



ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 9 · Número 1
Janeiro/Abril 2014



ESTUDOS ELEITORAIS



Volume 9, Número 1
Janeiro/Abril 2014

© 2014 Tribunal Superior Eleitoral

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a autorização expressa dos autores.

Secretaria de Gestão da Informação
SAFS, Quadra 7, Lotes 1/2
70070-600 – Brasília/DF
Telefone: (61) 3030-9225

Secretária-geral da Presidência
Claudia Dantas Ferreira da Silva

Diretor-geral
Athayde Fontoura Filho

Diretora da EJE
Ministra Rosa Weber

Secretária de Gestão da Informação
Bianca do Prado Pagotto

Editoração e revisão editorial
Coordenadoria de Editoração e Publicações (Cedip/SGI)

Editoração
Seção de Editoração e Programação Visual (Seprov/Cedip/SGI)

Capa e projeto gráfico:
Virgínia Soares

Revisão editorial
Seção de Preparação e Revisão de Originais (Seprev/Cedip/SGI)

Normalização técnica
Anna Cristina de Araújo Rodrigues

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal Superior Eleitoral.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Tribunal Superior Eleitoral – Biblioteca Alysson Darowish Mitraud)

Estudos eleitorais / Tribunal Superior Eleitoral. - Vol. 1, n. 1
(1997) - . - Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, 1997- .
v. ; 24 cm.
Quadrimestral.
Suspensa de maio de 1998 a dez. 2005, e de set. 2006 a
dez. 2007.

ISSN 1414-5146

I. Tribunal Superior Eleitoral.

CDD 341.2805

Tribunal Superior Eleitoral

Presidente

Ministro Marco Aurélio

Vice-Presidente

Ministro Dias Toffoli

Ministros

Ministro Gilmar Mendes

Ministra Laurita Vaz

Ministro João Otávio de Noronha

Ministro Henrique Neves

Ministra Luciana Lóssio

Procurador-Geral Eleitoral

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Coordenação da Revista Estudos Eleitorais

Ministra Rosa Weber

Conselho Científico

Ministro Ricardo Lewandowski

Ministra Nancy Andrighi

Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior

Ministro Hamilton Carvalhido

Ministro Marcelo Ribeiro

Álvaro Ricardo de Souza Cruz

André Ramos Tavares

Antonio Carlos Marcato

Clèmerson Merlin Clève

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

José Jairo Gomes

Luís Virgílio Afonso da Silva

Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos

Marco Antônio Marques da Silva

Paulo Bonavides

Paulo Gustavo Gonet Branco

Paulo Hamilton Siqueira Junior

Walber de Moura Agra

Walter de Almeida Guilherme

Composição da EJE

Diretora

Ministra Rosa Weber

Assessora-chefe

Damiana Torres

Servidores

Ana Karina de Souza Castro

Quéren Marques de Freitas da Silva

Renata Livia Arruda de Bessa Dias

Rodrigo Moreira da Silva

Roselha Gondim dos Santos Pardo

Colaboradores

Anna Cristina de Araújo Rodrigues

Keylla Cristina de Oliveira Ferreira

Raphael Vasco dos Santos Lima

Sumário

Apresentação.....	7
Voto eletrônico: tecnologia a serviço da cidadania ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO	9
O julgamento em controle concentrado da LC 135/2010 e seus reflexos na jurisprudência formada nas Eleições 2012 BRUNNA HELOUISE MARIN.....	29
A constitucionalidade das doações de pessoas jurídicas a partidos políticos e campanhas eleitorais DENILSON SCHMITT DOS SANTOS e MARINA BURKO	72
Cláusula de desempenho e fortalecimento dos sistemas representativo e partidário no Brasil MARISA AMARO DOS REIS	90

Estado fiscal, dever fundamental de pagar tributos e imunidade tributária dos partidos políticos: reavaliando a *mens legis* constitucional
VOLGANE OLIVEIRA CARVALHO105

Da limitação temporal para incidência das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade no registro de candidatura
WALBER DE MOURA AGRA e
RODRIGO DA SILVA ALBUQUERQUE127

APRESENTAÇÃO

A Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (EJE/TSE) apresenta ao leitor o primeiro número da revista *Estudos Eleitorais* de 2014, composto de seis artigos.

