”, visto que todos os oradores, inclusive os indivíduos e a mídia, utilizariam dinheiro acumulado do mercado econômico para financiar seus discursos, e a Primeira Emenda, ainda assim, protegeria o discurso resultante.

Outro desdobramento pernicioso do argumento da antidistorção para a Corte, estaria na possibilidade de o Congresso proibir o discurso político de corporações midiáticas, já que não existiria qualquer motivo para tratamento diferenciado entre corporações midiáticas, excepcionadas da proibição do §441b, e as demais corporações. Em resumo, o precedente *Austin* interferiria indevidamente no “mercado aberto de ideias” protegido pela Primeira Emenda. A censura produzida por essa limitação configurar-se-ia de amplo alcance, suprimindo o discurso de corporações com e sem fins lucrativos, pequenas ou grandes. Em outras palavras, milhões de associações de cidadãos (5.8 milhões de corporações com fins lucrativos) ficariam, na posição da Corte, impedidas de discursar politicamente. Essas corporações, em sua maioria, não seriam de grande porte, o que desmentiria o argumento do Governo de que haveria efeitos distorcidos oriundos de imensas agregações de riqueza. O Governo teria, pelo contrário, abafado as vozes que melhor representariam os segmentos mais significativos da economia, de forma que o eleitorado estaria privado de informações, conhecimentos e opiniões vitais para seu funcionamento. O ente governamental estaria, assim, usando a censura para controlar pensamentos, o que

ofenderia flagrantemente a Primeira Emenda, na medida em que esta “confirma a liberdade de pensar por si mesmo.”¹⁰

Os julgadores da Suprema Corte rejeitaram, ademais, uma extensão do interesse em combater a corrupção, ou sua aparência, para os denominados gastos independentes¹¹. Estes, inclusive quando realizados por corporações, não gerariam corrupção ou aparência de corrupção. Desse modo, o fato de que os oradores pudessem ter influência sobre ou acesso aos candidatos eleitos não significaria que esses políticos são, em razão disso, corruptos. Outrossim, para a parte vencedora da Corte, a aparência de influência ou acesso não irá causar uma perda de fé do eleitorado na democracia norte-americana.

Por sua vez, em *Bellotti*, precedente também utilizado como fundamento da decisão pela maioria do colegiado, restou assinalado, aparentemente de modo contraditório ao entendimento vencedor da Corte, que o direito de falar de uma corporação em assuntos de interesse público geral não implicaria direito comparável no contexto bastante diferente da participação em uma campanha política. A opinião da Corte, no entanto, discorda dessa posição, que seria uma interpretação errônea do precedente, porquanto favoritismo e influência não seriam evitáveis na democracia representativa, nem representariam corrupção, uma vez que “[o] fato de uma corporação, ou qualquer outro orador, estar desejoso a despender dinheiro para tentar persuadir eleitores pressupõe que é o povo que tem a influência final sobre os candidatos eleitos.”¹²

No que toca ao interesse governamental em proteger os acionistas de serem persuadidos ou coagidos a financiar o discurso corporativo, os magistrados afirmaram que, assim como o argumento antidistorção, ele permitiria ao Governo vedar o discurso político das corporações midiáticas. De outro lado, eventuais abusos, quando ocorridos, poderiam ser corrigidos por procedimentos da democracia corporativa. A lei, nesse sentido, seria ao mesmo tempo pouco e muito inclusiva (*underinclusive* e *overinclusive*).

¹⁰ Página 47 da decisão.

¹¹ Gasto ou despesa independente é discurso político apresentado para o eleitorado que não está coordenado com um candidato ou partido político.

¹² “The fact that a corporation, or any other speaker, is willing to spend money to try to persuade voters presupposes that the people have the ultimate influence over elected officials.” *Tradução nossa*. Página 51 da decisão.

Em razão do §441b não estar limitado a corporações ou associações criadas em países estrangeiros ou financiadas predominantemente por acionistas estrangeiros, ele seria, na perspectiva da maioria, amplo demais na aplicação, mesmo se a Corte reconhecesse um interesse governamental persuasivo em limitar a influência estrangeira sobre o processo político do Estado.

A opinião que prevaleceu destacou, ademais, uma percepção de que o discurso político estaria tão enraizado na cultura norte-americana que os oradores encontrariam meios para além das leis sobre financiamento de campanhas. Outrossim, em certos tópicos, as corporações poderiam apresentar valiosa competência, tornando-as as melhores equipadas para apontar os erros e falácias dos discursos de todos os tipos, inclusive de candidatos e representantes eleitos. Portanto, as rápidas mudanças na tecnologia e a criatividade dinâmica inerente na concepção da liberdade de expressão advertiriam contrariamente à sustentação de lei que restrinja o discurso político em uma certa mídia ou para certos oradores. Não haveria, assim, sérios problemas dependentes em jogo, o que importaria na conclusão de que o precedente *Austin* deve ser superado.

Um trecho presente na decisão sintetiza bem a linha argumentativa utilizada e o que ela representou para a jurisprudência da Suprema Corte:

The Court returns to the principle established in *Buckley* and *Bellotti* that the Government may not suppress political speech based on the speaker's corporate identity. No sufficient governmental interest justifies limits on the political speech of nonprofit or for-profit corporations.¹³

Somente dois instrumentos legais que são capazes de onerar a habilidade ou a capacidade de discursar foram mantidos, ao final, pela Corte e, ainda assim, não se deu de forma unânime (Justice Thomas discordou dos demais membros da Corte nesse ponto). Trata-se do aviso legal (*disclaimer*)¹⁴ e da publicidade (*disclosure*)¹⁵,

¹³ A Corte retorna ao princípio estabelecido em *Buckley* e *Bellotti* que afirma que o Governo não deve suprimir o discurso político baseado na identidade corporativa do orador. Nenhum interesse governamental é suficiente para justificar limites ao discurso político de corporações com e sem fins lucrativos. *Tradução nossa*. Página 6 da decisão.

¹⁴ Advertência de discursos eleitorais - _____ é responsável pelo conteúdo desta propaganda (nome e endereço). Precisa ser veiculada de maneira clara, tanto na forma falada quanto escrita, por pelo menos 4 segundos. Também deve advertir que a comunicação "não é autorizada por nenhum candidato ou comitê."

¹⁵ Dever de publicidade - Quem gastar mais de USD 10.000,00 dentro de um ano, deve enviar uma declaração de transparência (*disclosure statement*) para o FEC, contendo a identificação da pessoa que fez o gasto, a quantia gasta, a eleição direcionada pela comunicação e o nome de certos contribuintes.

previstos nos §§201 e 311 do BCRA, que fornecem ao eleitorado informações sobre fontes de recursos relacionados com escopo eleitoral, além de evitar confusão ao deixar claro que as propagandas e divulgações não são financiadas por um candidato ou por um partido político (servem a um interesse informacional). A publicidade ou transparência foi tida pela Corte como a alternativa menos restritiva em matéria de regulação de discurso.

2.1.3 Justice Roberts¹⁶

Este membro principiou seu voto, que concorda com a opinião da Corte, com a afirmação de que a parte dissidente do colegiado, apesar de supostamente concordar que os argumentos mais restritos falhariam, argumentaria que a maioria deveria, porém, agarrar-se em um deles com vistas a evitar a questão constitucional mais ampla de que o precedente *Austin* deveria ser superado. É o argumento do *judicial restraint* (restrição jurisdicional). Porém, Roberts sustenta que algumas vezes se deve decidir por julgar mais. Assim, *judicial restraint* seria algo diferente de *judicial abdication* (abdicação jurisdicional). A conclusão do julgamento do caso, fosse em *as-applied challenge*¹⁷, fosse em *facial challenge*, seria a mesma.

Esse juiz considerou, ainda, a Primeira Emenda como sendo uma regra clara: o Congresso não poderia proibir o discurso político, mesmo que o orador fosse uma corporação ou um sindicato. Ainda que o precedente *Bellotti* tenha por base fática um referendo e não uma eleição de candidato, para Roberts, continuaria não havendo explicação para distinção na proibição de discursos de corporações e de indivíduos. Ademais, o precedente *Austin* não apresentaria mais a habilidade para o desenvolvimento estável e ordenado do Direito. Esse precedente teria tido implicações muito amplas, saindo de seu contexto original (defesa expressa de candidato). O próprio Governo admitiria que o precedente *Austin* “não é a mais lúcida opinião”.

Relatou também que a parte dissidente sugeriria, com base em *Austin*, que o discurso de corporações poderia influenciar indevidamente o “mercado da legislação”. A forma corporativa, de fato, pode ajudar indivíduos a se coordenarem e apresentarem

¹⁶ Justice Alito votou no mesmo sentido.

¹⁷ Espécie de ação constitucional que visa declarar que a legislação questionada somente é inconstitucional no caso concreto.

suas visões mais efetivamente. Contudo, a habilidade de um orador em persuadir não resultaria em base alguma para regulação governamental sobre o debate público livre e aberto de como as leis devem ser. Quanto à exceção da mídia, o magistrado da Corte a caracterizou apenas como uma graça legislativa e que, portanto, não haveria, na verdade, diferença relevante para com as demais corporações.

2.1.4 Justice Scalia¹⁸

Concordou igualmente com a opinião da Corte. Fez voto separado somente para contra-argumentar Justice Stevens na parte dos “Entendimentos Originais”, no qual a parte dissidente da Corte se isolaria muito do texto da Primeira Emenda. A parte dissidente, para Scalia, não explicaria o motivo pelo qual a liberdade de expressão não abrangeria indivíduos em associação com outros, como na forma corporativa. A ligação feita com os Pais Fundadores não seria pertinente, pois eles nutririam ódio pelas corporações. Porém, essas considerações não poderiam se aplicar às corporações modernas:

The lack of a textual exception for speech by corporations cannot be explained on the ground that such organizations did not exist or did not speak.¹⁹

Não somente corporações econômicas existiam, no posicionamento de Scalia, mas também corporações de caráter religioso, educacional e literário. Ainda abordando a posição da parte dissidente sobre as corporações, vislumbra como espantosa a visão dos dissidentes de que os jornais corporativos modernos somente possuiriam direitos da Primeira Emenda com a tolerância do Congresso.

Em outro tópico de seu voto, Scalia criticou o interesse de prevenção de corrupção. Alegou, nesse sentido, que “se o discurso pode ser proibido com base na visão do governo de que ele leva a um ‘declínio moral’ ou não serve a um ‘fim público’, então não há limite para o poder de censura do governo.”²⁰

¹⁸ Justice Alito votou no mesmo sentido e Justice Thomas votou parcialmente no mesmo sentido.

¹⁹ A falta de uma exceção textual expressa ao discurso por corporações não pode ser explicada com base no argumento de que essas corporações não existiam ou não discursavam. *Tradução nossa*. Página 82 da decisão.

²⁰ “[...] if speech can be prohibited because, in the view of the Government, it leads to ‘moral decay’ or does not serve ‘public ends,’ then there is no limit to the Government’s censorship power”. *Tradução nossa*. Página 85 da decisão.

No ponto concernente à distinção entre oradores, Scalia reforçou a posição da maioria da Corte de que não seria admissível discriminação pela identidade do orador. Portanto, para ele, um partido político não seria diferente de uma corporação econômica no que concerne ao direito de discursar. No mesmo viés, ele procurou refutar o argumento de que apenas seres humanos poderiam discursar (comunicação oral), já que o dono da corporação falaria em nome de todos os membros da empresa. Em suma, a Primeira Emenda teria sido escrita em termos de discurso e não de oradores. Não há, pois, como excluir qualquer categoria de orador por seu texto. Não haveria dúvida de que as corporações fazem discurso político, mas o caráter do financiamento não produziria qualquer redução no “valor inerente do discurso” e na “sua capacidade de informar o público”. Justice Scalia terminou seu voto com a consideração de que “excluir ou impedir o discurso corporativo é calar os principais agentes da livre economia moderna.”²¹ Seria um discurso que deveria ser comemorado e não condenado.

2.1.5 Justice Stevens²²

O voto de Justice Stevens representou, por assim dizer, o contraponto à opinião da Corte. Trata-se de um extenso voto que demonstra a magnitude da controvérsia em torno da decisão. De início, já delimitou o conflito: saber se uma corporação pode usar seus recursos gerais para financiar programas televisivos nos 30 dias anteriores a uma eleição.

Ao contrário da repetida afirmação da maioria da Corte, a parte dissidente sustentou que não haveria nenhuma proibição de discurso de corporações na legislação examinada. Para demonstrar o argumento, Stevens recordou dos PAC's e do período não eleitoral.

Ademais, atacou outra fundação da opinião da Corte, ao alegar que seria uma premissa equivocada igualar o tratamento de pessoas naturais e de corporações na esfera política. Pelo contrário, afirmou que, no contexto das eleições para cargos públicos, a distinção entre pessoas naturais e corporativas seria significativa. Apesar de contribuírem muito para a sociedade, as corporações não seriam verdadeiramente

²¹ “[...] to exclude or impede corporate speech is to muzzle the principal agents of the modern free economy”. *Tradução nossa*. Página 87 da decisão.

²² Acompanham o voto Justice Ginsburg, Justice Breyer e Justice Sotomayor.

membros da sociedade, uma vez que elas não poderiam votar e não poderiam concorrer no pleito eleitoral. Os interesses delas poderiam também, muitas vezes, conflitar com os dos cidadãos, pois são passíveis de serem controladas por não residentes no território nacional. Em suma, “os recursos financeiros, a estrutura legal e a orientação instrumental das corporações levantam legítimas preocupações sobre seu papel no processo eleitoral.”²³ Haveria, assim, potenciais efeitos deletérios no financiamento por corporações.

Para Stevens, a maioria, e não a parte dissidente, teria feito uma dramática ruptura com o passado da Corte. A Corte não deveria, pois, ter enfrentado a questão da constitucionalidade frontal do §203 do BCRA, que foi expressamente abandonada pela parte. Teria sido apenas uma oportunidade para mudar a lei, o que violaria o chamado *judicial restraint*. Haveria até mesmo prejudicado a defesa do governo. Enquanto o BCRA teria sido construído em resposta a uma virtual montanha de pesquisas sobre corrupção, o *overruling* de *Austin* não estaria embasado em um registro probatório mínimo.

Portanto, diferentes fundamentos particulares poderiam ter sido utilizados pela Corte para resolver o caso sem adentrar na seara da constitucionalidade: 1. Vídeo sob demanda não é comunicação de campanha eleitoral. 2. Uma corporação como *Citizens United* poderia ser excepcionada do regramento (exceção *de minimis*). 3. *As-applied challenge* (inconstitucionalidade no caso concreto, decisão *inter partes*).

O último princípio processual que teria restado violado pela maioria seria o *stare decisis* (fidelidade aos precedentes). Justice Stevens sublinhou a questão da necessidade de justificação significativa para a superação de precedentes e não a mera preferência de cinco juízes, nem a simples crença de erro na decisão passada. A Corte deveria ter seguido, pois, os precedentes *Austin* e *McConnell*.

O argumento de que “*Austin* está ultrapassado pela experiência” não contaria com evidência empírica, já que um arquivo extenso e desenvolvido não existiria. A realidade, para a parte minoritária da Suprema Corte, seria oposta. *Austin* teria sido seguido pela maioria dos juízes da Suprema Corte desde que foi construído, além de a legislação ter se baseado muito nesse precedente por longo tempo. “De fato, ninguém alegou para nós que a decisão de *Austin* provou-se impraticável, nem uma única corporação com fins lucrativos, sindicato ou estado pediu para nós superarmo-

²³ “[t]he financial resources, legal structure, and instrumental orientation of corporations raise legitimate concerns about their role in the electoral process.” *Tradução nossa*. Página 89 da decisão.

lo.”²⁴ Por isso, não se poderia superar um precedente por uma atitude das partes litigantes, nem por uma discordância, por parte da maioria dos magistrados da Corte, dos resultados do precedente *Austin*. A opinião da Corte, ainda, seria silente a respeito de *McConnell*.

Por meio da decisão da Suprema Corte, se daria muito poder, na escolha dos candidatos, para as corporações e sindicatos, que poderiam gastar o quanto quisessem de seus patrimônios gerais em discurso político, em face dos partidos políticos, os quais não poderiam gastar *soft money* em propaganda política.

Após cuidar de aspectos preliminares, o magistrado passou então a elencar três premissas em que a maioria estaria errada no mérito, quais sejam:

1. *Austin* e *McConnell* proibiriam o discurso corporativo.
2. A Primeira Emenda vedaria distinções regulatórias baseadas na identidade do orador.
3. *Austin* e *McConnell* seriam forasteiros radicais na nossa tradição da Primeira Emenda e na nossa jurisprudência de financiamento de campanha.

A primeira razão pela qual não se poderia falar em proibição completa de discurso corporativo pelas leis de financiamento seria a existência de PAC's, fundos separados estabelecidos por uma corporação para propósitos políticos. A própria organização *Citizens United* teria um grande PAC que poderia ter utilizado dentro da legalidade. Para a minoria, ademais, existiriam outros mecanismos adicionais de discurso corporativo, como por exemplo a defesa ou a crítica de candidatos pela Internet, por telefone ou por mídia escrita.

No lugar de uma proibição total, se estaria somente diante de restrições de tempo, lugar e modo, as quais seriam admitidas pela jurisprudência da Suprema Corte. Justice Stevens mencionou que o motivo para a criação dessas restrições pelo §203 do BCRA seria a corrupção:

Laws such as §203 target a class of communications that is especially likely to corrupt the political process, that is at least one degree removed from the views of individual citizens, and that may not even reflect the views of those who pay for it.²⁵

²⁴ “In fact, no one has argued to us that Austin’s rule has proved impracticable, and not a single for-profit corporation, union, or State has asked us to overrule it.” *Tradução nossa*. Página 108 da decisão.

²⁵ Normas como as do §203 se dirigem para uma classe de comunicações que é especialmente inclinada para corromper o processo político, que é ao menos um grau distante das visões dos cidadãos individuais e que pode nem sequer refletir as visões daqueles que pagam pela comunicação. *Tradução nossa*. Página 115 da decisão.

Assim como a primeira premissa, a segunda premissa pode ter apelo retórico, na perspectiva da minoria, mas obscureceria a realidade. A Corte já teria inclusive entendido que a Primeira Emenda não seria absoluta, admitindo, portanto, distinções baseadas em termos de categoria ou instituição (estudantes, prisioneiros, membros das Forças Armadas, estrangeiros, funcionários públicos). Essas distinções não acarretariam problemas constitucionais, na medida em que seriam justificadas por um interesse governamental legítimo. Haveria, outrossim, uma regulação da identidade do orador nas próprias questões de aviso legal e transparência consideradas legítimas pela Corte. O exemplo dos funcionários públicos em relação a atividades políticas expressaria uma regulação diferenciada de uma classe de pessoas, com a finalidade de garantir a ausência de influências impróprias e a confiança no sistema de governo representativo. Ainda, distinções no financiamento de campanhas baseadas na identidade corporativa tenderiam a ser menos preocupantes, porque os oradores não seriam pessoas naturais, muito menos membros da comunidade política. Seguindo esse raciocínio, sob a visão majoritária, poderia ser um problema relacionado à Primeira Emenda o fato de que às corporações não seria permitido votar, dado que votar consistiria, entre outras coisas, em uma forma de expressão, de discurso. A Corte não explicaria, assim, o porquê de a identidade corporativa demandar o mesmo tratamento da identidade individual.

Com vistas a explicar a terceira premissa equivocada, Stevens perpassou pela história dos entendimentos sobre a Primeira Emenda. Destacou, de início, que as corporações eram reguladas de maneira ampla pelos Pais Fundadores, já que sua constituição era dependente de autorização estatal e deveriam buscar, por conseguinte, o bem-estar público. A Primeira Emenda, nesse contexto, teria sido pensada para indivíduos ou associações de indivíduos, não para corporações. Os Fundadores saberiam, dessa maneira, diferenciar seres humanos de corporações. Não obstante, a parte dissidente admitiu que o texto da Primeira Emenda não seria claro e que estaria escrito de forma bastante geral.

O magistrado discorreu também a respeito de legislações e decisões judiciais sobre o tema do financiamento de campanhas. Mencionou as seguintes leis: *Tillman Act* de 1907 (que já estaria preocupada com o poder das corporações em corromper o processo político e com a proteção dos acionistas); *Taft-Hartley Act* de 1947; *Federal Election Campaign Act* de 1971 (FECA); e *Bipartisan Campaign Reform Act* de 2002

(BCRA). No que diz respeito aos precedentes, citou, entre outros, *United States v. Automobile Workers* (1957); *Pipefitters v. United States* (1972); *Buckley v. Valeo* (1976); *First National Bank of Boston v. Bellotti* (1978); *FEC v. National Right to Work Commission* (NRWC) (1982); *FEC v. Massachusetts Citizens for Life, Inc.* (MCFL) (1986); *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* (1990); *McConnell v. FEC* (2003). Stevens quis demonstrar, com isso, a extensa regulação legislativa nos gastos corporativos em campanhas e a repetida afirmação de constitucionalidade desses diplomas pela Suprema Corte.

Duas passagens de *Buckley* e *Bellotti* foram usadas para dar suporte à argumentação da maioria de que não se poderia distinguir corporações de indivíduos. Todavia, em *Buckley*, ao contrário do afirmado pela opinião da Corte, não se teria buscado equalizar a relativa influência dos oradores em uma eleição, mas sim prevenir o potencial de corrupção que as corporações poderiam implicar. A utilização de uma passagem de *Bellotti* seria ainda mais equivocada, pois esqueceria do seguinte trecho:

Our consideration of a corporation's right to speak on issues of general public interest implies no comparable right in the quite different context of participation in a political campaign for election to public office.²⁶

O precedente *Bellotti* seria, nesse viés, usado como a fonte de toda a sabedoria e ao mesmo tempo seria considerado como internamente incoerente. Ademais, a situação fática nesse último precedente se caracterizaria de maneira bem diferente do caso *Citizens United*, uma vez que teria se cuidado de um referendo em que corporações eram “proibidas de discursar” (discriminação por ponto de vista).

Na última seção de seu voto, Justice Stevens desenvolveu aquilo que vislumbrou como interesses estatais ou governamentais relevantes para a regulação do financiamento. Seriam três interesses: anticorrupção, antidistorção e proteção dos acionistas.

²⁶ “Nossa consideração sobre o direito de uma corporação discursar em assuntos de interesse público geral não implica direito comparável no contexto bastante diferente da participação em uma campanha política para eleição de cargo público”. *Tradução nossa*. Página 139 da decisão.

2.1.5.1 Anticorrupção

No sentido atribuído pela parte minoritária da Corte, o conceito de corrupção iria além do modo *quid pro quo*, visto que ela poderia ter muitas outras formas. Bastaria uma influência indevida (ou aparência de influência) na conduta de um detentor de cargo público para caracterizá-la. O suborno seria talvez apenas a forma paradigmática. Nesse viés:

Corruption operates along a spectrum, and the majority's apparent belief that *quid pro quo* arrangements can be neatly demarcated from other improper influences does not accord with the theory or reality of politics.²⁷

Os fatos do caso comprovariam relações de dependência entre financiadores e financiados (candidatos), ou seja, uma dependência do poder público em interesses privados. Esse tipo de prática iria de encontro à “integridade democrática”, que seria o grande valor que nortearia o direito das campanhas eleitorais. Portanto, a minoria completou: “Uma democracia não pode funcionar efetivamente quando seus membros constitutivos acreditam que leis estão sendo compradas e vendidas”.²⁸ Além disso, em uma nota de rodapé²⁹, Justice Stevens fez alusão a um outro interesse relevante, o de proteger o igual acesso à arena política.

Essas preocupações surgiriam em virtude de as corporações terem mais dinheiro para comprar acesso e votos. Assim, o centro do “reino das campanhas” seriam o dinheiro e as propagandas. Mesmo as contribuições independentes poderiam corromper tanto quanto contribuições diretas. Aduziu, para ilustrar essa hipótese, o precedente *Caperton*, que tratou do caso de um juiz que teria sido eleito em grande parte por gastos independentes. Por fim, o chamado “circundamento” dos limites de contribuição para campanhas consistiria em uma teoria válida sobre a corrupção. Esse comportamento corruptor procuraria brechas para escapar da lei.

Frente a essas considerações, a parte dissidente afirmou que deveria ter sido dada deferência judicial ao legislativo (Congresso), o qual conheceria de modo mais

²⁷ A corrupção opera ao longo de um espectro, e a crença aparente da maioria de que os arranjos *quid pro quo* podem ser facilmente demarcados perante outras influências impróprias não está de acordo com a teoria ou a realidade da política. *Tradução nossa*. Página 144 da decisão.

²⁸ “A democracy cannot function effectively when its constituent members believe laws are being bought and sold.” *Tradução nossa*. Página 150 da decisão.

²⁹ Nota de rodapé nº 65. Páginas 147 e 148 da decisão. Além desse fundamento para restrições em gastos de campanha, Stevens elencou a melhora na qualidade de exposição de ideias para os eleitores e a libertação dos candidatos e de seus funcionários da interminável corrida por fundos.

aprofundado o tema do financiamento de campanhas políticas. Não haveria, outrossim, uma sólida base para negar deferência com fundamento na proteção de candidatos à reeleição e na diminuição da competitividade no processo eleitoral. Pelo contrário, as restrições conjeturadas pela legislação serviriam à integridade do pleito eleitoral. A Corte, nessa linha, apresentaria um papel vital em garantir que as eleições permaneçam minimamente abertas, justas e competitivas.

Scalia propugnou, em relação à proteção de candidatos à reeleição, que “qualquer restrição sobre um tipo de discurso de campanha que é igualmente disponível para candidatos desafiadores e para candidatos à reeleição tende a favorecer os segundos”³⁰. Stevens, porém, rebateu que o sistema anterior já seria o mais favorável possível para os candidatos à reeleição.

A racionalidade antidistorção de *Austin*, ademais, se caracterizaria ela mesma como uma racionalidade anticorrupção, ligada a preocupações especiais levantadas pelas corporações. Não seria apenas um ideal de equalização disfarçado, embora outra nota de rodapé³¹ do voto de Stevens reconheça que haveria sim uma ideia de igualdade por trás do precedente *Austin*.

2.1.5.2 Antidistorção

A parte dissidente da Suprema Corte introduziu o segundo interesse com a afirmação de que o fato de corporações serem diferentes de seres humanos não necessitaria de uma grande elaboração. O próprio precedente *Austin* já traçaria algumas dessas diferenças: responsabilidade limitada, vida perpétua e tratamento favorecido para acumulação e distribuição de ativos. Outra característica peculiar se encontraria na possibilidade de poderem ser controladas por estrangeiros. Portanto, os recursos acumulados pelo patrimônio da empresa não demonstrariam um indicativo de suporte popular para com as ideias políticas das corporações, mas sim decisões economicamente motivadas de investidores e consumidores. Esses recursos, por sua vez, poderiam dar um amplo poder político à empresa, que, no entanto, não seria derivado do poder de suas ideias. Ademais, as corporações não

³⁰ “[...] any restriction upon a type of campaign speech that is equally available to challengers and incumbents tends to favor incumbents.” *Tradução nossa*. Página 159 da decisão.

³¹ Nota de rodapé nº 69. Página 161 da decisão.

teriam consciência, crenças, sentimentos, pensamentos e desejos. Enfim, apesar de úteis e importantes, não seriam membros do povo.

Esses pontos ajudariam a demonstrar por que as corporações impactariam interesses governamentais importantes e por que as restrições impostas não necessariamente afetariam liberdades da Primeira Emenda, as quais estariam destinadas a proteger o interesse do indivíduo em se autoexpressar, a tornar o homem livre para desenvolver suas faculdades, a respeitar a dignidade e a escolha das pessoas, e a facilitar o valor da autorrealização individual. O discurso corporativo, ao contrário do individual, seria derivativo e por procuração, de modo que eventuais restrições no discurso corporativo não impediriam o discurso das pessoas que compõem a corporação. Ademais, os gastos corporativos em campanhas estariam longe do cerne da expressão política, o que restaria exemplificado pela complicada tarefa de saber quem efetivamente falaria pela corporação. Por isso, Stevens explica que as limitações nas doações para campanhas eleitorais não seriam uma restrição direta no discurso em si, mas somente no financiamento do discurso. Uma dificuldade adicional se encontraria no dado de as empresas doarem para ambos os partidos de maior expressão, o que tornaria difícil falar em preferência eleitoral ou política. Logo, a participação de corporações em eleições se caracterizaria como algo mais transacional do que ideológico.

A parte dissidente aprofundou as razões em torno do interesse antidistorção ao raciocinar que deveria ser levado em conta a visão da população a respeito do discurso corporativo se a preocupação da maioria foi com a audiência de todos os oradores possíveis. A desaprovação do financiamento empresarial pela população estaria conectada com a percepção de que a atuação corporativa nas eleições poderia marginalizar as pessoas naturais. Por isso, o regramento das campanhas políticas procuraria assegurar que a competição entre os atores da arena política se ambientasse no campo das ideias, uma vez que uma dominação da política e das eleições por corporações poderia diminuir a confiança do público na democracia. Os cargos eletivos, nessa perspectiva, deveriam ser responsáveis para com o público, o povo; e o debate público, por seu lado, deveria ser desinibido, robusto e amplamente aberto.

Em razão de as corporações, no posicionamento de Stevens, serem singularmente equipadas para buscar leis que favoreçam seus donos (não apenas pelo dinheiro, mas também pela estrutura legal e organizacional), o regramento deveria ser distinto. Nesse sentido, a jurisprudência do financiamento de campanhas

afirmaria que “as ‘diferentes estruturas e propósitos’ de diferentes entidades ‘pode demandar diferentes formas de regulação de modo a proteger a integridade do processo eleitoral’.”³²

A parte dissidente, quando analisou os fundamentos lançados pela opinião da Corte, asseverou que o argumento da maioria seria superficial, de sorte que lhe faltariam profundidade e evidências. Stevens respondeu, nesse sentido, a asserção de Scalia de que “não existiria algo como muito discurso”³³. Para o magistrado da parte minoritária, a premissa da maioria seria verdadeira somente se as condições democráticas fossem perfeitas (indivíduos com tempo livre para ouvir qualquer discurso emanado por qualquer fonte; propagandas que só persuadissem pelos argumentos; legisladores que operassem com virtude perfeita). Desse modo, antes de diminuir direitos da Primeira Emenda, a legislação do financiamento ampliaria e facilitaria o exercício desses direitos por pessoas reais.

Por fim, a hipótese das corporações midiáticas consistiria em algo completamente diferente, visto que elas colaborariam para a ampliação do debate. O mercado de ideias seria, pois, inteiramente diverso do mercado econômico, uma vez que as ideias e as leis não se comprariam e não se venderiam. A parte dissidente concluiu esse segundo interesse com a consideração de que a maioria, por meio dos votos lançados, propugnaria por uma desregulação do financiamento.

2.1.5.3 Proteção dos acionistas

O último interesse versado pela minoria da Corte foi o da proteção dos acionistas. Stevens iniciou lembrando que *Austin*, para além de proteger a integridade do processo eleitoral, protegeria também o direito dos acionistas frente a um tipo de discurso coercitivo, isto é, a utilização de contribuições eleitorais que não refletiriam o apoio dos acionistas. Nesse precedente, a Corte teria usado a proteção dos acionistas como um interesse para reforçar o argumento antidistorção, na medida em que despesas eleitorais frequentemente comprometeriam a visão de alguns acionistas e aumentariam a dúvida sobre o apoio público atual a respeito das ideias políticas expostas. Dessa maneira, o investimento financeiro dos acionistas poderia estar

³² “the ‘differing structures and purposes’ of different entities ‘may require different forms of regulation in order to protect the integrity of the electoral process.’” *Tradução nossa*. Página 169 da decisão.

³³ “There is no such thing as too much speech.” *Tradução nossa*. Página 170 da decisão.

sendo utilizado de forma contrária às suas convicções políticas, o que ocorreria quando a corporação utilizasse seu patrimônio geral para comunicação de campanha eleitoral.

A maioria sugeriu, para contornar o problema, os mecanismos de “democracia corporativa” e de transparência via Internet. Os direitos dos acionistas, porém, seriam quase inexistentes para Stevens e a transparência via Internet também não seria suficiente para resolver a questão. De acordo com Stevens, ademais, não se poderia comparar o discurso eleitoral de corporações com doações para caridade ou *lobby*, uma vez que o primeiro seria um ataque muito mais sensível ao acionista.

2.1.6 Justice Thomas

Este magistrado demonstrou estar de acordo com toda a opinião da Corte, exceto quanto à parte IV, que tratou da advertência legal e da transparência. Para Thomas, o Congresso não poderia restringir o direito ao anonimato no discurso com base no simples interesse em providenciar informações relevantes adicionais aos eleitores. A Corte esqueceria fatos que demonstrariam que doadores para certas causas estariam sendo listados, ameaçados ou marcados para retaliação. Discordou, portanto, da maioria ao entender que um *as-applied challenge* contra os dispositivos legais não seria suficiente.

2.2 ADI Nº 4.650/DF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650 é datada de 17 de setembro de 2015. Trata-se de ação constitucional proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Participaram do julgamento os Ministros Luiz Fux (Relator), Joaquim Barbosa, Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski (Presidente), Rosa Weber e Carmen Lúcia, os quais compuseram a parte vencedora; além de Teori Zavascki (Voto-Vista), Gilmar Mendes (Voto-Vista) e Celso de Mello, que, por sua vez, compuseram a parte vencida. Portanto, foram 8 votos contra 3 pela inconstitucionalidade das doações eleitorais por pessoas jurídicas.

O julgamento cuidou de duas leis de caráter eleitoral, a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995) e a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997), e

acabou declarando a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto de dispositivos normativos (arts. 31; 38, III; 39, *caput* e § 5º, da Lei Orgânica dos Partidos Políticos e arts. 23, §1º, I e II; 24; 81, *caput* e § 1º, da Lei das Eleições) que permitiam o financiamento por parte de pessoas jurídicas.

A título de ilustração, consoante o art. 81, § 1º³⁴ da Lei das Eleições, então vigente à época da decisão do STF, as doações e contribuições de pessoas jurídicas (sobretudo empresas privadas de finalidade lucrativa) para campanhas eleitorais ficavam limitadas a 2% (dois por cento) do faturamento bruto do ano anterior à eleição.

O Conselho Federal alegou, na petição inicial, que esse modelo legislativo feriria alguns princípios constitucionais, quais sejam, o princípio da isonomia, o princípio democrático, o princípio republicano e o princípio da proporcionalidade na dimensão de proibição de proteção insuficiente. Requereram, inclusive, para além da vedação de doações e contribuições por pessoas jurídicas, a alteração do modelo legislativo referente às pessoas naturais, com a proposição de um limite fixo.

2.2.1 Ministro Luiz Fux (Relator)

Inicialmente, o Ministro Luiz Fux³⁵ apresentou o contexto histórico brasileiro, no qual estaria inserida a discussão. Versou sobre o momento de relativa estabilidade institucional, em vista de o Brasil ser uma democracia recente, inaugurada pela Constituição de 1988. Porém, haveria ainda algumas vicissitudes que não teriam sido resolvidas. Assim, uma reforma política se faria necessária, principalmente frente à crise de representatividade, isto é, o descolamento entre a classe política e a sociedade civil. Dentro dessa realidade, a democracia, enquanto forma de governo popular, estaria fortemente preocupada com a tutela dos valores republicanos, bem como com a credibilidade e a confiança da população no sistema político. Nesse ambiente de reforma política, o financiamento de campanhas eleitorais surgiria como um dos principais temas. Uma das razões para a centralidade do financiamento nos debates sobre reforma política seria a crescente expansão das despesas eleitorais. As campanhas eleitorais estariam, pois, cada vez mais caras, de acordo com dados

³⁴ 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.

³⁵ Páginas 24 a 60 da decisão.

comparativos entre 2002 e 2012. Outro fato destacado por Fux ressalta que, em relação ao Produto Interno Bruto (PIB), o Brasil seria o país que apresentaria o maior gasto eleitoral do mundo (0,89% do PIB).

Na parte preliminar, o Ministro destacou que um dos pedidos da exordial demandaria uma sentença aditiva de princípio ou sentença-delegação, a qual instaria o legislador a disciplinar a matéria – no caso, em 18 meses - nas diretrizes delimitadas pelo tribunal constitucional. No entanto, não se trataria de um pedido juridicamente impossível, mas sim se estaria diante de um debate travado nos limites do direito posto e do direito a ser criado.

No que tange ao mérito, principiou com a asserção de que o financiamento de campanhas eleitorais seria um dos pontos nucleares de um sistema político. Ademais, notou que, no momento em que fosse diagnosticado o inadequado funcionamento das instituições políticas, seria dever da corte constitucional otimizar e aperfeiçoar o processo democrático, em uma postura particularista e expansiva, de sorte a corrigir as patologias que desvirtuassem o sistema representativo, máxime quando obstruíssem as vias de expressão e os canais de participação política. Nesse sentido, não se poderia confiar exclusivamente na classe política para a formulação da reforma política, visto que não se poderia esperar que atuassem contra os próprios interesses. Principalmente em matérias intimamente ligadas ao processo eleitoral, se aumentariam consideravelmente as chances de manipulação e parcialidade. Fux também enfatizou que a Constituição de 1988 não conteria em qualquer de suas disposições constitucionais um tratamento específico e exaustivo no que concerne ao financiamento de campanhas eleitorais. Desse modo, a leitura da Constituição não poderia ser puramente procedimental. Pelo contrário, a Constituição de 1988 teria caráter profundamente substantivo, pródiga em normas de cunho valorativo. Esses princípios materiais paradigmas retirariam a liberdade-total do legislador ordinário para disciplinar a matéria. Apesar dessas considerações, o Relator advertiu que a decisão do STF não deteria a pretensão de encerrar o debate sobre o assunto, mas sim se pretendeu privilegiar o chamado “diálogo constitucional”.

Quanto ao voto propriamente dito, Luiz Fux afirmou que as modalidades de exercício da cidadania (votar, ser votado, influenciar a vontade política por meio de instrumentos de participação direta) seriam inerentes às pessoas naturais e que seria absurdo estendê-las às pessoas jurídicas. Exemplificou com a Súmula nº 365 do

STF³⁶, de acordo com a qual as pessoas jurídicas não deteriam legitimidade para propor ação popular. Do mesmo modo, os direitos da personalidade humana apresentariam natureza diversa dos da pessoa jurídica.

Após mencionar que os candidatos que despendem mais recursos em suas campanhas teriam maiores chances de êxito nas eleições, o Ministro Relator conectou essa consideração com o fato de que as pessoas jurídicas representariam a fonte da absoluta maioria das doações eleitorais. Outrossim, para Fux, o fundo partidário e o horário eleitoral gratuito já proporcionariam meios suficientes para promover as campanhas. Nesse sentido, votou pela proibição de doações e contribuições por pessoas jurídicas e pela manutenção da sistemática relativa às pessoas naturais.

Haveria, portanto, na visão do Relator, impropriedades causadas pelo financiamento por pessoas jurídicas. Primeiro, o peso político da participação de uma pessoa jurídica dependeria diretamente de sua renda, o que resultaria em uma “plutocracização”. Segundo, a competitividade dos candidatos na disputa eleitoral (i.e., o sucesso ou o fracasso) seria diretamente proporcional aos gastos feitos nas campanhas³⁷. Por fim, a liberdade de expressão no campo político serviria para ampliar a discussão política, porém não haveria, dentro da realidade política brasileira, perfil ideológico no financiamento realizado por pessoas jurídicas. Fux citou, ao final, a decisão da Suprema Corte em *Citizens United*, mas afirmou que ela não teria abordado diretamente a doação por pessoas jurídicas, apenas teria cuidado dos chamados gastos independentes.

2.2.2 Ministro Joaquim Barbosa

Então Presidente do Supremo Tribunal Federal na época em que proferido seu voto, Joaquim Barbosa³⁸ começou sua exposição com um questionamento sobre se as empresas voltadas a interesses econômicos poderiam contribuir em igualdade de condições com o cidadão no debate político. Dissertou, ademais, sobre as relações de confluência perversa entre o público e o privado no Brasil, para as quais o princípio republicano teria sido pensado. Barbosa retirou, após essa asserção, uma diretiva normativa constitucional para o financiamento de campanha, a qual estaria presente

³⁶ Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular.

³⁷ Luiz Fux cita o cientista político norte-americano David Samuels neste tópico. Página 52 da decisão.

³⁸ Páginas 62 a 65 da decisão.

no § 9º do art. 14 da Constituição³⁹. Esse parágrafo consubstanciaria o dever do Estado de proteger a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico. Desse modo, o Ministro concluiu seu breve voto asseverando que as doações e contribuições de empresas para o financiamento de campanhas comprometeriam seriamente a independência dos representantes.

2.2.3 Ministro Dias Toffoli

O que estaria em jogo, segundo Toffoli⁴⁰, seria a decisão de quem financia a democracia: o povo ou as grandes corporações. Dessa maneira, entendeu que a disputa democrática, enquanto processo livre e igual, deveria ser exercida exclusivamente por seus atores, quais sejam, eleitores, candidatos e partidos políticos. Isso decorreria da asserção de que, quando do exercício da soberania popular, o cidadão, pessoa física, seria o único constitucionalmente legitimado a exercitá-la.

Como o voto seria a perfeita consumação do princípio da igualdade (tanto formal quanto material) e a pessoa jurídica não poderia votar e não poderia ser votada, Toffoli considerou não haver justificativa para a participação de pessoas jurídicas no processo eleitoral. Assim, o financiamento seria dar participação no processo eleitoral a quem não daria voto. Novamente, foi aduzido o art. 14, § 9º da Constituição, que revelaria uma vedação expressa ao financiamento por pessoas jurídicas. O Ministro ainda ressaltou que não se impediria somente o abuso, mas antes a própria influência econômica. A respeito dos dados do financiamento empresarial, para além da participação hipertrofiada do poder privado na nossa realidade eleitoral, o Ministro notou que as empresas que doam recursos para campanhas tenderiam a vir de setores econômicos fortemente influenciados por regulamentação governamental ou que manteriam relações contratuais com o poder público (setor financeiro, construção civil e indústrias pesadas). Propugnou, nesse viés, pela fixação de um teto para os gastos com as campanhas eleitorais de cada qual dos cargos em disputa. Finalmente,

³⁹ § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)

⁴⁰ Páginas 71 a 96 da decisão.

com base no que denominou de premissa democrática, isto é, a participação livre, igual e consciente dos eleitores no processo político, Toffoli afirmou que não se poderia medir o exercício da cidadania e a participação dos eleitores e dos candidatos no processo eleitoral com base na capacidade financeira de cada um deles. Todos os cidadãos, no processo eleitoral, teriam, pois, o mesmo valor.

2.2.4 Ministro Luís Roberto Barroso

Barroso⁴¹ destacou, no início do voto, a centralidade do dinheiro no processo eleitoral. Ademais, existiria, em sua perspectiva, a percepção de que o interesse público acabaria devorado pelo interesse privado. Entretanto, nem o interesse privado poderia ser travestido de público; nem o interesse público poderia ser um balcão de negócios. Seria necessário, assim, um equilíbrio entre o mercado e a política. O Ministro considerou, dentro desse contexto, que o sistema eleitoral brasileiro apresentaria viés antidemocrático e antirrepublicano, fruto do sistema proporcional com lista aberta, combinado com a possibilidade de financiamento privado. Esse modelo brasileiro desigualaria os candidatos em função de um elemento discriminatório não razoável, que seria o poder aquisitivo ou o poder de financiamento. O peso do dinheiro “desequipararia”, assim, as pessoas, o que se mostraria problemático e prejudicial à moralidade. Isso iria de encontro, portanto, com a própria ideia por trás da democracia, que seria a igualdade. De acordo com Barroso, as desigualdades, entretanto, se caracterizariam como inevitáveis no estágio atual. Porém, a fórmula legal brasileira potencializaria a desigualdade, ao invés de a neutralizar. O Ministro conectou esses problemas com a tradição não republicana e patrimonialista da história nacional.