No primeiro artigo, *Voto eletrônico: tecnologia a serviço da cidadania*, o autor Arthur Narciso de Oliveira Neto destaca que o Estado democrático de direito pressupõe a participação do povo na escolha de seus representantes e governantes; e reafirma a importância de o processo eleitoral ser confiável, sob pena de o pleito não refletir a vontade popular. Para o autor, no Brasil, hoje, contamos com o voto eletrônico que, entre outras coisas, garante a rapidez na divulgação do resultado das eleições de modo que o eleitorado tenha conhecimento quase que imediato da futura composição do governo e do Parlamento. O autor descreve o cenário que precedeu a implantação do voto eletrônico e os caminhos trilhados para a sua adoção e o seu aperfeiçoamento.

Em *O julgamento em controle concentrado da LC 135/2010 e seus reflexos na jurisprudência formada nas Eleições 2012*, Brunna Helouise Marin frisa a supremacia da Constituição Federal e a importância de as leis infraconstitucionais se conformarem com ela. No Brasil, o controle abstrato é feito pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento das ações genéricas de (in)constitucionalidade, que têm por objeto a própria lei. Nesse sentido, a autora discute a LC nº 135/2010, que instituiu novas hipóteses de inelegibilidade, o que gerou dúvidas quanto à sua aplicação e constitucionalidade.

Denilson Schmitt dos Santos e Marina Burko, autores do terceiro artigo, *A constitucionalidade das doações de pessoas jurídicas a partidos políticos e campanhas eleitorais*, discutem a constitucionalidade das doações de pessoas jurídicas aos partidos e às campanhas eleitorais

com base na ADI nº 4.650, impetrada pelo Conselho Federal da OAB. Os autores têm por objetivo demonstrar os limites argumentativos factuais e de direito frente ao balanceamento das fontes de financiamento, concluindo que o STF não é o *locus* apropriado para tal discussão, mas sim o Parlamento.

No quarto artigo, *Cláusula de desempenho e fortalecimento dos sistemas representativo e partidário no Brasil*, Marisa Amaro dos Reis trata da possibilidade de introdução de uma cláusula de desempenho no sistema jurídico brasileiro que estabeleça um número mínimo de votos que um partido político deve atingir para conseguir uma vaga no Legislativo. Para a autora, a adoção da cláusula é juridicamente possível e é um meio eficaz de inibir a alta dispersão partidária e a proliferação das denominadas legendas de aluguel.

No quinto artigo, *Estado Fiscal, dever fundamental de pagar tributos e imunidade tributária dos partidos políticos: reavaliando a mens legis constitucional*, Volgane Oliveira Carvalho defende que os tributos são a fonte principal de financiamento estatal, motivo por que seu pagamento deve ser visto como dever legal de todos. Nesse sentido, o autor propõe a reavaliação das imunidades constitucionais, especialmente no que diz respeito aos partidos políticos.

No último artigo, *Da limitação temporal para incidência das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade no registro de candidatura*, Walber de Moura Agra e Rodrigo da Silva Albuquerque analisam o aspecto temporal da incidência das causas supervenientes que alterem o *status* das condições de elegibilidade ou das causas de inelegibilidade dos candidatos que disputam eleições *sub judice*. Os autores destacam a necessidade de se estabelecer um marco temporal como forma de garantir maior legitimação do processo eleitoral e maior segurança jurídica na relação eleitor e candidato, fortalecendo a licitude das eleições e o regime democrático.

A Escola Judiciária Eleitoral, com mais um número da revista *Estudos Eleitorais*, reafirma seu empenho na valorização dos estudos eleitorais, sobretudo no que tange à abordagem histórica, teórica e prática de temas como cidadania e democracia; e incentiva novas colaborações nessa relevante área do saber humano.

VOTO ELETRÔNICO: TECNOLOGIA A SERVIÇO DA CIDADANIA¹

ELECTRONIC VOTING – TECHNOLOGY FOR CITIZENSHIP

ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO²

Se o Brasil é o país do futuro, o futuro chegou.