Na finalização do voto, o magistrado admitiu não acreditar que a proibição de financiamento por pessoas jurídicas seja o único modelo democrático possível. Além disso, destacou que a interface constitucional se mostraria muito relevante no debate, pois serviria para preservar direitos fundamentais; no caso, direitos políticos. De qualquer modo, concluiu que a questão de as pessoas jurídicas não serem cidadãos no sentido constitucional legitimaria a limitação no financiamento. Todavia, não

⁴¹ Páginas 121 a 134 da decisão.

bastaria coibir o financiamento empresarial, seria preciso baratear o custo das eleições. Do contrário, acabaria por se tornar fonte de mais corrupção.

2.2.5 Ministro Teori Zavascki (Voto-Vista)

O primeiro Ministro do Tribunal a discordar do Relator foi Teori Zavascki⁴². Reconheceu a importância da questão do financiamento para a preservação do princípio democrático e da legitimidade da escolha de representantes políticos. Além disso, expressou a crença de que não se poderia imaginar um sistema democrático de qualidade sem partidos políticos fortes e atuantes, especialmente em campanhas eleitorais, o que pressuporia a disponibilidade de recursos financeiros expressivos. Portanto, para Zavascki, contrariamente à posição do Relator, os recursos financeiros contribuiriam de modo positivo e, embora a democracia não tenha preço, ela teria um custo de funcionamento que seria preciso pagar⁴³. O financiamento de campanhas e de partidos constituiria, portanto, contingência indispensável.

O principal argumento do Ministro para se opor à linha de argumentação da parte vencedora foi o de que a fonte principal dos abusos de poder econômico e da corrupção política estaria no desrespeito das normas e na impunidade dos responsáveis. Diferentemente do que alguns Ministros haviam sustentado, Zavascki entendeu que a Constituição combateria a influência econômica abusiva, não o uso do dinheiro, o que seria indispensável. Não se poderia, ademais, concluir que as contribuições financeiras, apenas por serem oriundas de pessoas jurídicas, encontrariam óbice direto e frontal na Constituição. Igualmente, não existiria relação necessária entre capacidade de votar e habilitação para contribuir, uma vez que haveria pessoas naturais sem habilitação para votar e nem por isso elas estariam proibidas de contribuir financeiramente para partidos e campanhas. Outrossim, as pessoas naturais também somente contribuiriam por interesse, assim como as pessoas jurídicas. O que importaria, na perspectiva de Zavascki, seria o marco comportamental (abuso) e não o marco normativo, isto é, o problema não estaria na norma, mas sim no seu descumprimento. De forma a ilustrar que a proibição de financiamento por empresas privadas não teria sido efetiva, o magistrado lembrou

⁴² Páginas 138 a 157 da decisão.

⁴³ Citou o cientista político argentino Daniel Zovatto na página 139 da decisão.

o caso de corrupção “Collor-PC Farias” e colacionou, ainda, uma citação do ex-Ministro Sepúlveda Pertence: “Não é que seja desejável que empresas de finalidade lucrativa custeiem a disputa do poder político. Mas é inevitável que o façam.”⁴⁴

Por fim, realizou algumas ressalvas. Primeiro, o abuso do poder econômico não estaria necessariamente relacionado com o custo das atividades partidárias. Segundo, seria impossível remover a vantagem das pessoas mais ricas sobre as mais pobres em questões de financiamento ao se propor um limite fixo, visto que a desigualdade estaria no plano fático e material, de forma que algumas pessoas continuariam sem condições de fazer qualquer doação. Ressaltou, ainda, a posição privilegiada dos detentores do poder político e a questão da propaganda institucional. Concordou, ao término, que haveria, de fato, déficit normativo, mas que este não poderia ser suprido no âmbito da ação.

Mediante aditamento do voto, o Ministro Teori relatou posteriormente que haveria a possibilidade, em alguma medida, de se afirmar que certas vedações a aportes de recursos financeiros a partidos e a campanhas caracterizariam decorrência natural do sistema constitucional e, desse modo, seriam insuscetíveis de disposição contrária pelo legislador ordinário. Ilustrou com o exemplo das permissionárias e das concessionárias de serviços públicos, cuja proibição deveria ser estendida a outros tipos de contrato com o Poder Público. Desse modo, a inibição de práticas clientelistas seria dispositivo que poderia ser inferido diretamente dos parâmetros da Constituição. Defendeu, outrossim, o impedimento de contratação das pessoas jurídicas que doassem para as campanhas, bem como a vedação de contribuição simultânea para diferentes partidos ou candidatos que competem entre si. Seria, pois, importante reduzir as possibilidades de surgimento de conflitos entre interesses públicos e privados. O melhor meio para realizar essas mudanças seria o acréscimo de vedações ao art. 24 da Lei nº 9.504/1997 e ao art. 31 da Lei nº 9.096/1995⁴⁵. Com essas considerações, Zavascki deu ao sistema normativo questionado interpretação conforme à Constituição, votando pelo parcial provimento da ação.

⁴⁴ Passagem retirada do voto do Min. Sepúlveda Pertence, proferido na ADI nº 1.076 (DJ de 07/12/2000). Página 148 da decisão.

⁴⁵ Esses artigos elencam rol de fontes vedadas de financiamento para candidatos e para partidos políticos, compreendido o financiamento como “doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie” (Lei nº 9.504/1997) e “contribuição ou auxílio pecuniário ou estimável em dinheiro, inclusive através de publicidade de qualquer espécie” (Lei nº 9.096/1995).

2.2.6 Ministro Marco Aurélio

A parte vencedora no julgamento foi retomada com o voto do Ministro Marco Aurélio⁴⁶. Para ele, a democracia seria direito do cidadão fundado nos valores da soberania popular e do autogoverno. Contudo, não bastaria, para que se fale em democracia, a existência de eleições periódicas com sufrágio universal. Portanto, surgiria a necessidade de um processo eleitoral justo e igualitário, que não poderia ser subvertido pelo interesse econômico⁴⁷. O cidadão comum e a sociedade civil, inseridos nesse contexto, seriam derrotados pela força das elites econômicas, o que não lhes permitiria influenciar as decisões legislativas. A competição eleitoral desigual, nesse viés, macularia todo o processo político, inclusive o resultado das deliberações parlamentares. Consoante Marco Aurélio, se correria o risco de um despotismo indireto, isto é, uma representação política voltada exclusivamente aos interesses dos próprios representantes. Ainda de acordo com o Ministro, viveríamos em uma plutocracia, na qual o poder político seria exercido pelo grupo mais rico, com a exclusão dos menos favorecidos. A plutocracia se caracterizaria, pois, como a própria violação do direito fundamental à democracia. Desse modo, chegou à conclusão de que as pessoas naturais seriam as únicas que apresentariam legitimidade para doar, o que configuraria um dos meios de cada cidadão participar da vida política. Ao término, asseverou que o direito positivo não poderia presumir que todos possuam os recursos financeiros para chegar ao eleitorado; haveria de existir limites. Finalizou questionando se a democracia poderia ser direito de todos se tantos ainda estariam alijados do processo político.

2.2.7 Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente)

Ricardo Lewandowski⁴⁸, Presidente do STF à época do julgamento, também acompanhou o Relator. Começou o voto com a afirmação de que o equilíbrio dos pleitos restaria ferido com o modelo de financiamento então vigente, e, por conseguinte, também a regra do “*one man, one vote*” (voto com igual peso e igual

⁴⁶ Páginas 168 a 176 da decisão.

⁴⁷ O Ministro citou, nesse ponto, o autor norte-americano Timothy Kuhner para demonstrar a corrupção da democracia pelo financiamento privado. Páginas 169 e 170 da decisão.

⁴⁸ Páginas 178 a 180 da decisão.

valor). Essa ofensa ao equilíbrio dos pleitos decorreria do fato de que as pessoas comuns não poderiam fazer frente ao poderio econômico das empresas. Assim como outros colegas, fez alusão ao art. 14, § 9º da Constituição para argumentar que o poder econômico, ao influenciar as eleições, ofenderia a soberania popular, ou seja, a regra de que todo o poder emana do povo. Povo, nesse sentido, consistiria em conjunto de cidadãos; não se confundiria com concerto de empresas. Por isso, pessoas jurídicas não votariam e não poderiam ser eleitas, motivo pelo qual também não poderiam ter qualquer participação no processo eleitoral. Elas, por definição, defenderiam interesses materiais (o lucro) que seriam incompatíveis com o bem comum. Ressaltou, finalmente, que a democracia participativa nunca foi plenamente efetivada, ou seja, a manifestação direta dos cidadãos no plano da política.

2.2.8 Ministro Gilmar Mendes (Voto-Vista)

Após pedir vista dos autos e permanecer com eles por mais de um ano, o Ministro Gilmar Mendes⁴⁹ proferiu um extenso voto. Registrou, inicialmente, que o autor oculto da ação seria o Partido dos Trabalhadores (PT) e partidos correlatos, como uma tentativa de permanência no poder. Após, afirmou que não haveria fórmulas universais para a regulação da matéria, a qual dependeria de vários fatores, como sistema de governo, sistema eleitoral e quadro partidário. No Brasil, não teria se disciplinado a matéria em âmbito constitucional; teria se reservado para a legislação ordinária, com ampla margem de conformação. Não haveria, portanto, uma vedação expressa para doações de pessoas jurídicas. Lembrou, ainda, para ilustrar tentativas de baratear a disputa eleitoral, que a Lei nº 11.300/2006, chamada de minirreforma eleitoral, teve o objetivo de reduzir os gastos de campanha e inseriu o art. 17-A na Lei nº 9.504/1997⁵⁰. Ao fim da introdução do voto, destacou que a democracia possível seria a representativa, citando lição do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵¹.

⁴⁹ Páginas 163 a 264 da decisão.

⁵⁰ Art. 17-A. A cada eleição caberá à lei, observadas as peculiaridades locais, fixar até o dia 10 de junho de cada ano eleitoral o limite dos gastos de campanha para os cargos em disputa; não sendo editada lei até a data estabelecida, caberá a cada partido político fixar o limite de gastos, comunicando à Justiça Eleitoral, que dará a essas informações ampla publicidade. (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006)

⁵¹ Página 199 da decisão.

O primeiro tópico desenvolvido foi o relativo ao direito comparado na matéria. Dissertou a respeito dos sistemas francês, norte-americano e alemão. A França apresentaria financiamento misto; os EUA, com um modelo de *soft money* (contribuições genéricas aos partidos), teriam financiamento majoritariamente privado; e a Alemanha apresentaria igualmente financiamento misto. Na sequência, notou que as regulações normativas estimulariam comportamentos e instigariam a utilização de brechas, de forma legal ou não. Ademais, externou a compreensão de que os partidos deveriam estar conectados com a sociedade civil e não com o Estado, uma vez que seria essencial que os partidos lograssem auferir recursos de seus apoiadores na sociedade civil, demonstrando o liame necessário a uma existência não meramente formal, mas real, como força representativa de setores sociais. Não haveria, nesse viés, como escapar, na prática, de alguma espécie de financiamento misto. O financiamento demonstraria, assim, a conexão do partido com a sociedade civil (pelo menos parcela dela), o que seria a vitalidade da democracia. Depois de falar em igualdade de chances, Gilmar Mendes argumentou que aquilo que de fato macularia o processo democrático-eleitoral brasileiro seriam os abusos perpetrados, em sua maioria, por candidatos que podem se utilizar da máquina pública a seu favor.

Em um terceiro tópico, o Ministro versou sobre a história do financiamento das campanhas e dos partidos políticos no Brasil. Começou pelo sistema eleitoral majoritário existente no Império e no início da República. Após, tratou de Getúlio Vargas, com o qual, a partir de 1930, o processo eleitoral passaria a ter maior atenção quanto a sua regulação. Em fevereiro de 1932, foi promulgado o Código Eleitoral. Já no final do Estado Novo, foi editado o Decreto-Lei nº 7.586/1945, que criou o sistema eleitoral proporcional de listas abertas, até hoje vigente. Quanto à prestação de contas eleitoral, ela teve início com a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 4.740/1965), promulgada no período militar. Esta, proibia a contribuição, auxílio ou recurso procedente de empresa privada, de finalidade lucrativa. Essa legislação foi substituída, então, pela Lei nº 5.682/1971, a qual estendeu a vedação às entidades de classe ou sindical. O marco histórico posterior foi o Impeachment de Fernando Collor, o qual assentou-se, em grande parte, em ilícitos relacionados ao financiamento de campanha eleitoral. No relatório produzido pela CPI do esquema “PC Farias”, se criticou a proibição de financiamento por pessoas jurídicas, que seria irreal e hipócrita. Houve defesa de maior regulação, tanto na entrada quanto na saída de recursos de campanha, e foi elaborada a Lei nº 8.713/1993, que dispôs acerca de normas sobre

administração financeira das campanhas, inclusive a possibilidade de doação de pessoas físicas e jurídicas. Mendes realizou, ainda, breves comentários concernentes a leis posteriores, a Lei nº 9.100/1995 e a Lei nº 9.504/1997. Discorreu, ao término do relato histórico, a respeito da Operação Lava Jato, a qual caracterizou como sendo financiamento público mediante desvio de valores públicos para particulares.

Uma passagem do voto do Ministro Gilmar Mendes sumaria o fundamento principal para recusar a proibição de financiamento por pessoas jurídicas. Cita-se: “[t]endo em vista que o barateamento do custo de campanhas parece ser ideia ainda longe de ser implementada com alguma efetividade, é possível dizer que a restrição das doações às pessoas físicas acarretará, sem nenhuma dúvida: i) a clandestinidade de doações de pessoas jurídicas, por meio do ‘Caixa 2’; e ii) estímulo à prática sistemática de crimes de falsidade, com o uso de CPF de ‘laranjas’.”⁵² Em complementação, acrescentou que não teríamos tradição em doação por pessoas físicas, o que seria justificado pelas desigualdades sociais e econômicas vividas ao longo da história brasileira. O Ministro afirmou, ainda, que a procedência da ação consistiria em um “convite à criminalização das campanhas eleitorais, prestes a ser chancelada pelo Supremo Tribunal Federal.”⁵³ Outrossim, cuidou da alternativa do fundo partidário, o qual não daria conta dos gastos de campanha, e do limite *per capita* uniforme para as doações de pessoas físicas, o qual seria algo impensável no mundo civilizado, porque desvincular os limites de contribuições da capacidade de renda dos doadores significaria abrir as portas para a prática do crime de lavagem de dinheiro.

A parte final do voto foi centralizada na questão da igualdade de chances. Mendes entendeu que a redução formal de recursos no atual sistema de disputas eleitorais violaria a ideia de igualdade de chances entre os candidatos, entendida como a necessária concorrência livre e equilibrada entre os participantes da vida política, sem a qual ficaria comprometida a própria essência do processo democrático. Para ele, “as doações privadas são instrumento de reequilíbrio do processo eleitoral. [...]. À oposição resta buscar na iniciativa privada recursos para promover seu projeto.”⁵⁴ Versou, na sequência, a respeito do modo como a Ação Direta de Inconstitucionalidade chegou ao Supremo e criticou veementemente o Partido dos Trabalhadores, o qual, dentre outras considerações, teria recursos para campanhas

⁵² Página 236 da decisão.

⁵³ Página 238 da decisão.

⁵⁴ Página 248 da decisão.

até 2038. De acordo com o Ministro, se pretenderia uma manipulação da corte suprema para aplicar um golpe no processo democrático-eleitoral. Conectando novamente com o ponto do reequilíbrio do processo eleitoral, mencionou Hans Kelsen e a proteção das minorias pela jurisdição constitucional⁵⁵. Além disso, depois de enfrentar o sistema de financiamento público no Brasil, com as figuras do fundo partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão, buscou demonstrar que o financiamento privado serviria à isonomia, ao garantir competição político-eleitoral. Finalizou o voto com a seguinte asserção: “Estou reconhecendo a influência, mas afirmando que o remédio é pior do que a doença.”⁵⁶

2.2.9 Ministra Rosa Weber

Rosa Weber⁵⁷ foi a primeira Ministra da Corte a votar e optou por acompanhar o Relator. A primeira observação realizada pela magistrada abordou a insuficiência das normas para organizar as relações sociais e a necessidade de aprimoramento constante de modelos legislativos, a partir de um poema de Drummond: “As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei.”⁵⁸ Também afirmou que se trataria de tema tormentoso e que não haveria sistema ideal. Na linha de outros colegas, entendeu que o § 9º do art. 14 da Constituição apresentaria densidade normativa suficiente a viabilizar o controle de constitucionalidade. Consoante esse dispositivo, a normalidade e a legitimidade das eleições constituiriam o bem maior a ser protegido contra a influência do poder econômico. O poder econômico (doações e contribuições nos moldes legais) desequilibraria abusivamente o jogo político, a ponto de tornar a disputa eleitoral ilegítima. Na sequência, colacionou citação do ex-Ministro Ayres Britto que cuidou do poder econômico:

[e]le, poder econômico, enquanto aparato de classe e de dinheiro não tem como se apartar de si mesmo. Da sua consubstancial supremacia em tema de competição eleitoral. Supremacia em face do eleitor comum, supremacia em face de candidato não-economicamente corporativo. Donde o saque dos dois diferentes vocábulos constitucionais (“influência” e “abuso”), que é de se presumir intencional.⁵⁹

⁵⁵ Páginas 253 a 255 da decisão.

⁵⁶ Página 262 da decisão.

⁵⁷ Páginas 295 a 305 da decisão.

⁵⁸ Página 296 da decisão.

⁵⁹ Passagem retirada do artigo doutrinário “Influência do Capital. Empresa que financia campanha eleitoral comete abuso de poder econômico”. Página 299 da decisão.

Portanto, a Constituição apontaria para a proteção da disputa eleitoral, dela alijando, na medida do máximo possível, a influência corrosiva do poder econômico. Segundo Rosa Weber, a permissão de doar, nos patamares legais, se não ampliaria a desigualdade de forças, a partir da preponderância do capital, também não laboraria pela igualdade de chances no processo eleitoral. Compreendeu, ademais, que as pessoas jurídicas não seriam efetivas detentoras dos direitos políticos por excelência (voto, iniciativa popular, plebiscito e referendo). Não expressou, no entanto, o entendimento de que somente cidadãos participariam da vida política. Ressaltou, por fim, a correlação direta entre o montante gasto na campanha e o êxito do candidato no pleito eleitoral, de modo que as pessoas jurídicas se tornariam peça-chave nesse sistema.

No que concerne às doações por pessoas físicas, o critério legal não justificaria a “desigualação” no âmbito do financiamento do processo eleitoral. Do mesmo modo, discordou da regra legal sobre a utilização de recursos próprios pelos candidatos, pois favoreceria candidatos com melhores condições econômico-financeiras que poderiam suportar tetos mais elevados de gastos de campanha. Estar-se-ia diante de ruptura da igualdade de oportunidade, mesmo antes da disputa eleitoral propriamente dita.

2.2.10 Ministra Carmen Lúcia

A outra Ministra do Supremo, Carmen Lúcia⁶⁰, votou após Rosa Weber e acabou também optando por seguir a posição da maioria. Teceu, de início, considerações sobre o processo eleitoral. Ele, na democracia representativa ou semidireta, privilegiaria aquele que elege e pode ser eleito, aquele que vota e pode ser votado, aquele, portanto, que participa do processo no sentido de formar a vontade que haverá de ser tida como a vontade da sociedade, expressa pelo Estado e a ser desempenhada pelo Estado. Cidadão, por esse viés, seria somente a pessoa física. De outro lado, não deveria haver influências externas no processo direto, isto é, manifestações que influam diretamente no pleito. Abordou, ademais, a preocupação da parte vencida a respeito do descumprimento das normas. Aduziu, para tanto, frase

⁶⁰ Páginas 318 a 321 da decisão.

de Machado de Assis, “a virtude é uma, os pecados são muitos”⁶¹, para afirmar que caberia aos juízes impossibilitar o contorno das leis, para resguardar a legalidade. Ao término do voto, registrou que a formação da vontade popular dependeria do povo e que a “[i]gualação de doadores é que faz com que nós não tenhamos desvirtuamentos.”⁶² Votou, portanto, pela procedência da ação.

2.2.11 Ministro Celso de Mello

O último magistrado do colegiado a votar foi o Ministro Celso de Mello⁶³, que acompanhou a divergência inaugurada pelos Ministros Teori Zavascki e Gilmar Mendes. Nesse sentido, asseverou que somente o abuso seria incompatível com a Constituição, já que a atuação regular não provocaria os efeitos perversos e deslegitimadores dos resultados eleitorais. Tratou-se de uma curta manifestação do Ministro, a qual encerrou as votações do colegiado.

⁶¹ Página 320 da decisão.

⁶² Página 321 da decisão.

⁶³ Páginas 322 e 323 da decisão.

3 PARTE II – PRINCIPAIS TÓPICOS LEVANTADOS PELAS DECISÕES

Os resultados consideravelmente díspares a que chegaram os magistrados dos dois colegiados não são frutos de meras interpretações distintas a respeito de regras jurídicas. Pelo contrário, essa disparidade entre os entendimentos dos membros dos tribunais está ligada precipuamente a diferentes visões sobre o próprio funcionamento democrático. Discordam, portanto, a respeito de quais valores e princípios devem ser privilegiados por uma Constituição de um Estado Democrático de Direito, sobretudo no que concerne à participação e ao debate público.

De um lado, a Suprema Corte Americana mostrou um enfoque voltado para a liberdade de expressão, que seria o ideal que nortearia um regramento sobre financiamento de campanhas. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal destacou especialmente a ideia de igualdade de oportunidade como o cerne de um pleito eleitoral democrático. Apesar de ambas tratarem, em alguma medida, das duas ideias, as cortes colocaram precedência de um desses valores sobre o outro, como se fossem conceitos opostos.

Desse modo, nesta segunda etapa da monografia, realiza-se um mapeamento da literatura que discorreu acerca das decisões acima expostas, para se elaborar uma análise dos principais tópicos desenvolvidos nos julgados, que apresentam, primeiramente, relação com a liberdade de expressão e, na sequência, com a igualdade de oportunidade.

3.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

3.1.1 Robert Post e a integridade eleitoral

O primeiro autor a ser analisado é o constitucionalista norte-americano Robert Post, o qual escreveu a obra mais diretamente relacionada à decisão da Suprema Corte, dentre as aqui tratadas, denominada *Citizens Divided*, de 2014. O livro está dividido em três partes: uma primeira que compreende duas palestras proferidas nas *Tanner Lectures on Human Values*, uma segunda que apresenta comentários de outros autores a respeito dessas palestras e, por fim, uma última parte em que Post responde brevemente os comentários realizados. Cuida-se de uma tese que se inclina muito mais para o âmbito da liberdade de expressão do que para o âmbito da

igualdade de oportunidade, a qual o professor norte-americano praticamente não examina⁶⁴.

A primeira palestra, intitulada “Uma Breve História da Representação e da Democracia Discursiva”, não será o foco das análises aqui perpetradas, uma vez que a finalidade da exposição de Post foi apenas demonstrar a tradição do valor do autogoverno nos Estados Unidos, que tomou tanto a forma da representação republicana quanto da deliberação democrática. Nesse sentido, o constitucionalista perpassou por diferentes épocas da história política norte-americana, quais sejam, *Framers Age* (época dos Pais Fundadores), *Jacksonian Age* (governo de Andrew Jackson), *Gilded Age* (auge da dominação dos partidos políticos no cenário eleitoral) e *Progressive Age* (período de tentativas de corrigir impropriedades da época anterior).

A segunda palestra, “Reforma do Financiamento de Campanha e a Primeira Emenda”, por sua vez, constitui o núcleo mais denso da exposição de Post, no qual ele apresenta sua tese a respeito da integridade eleitoral. O autor procurou, a partir da ideia de autogoverno, ínsita em um regime democrático (governo do povo), conciliar as duas interpretações desse valor que remontam à tradição discorrida na primeira palestra, ou seja, a representação republicana e a democracia discursiva (deliberação democrática). Essas interpretações aparentemente conflitantes se encontrariam ilustradas no precedente *Citizens United v. FEC*, com os defensores da liberdade de expressão, de um lado, que eram contrários a regulação promovida pelo BCRA, e com os partidários da integridade representativa, de outro, que eram favoráveis às restrições impostas. Robert Post define ambas as concepções⁶⁵. A representação está conectada diretamente com a eleição de representantes que governam em nome do povo e que possuem laços de confiança com os eleitores, os quais devem ser mantidos íntegros (integridade representativa). A reforma do financiamento de campanha procurou preservar essa concepção de governo representativo. Já a democracia discursiva está ligada com a participação ativa do povo na formação da opinião pública, a qual estaria sempre em desenvolvimento, com

⁶⁴ Post defende que todos devem ter um direito igual para participar no processo comunicativo pelo qual a opinião pública é formada. Uma vez que as decisões políticas são impostas em todos os cidadãos, todos eles devem ter a possibilidade de participar das deliberações. Trata-se de uma igualdade em um sentido fraco, aparentemente formal, já que diz respeito à previsão legal de direitos comunicativos. POST, Robert C. **Citizens Divided**: Campaign Finance Reform and the Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 2014. p. 37.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 59.

uma continuidade que não permitiria identificar qual o seu conteúdo preciso. Não seria, desse modo, possível falar em decisões da opinião pública, a qual dependeria sempre de interpretações de natureza subjetiva.

Conforme aludido na opinião da Corte em *Citizens United*, para que uma lei que apresente a capacidade de atingir direitos comunicativos protegidos pela Primeira Emenda possa ser sustentada, ela necessita passar pelo teste do escrutínio estrito. Por esse viés, a legislação deve, de acordo com esse procedimento, estar embasada por um interesse governamental persuasivo e ser particularmente direcionada a esse fim.

Nesse contexto, antes de especificar a integridade eleitoral como o único interesse persuasivo do Estado em uma regulação do financiamento, Post mapeia três interesses governamentais que supostamente justificariam o regramento do financiamento de campanhas. Porém, Robert Post considera-os como não convincentes⁶⁶, visto que não teriam força argumentativa suficiente se vistos sob o prisma da democracia discursiva. Estariam todos os três vinculados a uma lógica de representação, na qual fariam sentido, mas as razões que justificariam esses argumentos não poderiam ser transpostas para o âmbito diverso da democracia discursiva.

O primeiro interesse versado foi o da busca de igualdade de influência no debate público. No entanto, de acordo com o autor norte-americano, a igualdade seria característica do momento das eleições dos representantes, na qual vigoraria a tradicional regra do “*one man, one vote*”. Depois de destacar a perspectiva igualitária da Suprema Corte Canadense e de compará-la com a posição contrastante da Suprema Corte Americana, a qual rejeitou o interesse em igualar a relativa influência dos participantes do debate, Post também nega persuasão ao argumento favorável à igualdade de influência. No lugar de uma igualdade de *influência*, que seria impossível frente a característica contínua da opinião pública (não existiria o parâmetro da decisão para se comparar a influência), haveria apenas um igual *direito de participar* do debate público, na medida em que os cidadãos são iguais perante a lei. Por meio desse igual direito, se abriria uma igual possibilidade de legitimação democrática. Esta ocorre quando os sujeitos acreditam que o governo é potencialmente responsivo a suas visões, de sorte que experimentam um sentimento de pertencimento. Cuida-se,

⁶⁶ POST, Robert C. **Citizens Divided**: Campaign Finance Reform and the Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 2014. p. 47-59.

portanto, de um conceito que apresenta natureza subjetiva, cuja satisfação é facilitada pelos direitos comunicativos da Primeira Emenda. Em suma, para Robert Post, a Primeira Emenda, direcionada a proteger a democracia discursiva, concederia aos indivíduos a liberdade de discursarem do modo que julgarem mais adequado e efetivo.

O próximo interesse cuidado foi o da antidistorção. Segundo esse argumento, que para Post igualmente apenas se aplicaria na esfera representativa, as eleições devem refletir os sentimentos e opiniões do público, sem quaisquer distorções. O governo precisaria ser, pois, dependente somente do povo e não dos financiadores, com o que estariam assegurados os valores republicanos. Todavia, consoante o constitucionalista norte-americano, não se mostraria possível o conhecimento da real opinião do povo, em vista de todas as características da opinião pública já trabalhadas. Nesse sentido, Post cita Lefort para afirmar que o lugar do povo é um “lugar vazio”, ou seja, nenhuma pessoa ou entidade poderia reivindicar essa posição⁶⁷. Para o autor norte-americano, a legitimidade da opinião pública estaria relacionada com a integridade do processo de formação da opinião pública, isto é, a capacidade de realização do valor do autogoverno. Embora Robert Post não estabeleça uma conexão dessa asserção com o interesse antidistorção, parece plenamente cabível fazê-la, de modo que é possível afirmar que a preocupação do professor norte-americano não se distancia de maneira tão rigorosa deste segundo interesse.

Por fim, a prevenção da corrupção e da aparência de corrupção foi o terceiro e último interesse abordado. Como visto na primeira parte da monografia, a Corte em *Citizens United* aceitou como persuasivo o interesse de prevenção da corrupção e de sua aparência, ainda que restrito à modalidade *quid pro quo*. *Buckley*, outro importante precedente, também tratou da relação entre corrupção e financiamento de campanhas políticas. Esse julgado teria efetuado, de acordo com Post, um compromisso arbitrário entre representação e democracia discursiva, por meio da distinção entre *soft money* e *hard money*. Configurar-se-ia arbitrária essa diferenciação, porquanto ignoraria a capacidade corruptiva dos gastos independentes (*soft money*). Por isso, a grande dificuldade deste interesse governamental estaria na formulação de um conceito claro e convincente de corrupção enquanto dependência imprópria ou influência indevida, termo este utilizado no precedente *McConnell*. Semelhante tarefa ainda não teria sido completada com sucesso pela Corte Suprema norte-americana. Essa complicação,

⁶⁷ POST, Robert C. **Citizens Divided**: Campaign Finance Reform and the Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 2014. p. 53-54.

sobretudo pela vagueza do conceito de corrupção, acabaria reduzindo essa racionalidade aos dois outros interesses já comentados, com as mesmas impropriedades.

Na medida em que a democracia discursiva requer uma estrutura de governo que conecte a tomada de decisão oficial com a opinião pública, a democracia discursiva não se mostra incompatível com a representação. É justamente por meio de uma estrutura representativa que se pode dar conta dessa exigência, o que é ilustrado pelas eleições, que são um modo de garantir que o governo, com seus representantes, seja responsivo à opinião pública.

Apesar de a decisão de *Citizens United* ser uma exaltação da Primeira Emenda, na interpretação de Post, os membros do colegiado esqueceram de abordar de forma rigorosa outro interesse persuasivo, qual seja, a integridade eleitoral⁶⁸. Esta é um princípio derivado da Primeira Emenda e requerido por ela, pois sem integridade eleitoral os direitos de Primeira Emenda falham em atingir seu propósito constitucional. A própria estrutura e legitimidade democrática são dependentes desse interesse, porquanto é preciso um discurso público que crie a experiência do autogoverno. Não basta que o discurso seja livre.

A integridade eleitoral depende de um desenho institucional próprio que formate as eleições de modo que elas apresentem a propriedade de escolher candidatos em que o povo confia por possuírem simpatia e conexão. Esse interesse persuasivo é, pois, característica de um sistema de representação; não se aplicando a decisões individuais de representantes individuais. Visualiza-se que a intenção de Robert Post consiste em construir uma base comum para a reforma do financiamento de campanhas, isto é, um argumento que todas as partes possam concordar.

Ademais, a integridade eleitoral, na posição de Post, não é questão de direito, como erroneamente a Corte assume, mas sim questão de fato, por estar vinculada a uma contingência empírica, qual seja, o fato social da crença ou confiança pública de que as eleições são estruturadas para render autoridades atentas à opinião pública e não à visão dos mais afortunados. Depende, pois, daquilo que as pessoas efetivamente acreditam. Trata-se de uma intenção análoga à da “era progressista”, que também desejou combater a perigosa entrada de dinheiro corporativo na política, e que apresenta relevante aplicação nas chamadas crises de representatividade.

⁶⁸ Post desenvolve a ideia da integridade eleitoral a partir da página 60 do livro.

Embora toda essa importância atribuída por Post ao interesse da integridade eleitoral, a Suprema Corte o considerou sem relevância. No caso *Citizens United*, o colegiado norte-americano asseverou que a perda da integridade eleitoral não poderia nunca justificar limitações em gastos corporativos independentes.

3.1.2 Timothy Kuhner e o conflito entre capitalismo e democracia

Timothy Kuhner é outro autor norte-americano que discorre a respeito da decisão da Suprema Corte em *Citizens United*. Porém, além de apresentar um enfoque diverso de Post, aprofunda mais a análise da jurisprudência sobre financiamento na Suprema Corte, sobretudo a partir de *Buckley*. A finalidade da obra de Kuhner consiste em demonstrar que o problema do dinheiro na política diz respeito a um conflito entre capitalismo e democracia, do qual resultam prejuízos para ambos os sistemas.

Inicialmente, versa a respeito da realidade americana frente ao financiamento de campanhas. O que se mostra preocupante não são precipuamente as atividades ilegais, por mais atrativo que o exame delas possa ser, mas sim as opções legais que o ordenamento jurídico permite. Elenca⁶⁹, nesse sentido, diversos fatos que demonstram as impropriedades causadas pelo modelo de financiamento norte-americano, com destaque para os *SuperPAC's* e os *dark money groups*. Os *SuperPAC's* são organizações privadas que, embora necessitem publicar a identidade daqueles dos quais recebem dinheiro, não apresentam limitações na quantidade de recursos que podem receber. Por sua vez, os *dark money groups* são entidades que não precisam nem sequer publicar as identidades de seus doadores.

Dentro desse contexto, no modelo de financiamento eleitoral dos EUA, os partidos políticos, as campanhas e o discurso político são quase exclusivamente financiados privadamente. A única exceção ao financiamento privado é a etapa final da disputa presidencial, quando alguns candidatos podem optar por aceitar recursos públicos. Porém, mesmo nessa fase, tais candidatos podem ter de competir contra adversários financiados privadamente. Isso faz com que os políticos e os partidos exerçam forte competição por recursos no denominado mercado político. Como consequência, as fontes privadas que contribuem com esses recursos exploram essa

⁶⁹ KUHNER, Timothy K. **Capitalism v. Democracy**: Money in Politics and the Free Market Constitution. Stanford: Stanford Law Books, 2014. p. 1-5.

situação de forma a pressionar por seus interesses. Há, assim, simultaneamente, dependência e medo frente aos doadores, o que acarreta no aumento do poder político destes. Ademais, esses doadores são, ao mesmo tempo, vítimas políticas, na medida em que passam a sofrer uma espécie de extorsão dos candidatos e dos partidos em suas buscas desenfreadas por recursos financeiros.

Essas falhas, que resultam em dominação, exclusão e distorção⁷⁰, foram, na perspectiva de Timothy Kuhner, reforçadas e corroboradas pelas decisões da Suprema Corte. O caso mais infame para o autor seria *Citizens United*, pois garantiu às corporações um direito de Primeira Emenda que possibilita gastos políticos ilimitados. O professor norte-americano inclusive questiona a respeito da legitimidade da Suprema Corte para decidir a matéria, visto que o papel da Corte seria autoritário ao dizer o que é o direito nesse campo tão caro ao regime democrático.

Como referido acima, o escopo da obra de Timothy Kuhner consiste na conciliação entre o sistema democrático e o sistema capitalista, de modo a resolver o conflito entre eles, que seria a fonte do problema do dinheiro na política. Para tanto, antes de lançar seus argumentos, o professor norte-americano realiza uma contextualização histórica da origem dos Estados Unidos da América e a relaciona com esses dois sistemas⁷¹.

Os Estados Unidos nascem de revoluções políticas e econômicas travadas contra a dominação britânica e que procuraram consolidar, respectivamente, a liberdade política e a liberdade econômica. Kuhner traça, então, paralelos entre essas revoluções e documentos históricos (Declaração de Independência e A Riqueza das Nações), bem como entre essas revoluções e os sistemas implantados (Democracia e Capitalismo). Para o autor, a questão mais importante já não é mais saber se a democracia e o capitalismo são superiores aos seus demais competidores, mas sim como resolver situações em que esses dois sistemas entram em choque.

⁷⁰ Para Kuhner, o dinheiro não é suficiente, mas é necessário para o sucesso político. Isso implica a dominação do cenário político por aqueles que apresentam maior suporte financeiro. Igualmente, há a presença de elevada exclusão, pelo fato de poucos doarem a maior parte dos recursos. Essa dominação e essa exclusão no nível individual geram, no nível do sistema, distorções no valor do autogoverno e na formação das políticas públicas, porque ocorre a conversão de poder econômico-financeiro em poder político. KUHNER, Timothy K. **Capitalism v. Democracy**: Money in Politics and the Free Market Constitution. Stanford: Stanford Law Books, 2014. p. 5-6.

⁷¹ KUHNER, Timothy K. **Capitalism v. Democracy**: Money in Politics and the Free Market Constitution. Stanford: Stanford Law Books, 2014. p. 23-24.

Uma saída para esse tipo de conflito se encontraria na crença de que o mercado deve governar a política. Entretanto, para Kuhner⁷², isso nunca é publicamente exposto. Como as eleições e o debate político estão localizados em território democrático, utiliza-se de uma roupagem de legitimidade política para se fazer uma defesa ideológica. Transformam-se conceitos políticos em conceitos econômicos. Uma resposta, então, é formulada a respeito do modelo americano: a democracia deve ser privatizada para o mercado governar o Estado. Trata-se de uma resposta assustadora e categórica que demanda reflexão, já que o dinheiro na política envolve inúmeras questões. Ele tem particular importância, pois é por meio do processo político que todos os assuntos trazidos ao governo são resolvidos. Nesse viés, uma das hipóteses formuladas pelo professor norte-americano é a de que os Estados Unidos, com o aval da Suprema Corte, parecem adotar o capitalismo como sistema político. Esse aval dos membros do colegiado constitucional estaria relacionado a fatores como a redação da Constituição e o caráter político e ideológico da Corte. Nesse sentido, o texto constitucional seria frequentemente curto e vago, o que produziria uma grande quantidade de poder judicial. Ademais, a interpretação constitucional teria forte influência político-ideológica.

Na sequência da obra *Capitalism v. Democracy*, o autor norte-americano mapeia os principais aspectos da jurisprudência da Suprema Corte sobre financiamento de campanhas que conduziram a realidade americana atual⁷³. A maioria desses casos abordou problemas envolvendo pessoas jurídicas, os quais serão examinados em tópico específico.

O primeiro precedente trabalhado por Kuhner, e que consiste no julgado mais genérico na matéria, é *Buckley v. Valeo*, de 1976. Ele influenciou profundamente as decisões posteriores do colegiado na matéria. Para Kuhner, esse precedente expressou uma visão da Constituição norte-americana como um livre mercado. O resultado principal dessa decisão foi a derrubada das limitações impostas pelo *Federal Election Campaign Act (FECA)*, de 1971, sobre as despesas realizadas por candidatos em campanha. O professor norte-americano vislumbra nesse julgado a aplicação da hipótese do mercado eficiente que consagrou o economista Milton Friedman, vencedor do Prêmio Nobel de 1976, mesmo ano da decisão. Nesse sentido, os

⁷² KUHNER, Timothy K. **Capitalism v. Democracy**: Money in Politics and the Free Market Constitution. Stanford: Stanford Law Books, 2014. p. 25-26.

⁷³ Esse mapeamento compreende grande parte do livro, da página 33 até a 140.

membros da Corte teriam utilizado princípios econômicos para discernir o significado da Constituição. Teriam adotado valores econômicos como valores políticos vinculantes.

A linha de argumentação da Suprema Corte, nesse caso, começa por enaltecer o papel do debate político. Este deveria ser desinibido, robusto e amplamente aberto para que pudesse possibilitar a escolha informada do eleitor. Por isso mesmo, sua proteção pela Primeira Emenda seria fundamental na consecução de um governo democrático. Em um segundo momento, o colegiado conecta essas considerações com a necessidade do uso do dinheiro para arcar com os custos dos meios de comunicação em uma sociedade de massa. A partir dessa relação, a Corte conclui que os limites da legislação sobre as despesas eleitorais resultam em redução dos problemas discutidos, da profundidade de sua exploração e do tamanho da audiência atingida.

Na posição de Kuhner, a Corte teria realizado com essa argumentação uma “alquimia constitucional”⁷⁴, pois teria efetuado uma conversão, de modo que o dinheiro teria se tornado expressão e discurso. Acabaria por merecer, portanto, a proteção da Primeira Emenda, já que limitar a expressão equivaleria à censura. “Dinheiro é discurso e discurso é dinheiro”, afirmou um dos magistrados da Corte à época⁷⁵.

Por entender que a Suprema Corte compreendeu a esfera política como um mercado econômico, Kuhner passa a traçar, então, um paralelo entre a decisão em *Buckley* e as características de um livre mercado. No que interessa à liberdade de expressão, o autor norte-americano destaca a soberania do consumidor, a qual foi entendida pelos magistrados da Corte como soberania popular. Esse entendimento foi formulado para se opor ao interesse do governo em diminuir os custos de campanha. Ao igualar o papel do eleitor ao de um consumidor, a Suprema Corte teria dito que o governo não poderia interferir nos gastos de eleitores e candidatos. Não caberia, portanto, ao governo decidir a quantidade e a amplitude do debate em uma campanha política, mas sim às pessoas que nela participam, individual ou coletivamente. Essa vedação de intervenção governamental estaria fundamentada na sociedade livre ordenada pela Constituição e protegida pela Primeira Emenda.

⁷⁴ KUHNER, Timothy K. **Capitalism v. Democracy**: Money in Politics and the Free Market Constitution. Stanford: Stanford Law Books, 2014. p. 35-36.

⁷⁵ Trata-se de uma frase do Justice Potter Stewart. KUHNER, Timothy K. **Capitalism v. Democracy**: Money in Politics and the Free Market Constitution. Stanford: Stanford Law Books, 2014. p. 38.

Em suma, para Timothy Kuhner, a Corte em *Buckley v. Valeo* teria validado um mercado econômico para o poder político⁷⁶. Entretanto, o uso de uma teoria econômica como um meio de interpretação constitucional se mostra perverso e perigoso. Para além disso, o precedente ainda aplicaria mal a teoria econômica que pretende defender, como será visto melhor no tópico 3.2, quando se abordará a igualdade de oportunidade.

3.1.3 Pessoas jurídicas e liberdade de expressão

3.1.3.1 Post

Um dos subtemas mais fundamentais e complexos relativos à matéria do financiamento de campanhas políticas é a questão da participação das pessoas jurídicas (sobretudo empresas e sindicatos) no debate público e no campo eleitoral. Robert Post lança mão de diversas distinções importantes que demonstram a possibilidade de regramento diferenciado para pessoas jurídicas.

A primeira distinção ocorre no plano do discurso. Conforme se depreende das considerações anteriores, a opinião pública é formada a partir do exercício de direitos comunicativos garantidos pela Primeira Emenda. Esses direitos protegem, pois, o discurso dos oradores. Porém, nem todo discurso se afigura idêntico. Há, entre os discursos, o discurso público, definido pelo valor constitucional da legitimidade democrática e que está sujeito à maior proteção da Primeira Emenda. É ele que possibilita a autodeterminação, na medida em que a participação nele torna possível a legitimidade democrática necessária para o autogoverno. Os demais discursos, todavia, podem admitir discriminação de ponto de vista e de orador, por não estarem pautados na legitimidade democrática. A genialidade de Post está em sua explicação sobre a necessidade dessa diferenciação. Ao caracterizar a legitimidade democrática como um valor subjetivo que somente pode ser experimentado por pessoas naturais⁷⁷, ele consegue excluir as corporações comerciais ordinárias do discurso público e, por conseguinte, da vedação à discriminação entre oradores.

⁷⁶ KUHNER, Timothy K. **Capitalism v. Democracy**: Money in Politics and the Free Market Constitution. Stanford: Stanford Law Books, 2014. p. 63-64.

⁷⁷ POST, Robert C. **Citizens Divided**: Campaign Finance Reform and the Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 2014. p. 68-76.