BARACK OBAMA

Resumo

O Estado democrático de direito pressupõe a participação do povo na escolha de seus representantes e governantes. Todavia, para que o resultado do pleito reflita a vontade popular, é necessário que o processo eleitoral seja seguro e confiável. A rapidez na divulgação do resultado também se mostra importante para que o eleitorado tenha conhecimento, o quanto antes, da futura composição do governo e do Parlamento. O voto eletrônico adotado no Brasil atende a tais necessidades? Este é o problema que o presente artigo se propõe a examinar. Pretendemos, no trabalho, descrever o cenário que precedeu a implantação

¹ Artigo recebido em 1º de outubro de 2013 e aceito para publicação em 4 de novembro de 2013.

² Juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Gama Filho.

do voto eletrônico e os caminhos trilhados para a sua adoção e o seu aperfeiçoamento.

Palavras-chave: Democracia. Voto. Eleição. Urna. Segurança. Fraudes.

Abstract

Democracy presupposes people's participation in choosing their representatives and rulers. However, the electoral process must be safe and reliable, reflecting the will of the people. The rapid dissemination of results is also important, so that the electorate is aware, the sooner, the future composition of the Government and Parliament. The electronic voting adopted in Brazil reaches these goals? This is the problem that this study wants to analyze. We intend, in this paper, describe the scenario that preceded the implementation of electronic voting, and the paths that were trodden for its adoption and improvement.

Keywords: Democracy. Vote. Election. Urn. Security. Fraud.

1. Introdução

O Estado democrático de direito pressupõe a participação do povo na escolha de seus representantes e governantes. Tal participação se dá pela realização de eleições periódicas, com a observância do sufrágio universal, bem como do voto direto e secreto³.

Para que o pleito reflita a vontade popular, é necessário que o processo eleitoral seja seguro e confiável. A rapidez na divulgação do resultado também se mostra importante para que o eleitorado tenha conhecimento, o quanto antes, da futura composição do governo e do Parlamento.

O voto eletrônico adotado no Brasil atende a tais necessidades? Este é o problema que o presente artigo se propõe a examinar. Pretendemos

³ A Constituição Federal do Brasil estabelece que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (art. 14, *caput*).

descrever o cenário que precedeu a implantação do voto eletrônico e os caminhos trilhados para sua adoção e seu aperfeiçoamento.

Com efeito, o processo de votação manual adotado em nosso país era motivo de grande insatisfação popular por conta das deficiências que o caracterizavam. A implantação do voto eletrônico no Brasil constituiu marco na evolução do processo eleitoral, indo ao encontro de anseio da sociedade.

O voto eletrônico tornou o Brasil pioneiro, em nível mundial, em termos de processo de votação. Não há país no mundo que realize eleições informatizadas na escala do Brasil, onde quase 140 milhões de eleitores estão aptos a votar⁴.

Diversos países, com a consultoria da Justiça Eleitoral brasileira, já empregaram nossas urnas eletrônicas, a saber: Argentina, Costa Rica, Equador, Guiné-Bissau, Haiti, México, Paraguai e República Dominicana⁵. Muitos outros já enviaram representantes para conhecer nossa tecnologia.

O sistema adotado pelo Brasil constitui evidência do estágio de desenvolvimento alcançado pelo país, consubstanciando tecnologia nacional que permite o exercício pleno da cidadania.

2. Deficiências do sistema de votação anterior

O sistema de votação manual adotado no Brasil não gozava da confiança plena do eleitorado. Tal efeito era bastante deletério, na medida em que a legitimidade dos governantes e representantes, em um Estado democrático de direito, deriva fundamentalmente do respeito ao regimento estabelecido para a respectiva escolha. Como tal legitimidade era contaminada pela desconfiança do eleitor quanto à regularidade do pleito, a força política dos escolhidos acabava por ser afetada.

⁴ Fonte: Secretaria de Tecnologia da Informação do Tribunal Superior Eleitoral.

⁵ Fonte: Secretaria de Tecnologia da Informação do Tribunal Superior Eleitoral.

Ademais, a disputa eleitoral apresenta vencidos e vencedores. Era comum o direcionamento do inconformismo dos derrotados para o questionamento da credibilidade do processo eleitoral; eram frequentes também as situações nas quais os vencidos atribuíam às fraudes o motivo de sua derrota nas eleições.

2.1. Exemplos de fraudes

O processo manual era vulnerável, não evitando a prática de atos que tinham por objetivo fraudar a manifestação de vontade do eleitor. Dentre esses, podemos citar o chamado “voto carreirinha”. Nesse tipo de fraude, um eleitor, valendo-se da desatenção ou mesmo da conivência dos componentes da mesa, deixava de depositar a cédula na urna, colocando, em seu lugar, algum pedaço de papel assemelhado. Então, a cédula oficial não depositada era entregue para outro eleitor, já preenchida, que a colocava na urna e deixava a seção eleitoral portando a cédula em branco recebida do mesário. A situação se perpetuava ao longo do dia da eleição, permitindo toda sorte de manipulação da vontade dos eleitores daquela seção, por intermédio de abuso de poder econômico ou mesmo de coação. Os agentes da fraude se postavam nas proximidades das seções eleitorais e orientavam os eleitores a votar de acordo com os interesses dos manipuladores.

Outra fraude muito comum era o chamado “mapismo”, que ocorria durante a apuração. Nessa fase do processo eleitoral, após a apuração dos votos de determinada urna, o mapa resultante era alterado para beneficiar algum candidato. O fraudador se valia da colaboração de algum escrutinador e da desmobilização da fiscalização para alterar o mapa com o resultado da votação daquela urna. A fraude era favorecida pela quantidade de pessoas que se aglomeravam nos locais de apuração, dificultando sobremaneira a fiscalização das atividades pelos representantes dos partidos políticos, bem como pelos integrantes da Justiça Eleitoral.

2.2. Prejuízos para o país

A possibilidade de fraude não era o único inconveniente do sistema de votação manual. A necessidade de convocação de grande número de eleitores para atuar como escrutinadores também trazia grande malefício. Os escrutinadores passavam cerca de duas semanas afastados de seus locais de trabalho no desenrolar do processo de apuração de votos, e, depois, ainda faziam jus a período de afastamento do trabalho por tempo equivalente. O país, seja no serviço público, seja na iniciativa privada, deixava de contar com tal força de trabalho, prejudicando, sobremaneira, a produção de bens e serviços.

2.3. Eleições marcadas por fraudes

As deficiências do sistema manual de votação, em algumas eleições, se evidenciaram de tal forma que os pleitos acabaram estigmatizados. As eleições gerais realizadas em 1994, em razão de sua repercussão negativa junto à opinião pública, constituem um exemplo marcante.

Especialmente no Estado do Rio de Janeiro, a avaliação das eleições foi marcada pela desconfiança do eleitorado. O Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (TRE/RJ)⁶, a requerimento do Ministério Público Eleitoral, chegou ao ponto de anular as eleições proporcionais, aproveitando a realização de segundo turno das eleições majoritárias para renová-las. Foram detectadas pela Justiça Eleitoral, na ocasião, fraudes em escala significativa, praticadas tanto durante o processo de votação quanto de apuração.

As circunstâncias, portanto, favoreciam a implementação de mudança apropriada para expurgar do sistema de votação as deficiências capazes de ensejar a ocorrência de fraudes.

⁶ Por unanimidade de votos, em sessão realizada no dia 19 de outubro de 1994.

3. A implantação do voto eletrônico

A Justiça Eleitoral se mobilizou, então, para modificar o processo de votação e apuração adotado em nosso país. Nessa época, assumiu a Presidência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) o Ministro Carlos Velloso, que, desde o discurso de posse, em 6 de dezembro de 1994, estabeleceu como meta de sua gestão a informatização do voto: “Estamos convencidos de que essas fraudes serão banidas do processo eleitoral brasileiro no momento em que eliminarmos as cédulas, as urnas e os mapas de urna, informatizando o voto”⁷.

A Presidência do TSE, de fato, não mediu esforços para que a meta fosse atingida, iniciando os procedimentos necessários para a adoção do voto eletrônico no Brasil. A iniciativa foi facilitada por medida adotada cerca de dez anos antes, qual seja o recadastramento do eleitorado brasileiro. Com efeito, em 1986, cerca de 70 milhões de eleitores foram recadastrados em nosso país, criando-se um número único nacional, e substituindo-se os respectivos títulos. O recadastramento representou um grande desafio, uma vez que todos os eleitores tiveram que se dirigir às respectivas zonas eleitorais para prestar as informações necessárias ao procedimento. Não fosse esse prévio recadastramento, a informatização do voto no Brasil dificilmente seria implementada já nas eleições que se realizaram em 1996.