A não participação das corporações comerciais no debate público não significa que as pessoas jurídicas como um todo não detêm direitos de Primeira Emenda. Pelo contrário, existem as chamadas associações expressivas, que são entes que agem em nome dos direitos de Primeira Emenda de seus membros. São uma decorrência da própria liberdade de expressão, que não veda a associação de indivíduos para ampliarem a efetividade de seus discursos. Inclusive as corporações mesmas podem se configurar como associações expressivas, desde que a finalidade de sua constituição seja a promoção de uma mensagem. Entretanto, a maioria das corporações não visa à transmissão de uma mensagem, pois se dedicam a finalidades comerciais. Para esse tipo de corporação se atribui um direito mais limitado, mas ainda assim derivado da Primeira Emenda, de informar o público externo. Esse direito foi reconhecido no precedente *Bellotti*, que, conforme já mencionado na primeira parte deste trabalho, cuidou da exclusão de corporações de um referendo. Outrossim, tal direito concretiza o valor da tomada de decisão pública informada e tem forte conexão com os direitos da audiência em receber informações; não com os direitos dos oradores em experimentar legitimidade democrática. Nesse sentido, assim como a parte dissidente da Corte, Post também entende que a opinião da Suprema Corte em *Citizens United* interpreta mal o precedente *Bellotti*, que se configura como um dos alicerces da polêmica decisão.

Quanto à imprensa, Post tece algumas considerações especiais⁷⁸. Ao contrário do que afirmado pela opinião da Corte, a imprensa apresenta sim privilégios constitucionais, como por exemplo, tributação diferenciada. Esse tratamento constitucional distinto é justificado pelo valor constitucional distinto da imprensa, a qual foi pensada como um “quarto poder de Estado” que frearia os outros três ramos do Estado, enquanto um contrapeso adicional.

No que concerne ao tópico específico da discriminação entre oradores, o autor norte-americano recorre à obra de Meiklejohn. Com base nela, Post sustenta que para se obter decisões públicas bem informadas, a Primeira Emenda deve permitir e, por vezes, até exigir a discriminação entre os oradores⁷⁹. As razões para essa diferenciação estão embasadas na necessidade de um procedimento deliberativo adequado para decisões bem informadas, que requer, entre outras condições, que

⁷⁸ Post cuida do papel da imprensa na nota de rodapé das páginas 71 e 72.

⁷⁹ POST, Robert C. **Citizens Divided**: Campaign Finance Reform and the Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 2014. p. 76-77.

todos os argumentos relevantes sejam ouvidos. Isso já pressupõe, a título exemplificativo, que argumentos e fatos irrelevantes não necessitam ser escutados. Post cita o exemplo de Meiklejohn da reunião de vilarejo (*town meeting*), além de ilustrações contemporâneas, como os debates parlamentares, as sessões de tribunais e as aulas em escolas. Portanto, o constitucionalista norte-americano conclui que nem sempre um *laissez-faire* comunicativo desregulado produz um público mais informado. Esse seria outro erro da Corte em *Citizens United*. Nesse viés, Robert Post afirma que o governo deveria ser livre para regular o discurso de corporações comerciais para promover a tomada de decisão pública informada⁸⁰. Não se falaria em discriminação, pois a vedação desta está no campo do discurso público, no qual as corporações comerciais não tomariam parte.

Um dos últimos tópicos trabalhados por Post foi o dos chamados propósitos governamentais específicos⁸¹. O discurso que serve a esses fins pode ser regulado, uma vez que o governo possui nessa matéria “autoridade administrativa” (*managerial authority*). Nesse ponto, o autor novamente critica a perspectiva da Suprema Corte, visto que acredita existir um “domínio administrativo” (*managerial domain*), em que é exercida a autoridade administrativa, para o âmbito das eleições. Desse modo, haveria de se traçar uma linha divisória entre as eleições e a política; entre o discurso no domínio administrativo e o discurso público. Dado que as eleições têm o objetivo de transformar a opinião pública em vontade pública legitimada, elas sofrem diversas regulações com o intuito de preservar a integridade eleitoral. São exemplos a proibição de discurso partidário nos locais de votação e a vedação de gastos independentes ou de contribuições por parte de estrangeiros. Este exemplo traduz uma discriminação entre oradores admitida pela própria Suprema Corte, de modo que não se mostra importante uma eventual contribuição do estrangeiro para a tomada de decisão pública informada. O valor da tomada de decisão pública informada é um dos propósitos constitucionais das eleições, ao lado da integridade eleitoral, mas foi, para Post, o único enfoque da Corte em *Citizens United*.

Por fim, Robert Post enfrenta o problema dos gastos independentes. O constitucionalista expõe uma premissa de que a integridade eleitoral permanece fundamentalmente ameaçada enquanto os gastos de campanha permanecem

⁸⁰ POST, Robert C. **Citizens Divided**: Campaign Finance Reform and the Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 2014. p. 79.

⁸¹ *Ibidem*, p. 80-86.

desregulados⁸². Não somente os gastos corporativos, mas também os de candidatos ricos e os de PAC's gigantescas (*SuperPAC's*). Não obstante, ressalta que é preciso ter cuidado especial com a legitimação democrática, no sentido de que os cidadãos têm a liberdade de se expressarem da maneira que lhes for mais conveniente.

O posicionamento de Post a respeito do papel da liberdade de expressão em um modelo de financiamento de campanha se mostra bastante preciso de uma maneira geral. Trata-se de uma perspectiva muito bem arquitetada, cujo destaque para a legitimidade democrática é muito interessante e aponta para um caminho solidamente justificado para um regramento diferenciado para pessoas jurídicas. No entanto, a abordagem dele acerca do interesse da igualdade pode ser criticada, o que será dissertado na seção 3.2.

Como se pôde perceber pela exposição das teses de Robert Post, a liberdade de expressão se configura como uma realidade altamente complexa, apresentando diversos modos de aplicação. Ela não consiste em um direito fundamental que se concretiza de forma única, já que há determinadas particularidades conforme o orador, o tipo de discurso e o objeto do discurso. Nesse sentido, o tratamento dispensado pelo STF a esse subtema foi um tanto empobrecido e não aprofundado. Os ministros do colegiado brasileiro se contentaram com a afirmação de que não se poderia falar em liberdade de expressão quando as empresas com as maiores doações contribuem para ambos os partidos em disputa, sem mostrar preocupações ideológicas. Igualmente, a Suprema Corte Americana é confusa em sua jurisprudência sobre a Primeira Emenda. Ela comete, por exemplo, equívocos na abordagem do tratamento jurídico da mídia, na medida em que, como demonstrado por Post, é completamente infundado afirmar que a exceção da mídia seria apenas uma graça legislativa. Pelo contrário, a imprensa tem regulação diferenciada pelo papel especial que cumpre em um regime democrático. Enquanto as empresas e corporações, em geral, não são criadas com a intenção de transmitir uma mensagem, a imprensa realiza a função essencial de disseminar informações o tempo todo, inclusive sobre atividades políticas.

⁸² POST, Robert C. **Citizens Divided**: Campaign Finance Reform and the Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 2014. p. 90-91.

3.1.3.2 Kuhner

Na continuação de seu exame da jurisprudência da Suprema Corte, depois de *Buckley*, Kuhner passa a retratar precedentes cujo enfoque está no papel da pessoa jurídica no campo político. Aborda, primeiramente, o precedente *First National Bank of Boston v. Bellotti*, de 1978, o segundo grande fundamento do colegiado constitucional norte-americano em *Citizens United*, ao lado de *Buckley*. Por versar a respeito do poder político de uma corporação, será analisado neste tópico.

O autor norte-americano destaca, de início, o papel de Justice Powell na elaboração da opinião da Corte. Cuida-se de um juiz com ligações com o setor empresarial e que foi indicado por Richard Nixon, presidente estadunidense famoso por sua participação no escândalo de corrupção *Watergate*, o qual teria sido um dos grandes fatores do surgimento da legislação do financiamento de campanhas na década de 1970. Esse magistrado aceita e reitera a visão de livre mercado acerca do discurso que estava presente em *Buckley*.

A grande tese que sustenta o precedente *Bellotti* seria a aspiração, derivada de um interesse da sociedade e também presente na Primeira Emenda, para uma disseminação mais ampla possível de informações oriundas de fontes diversas e antagônicas. Nesse sentido, o governo não poderia restringir esse discurso informacional indispensável à tomada de decisão, e isso não seria menos verdade porque o discurso proveria de uma corporação e não de um indivíduo. A liberdade de expressão, desse modo, apresentaria especial significação perante o governo, como proteção contra abusos por ele cometidos. Para embasar essa asserção, Powell teria utilizado a doutrina da Primeira Emenda focada no conteúdo do discurso, sem, contudo, ressaltar a fonte do discurso, ou seja, o orador. Segundo Kuhner, a Corte entendeu, assim, serem irrelevantes todos os modos pelos quais as corporações se diferenciariam dos seres humanos⁸³. Entretanto, para o professor norte-americano, não seria possível ignorar o orador. Exemplificou a importância da figura do orador para a liberdade de expressão com a situação dos estrangeiros. Não se permitiriam doações e gastos por estrangeiros em virtude da proteção da soberania nacional no

⁸³ KUHNER, Timothy K. **Capitalism v. Democracy**: Money in Politics and the Free Market Constitution. Stanford: Stanford Law Books, 2014. p. 68.

reino político. Analogicamente, essa lógica argumentativa poderia ser aplicada ao caso das corporações.

Outro erro de Powell, na posição de Kuhner, estaria na falta de percepção sobre impropriedades na influência exercida por corporações com grande capacidade financeira. Haveria, por parte dessas corporações, uma tentativa de manipulação da opinião pública, principalmente no que concerne a políticas públicas, o que feriria a integridade democrática. O autor estadunidense traz citação interessante de Joseph Schumpeter⁸⁴ que ilustra a preocupação diferenciada em relação à comunicação corporativa no plano político.

Por outro lado, a parte dissidente em *Bellotti* teria sido, para Kuhner, mais precisa acerca do poder corporativo. Os dois juízes que conduziram a minoria da Corte, White e Rehnquist, estabeleceram diferenças importantes entre as corporações e os seres humanos. Apesar de White ainda considerar a função da Primeira Emenda como um livre mercado de ideias, ele afirma que Powell teria aplicado erroneamente a teoria econômica. De acordo com Justice White, existiria a necessidade de correlação entre o dinheiro gasto no discurso e a visão por ele sustentada. Isto é, seria preciso gastar com convicção política, com uma crença genuína no que se está afirmando. Essa convicção estaria ausente nos gastos corporativos com discurso, já que as corporações não apresentariam a autoexpressão individual que seria uma das principais justificações para a proteção constitucional do discurso. Portanto, o mercado político, na acepção de White, seria distinto do econômico, pois não serviria à maximização de lucros.

Sistematicamente, são três as diferenças entre corporações e indivíduos ressaltadas pela parte dissidente⁸⁵. A primeira diz respeito à riqueza, porquanto as corporações teriam vantagens especiais concedidas pelo Estado para a acumulação de poder econômico no mercado. O destaque para essa distinção reflete a preocupação da conversão do poder econômico em poder político. A segunda

⁸⁴ “Os modos pelos quais os assuntos e a vontade popular em qualquer assunto estão sendo construídos é exatamente análogo aos modos da propaganda comercial. Nós achamos as mesmas tentativas de contatar o subconsciente. Nós achamos as mesmas técnicas de criar associações favoráveis e desfavoráveis, as quais são tanto mais efetivas quanto menos racionais forem. Nós encontramos as mesmas evasões e reticências e os mesmos truques de produzir opinião por reiterada asserção, que é precisamente bem sucedida na medida em que evita argumento racional e o perigo de despertar as faculdades críticas do povo. [...]”. *Tradução nossa*. KUHNER, Timothy K. **Capitalism v. Democracy**: Money in Politics and the Free Market Constitution. Stanford: Stanford Law Books, 2014. p. 72.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 83.

concerne aos incentivos diferenciados, visto que as corporações apresentariam interesses concentrados nas políticas governamentais, e não difusos como os dos cidadãos em geral. A terceira diferença está na natureza mais simples da corporação, a qual, por lei, se destinaria à maximização de lucros. Não há, por exemplo, a complexidade moral presente na natureza humana. Após essa exposição, White sublinhou o fato de que a lei estadual não impediria que as pessoas relacionadas à corporação realizassem discurso político. Assim, nenhuma comunicação significativa seria perdida pela proibição. Na mesma linha, Rehnquist concluiu que as liberdades de expressão política não seriam de nenhum modo necessárias para efetuar os propósitos pelos quais os Estados permitem que as corporações comerciais existam.

Enquanto *Bellotti*, com Powell, derrubou proibições corporativas no contexto de referendos, *Citizens United*, com Kennedy, estendeu essa invalidação para o contexto eleitoral. *Citizens United v. FEC*, de 2010, permitiu a propaganda política por corporações, um dos aspectos mais caros das campanhas políticas. Além disso, na visão de Kuhner⁸⁶, esse precedente, ao consolidar a teoria de livre mercado, abrangente e absoluta, que agora governaria a democracia americana, terminou com as conquistas de composições anteriores da Corte, sobretudo o período com Rehnquist na presidência do colegiado, as quais se afastaram de uma perspectiva de mercado desregulado e começaram a abraçar concepções mais cívicas de discurso e de democracia.

Timothy Kuhner lista e comenta⁸⁷, então, alguns precedentes centrais da “era Rehnquist” que caminharam para uma evolução progressista da jurisprudência de financiamento de campanha. Os dois principais precedentes desta época foram justamente aqueles que foram superados em *Citizens United: Austin*, de 1990, e *McConnell*, de 2003. Este seria, inclusive, na opinião do professor norte-americano, o caso mais importante desde *Buckley*. Esses julgados estão mais relacionados a questões de corrupção do que propriamente de liberdade de expressão. A corrupção, nesses precedentes é entendida, porém, em um sentido mais amplo do que a forma *quid pro quo*. De um modo geral, essas decisões se basearam no conceito de corrupção como influência indevida (*undue influence*), para procurar evitar que as corporações criassem débitos políticos com legisladores. Há, portanto, nelas, uma

⁸⁶ KUHNER, Timothy K. **Capitalism v. Democracy**: Money in Politics and the Free Market Constitution. Stanford: Stanford Law Books, 2014. p. 92-93.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 93-112.

preocupação com os efeitos distorcidos dessas imensas agregações de riqueza. No que toca efetivamente à liberdade de expressão, o precedente *McConnell v. FEC* efetua a distinção entre a prática de investir em ambos os partidos políticos e a participação política sincera e valorativa, em um desdobramento da ideia de convicção presente na manifestação de Justice White. A Corte quis demonstrar, com isso, que não haveria base ideológica nas doações de corporações, um argumento muito semelhante ao desenvolvido por alguns Ministros do STF no julgamento da ADI 4.650.

Citizens United, julgado em 2010, diz respeito a limites de despesa eleitoral por parte de corporações. Logo de início, Kuhner frisa, com a finalidade de deslegitimar o argumento de censura usado pela opinião da Corte, que a restrição do §203 do BCRA, discutida no caso, seria exclusivamente pertinente à origem do dinheiro para o discurso, e não ao discurso em si⁸⁸. Assim, o discurso corporativo continuaria possível, seja no período eleitoral, por meio de PAC, de discurso mediado pelos membros, acionistas e empregados da corporação e de propaganda política voltada para a discussão de assunto ou problema, seja no período não eleitoral. Entretanto, de acordo com o autor norte-americano⁸⁹, a concepção de censura da Corte pode ser adjetivada de capitalista. Uma vez que o dinheiro é considerado discurso, regular a fonte do dinheiro utilizado para financiar o discurso é considerado censura.

A Corte, ademais, relatou que os PAC's seriam muito onerosos para as corporações, mas essa razão ignoraria, na posição de Kuhner, o fato de os PAC's serem veículos poderosos para a influência política corporativa⁹⁰. Isso demonstra, para o professor norte-americano, que a Corte desejou um uso completo do poder econômico corporativo na política. Nesse viés, Timothy Kuhner traz passagens em que os próprios magistrados do colegiado louvam o valor do discurso corporativo⁹¹, na medida em que as corporações seriam os grandes agentes da economia moderna. Apesar de a Suprema Corte alegar controle de conteúdo do discurso (censura), nenhuma evidência é examinada nesse sentido. Cuida-se de uma corroboração para a afirmação de que, na orientação do colegiado constitucional norte-americano, os princípios precederiam a evidência.

⁸⁸ KUHNER, Timothy K. **Capitalism v. Democracy**: Money in Politics and the Free Market Constitution. Stanford: Stanford Law Books, 2014. p. 127.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 129-130.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 131.

⁹¹ *Ibidem*, p. 130.

Ao argumento de que os fundamentos da regulação governamental permitiriam inclusive a censura da mídia, Kuhner rebate que a lei derrubada em *Citizens United* excepciona as corporações midiáticas, assim como a Primeira Emenda as protege expressamente ao se referir à liberdade de imprensa⁹². Vislumbra-se que a Corte não reflete a respeito dessas considerações, muito provavelmente porque o princípio do “mercado aberto de ideias” se configura como a estrela-guia do raciocínio do colegiado. Porém, existe, nesse contexto, uma discordância entre os membros da Suprema Corte acerca do tipo de teoria de mercado apropriado para o discurso. Enquanto a maioria conservadora entende que o mercado desregulado é o mais apropriado, a minoria liberal prefere um mercado regulado funcional. O posicionamento de Kuhner se alinha ao da parte liberal da Corte, porquanto compreende que nem os mercados, nem os seus participantes seriam perfeitos.

Após dissertar a respeito da jurisprudência da Suprema Corte no tema do financiamento de campanhas políticas, o professor norte-americano exterioriza sua própria compreensão a respeito da liberdade de expressão⁹³. Inicialmente, refere que ela teria sido pensada pelos Pais Fundadores em uma forma totalmente distinta da formulada pela Corte, principalmente em *Citizens United*. Em virtude de os mercados econômico e político serem, naquela época, bem diferentes dos atuais, nem se falava no dinheiro político. Portanto, não havia uma preocupação específica com o discurso corporativo. De qualquer modo, Kuhner não acredita que os entendimentos originais dos Pais Fundadores deveriam prevalecer na presente realidade dos Estados Unidos.

Quanto ao tratamento da Constituição Americana no tema, ela é silente em muitas matérias eleitorais. A Primeira Emenda, que instrumentaliza a liberdade de expressão, é também extremamente vaga e subjetiva, com forte dependência do contexto histórico subjacente. Em razão disso, a conclusão de Kuhner é a de que seria impossível derivar os posicionamentos da Suprema Corte do texto literal da Primeira Emenda. Pelo contrário, para explicar o mercado político de hoje seria necessário apelar a julgamentos de valor significativos. Lida-se, nesse sentido, com visões de princípios constitucionais comprometidas com teorias extralegais de direito e de

⁹² KUHNER, Timothy K. **Capitalism v. Democracy**: Money in Politics and the Free Market Constitution. Stanford: Stanford Law Books, 2014. p. 134.

⁹³ *Ibidem*, p. 141-153.

sociedade. De alguma forma, parece verdadeira a asserção de que “a Constituição é o que os juízes dizem que ela é”⁹⁴.

Em uma segunda parte da obra⁹⁵, Timothy Kuhner pretende demonstrar as possíveis origens das opções teóricas da Suprema Corte, nessa guinada conservadora e contrária a regulações (composições Burger e Roberts). Nesse viés, algumas das lealdades intelectuais dos Justices teriam advindo de porções da teoria da escolha pública, sobretudo em Burger, mas teriam sido representadas pela Corte de modo injusto.

A teoria da escolha pública empreende uma descrição do real funcionamento da democracia. Enquanto teoria descritiva, utiliza termos quantitativos e parte de duas premissas básicas. Primeiro, as pessoas possuem preferências dadas, assim como também é dada a distribuição de riqueza e de direitos legais. Elas apresentam preferências, pois são seres autointeressados, que querem maximizar a utilidade, e racionais, que escolhem o melhor modo de maximizar essa utilidade. Segundo, a democracia agrega essas preferências e sedia a competição de interesses, que se dá por negociação entre grupos de interesse, nos quais as pessoas se organizam. Por isso, a teoria também é chamada de pluralismo de grupos de interesse.

Com base nos desenvolvimentos dessa teoria, os economistas Arrow e Schumpeter⁹⁶ chegam a conclusão de que não há algo como o bem comum, enquanto um conjunto coletivo de preferências, uma vez que os indivíduos perseguem preferências privadas e não conseguem concordar racionalmente em um fim comum. Anthony Downs⁹⁷ vai além e compreende que o comportamento racional seria primariamente egoísta. Não apresentaria, pois, viés altruísta e publicamente interessado.

Outra corrente teórica, o liberalismo deontológico⁹⁸, também pode ser conectada com o raciocínio do colegiado norte-americano. Para essa doutrina, os direitos são como fins em si mesmos. Por isso, é preciso se fazer o que é certo por si, sem a necessidade de uma finalidade a ser perseguida. Uma das implicações disso é o respeito absoluto a direitos e liberdades, como a liberdade de expressão. Essa

⁹⁴ Confissão do Chief Justice Hughes. KUHNER, Timothy K. **Capitalism v. Democracy**: Money in Politics and the Free Market Constitution. Stanford: Stanford Law Books, 2014. p. 151.

⁹⁵ Esse segundo momento da obra de Kuhner encontra-se entre as páginas 153 e 188.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 156.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 156.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 180-184.

concepção justificaria, a princípio, a visão de censura da Corte em *Citizens United*, na medida em que os magistrados que compuseram a maioria teriam expressado que a censura nunca seria correta, independentemente dos bons fins e motivos a que se destinaria. Ademais, legitimaria a ideia de que os princípios prevalecem sobre a necessidade de evidências empíricas. Não explica, contudo, os objetivos estipulados pela Corte como adequados para o discurso, o que está mais próximo de um consequencialismo.

Embora existam algumas semelhanças entre os vereditos da Suprema Corte e as teorias abordadas, o colegiado constitucional norte-americano, no entendimento de Kuhner⁹⁹, não advoga nenhuma em particular. Utiliza-as conforme a utilidade e a necessidade de defesa de um mercado desregulado, a grande ideia transmitida pelos membros da Corte.

Justamente por justificar um mercado de discurso político sem intervenções governamentais, Kuhner argumenta que a Corte operou uma invasão do campo político pelo campo econômico¹⁰⁰. A Corte redesenhou, portanto, os limites e as fronteiras entre essas esferas.