3.1. As diretrizes do novo sistema

Para introduzir a informatização do sistema eleitoral, era necessário que diretrizes fossem estabelecidas pela Presidência do TSE de maneira a nortear sua implantação⁸. Assim, a Presidência definiu que a informatização iria além da apuração, englobando também o processo de votação, o que constituiria uma marca de todo o sistema.

⁷ CAMARÃO, Paulo César. *O voto informatizado: legitimidade democrática*. São Paulo, SP: Empresa das Artes Projetos e Edições Artísticas, 1997. p. 63.

⁸ CAMARÃO. Op. cit., p. 69.

A iniciativa deveria proporcionar a apuração e a totalização dos votos em tempo reduzido, permitindo que o eleitorado soubesse com certeza o resultado do pleito. O sistema a ser implantado deveria ser seguro a ponto de evitar as fraudes que contaminavam o até então adotado, atendendo ao anseio da sociedade por um processo eleitoral confiável.

Outros parâmetros também foram fixados para o sistema a fim de orientar a sua implantação. Deveria ser observada a padronização de equipamentos e procedimentos, o que facilitaria o treinamento dos recursos humanos, e a implantação de mecanismos de controle. Os procedimentos deveriam ser amigáveis para possibilitar a utilização do sistema por eleitores não familiarizados com equipamentos de informática ou aqueles com pouca instrução. O custo de implantação não deveria ser muito elevado, tendo em vista a escala do empreendimento e a necessidade de evitar impacto desnecessário nos cofres públicos.

3.2. A operacionalização da mudança

A Presidência do TSE formou uma comissão recrutando integrantes, por exemplo, no Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe), bem como no Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA), para estabelecer as especificações dos equipamentos que integrariam o sistema, especialmente da urna eletrônica. A comissão estabeleceu os requisitos que deveriam ser atendidos para a implantação do sistema, tanto no tocante aos equipamentos quanto em relação aos procedimentos. A missão era bastante difícil, mormente em se considerando o pioneirismo da empreitada.

Por intermédio da Concorrência Pública nº 2/1995, de âmbito internacional, foi escolhida a empresa Unysis para produzir as urnas eletrônicas. Não houve qualquer questionamento capaz de entrar o processo licitatório, o que proporcionou a produção e a entrega dos equipamentos dentro do cronograma previsto.

Naquele certame, restaram derrotadas as empresas IBM e Procomp. A IBM, de renome mundial, pretendia que a urna eletrônica se baseasse

no formato de um computador portátil, atualmente conhecido como *notebook*. A Procomp, líder do mercado de automação bancária no Brasil, apresentou projeto que se baseava nos quiosques de atendimento das instituições financeiras. Ambas foram derrotadas pela Unysis, que apresentou modelo de uma urna eletrônica compacta e funcional, que, em linhas gerais, vem sendo utilizado até os dias de hoje.

3.3. A experiência de 1996

Optou-se, para as eleições de 1996, pela utilização da urna eletrônica nas capitais dos estados, bem como em 30 municípios com mais de 200 mil eleitores. A urna eletrônica foi utilizada em 74.168 seções eleitorais, onde compareceram para votar aproximadamente 35% do eleitorado brasileiro.

Foi também realizada no município de Brusque, em Santa Catarina, em uma homenagem ao pioneirismo do referido estado na iniciativa de implantar o voto eletrônico no Brasil. Com efeito, em Santa Catarina, já nas eleições de 1994, pouco mais de dois mil eleitores votaram oficialmente em um microcomputador adaptado para a recepção de votos, com programa desenvolvido pelo respectivo Tribunal Regional Eleitoral, em conjunto com a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Tal experiência havia sido antecedida por outra, realizada no segundo turno das eleições de 1989, em algumas seções eleitorais do município de Brusque, que, embora não tendo validade jurídica, serviu para divulgar o processo eleitoral eletrônico, bem como sua viabilidade⁹.