O professor norte-americano tenta relatar as impropriedades do mercado político assim criado¹⁰¹. Este se caracteriza como um mercado mediado e não direto, na medida em que possibilita a aquisição do poder de influência e não do poder político diretamente. A identificação da política com o mercado introduz, porém, a lógica do lucro, uma vez que a existência de um mecanismo mercadológico o pressupõe. Ademais, há a sujeição da política às regras do mercado. A principal delas é a impessoalidade, porquanto todos aqueles que possuírem dinheiro suficiente podem comprar as mercadorias e os serviços disponíveis. O grande problema reside no fato de que o dinheiro acaba com o limite das habilidades naturais de alguém, pois se pode adquirir meios de influência política. O voto, que poderia ser uma resposta a essa invasão, não retira as características do mercado político e nem se livra dele. Limita-se a decidir qual dos candidatos dominantes no mercado serão selecionados e está sujeito às informações fornecidas majoritariamente pela riqueza privada.

⁹⁹ KUHNER, Timothy K. **Capitalism v. Democracy**: Money in Politics and the Free Market Constitution. Stanford: Stanford Law Books, 2014. p. 187.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 187-188.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 189-236.

Além de causar prejuízos significativos à democracia, o mercado político danifica o próprio sistema capitalista. Kuhner explica que, por vezes, existe um choque entre o lucro individual, de um lado, e o interesse do público em geral e a própria integridade do capitalismo, de outro¹⁰². Tal oposição pode até implicar uma falha sistêmica, como foi a crise econômica de 2008. O capitalismo, dessa maneira, transcenderia o lucro individual. Essa ideia está presente desde Adam Smith, que já falava em um propósito coletivo do autointeresse em “A Riqueza das Nações”, do qual resultaria um bem maior que não foi esperado pelos participantes do mercado¹⁰³. Trata-se da famosa “mão invisível” do mercado. Entretanto, mesmo para Smith, nem todo uso do dinheiro é justificado, visto que há a necessidade de respeitar as leis da justiça. Roubar um banco, por exemplo, está excluído das alternativas.

Uma das maiores vozes do libertarianismo, a pensadora conservadora Ayn Rand, opõe-se veementemente ao mercado político¹⁰⁴. Este não seria uma parte legítima da economia de livre mercado. Representaria, ao contrário, os homens de negócio que ganham suas fortunas pessoais não por sucesso no mercado, mas por “empurrão político”. Por desejarem negócios fáceis, buscam privilégios especiais (subsídios, isenções, benefícios) garantidos pelo governo e travestidos, muitas vezes, de interesse público; o que, por sua vez, disfarça o *lobby*. Enfrenta-se um mercado que acaba com a competição no mercado econômico e a transfere para a política, para além de anular as justificações coletiva e moral do capitalismo. Está-se diante de uma grave falha, pois a competição é compreendida como o primeiro requisito do capitalismo clássico. Ela gera melhores produtos, preços menores e ganhos sociais. Em suma, esses grupos de interesse influenciam fortemente as políticas governamentais e tendem a se inclinar para interesses econômicos particulares.

A alcunha “capitalismo de comparsas” descreve esse fenômeno, o qual, além do que foi dito acima, também evita intervenção governamental eficiente, em campos como o direito ambiental, o direito do trabalho e o direito do consumidor. Medidas legais nesses ramos são essenciais para assegurar a integridade do capitalismo. Nesse sentido, a falta de ação distorce o mecanismo do preço e, por conseguinte, o próprio comportamento dos consumidores. Estes passam a premiar as empresas

¹⁰² KUHNER, Timothy K. **Capitalism v. Democracy**: Money in Politics and the Free Market Constitution. Stanford: Stanford Law Books, 2014. p. 238-239.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 240-242.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 243-244.

erradas, ou seja, corporações que não internalizam esses custos. Salvo imposição, as corporações tendem a não internalizar essas externalidades autonomamente nos preços de seus produtos.

A solução proposta por Timothy Kuhner para resolver a questão do mercado político e, por conseguinte, do modelo atual de financiamento de campanhas políticas norte-americano está em um separatismo, entre a esfera econômica e a esfera política, a ser concretizado por uma nova emenda constitucional¹⁰⁵. O professor norte-americano destaca, no começo de seu raciocínio, a separação do Estado e da economia, concluída com o término do mercantilismo e da aristocracia. Cuida-se de uma dualidade de reinos que não existe em sociedades não capitalistas e que surge com a aferição de que a economia, ao dominar o Estado, subjuga conjuntamente o povo. Outra conquista da democracia liberal, o Estado laico, ou seja, a separação entre a Igreja e o Estado, também representou um grande avanço social.

O separatismo de Kuhner que deixaria o capitalismo e a democracia em seus âmbitos apropriados dependeria de redefinições, que poderiam ser encontradas em vozes dissidentes da Corte. Essa terceira separação (além da tradicional separação dos poderes e da laicidade do Estado) está embasada na consideração de que, assim como o capitalismo não quer que o Estado controle a economia, a democracia não deseja que o mercado controle a política. Assim, quatro alterações ou redefinições seriam imprescindíveis para a cisão se efetivar. Primeiro, o dinheiro não poderia mais ser igualado ao discurso. Impor-se-ia a necessidade de se diferenciar as atividades de discursar e de gastar; o uso de ideias e o uso de dinheiro. Segundo, a integridade democrática deveria ser o interesse estatal essencial, com vistas a prevenir o comprometimento do sistema de representação popular (soberania popular e autogoverno), bem como manter a igualdade (igual acesso à arena política). Nessa linha, o conceito de corrupção precisaria ser expandido, para abranger a influência indevida. Isso contribuiria para a realização da terceira medida, a restauração da confiança do cidadão na democracia. O próprio interesse em prevenir a aparência de corrupção, sustentado em *Buckley*, já teria sido pensado nesse sentido. Uma quarta redefinição exigiria, ainda, que se deixasse de pensar nas corporações como cidadãos, sob pena de elas dominarem a política e acabarem com a integridade democrática. Embora algumas corporações sejam menos perigosas por não terem interesse

¹⁰⁵ KUHNER, Timothy K. **Capitalism v. Democracy**: Money in Politics and the Free Market Constitution. Stanford: Stanford Law Books, 2014. p. 257-288.

lucrativo, as corporações de um modo geral não são membros da comunidade política. Não possuem, outrossim, capacidade moral e, por isso, não realizam valores essencialmente humanos ligados à Primeira Emenda. São, portanto, entidades da esfera econômica, a qual demanda diferentes valores.

Um dos grandes diferenciais de Kuhner, como se pôde perceber, está no exame do tema a partir de uma ótica que interliga conceitos jurídicos e econômicos. Talvez a ideia mais fundamental retratada pelo professor norte-americano, para compreender a rejeição de discriminação entre oradores pela Corte americana e sua exaltação da tarefa informacional da Primeira Emenda, esteja no enfoque exacerbado desse colegiado sobre a audiência do discurso (os ouvintes), por um lado, e no esquecimento da figura do emissor da mensagem (o orador), por outro. Isso se reflete tanto nas implicações da liberdade de expressão, aqui cuidadas, quanto nas consequências para a igualdade de oportunidade, como será dissertado a seguir. Retirar o enfoque do orador contribui para afastar a atenção sobre as diferenças entre oradores e entre diferentes fóruns de discussão. Esse é um procedimento equivocado, porquanto uma perspectiva mais analítica, que perceba as distinções relevantes, formula respostas mais adequadas ao problema da liberdade de expressão na esfera político-eleitoral.

Apesar de o livro desse professor estadunidense parecer, em algumas passagens, uma representação caricaturada do modelo capitalista, essa impressão não se comprova no decorrer da leitura. O autor não se mostra contrário ao capitalismo em si, mas sim à utilização de concepções econômicas dele derivadas como fundamentos da esfera pública. Por isso mesmo, faz uso de autores partidários da economia de mercado, como Ayn Rand. Vislumbra-se no raciocínio de Kuhner uma explicação plausível para as impropriedades do sistema de financiamento; não somente dos Estados Unidos, mas também de todo ordenamento jurídico que designar uma precedência do financiamento privado corporativo.

3.1.4 John Rawls e a ideia da razão pública

Diante dessas diferentes visões sobre a liberdade de expressão, é preciso, enfim, examinar a posição de John Rawls. Neste tópico, a grande contribuição do filósofo político estadunidense está na ideia da razão pública, a qual é trabalhada com

profundidade na obra *Political Liberalism*¹⁰⁶. A razão pública é o modo pelo qual uma sociedade política formula seus planos, dispõe seus fins em uma ordem de prioridade e estabelece suas decisões de acordo com isso¹⁰⁷. É exercida em um campo especial, o fórum público-político, do qual fazem parte prioritariamente¹⁰⁸ os juízes, as autoridades governamentais e os candidatos políticos. O Poder Judiciário, representado por uma corte suprema em um sistema com revisão judicial (*judicial review*), apresenta ainda um papel destacado, pois essa corte é considerada o modelo exemplar da razão pública. Isso acontece porque os integrantes do colegiado devem explicar e justificar suas decisões ao público como baseadas no seu entendimento da Constituição, de leis e de precedentes relevantes. Os valores políticos presentes na razão pública, portanto, fornecem a base para as interpretações realizadas pela corte. Ademais, a corte estimula o debate público nos cidadãos e se torna verdadeiro centro das controvérsias a cada nova mudança constitucional.

O seu conteúdo é dado exclusivamente por valores políticos, os quais, por sua vez, têm sua gênese em uma família de concepções políticas razoáveis de justiça. A justiça como equidade de Rawls é apenas uma dessas concepções políticas de justiça. A intenção do filósofo político norte-americano ao formular esse tipo de conteúdo para a razão pública é evitar que os valores oriundos de doutrinas abrangentes sejam utilizados como argumentos em discussões públicas¹⁰⁹. Assim, é possível dizer que, a princípio, lançar mão de uma teoria de natureza econômica (ao menos parcialmente abrangente), para explicar o discurso político, estaria vedado pela própria ideia da razão pública.

O objeto dessa razão, ao seu turno, consiste nas chamadas questões políticas fundamentais, que se subdividem em elementos essenciais constitucionais e em questões de justiça básica. Estas últimas questões abrangem os princípios de justiça social e econômica. Dentro dos elementos essenciais constitucionais, encontram-se a estrutura geral do governo e o processo político, bem como os iguais direitos e liberdades básicas dos cidadãos. Por conseguinte, a liberdade de expressão está

¹⁰⁶ Na edição expandida da obra, há tanto uma palestra sobre a ideia da razão pública (*Lecture VI*) quanto uma parte separada em que o filósofo político revisita a ideia da razão pública (artigo de 1997).

¹⁰⁷ RAWLS, John. **Political Liberalism**: Expanded Edition. 2ª Ed. New York: Columbia University Press, 2005. p. 212.

¹⁰⁸ Ainda assim, a ideia da razão pública não deixa de ser a razão dos cidadãos. Estes, idealmente, devem se imaginar como se fossem legisladores, para se perguntarem quais leis, apoiadas por quais razões que satisfaçam o critério da reciprocidade, eles acreditam ser mais razoáveis de estabelecer. *Ibidem*, p. 444-445.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 224-225.

contida neste último grupo. Ela é considerada por John Rawls com forte apreço, uma vez que está listada usualmente pelas declarações de direitos das constituições. Essa previsão constitucional atribui perenidade a esses direitos, os quais estariam, para Rawls, fora da agenda política e posicionados além do cálculo de interesses sociais, de modo a estabelecer clara e firmemente as regras da própria disputa política¹¹⁰.

A importância concedida à liberdade de expressão pode ser vislumbrada também na necessidade de discussão aberta e completa na denominada cultura de fundo, representada pela sociedade civil. Esta, ao lado da cultura política não pública (representada por mídias de todos os tipos), se contrapõe ao fórum público-político, que consubstancia a cultura político-pública. Portanto, diferentemente da cultura político-pública, os limites da razão pública não se aplicam à cultura de fundo e à cultura política não pública. John Rawls reconhece, pois, acertadamente a existência de âmbitos de discussão com dinâmicas diferentes, assim como o fazem os autores anteriormente abordados. Esses campos de debate não são todos iguais. Isso justifica regramento diverso, na medida em que pode haver constrangimentos diferentes em contextos diferentes em virtude da necessidade de proteger certos direitos ou atingir certos valores¹¹¹. É plausível admitir, dessa maneira, uma regulação diferenciada da pessoa jurídica no campo político-eleitoral, com vistas a facilitar a realização, por meio da razão pública, do ideal político de um povo governar a si próprio de um certo modo. Há, nesse ponto, uma conexão possível com Robert Post, o qual também tenta proteger cuidadosamente o valor do autogoverno.

A liberdade de expressão apresenta função tão relevante na obra de Rawls, que ela até mesmo se traduz na razão pela qual o filósofo político norte-americano caracteriza o dever de civilidade como moral e não como legal¹¹². Esse dever é preenchido quando os cidadãos agem a partir da ideia da razão pública e explicam aos outros cidadãos suas razões para apoiar posições políticas fundamentais em termos relativos à concepção política de justiça que eles consideram a mais razoável. Essa exigência, caso fosse legal e não moral, ofenderia a liberdade de expressão, visto que obrigaria todos os cidadãos a discursar de um determinado modo. Não por outro motivo esse dever de civilidade é um ideal. Contudo, não se pode diminuir a

¹¹⁰ RAWLS, John. **Political Liberalism**: Expanded Edition. 2ª Ed. New York: Columbia University Press, 2005. p. 161.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 220-221.

¹¹² *Ibidem*, p. 445.

relevância de semelhante dever por ele não ser jurídico. Rawls, nesse sentido, afirma que a disposição dos cidadãos para repudiar autoridades governamentais e candidatos políticos que violem a razão pública é uma das raízes sociais e políticas da democracia, sendo vital para sua força e vigor constantes¹¹³.

Não há como cuidar da ideia da razão pública em John Rawls sem mencionar um dos aspectos mais centrais, não só deste tópico, mas da obra do filósofo político como um todo, qual seja, o critério da reciprocidade. Trata-se de uma ideia conexa à da razão pública e, de certo modo, inseparável dela. O critério da reciprocidade requer que, no momento em que termos de cooperação social são propostos como os mais razoáveis, aqueles que assim os propõem devem também pensar que é ao menos razoável para os demais os aceitarem, enquanto cidadãos livres e iguais. Esse último requisito demanda que as pessoas não estejam dominadas ou manipuladas, ou estejam sob a pressão de uma posição política ou social inferior¹¹⁴. Tal pressão está latente em um modelo de financiamento com participação excessiva de corporações e de outras organizações privadas com abundância de recursos econômicos. Por se aproximar do tópico da igualdade de oportunidade, maiores reflexões serão realizadas na seção oportuna. Quando aplicado à esfera público-política, o critério da reciprocidade atribui, pois, o próprio conteúdo da legitimidade política, ao tornar apropriado o exercício do poder político coercitivo compartilhado igualmente entre os cidadãos.

Um desdobramento essencial da reciprocidade está na caracterização da justificação pública rawlsiana, a qual é um dos objetivos da razão pública. A justificação pública não consiste simplesmente em raciocínio válido, para Rawls, mas em argumentação endereçada aos outros¹¹⁵. Isso evidencia a preocupação do filósofo político norte-americano com a razão e não com o mero discurso. Outrossim, John Rawls aparenta não acreditar nem na simples persuasão nem na retórica como práticas admissíveis em um discurso público-político.

Pode-se afirmar, nesse viés, que o critério da reciprocidade, conforme retratado na obra de Rawls, é violado pela formulação de que o discurso equivale ao dinheiro utilizado para financiá-lo, pois os cidadãos ordinários, entre outros possíveis motivos,

¹¹³ RAWLS, John. **Political Liberalism**: Expanded Edition. 2ª Ed. New York: Columbia University Press, 2005p. 445.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 446.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 465.

não aceitariam razoavelmente uma exclusão fática de sua participação política. Esse argumento será melhor embasado no decorrer do próximo tópico, o qual discorre a respeito da igualdade de oportunidade. Em suma, não há como falar em uma base pública de justificação, um dos fins buscados por uma concepção política de justiça, na ausência do critério da reciprocidade.

3.2 IGUALDADE DE OPORTUNIDADE

Nesta segunda seção, se abordará o princípio da igualdade de oportunidade ou igualdade de chances. Trata-se de uma ideia bastante trabalhada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal do Brasil no julgamento da ADI nº 4.650, especialmente os que compuseram a maioria. A grande referência para este tópico será John Rawls, que cuida do tema ao desenvolver a função das liberdades básicas dentro de uma sociedade bem-ordenada. Porém, também serão realizadas breves considerações acerca de outros autores, alguns já comentados.

3.2.1 John Rawls

Para compreender como o filósofo político John Rawls concebe a igualdade de oportunidade aplicada à discussão pública, é preciso antes contextualizar o papel das chamadas “liberdades básicas”. Essas liberdades estão compreendidas no primeiro princípio de justiça¹¹⁶ e na lista de bens primários¹¹⁷. Consistem em condições institucionais de fundo necessárias para o desenvolvimento e o exercício completo e informado dos dois poderes morais da pessoa enquanto cidadão livre e igual, quais sejam, uma capacidade para um senso de justiça e uma capacidade para uma concepção de bem. Esses dois poderes morais são a condição necessária e suficiente para ser contado como um membro completo e igual da sociedade em questões de justiça política. As liberdades básicas iguais do primeiro princípio são, ainda,

¹¹⁶ “Cada pessoa possui um igual direito a um esquema completamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com um esquema de liberdades similar para todos.” *Tradução nossa*. RAWLS, John. **Political Liberalism**: Expanded Edition. 2ª Ed. New York: Columbia University Press, 2005. p. 291.

¹¹⁷ Bens primários são condições necessárias para a realização dos poderes morais e meios adequados para uma ampla gama de fins últimos. A lista de bens primários compreende: (a) liberdades básicas; (b) liberdade de movimento e livre escolha de ocupação perante um fundo de oportunidades diversas; (c) poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade; (d) renda e riqueza; (e) bases sociais do autorrespeito. *Ibidem*, p. 308-309.

especificadas por um rol, o qual inclui as liberdades políticas, que serão o enfoque desta seção, especialmente a liberdade de expressão.

Por haver uma prioridade do primeiro princípio sobre o segundo princípio¹¹⁸ da concepção política de justiça, as liberdades básicas ganham um status especial, que confere um peso absoluto a elas no confronto com razões de bem público e de valores perfeccionistas. As liberdades políticas iguais, por exemplo, não podem ser negadas para certos grupos sociais com base em critérios de eficiência ou crescimento econômico. Porém, na medida em que as liberdades básicas podem ser limitadas quando elas conflitam umas com as outras, nenhuma delas pode ser qualificada como absoluta. Portanto, é importante ressaltar que essa prioridade não é infringida quando as liberdades são meramente reguladas a fim de serem combinadas em um esquema completamente adequado, além de adaptadas a certas condições sociais necessárias para seu exercício duradouro. O fato de Rawls frisar que as liberdades básicas devem ser regradas já demonstra, ainda que de maneira genérica, a possibilidade de se regular a liberdade de expressão política, de forma a preservar outras liberdades e assegurar um ambiente apropriado para a discussão pública.

O filósofo político estadunidense especifica essa regulação genérica com o exemplo das regras de ordem, que são essenciais para regular a discussão livre. Assim como Post, menciona o famoso trabalho de Meiklejohn sobre liberdade de expressão. Embora o uso público de nossa razão deva ser regulado, a prioridade da liberdade exige que isso seja feito, tanto quanto possível, para preservar intacto o alcance central de aplicação de cada liberdade básica. Nesse sentido, essas liberdades básicas podem ser compatibilizadas umas com as outras, pelo menos dentro de seu alcance central de aplicação.

Dentro desse contexto de compatibilização entre liberdades básicas, o papel exercido pelas liberdades políticas é, para John Rawls, largamente instrumental, na medida em que procura preservar as demais liberdades. As liberdades políticas são, pois, meios institucionais essenciais para assegurar as outras liberdades básicas, nas circunstâncias de um Estado moderno. Ademais, desempenham uma função

¹¹⁸ “Desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. Primeiro, elas precisam se referir a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidade; e segundo, elas precisam ser para o maior benefício dos membros menos favorecidos da sociedade.” *Tradução nossa*. RAWLS, John. **Political Liberalism**: Expanded Edition. 2ª Ed. New York: Columbia University Press, 2005. p. 291.

procedimental, para além de apresentarem um lugar fundamental na regulação da estrutura básica como um todo.

Mais do que sujeitas à regulação estatal, as liberdades básicas não são meramente formais dentro da teoria elaborada por Rawls. Apesar de essas liberdades se configurarem como um esquema de caminhos e oportunidades legalmente protegidos, isso não se mostra suficiente para manter aquilo que o filósofo político denomina de justiça de fundo¹¹⁹.

Assim, dizer que existe uma perspectiva material ou substancial das liberdades básicas é falar em provisões feitas para obter os meios materiais requeridos por pessoas para avançar seu bem. Por conseguinte, os princípios para as liberdades básicas passam a ser complementados por outros princípios que fornecem uma divisão equitativa desses meios. De acordo com Rawls, caso as liberdades fossem meramente formais, aqueles com maior autoridade e riqueza poderiam controlar o curso da legislação em seu proveito. Essa ideia será desenvolvida por ele, com maior detalhamento, no valor equitativo das liberdades políticas e no tratamento do discurso político.

Nesse ponto, importa referir a distinção que o filósofo político norte-americano faz entre liberdade e valor da liberdade, como uma tentativa de combinar a liberdade e a igualdade em uma noção coerente, de forma a evidenciar o caráter substancial das liberdades básicas. Ao invés de contar determinados obstáculos (ignorância, pobreza e falta de meios materiais em geral) como restringindo a liberdade de uma pessoa, a teoria rawlsiana os conta como afetando o valor da liberdade, isto é, a utilidade da liberdade para a pessoa. Na justiça como equidade, essa utilidade é especificada em termos de um índice de bens primários, regulado pelo segundo princípio de justiça.

Com a finalidade de efetuar essa conexão entre liberdade e igualdade, Rawls avança em seu empreendimento teórico para designar um tratamento especial às liberdades políticas iguais, pois somente a elas é garantido o seu valor equitativo. Isso se justifica em razão de a utilidade de nossas liberdades políticas estar, para Rawls,

¹¹⁹ Diz respeito à manutenção de condições favoráveis para as ações de indivíduos e associações. É papel das instituições sociais e econômicas da estrutura básica da sociedade fazer os ajustes necessários para preservar a justiça de fundo. “A menos que essa estrutura seja apropriadamente regulada e ajustada, um processo social inicialmente justo irá eventualmente deixar de ser justo, independentemente do quão livres e justas as transações particulares podem parecer quando vistas por elas mesmas.” RAWLS, John. **Political Liberalism**: Expanded Edition. 2ª Ed. New York: Columbia University Press, 2005. p. 266.

muito mais sujeita a nossa posição social e ao nosso lugar na distribuição de renda e riqueza do que a utilidade de nossas outras liberdades básicas.

Cuida-se de um dos tópicos mais próximos ao problema da regulação do financiamento de campanhas eleitorais, porque permite pensar a respeito da aplicação do princípio da igualdade de oportunidade na disputa político-eleitoral. Esta é a formulação do valor equitativo das liberdades políticas para John Rawls:

[...] the worth of the political liberties to all citizens, whatever their social or economic position, must be approximately equal, or at least sufficiently equal, in the sense that everyone has a fair opportunity to hold public office and influence the outcome of political decisions.¹²⁰

Configura-se, portanto, como uma noção que é paralela à noção de igualdade equitativa de oportunidade presente no segundo princípio de justiça. Nesse viés, Rawls acredita que uma diretriz importante para garantir o valor equitativo está em manter os partidos políticos independentes de grandes concentrações de poder privado econômico e social em uma democracia de propriedade privada, bem como independentes de controle governamental e poder burocrático em um regime liberal socialista¹²¹. Essa é uma das passagens da obra *Political Liberalism* que melhor expressam a necessidade de normas jurídicas que evitem uma dominação da esfera política tanto por interesses privados com grande acumulação de recursos econômicos quanto pelos detentores do poder político. Ainda que John Rawls separe essas preocupações em dois regimes diferentes, é possível elaborar um conjunto de normas que mescele ambas. Semelhante medida harmonizaria os receios compartilhados pelas duas cortes constitucionais examinadas, pois responderia ao interesse de isolar, de alguma maneira, a política de iniciativas econômicas particulares e, ao mesmo tempo, não atribuir autoridade excessiva aos ocupantes de cargos políticos.

Essa garantia de valor equitativo, por sua vez, se desdobra em duas características importantes. Primeiro, ela assegura para cada cidadão um acesso

¹²⁰ [...] o valor das liberdades políticas para todos os cidadãos, independentemente da posição social ou econômica, deve ser aproximadamente igual, ou pelo menos suficientemente igual, no sentido de que todos tenham uma oportunidade equitativa de ocupar cargos públicos e de influenciar o resultado das decisões políticas. *Tradução nossa*. RAWLS, John. **Political Liberalism**: Expanded Edition. 2ª Ed. New York: Columbia University Press, 2005. p. 327.

¹²¹ RAWLS, John. **Political Liberalism**: Expanded Edition. 2ª Ed. New York: Columbia University Press, 2005. p. 328.

equitativo e praticamente igual ao uso da instalação pública especificada pelas regras e procedimentos constitucionais que governam o processo político e controlam a entrada em posições de autoridade política. Rawls quer aparentemente se referir às casas legislativas e aos procedimentos eleitorais. Segundo, essa instalação pública apresenta espaço limitado. Por isso, como corolário do caráter material das liberdades básicas, se faz necessário prevenir, por meio do valor equitativo das liberdades políticas, que aqueles com meios relativamente maiores possam se combinar e excluir aqueles que possuem menos meios materiais. O filósofo político afirma, ademais, que não se pode ter certeza de que as desigualdades permitidas pelo princípio da diferença serão suficientemente pequenas para evitar essa situação.

A garantia do valor equitativo das liberdades políticas tenciona proteger o processo político equitativo e efetivo (procedimento político justo) que emana da Constituição, de modo a assegurar o estabelecimento de legislação justa¹²². O fundamento dessa garantia, portanto, não é uma concepção de bem específica que posiciona a vida política e a participação de todos no patamar mais elevado entre os fins possíveis aos cidadãos. Não obstante, o processo político equitativo deve estar aberto a todos com base em uma situação de quase igualdade, visto que Rawls tenta espelhar na estrutura básica da sociedade a representação equitativa das pessoas promovida pela posição original. A equidade desse procedimento, tutelada pelo valor equitativo e pelo segundo princípio de justiça, implica que as liberdades políticas não são simplesmente formais.

Para concluir a abordagem de John Rawls sobre a igualdade de oportunidade, torna-se imprescindível verificar uma especificação das liberdades políticas: a liberdade de expressão política. Ela, conjuntamente com a liberdade de imprensa, estão abrangidas pela liberdade de pensamento e pelas liberdades políticas.

Na perspectiva do filósofo político estadunidense, porém, nem todo discurso é idêntico e, portanto, nem todos merecem proteção especial¹²³. Alguns podem ser até mesmo ofensas, como ocorre com o crime de difamação. Nesse contexto, o discurso político se diferencia como um tipo de discurso especialmente protegido, na medida em que não pode sofrer nenhuma restrição sobre seu conteúdo, mas apenas regulações de tempo, lugar e meios usados para expressá-lo.

¹²² O critério do justo é dado pela concepção política de justiça compartilhada. RAWLS, John. **Political Liberalism**: Expanded Edition. 2ª Ed. New York: Columbia University Press, 2005. p. 336.

¹²³ *Ibidem*, p. 336.

Ainda segundo Rawls, as liberdades básicas não apenas limitam umas às outras, mas também se autolimitam¹²⁴. Por isso, o requisito de que as liberdades básicas sejam as mesmas para todos acarreta que nós somente podemos obter uma maior liberdade para nós mesmos se a mesma maior liberdade for garantida aos outros. Novamente, a reciprocidade aparece com força como um dos elementos centrais da obra rawlsiana.

Rawls exemplifica essa autolimitação a partir da liberdade de expressão política. Embora os indivíduos possam querer incluir, em sua liberdade de expressão política, direitos para o acesso completamente desimpedido a lugares públicos e para o livre uso de recursos sociais para externar suas visões políticas, essas extensões da liberdade, quando garantidas para todos, são tão impraticáveis e socialmente divisíveis que elas iriam na verdade reduzir enormemente o escopo efetivo da liberdade de expressão¹²⁵. O autor, com isso, ressalta mais uma vez a limitação do espaço público e da possibilidade de utilização de bens econômicos para expressão política.

Em consonância com esse cenário restritivo, John Rawls afirma que o discurso político pode ser regulado de forma a preservar o valor equitativo das liberdades políticas¹²⁶. Trata-se de um reforço da ideia de que as liberdades básicas necessitam ser ajustadas umas com as outras, visto que não podem ser especificadas individual e isoladamente.

Ainda que não possa fornecer respostas diretas e concretas sobre o modelo legislativo mais adequado, uma doutrina filosófica, para Rawls, deve explicar os fundamentos sobre os quais as instituições necessárias e o Estado de Direito podem ser justificados. O filósofo político, a partir desse entendimento, sustenta que o financiamento público de campanhas, aliado a diversos limites sobre contribuições e outras regulações semelhantes, são instrumentos essenciais para manter o valor equitativo das liberdades políticas. Porém, esses arranjos apenas são compatíveis com as liberdades básicas quando três condições são mantidas¹²⁷.

A primeira condição é a inexistência de restrições no conteúdo do discurso, a qual foi referida anteriormente. Pode-se dizer que as medidas mencionadas cumprem

¹²⁴ RAWLS, John. **Political Liberalism**: Expanded Edition. 2ª Ed. New York: Columbia University Press, 2005. p. 341.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 341.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 357.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 357-359.

com essa exigência, já que seriam, por assim dizer, regras de ordem para eleições e requisitos para o estabelecimento de um procedimento político equitativo, sem tomar partido por visão política específica.

Por sua vez, a segunda condição exige que os arranjos instituídos não imponham nenhum ônus indevido sobre os vários grupos políticos presentes na sociedade e afetem todos eles de uma forma equiparada. Aqui, Rawls acertadamente enfatiza que a proibição de grandes contribuições oriundas de pessoas privadas ou corporações para candidatos políticos não se enquadra como um ônus indevido sobre pessoas e grupos ricos. Desse modo, a justificação de semelhante proibição, a qual se mostra extremamente relevante para a análise da correção das decisões dos tribunais constitucionais abordados, encontra-se na necessidade de possibilitar que cidadãos de posses e motivações similares tenham praticamente uma igual chance de influenciar a política do governo e de atingir posições de autoridade, independentemente de sua classe social e econômica. Conforme Rawls, é precisamente essa igualdade que define o valor equitativo das liberdades políticas.

A terceira e última condição requer que as várias regulações do discurso político sejam racionalmente desenhadas para atingir o valor equitativo das liberdades políticas. Assim, essas regulações se tornam desarrazoadas no momento em que alternativas consideravelmente menos restritivas e igualmente efetivas se apresentam conhecidas e disponíveis.

As últimas considerações de John Rawls a respeito do discurso político se relacionam com alguns precedentes da Suprema Corte Americana, sobretudo *Buckley v. Valeo*¹²⁸. Na visão do filósofo político estadunidense, a Corte em *Buckley* parece rejeitar totalmente a ideia de que o Congresso pode tentar estabelecer o valor equitativo das liberdades políticas¹²⁹. Dessa maneira, o colegiado teria falhado em reconhecer o ponto essencial de que o valor equitativo das liberdades políticas se configura como necessário para prevenir que aqueles com maior propriedade e riqueza, e com as maiores habilidades de organização que os acompanham, controlem o processo eleitoral em sua vantagem. Assim como nos precedentes *Austin* e *McConnell*, os quais conceituam corrupção como influência indevida, Rawls acredita que o modo como essa dominação é realizada não precisa envolver necessariamente

¹²⁸ RAWLS, John. **Political Liberalism**: Expanded Edition. 2ª Ed. New York: Columbia University Press, 2005. p. 359-363.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 360.

suborno e desonestidade nem a garantia de favores especiais, por mais comuns que esses vícios possam ser.

Na conclusão do autor norte-americano, o precedente *Buckley* aparentemente adota a posição de que representação equitativa significa representação de acordo com a quantidade de influência efetivamente exercida. Rawls esclarece essa ideia ao explicar que a democracia seria, nesse viés, um tipo de disputa regulada entre classes econômicas e grupos de interesse na qual o resultado apropriado dependeria da habilidade e da vontade de cada um em usar seus recursos financeiros e habilidades, consideravelmente desiguais, para satisfazer seus desejos. Essa visão democrática é particularmente semelhante com algumas versões da teoria da escolha pública, sobretudo o pluralismo de grupos de interesse.

Rawls também traz um contraponto à Suprema Corte retirado de seus próprios precedentes. Em *Reynolds v. Sims*, de 1964, a Corte teria reconhecido que o direito de voto envolve mais do que simplesmente lançar um voto que é contado igualmente. O colegiado afirmou nesse caso: “A participação completa e efetiva de todos os cidadãos no governo do Estado requer que cada cidadão tenha uma voz igualmente efetiva na eleição dos membros da legislatura estatal.”¹³⁰ E completou, relacionando com a Décima Quarta Emenda: “Considerando que atingir a representação equitativa e efetiva para todos os cidadãos é o objetivo básico da alocação legislativa, nós concluimos que a Cláusula de Igual Proteção garante a oportunidade de igual participação dos eleitores na eleição dos legisladores”¹³¹.

A exposição e as reflexões de John Rawls permitem a construção de importantes hipóteses para compreender a problemática do financiamento de campanhas políticas. As ideias do filósofo político são, pois, muito próximas ao tema desenvolvido nesta monografia e podem ser utilizadas como parâmetros de análise das decisões constitucionais examinadas.

Primeiramente, é possível dizer que a teoria de Rawls aceitaria o resultado do colegiado constitucional brasileira, mas rejeitaria o precedente criado pela corte suprema norte-americana. Uma razão para isso estaria na asserção de Rawls de que

¹³⁰ “Full and effective participation by all citizens in state government requires ... that each citizen has an equally effective voice in the election of members of the state legislature.” *Tradução nossa*. RAWLS, John. **Political Liberalism**: Expanded Edition. 2ª Ed. New York: Columbia University Press, 2005. p. 361.

¹³¹ “Since achieving of fair and effective representantion for all citizens is concededly the basic aim of legislative apportionment, we conclude that the Equal Protection Clause guarantees the opportunity for equal participation by voters in the election of state legislators.” *Tradução nossa*. *Ibidem*, p. 361.

as considerações sobre as liberdades políticas valem igualmente para a propaganda política. Ademais, o que se mostra fundamental na obra rawlsiana é estabelecer um procedimento político que assegure para todos os cidadãos uma voz completa e igualmente efetiva em um esquema equitativo de representação. Nesse sentido, a proibição de doações por pessoas jurídicas, sobretudo empresas privadas, pode ser vislumbrada como uma medida compatível com a busca de tal procedimento político e como uma etapa necessária para resolver impropriedades na representação política, da qual a adequada proteção de outros direitos básicos depende.

Uma outra característica essencial do texto de Rawls, a rejeição de uma simples igualdade formal, também parece ir de encontro à formulação da Corte estadunidense em *Citizens United*. Enquanto desdobramento de *Buckley*, *Citizens United* desconsidera as condições de fundo que deveriam ser mantidas justas com vistas a possibilitar a participação popular. Não percebe, portanto, a necessidade de proteção do valor da liberdade, mormente das liberdades políticas, as quais se localizavam no cerne da disputa. De fato, a Suprema Corte evita rapidamente as questões relativas à igualdade política, ao se fixar nas ideias do precedente *Buckley* e na noção de não discriminação entre oradores. Ao adotar esse modo de proceder, os membros da Corte ignoram a existência, na regulação invalidada, de regras de ordem para a expressão pública, as quais, por definição, não restringem o conteúdo do discurso. O fato de os magistrados estadunidenses vislumbrarem na legislação derrubada em *Citizens United* uma censura de discurso político, violadora da Primeira Emenda, portanto, não condiz com a estrutura normativa pretendida por essas regras. Como anteriormente afirmado, outros meios para expressar as visões políticas de uma corporação ou de um sindicato se mantinham abertos. Logo, somente houve restrição do meio pelo qual o discurso poderia ser externado.

Como terceira conexão do pensamento de Rawls com os julgamentos dos tribunais constitucionais abordados pode se elencar a ideia de igualdade de oportunidade e a ideia conexa de prevenção de dominação da esfera política. A forma e a extensão com que o filósofo estadunidense trabalha com esses conceitos permite harmonizá-los inclusive com a parte minoritária do STF na ADI nº 4.650. O receio do Ministro Gilmar Mendes com a perpetuação do partido político da situação no poder e sua preocupação com a proteção da igualdade de chances dos partidos e candidatos encontram diretrizes de solução em passagens da obra *Political Liberalism*. Rawls reconhece que não somente o poder privado, mas também o poder público pode

sufocar vozes concorrentes na arena política. Ao invés de contrapor o poder público do governo com o poder privado de grandes empresas e de indivíduos afortunados, o filósofo político tenta criar um procedimento que permita a distribuição equitativa de oportunidades de participação político-democrática entre os cidadãos, sendo irrelevantes posições socioeconômicas.

Ao ver a Constituição de um Estado como uma totalidade e ao reconhecer que as provisões constitucionais devem ser tomadas conjuntamente como especificando um procedimento político justo, Rawls dispõe apropriadamente sobre quais são os papéis da liberdade e da igualdade em um regime político bem-ordenado. Outrossim, em conjunto com a ideia de razão pública, ele procura fornecer o arcabouço teórico necessário para o florescimento de um debate político-público simultaneamente racional e razoável, que reproduza, em alguma medida, o mecanismo hipotético da posição original. A estrutura de deliberação, assim compreendida, visa assegurar que as pessoas sejam normalmente levadas a uma convergência suficiente de julgamento, imprescindível para atingir cooperação social efetiva e equitativa.

3.2.2 Robert Post

Esse autor, em sua obra *Citizens Divided*¹³², não realiza uma abordagem direcionada à igualdade de oportunidade, pelos menos, não uma perspectiva material da igualdade de oportunidade. Post, dessa maneira, aparenta reduzir o papel da igualdade em um sistema de financiamento, de forma a somente criticar a chamada igualdade de influência¹³³.

Embora tenda a concordar com as objeções a respeito da igualdade de influência, o contentamento com um direito igual de participação não parece ser suficiente para alterar o panorama de impropriedades nos modelos de financiamento em que se permitem a doação e o gasto de elevadas quantias de recursos financeiros por poucos atores. A insuficiência de uma igualdade formal de oportunidade decorre da centralidade do dinheiro nas campanhas eleitorais. A própria Corte norte-americana, desde *Buckley*, admite que o dinheiro se transformou em um elemento essencial para o discurso.

¹³² Ver nota de rodapé nº 64.

¹³³ POST, Robert C. **Citizens Divided**: Campaign Finance Reform and the Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 2014. p. 47-51.

Contudo, a prática demonstra que o dinheiro é distribuído, em regra, de acordo com o sucesso ou insucesso no mercado econômico. Como consequência, aqueles bem-sucedidos nesse mercado apresentam maiores oportunidades de participação política, quando aplicam seus recursos financeiros em atividades políticas, do que aqueles que estão em posições inferiores na estrutura econômica. Estes, por vezes, nem sequer conseguem poupar dinheiro para expressar preferência política. Portanto, as condições socioeconômicas importam expressivamente para a participação político-democrática, como Rawls já afirmara. Diversos direitos, mesmo que garantidos para a totalidade dos cidadãos, precisam, pois, de condições para serem exercidos. A realidade, porém, comprova que nem todos conseguem exercê-los, pois alguns indivíduos não são capazes de preencher esses pré-requisitos. Assim, apesar de serem titulares de determinado direito, não há utilidade nele para essas pessoas.

A inserção da igualdade de oportunidade na obra de Post, no lugar da igualdade de influência, atribuiria maior coerência ao interesse da integridade eleitoral defendido por esse autor. Nessa linha, é possível asseverar, inclusive, que os três interesses com que trabalha Robert Post (igualdade, anticorrupção, antidistorção) poderiam ser vistos, então, como facetas da integridade eleitoral. Entretanto, para isso, é necessário se afastar de uma separação tão absoluta sobre o que é pertinente à representação e sobre o que é pertinente à democracia discursiva.

3.2.3 Timothy Kuhner

O professor norte-americano realiza mais desenvolvimentos no tema da igualdade de oportunidade do que Robert Post. A perspectiva de Kuhner, como se pôde vislumbrar no tópico anterior sobre a liberdade de expressão, está orientada por uma análise de como concepções econômicas são introduzidas no direito para justificar uma estrutura democrática que se assemelha a um mercado. Dentro desse contexto, a tarefa da igualdade no sistema de financiamento eleitoral, para a Suprema Corte, foi compreendida de modo bastante limitado. Kuhner procura se contrapor a essa forma restritiva de pensar o papel da igualdade.

Desde o precedente *Buckley*, a Corte demonstra uma rejeição ao interesse da igualdade para estruturar uma regulação do financiamento das campanhas políticas. Os membros da Suprema Corte, nesse caso e em *Citizens United*, asseveraram que seria algo completamente alheio à Primeira Emenda uma tentativa legislativa de

igualar a influência relativa dos participantes. Kuhner conecta essa aversão com o forte viés econômico introduzido na argumentação de alguns membros do colegiado¹³⁴. De fato, quando se pensa em um mercado político modelado tal como um mercado econômico, a função da igualdade se reduz apenas à não discriminação¹³⁵, pois todos aqueles que possuírem os recursos suficientes para adquirir os meios de divulgação de seus discursos ou para financiar seu candidato preferido não podem ser preteridos ou excluídos desse tipo de consumo. Devem ser, pois, todos tratados de maneira idêntica no ato de aquisição, sendo o critério de equiparação o poder aquisitivo. Trata-se de uma decorrência da impessoalidade da figura do consumidor, cujas características pessoais não importam, porque aquilo que é relevante para o mercado é a disponibilidade de dinheiro para a compra do bem ou serviço.

Timothy Kuhner faz ainda uma comparação muito pertinente a fim de ilustrar uma distorção endossada pelo colegiado constitucional, quando considera que o tipo de discurso legitimado pela Corte estadunidense se mostra tal como a aquisição de um carro de luxo. Apesar de estar formalmente disponível a todos, são poucos os que podem efetivamente comprá-lo.

A partir dessas considerações, é possível afirmar que o dinheiro, ao aumentar de maneira avassaladora a influência política de alguns sujeitos, permite que estes “inundem”, por assim dizer, a arena política com suas mensagens repetidas, “afogando” aqueles que apresentam menos recursos financeiros para arcar com o discurso. Enfrenta-se, assim, uma disputa desleal, que não está pautada no impacto e na persuasão das ideias, mas na capacidade econômico-financeira de distribuir ao maior número de ouvintes uma determinada mensagem, independentemente de sua qualidade. Mais uma vez, se mostra presente o enfoque da Suprema Corte nos direitos da audiência em ser bem informada, o que retira atenção sobre a figura do orador. Outrossim, a exaltação da quantidade de discurso negligencia, como propugna Rowbottom¹³⁶, a asserção de que nem sempre quantidade é melhor para o debate político. Muitas vezes, a perda de quantidade se configura em um ganho em variedade e em diversidade de opiniões e visões (qualidade do discurso).

¹³⁴ KUHNER, Timothy K. **Capitalism v. Democracy**: Money in Politics and the Free Market Constitution. Stanford: Stanford Law Books, 2014. p. 45-50.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 59-60 e p. 195.

¹³⁶ ROWBOTTOM, Jacob. **Democracy Distorted**: Democracy Distorted: Wealth, Influence and Democratic Politics. Cambridge: Harvard University Press, 2010. p. 52-53.

Uma interessante citação do filósofo Michael Walzer, transcrita no livro de Kuhner, procura estabelecer uma distinção entre liberdade, de um lado, e influência e poder, de outro. O critério distintivo entre essas categorias seria a necessidade da utilização de grande quantidade de dinheiro. É possível interpretar a passagem como uma crítica à concepção de discurso da Corte em *Buckley* e nos casos baseados nesse precedente. Transcrevo-a:

It's often said that the exercise of these freedoms [of speech, press, religion, and assembly] costs money, but that's not strictly speaking the case: talk and worship are cheap; so is the meeting of citizens; so is publication in many of its forms. Quick access to large audiences is expensive, but that is another matter, not of freedom itself but of influence and power.¹³⁷

É preciso compreender que a intenção da argumentação de Walzer é se contrapor a uma ligação tão direta entre dinheiro e liberdade de expressão. Contudo, ele não ignora a necessidade de meios materiais para o exercício de liberdades. Logicamente, a partir do momento em que se reconhece que recursos econômicos são essenciais para determinadas espécies de discurso, como o discurso político, não é mais possível ignorar as diferenças entre os indivíduos no que concerne ao financiamento de suas visões políticas e no que toca à aplicação prática de suas liberdades formalmente garantidas. Do contrário, corre-se grande risco de se esvaziar a liberdade dos cidadãos menos favorecidos, no sentido de ela ter alguma significância ao sujeito. A liberdade de expressão política deveria, pois, oportunizar alguma forma de influência e de atuação política a todos os cidadãos.

Outro destaque da obra de Kuhner, relacionado à igualdade de oportunidade, está na questão da competição¹³⁸. A Corte, nesse sentido, parece ignorar a necessidade de regras para preservar a competitividade entre os participantes, um dos pilares básicos do sistema econômico capitalista, apesar de enaltecer constantemente a perspectiva de mercado. No momento em que se concebe a política enquanto mecanismo mercadológico, se torna imprescindível também a preservação da competição equânime entre os concorrentes. Porém, é irreal imaginar um sistema

¹³⁷ É frequentemente dito que o exercício dessas liberdades [de expressão, de imprensa, de religião e de reunião] demandam dinheiro, mas estritamente falando não é bem assim: falar e elogiar é barato; assim como a reunião de cidadãos; assim como muitas formas de publicação. O rápido acesso a grandes audiências é caro, mas isso é outra questão, não de liberdade em si, mas de influência e poder. *Tradução nossa*. KUHNER, Timothy K. **Capitalism v. Democracy**: Money in Politics and the Free Market Constitution. Stanford: Stanford Law Books, 2014. p. 42.

¹³⁸ KUHNER, Timothy K. **Capitalism v. Democracy**: Money in Politics and the Free Market Constitution. Stanford: Stanford Law Books, 2014. p. 52-57.

político competitivo e participativo que seja desregulado, que apresente liberdades irrestritas. Há alta probabilidade de formação de oligopólios, por assim dizer, ou seja, poucos agentes influenciando decisivamente os instrumentos de mercado e impedindo a entrada de novos concorrentes. É preciso, portanto, criar mecanismos que promovam uma oportunidade igual e efetiva de participar e de acessar o debate público, de modo a estabelecer uma estrutura que compatibilize as diferentes liberdades e promova um debate despolarizado e plural. Certamente, não se poderá presumir que todos se envolvam de igual forma, dada as diferentes habilidades e disposições. Por isso, o que se garante é uma chance igual de tomar parte no processo político e não o sucesso político em si.

A atuação das pessoas jurídicas nesse processo intensifica as impropriedades causadas por modelos de financiamento que concedem largo espaço ao dinheiro privado. Apesar de a Corte em *Citizens United* sustentar que os recursos econômicos das corporações não poderiam justificar restrições governamentais, sob o fundamento de que todos os oradores utilizam dinheiro acumulado por meio do mercado, Kuhner rejeita essa alegação ao afirmar que as pessoas não gozam das mesmas vantagens das corporações no mercado, nem podem fazer frente ao poder econômico corporativo¹³⁹. Não é, pois, razoável ou admissível deixar de levar em consideração a sensível diferença de natureza existente entre as pessoas naturais e as corporações.

3.2.4 Jacob Rowbottom

Ao contrário do que os dois tribunais constitucionais analisados parecem sugerir, a igualdade de oportunidade e a liberdade de expressão não são princípios que categoricamente se opõem. Nessa perspectiva, Jacob Rowbottom, um autor britânico, sustenta, em seu livro *Democracy Distorted*¹⁴⁰, que a igualdade política tem uma conexão próxima, no sentido de complementação, com a liberdade de expressão e de associação. Essas liberdades servem justamente para possibilitar a participação democrática, para melhorar a informação e para manter o governo submetido aos cidadãos. Todos esses valores já foram retratados nesta monografia como fatores

¹³⁹ KUHNER, Timothy K. **Capitalism v. Democracy**: Money in Politics and the Free Market Constitution. Stanford: Stanford Law Books, 2014. p. 133.

¹⁴⁰ ROWBOTTOM, Jacob. **Democracy Distorted**: Democracy Distorted: Wealth, Influence and Democratic Politics. Cambridge: Harvard University Press, 2010. p. 33-61.

relevantes para um ambiente político adequado. Quando corretamente articulada, a igualdade política pode, pois, robustecer as liberdades políticas, da mesma forma como retirar liberdade de alguém enfraquece o valor da igualdade, pois se enfrenta um modo de tratamento não isonômico.

Ao esclarecer como uma legislação pode igualar politicamente os indivíduos e, ao mesmo tempo, complementar igualdade e liberdade política, Rowbottom relata que duas pessoas podem ser igualadas não somente pela ascensão da posição da pessoa com menor vantagem, mas também com restrições na pessoa com maior vantagem. Essa aparenta ser efetivamente uma das principais diretrizes optadas pelos modelos de financiamento, os quais usualmente limitam doações e gastos políticos, de forma a equilibrar a disputa pelos cargos políticos e evitar a exclusão do espaço de debate.

Assim como Kuhner, Rowbottom também critica a concepção de liberdade de expressão como um livre mercado de ideias, isto é, essa analogia com o livre mercado econômico. Para o britânico, isso traz uma série de dificuldades¹⁴¹. A maior delas estaria na propensão de o mercado de ideias excluir as ideias que não obtêm suporte financeiro. Desse modo, argumentos e ideias com maior suporte de recursos apresentariam vantagem competitiva. De acordo com Rowbottom, a busca por um mercado de ideias estaria mais para um mito do que para uma realidade. Não se cuida, portanto, do melhor sistema para garantir que os cidadãos estejam completamente informados sobre decisões coletivas, na medida em que algumas visões nunca chegarão ao mercado e aquelas que chegarem poderão estar em desvantagem competitiva.

3.2.5 Joshua Cohen, Jon Elster e Michael Walzer

Em um artigo de grande repercussão acadêmica, *Deliberation and democratic legitimacy*¹⁴², de 1985, Joshua Cohen expõe sua concepção de democracia deliberativa. Esta é definida, por esse filósofo, como a associação cujos negócios são governados pela deliberação pública do seus membros. Porém, essa maneira de deliberar ainda é qualificada, pois se exige que ela seja livre e igual. Por isso, a

¹⁴¹ ROWBOTTOM, Jacob. **Democracy Distorted**: Democracy Distorted: Wealth, Influence and Democratic Politics. Cambridge: Harvard University Press, 2010. p. 44-47.

¹⁴² COHEN, Joshua. **Deliberation and democratic legitimacy**. In: Debates in contemporary political philosophy: an anthology. Londres: Routledge, 2003. p. 342-360.

perspectiva deliberativa da democracia pode ser expressa em termos de “livre deliberação pública entre iguais”. Nessa estrutura política, a justificação das regras e das condições da associação procede-se por meio de argumentação pública e de raciocínio entre cidadãos iguais. Isso acaba por resultar em legitimidade político-democrática.

É nesse ponto e com esse autor que se faz necessário conectar o debate público com as proteções trabalhadas à liberdade de expressão e à igualdade de oportunidade. Torna-se imprescindível, nesse viés, exigir uma racionalidade na discussão das questões políticas, a qual se mostra, por sinal, como um dos aspectos mais centrais da democracia deliberativa exposta por Cohen. De fato, uma das propriedades do procedimento deliberativo ideal que deve servir de escopo para a estruturação política da democracia é o seu caráter arrazoado. Nesse sentido, Cohen menciona Habermas para explicar que, em uma deliberação ideal, nenhuma força exceto aquela do melhor argumento é exercida¹⁴³. É algo similar à razão pública de Rawls, que impõe como parâmetro do debate somente os valores políticos.

No que tange à posição da igualdade de oportunidade na deliberação pública, Cohen visa garantir, nos mesmos moldes de John Rawls, o valor equitativo das liberdades políticas. As oportunidades e os poderes devem ser, pois, independentes de posições econômicas e sociais. Essa opção por preservar o valor equitativo das liberdades políticas gera implicações igualitárias manifestas como, por exemplo, o financiamento público de partidos políticos e limites em gastos políticos privados.

Por sua vez, quanto à relevância da liberdade de expressão para a democracia deliberativa, Cohen ressalta, antes de tudo, que as liberdades básicas não são esquecidas ou violadas por essa concepção democrática. Consoante o filósofo estadunidense, a concepção deliberativa pressupõe a liberdade de expressão para a determinação do que avança o bem comum, visto que aquilo que é considerado como bom é fixado por deliberação pública; não sendo prévio a ela. O autor também destaca que a democracia deliberativa não traça uma linha clara entre discurso político e outras formas de expressão, já que estas também são importantes para a formação de interesses, objetivos e ideais. Há, pois, a defesa de um alcance total da expressão, independentemente do conteúdo.

¹⁴³ COHEN, Joshua. **Deliberation and democratic legitimacy**. In: Debates in contemporary political philosophy: an anthology. Londres: Routledge, 2003. p. 347.

Pode-se dizer, finalmente, que uma interpretação possível a respeito dessa deliberação racional é a tese da separação das esferas política e econômica, defendida por autores como Jon Elster, Michael Walzer e Timothy Kuhner. Todos eles assumem como premissa que a vida social é plural e, portanto, apresenta diferentes esferas, governadas por diferentes valores e concepções. Uma esfera, porém, não pode invadir o campo de atuação de outra esfera. Desse modo, argumenta-se que os valores concernentes à economia não necessariamente podem ser transportados para à política, como se fossem valores políticos.

Política e economia não se confundem. Por conseguinte, aquilo que é apropriado para o mercado geralmente não é apropriado para o fórum de debates. A política, diz Elster¹⁴⁴, está preocupada com o bem comum; e notavelmente com os casos em que ele não pode ser realizado como um resultado agregado de indivíduos perseguindo seus interesses privados. As escolhas privadas descoordenadas podem, pois, levar a consequências desastrosas para todos. Trata-se da dificuldade em conservar a justiça das condições sociais de fundo, já referida por Rawls. Por isso, as instituições políticas configuram-se como remédios para tais falhas de mercado (inaptidão para prover bens públicos ou quebra das propriedades autorregulatórias usualmente designadas ao mecanismo de mercado). Como bem esclarece o filósofo norueguês, a tarefa da política não é apenas eliminar a ineficácia, mas também criar justiça.

Walzer, em seu livro *Spheres of Justice*, afirma que todo bem social ou conjunto de bens sociais constitui uma esfera distributiva dentro da qual somente certos critérios e arranjos são apropriados¹⁴⁵. Há, assim, uma autonomia dessas esferas, cuja violação representa um problema sistemático e que se caracteriza como “tirania” para esse autor¹⁴⁶. A partir desse contexto, o objetivo de Walzer em sua obra é reduzir a dominância de bens como o dinheiro, que acabam por controlar a distribuição e determinar o valor de todas as esferas distributivas. O dinheiro é, de fato, um bem naturalmente dominante, em virtude de sua universalidade, e monopolizado por aqueles que detêm um talento especial para negociações¹⁴⁷.

¹⁴⁴ ELSTER, Jon. **The Market and the Forum**: Three varieties of political theory. In: *Foundations of Social Choice Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986. p. 103-104.

¹⁴⁵ WALZER, Michael. **Spheres of Justice**: A defense of pluralism and equality. New York: Basic Books, 1983. p. 10.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 17-20.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 22 e p. 95.

Certamente, a separação entre o campo político e o campo econômico contribui para a racionalidade do debate público-político. Os cidadãos devem, assim, resolver suas diferenças por meio de um instrumento que esteja focado somente nas ideias expostas por cada membro da sociedade. Racionalizar a discussão política é, pois, elevá-la ao nível da fala e das visões políticas; não ao nível do grito, da briga, do status ou do dinheiro. Os recursos econômicos, desse modo, não devem ser relevantes para o sucesso político. Isso possibilita tratar as pessoas como iguais no debate, com oportunidades equivalentes de acesso e de participação, ainda que a persuasão e a influência sejam necessariamente diferentes em cada indivíduo.

4 CONCLUSÃO

Presencia-se um momento político um tanto conturbado, não só aqui no Brasil, mas também em outros países, entre eles os Estados Unidos e a Coreia do Sul. A qualidade da participação política e do debate público estão muito abaixo do que se espera, além de serem recorrentes os casos de corrupção. As eleições municipais brasileiras de 2016, por exemplo, mostraram expressivamente a forte descrença da população na política praticada atualmente, com uma porcentagem de votos nulos, brancos e abstenções excessivamente elevada¹⁴⁸. Esta monografia, inserida nessa conjuntura, procurou identificar as principais problemáticas envolvendo a regulação do financiamento de campanhas políticas, por meio da análise de duas decisões constitucionais, e, a partir disso, relacionou-as constantemente com a melhor configuração possível do fórum político.

Compreendeu-se, ao longo do trabalho, que a conjugação coerente da liberdade de expressão com a igualdade de oportunidade oferece a resposta prática mais adequada para nortear os regramentos relativos ao financiamento eleitoral e, por conseguinte, para estruturar da melhor forma a discussão pública. Há, assim, muitas dificuldades presentes em uma ordenação simplesmente formal, que disponha meramente que todos os agentes, individuais e coletivos, tenham direito de participação política e que, inclusive, possam doar recursos econômicos para financiar candidatos e partidos políticos.

Para finalizar esta monografia, cumpre registrar, ainda que brevemente, algumas abordagens empíricas da ciência política¹⁴⁹ que revelam o panorama do financiamento de campanhas políticas no Brasil e confirmam algumas premissas

¹⁴⁸ Segundo dados do TSE, a soma de votos nulos, brancos e abstenções, no primeiro turno, superou o primeiro ou segundo colocado na disputa para prefeito em 22 capitais. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/repositorio-de-dados-eleitorais>. Acesso em: 03 dez. 2016.

¹⁴⁹ CERVI, Emerson Urizzi. **Doadores, partidos e estratégias para o financiamento de campanhas eleitorais no Brasil**: uma análise sobre o reduzido número de doadores e os elevados valores doados para os candidatos a presidente em 2014. In: Política & Sociedade, vol. 15, nº 32. Florianópolis, Jan./Abr. de 2016. SPECK, Bruno Wilhelm. **Game over**: duas décadas de financiamento de campanhas com doações de empresas no Brasil. In: Revista de Estudios Brasileños, vol. 3, nº 4, Primeiro Semestre. Salamanca: Universia Publicaciones, 2016. HEILER, Jeison Giovani; VIANA, João Paulo S. L.; DOS SANTOS, Rodrigo Dolandeli. **Empresariado e partidos no processo eleitoral brasileiro**. In: Debate, vol.7, nº 3. Belo Horizonte, Jul. de 2015. p.75-86. MANCUSO, Wagner Pralon. **Investimento eleitoral no Brasil**: balanço da literatura (2001-2012) e agenda de pesquisa. In: Rev. Sociol. Polit, vol. 23, nº 54. Curitiba, Jun. 2015. p. 155-183.

desta monografia. Servem também para mostrar aquilo que se modificou e para contribuir com o que ainda precisa ser implementado.

Uma primeira conclusão compartilhada pelos autores é a de que o nível de recursos financeiros tem se tornado cada vez maior e mais importante para uma campanha eleitoral bem-sucedida. Outra constatação é a de que as pessoas jurídicas eram, antes do julgamento da ADI nº 4.650, as que mais aportavam recursos financeiros para candidatos e partidos políticos, sendo estes os maiores destinatários (as chamadas doações indiretas). Um terceiro dado ressalta que poucos doadores, geralmente grandes empresas, concentravam as quantias mais elevadas doadas e havia pouca participação do cidadão comum no financiamento, o que pode ser considerado como exclusão fática. Por fim, uma última posição destaca que há uma preocupação específica com os candidatos à reeleição, pois apresentariam um ponto de partida mais favorável na disputa (Efeito Jacobson).

Bruno Fernando da Silva¹⁵⁰, por outro lado, adota uma perspectiva não tão otimista em relação às consequências da decisão do STF na ADI nº 4.650 e merece menção por dissentir de um possível senso comum. Para ele, não se pode perder de vista as doações realizadas por pessoas físicas e mediante recursos próprios do candidato, as quais também causam distorções nas condições de disputa das campanhas e ajudam a explicar a vitória dos candidatos (sucesso eleitoral). Assim, em virtude de o autofinanciamento e as doações por pessoas físicas serem regidos por normas flexíveis, isso implicaria na manutenção da desigualdade de recursos nas campanhas políticas.

Não há, pois, dúvida de que o direito relativo ao financiamento de campanhas políticas está estritamente conectado com o processo político democrático. A finalidade de combinar recursos para custear um candidato ou uma visão política é justamente possibilitar um aumento de visibilidade e de difusão das ideias, com vistas a apresentar, conseqüentemente, maior chance de êxito político e de convencimento. Está, pois, direcionado à escolha daqueles que ocuparão os cargos eletivos e que representarão o povo. Esse ramo específico do ordenamento jurídico está, ademais, particularmente preocupado com o debate político.

¹⁵⁰ DA SILVA, Bruno Fernando. **O que (não) mudará com a proibição do financiamento empresarial às campanhas eleitorais no Brasil**. In: newsletter, observatório de elites políticas e sociais do Brasil, vol. 3, nº 12. Curitiba, 2016.

Pode-se dizer, nesse sentido, que as considerações empíricas anteriores receberam retorno no exame dos principais tópicos deste trabalho de conclusão. Conforme foi extensamente retratado, não há como conceber uma mesma legislação para todos os tipos de discurso e de orador; nem se pode modelar uma estrutura legal que ignore as condições materiais de exercício das liberdades políticas, as chamadas condições de fundo.

Com a finalidade de empreender alterações legais que impulsionem para uma maior racionalidade do debate público, um sistema de financiamento de campanhas apropriado deve evitar uma relação direta entre participação política e posição socioeconômica do cidadão. Precisa, outrossim, estar desenhado de maneira analítica, de modo a tratar contextos diferenciados com normas diferenciadas e, portanto, idôneas ao campo de aplicação, a exemplo do tratamento jurídico dispensado à mídia, às pessoas jurídicas e aos estrangeiros. O financiamento misto, sem a participação das pessoas jurídicas e com teto fixo para as contribuições individuais, parece ser aquele que mais adequadamente equilibra e concilia os interesses em conflito, pois intenta não permitir que uma força partidária se torne hegemônica no poder político, bem como deseja afastar da política pretensões econômicas particulares. Evidentemente que esse financiamento misto deve ser especificado, uma vez que admite diversas orientações possíveis. Não obstante, as normas jurídicas elaboradas não podem jamais contrariar o fundamento desse financiamento, qual seja, a preservação da Justiça (perspectiva material de igualdade) e do debate público racional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e União. Relator: Ministro Luiz Fux. 23 set. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4136819>. Acesso em: 5 mar. 2016.

CERVI, Emerson Urizzi. **Doadores, partidos e estratégias para o financiamento de campanhas eleitorais no Brasil**: uma análise sobre o reduzido número de doadores e os elevados valores doados para os candidatos a presidente em 2014. In: *Política & Sociedade*, vol. 15, nº 32. Florianópolis, Jan./Abr. de 2016

COHEN, Joshua. **Deliberation and democratic legitimacy**. In: *Debates in contemporary political philosophy: an anthology*. Londres: Routledge, 2003.

DAHL, Robert Alan. **On Political Equality**. Yale: Yale University Press, 2006.

DA SILVA, Bruno Fernando. **O que (não) mudará com a proibição do financiamento empresarial às campanhas eleitorais no Brasil**. In: newsletter, observatório de elites políticas e sociais do brasil, vol. 3, nº 12. Curitiba, 2016.

ELSTER, Jon. **The Market and the Forum**: Three varieties of political theory, in *Foundations of Social Choice Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos *Citizens United v. FEC*, 558 U. S. 310 (2010). Opinião da Corte: Justice Kennedy. 21 jan. 2010.

HEILER, Jeison Giovani; VIANA, João Paulo S. L.; DOS SANTOS, Rodrigo Dolandeli. **Empresariado e partidos no processo eleitoral brasileiro**. In: *Debate*, vol.7, nº 3. Belo Horizonte, Jul. de 2015. p. 75-86.

KUHNER, Timothy K. **Capitalism v. Democracy**: Money in Politics and the Free Market Constitution. Stanford: Stanford Law Books, 2014.

MANCUSO, Wagner Pralon. **Investimento eleitoral no Brasil**: balanço da literatura (2001-2012) e agenda de pesquisa. In: *Rev. Sociol. Polit*, vol. 23, nº 54. Curitiba, Jun. 2015. p. 155-183.

POST, Robert C. **Citizens Divided**: Campaign Finance Reform and the Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

RAWLS, John. **Political Liberalism**: Expanded Edition. 2ª Ed. New York: Columbia University Press, 2005.

ROWBOTTOM, Jacob. **Democracy Distorted**: Democracy Distorted: Wealth, Influence and Democratic Politics. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Game over**: duas décadas de financiamento de campanhas com doações de empresas no Brasil. In: Revista de Estudios Brasileños, vol. 3, nº 4, Primeiro Semestre. Salamanca: Universia Publicaciones, 2016.

TSE. Tribunal Superior Eleitoral. 2016. **Repositório de dados eleitorais**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/repositorio-de-dados-eleitorais>. Acesso em: 03 dez. 2016.

WALZER, Michael. **Spheres of Justice**: A defense of pluralism and equality. New York: Basic Books, 1983.