Em que pese o vulto e o pioneirismo da iniciativa, a experiência foi muito bem-sucedida. Para ilustrar tal conclusão, basta informar que, em quase todos os 31 municípios nos quais se realizou segundo turno, a totalização dos votos se encerrou no mesmo dia do pleito. E mesmo nos municípios nos quais a votação e a apuração ocorreram pelo sistema manual, a totalização dos votos foi informatizada, contribuindo para a presteza na divulgação do resultado, bem como para consolidar a importância da informatização das diversas etapas do processo eleitoral.

⁹ SILVA, Mônica da. *Voto eletrônico*. Florianópolis, SC: Insular, 2002. p. 30.

4. As inovações posteriores do sistema

Alguns obstáculos foram detectados quando da implantação do voto eletrônico, despertando a necessidade de aperfeiçoamento do sistema, que vem, desde então, sendo objeto de contínuas inovações.

4.1. A possibilidade de substituição da urna eletrônica defeituosa

Assim, já nas eleições gerais de 1998, o sistema passou a contemplar uma inovação significativa: a possibilidade de substituição da urna defeituosa.

Nas eleições de 1996, caso a urna eletrônica apresentasse defeito, passava a ser adotado o sistema de votação manual na respectiva mesa receptora de votos. Tal procedimento caracterizava retrocesso incompatível com o propósito de se imprimir celeridade ao processo de votação.

Nas eleições de 1998, as urnas eletrônicas passaram a conter um dispositivo de armazenamento de dados chamado *flashcard*, que registrava os votos digitados na urna defeituosa, possibilitando a transferência dos votos para a urna substituta sem que o sistema de votação eletrônica sofresse solução de continuidade.

Tal aperfeiçoamento foi muito importante, permitindo que a votação manual viesse a ser utilizada tão somente nos casos residuais em que a urna eletrônica apresentava algum tipo de defeito obstaculizador de sua substituição.

Nas eleições de 1998, além dos municípios que já contaram com votação eletrônica em 1996, também foram contemplados com o novo sistema de votação os estados de Alagoas, do Amapá, do Rio de Janeiro, de Roraima e o Distrito Federal¹⁰.

¹⁰ SILVA. Op. cit., p. 14.

4.2. O sistema do voto cantado

Outra inovação foi implantada nas eleições de 2000, qual seja o sistema de voto cantado. Por esse sistema, passou a ser possível que, mesmo nas seções eleitorais nas quais a votação tivesse sido transformada em manual, a urna eletrônica pudesse ser utilizada para auxiliar a apuração. Com isso, o boletim de resultado passava a ser impresso pela urna eletrônica utilizada na apuração, na qual eram digitados os votos registrados nas cédulas. Os votos registrados nas cédulas passaram a ser lidos em voz alta pelos escrutinadores, daí o nome de “voto cantado”, sendo digitados, por um dos integrantes da mesa apuradora, em urna eletrônica.

A adoção do sistema poupou a mesa apuradora do trabalho de confecção manual do boletim de urna, atividade que retardava demasiadamente a apuração. O sistema de apuração, valendo-se da urna eletrônica, respeita todas as formalidades previstas para a atividade, especialmente a possibilidade de ampla fiscalização pelos representantes dos partidos políticos¹¹.

As eleições de 2000 foram as primeiras nas quais a urna eletrônica foi utilizada em todos os municípios brasileiros. Também nesse pleito, a urna eletrônica passou a ser empregada para possibilitar aos eleitores que estivessem fora de seu domicílio eleitoral a justificativa do não cumprimento do dever de votar.

4.3. A impressão do voto

Em 1996, a urna eletrônica imprimia os votos digitados pelos eleitores, que eram depositados em recipiente plástico acoplado ao equipamento. O voto impresso não chegava a ser visualizado pelo eleitor. O objetivo foi permitir que os votos impressos pudessem ser recontados para comparar o resultado com aquele estampado no boletim emitido pela urna.

¹¹ O procedimento, nas eleições de 2012, foi disciplinado pela Res.-TSE nº 23.372, de 14 de dezembro de 2011, em seus arts. 110 e seguintes.

Nas eleições de 1998, as urnas eletrônicas deixaram de contar com tal recurso. A mudança foi decorrente do fato de não ter havido qualquer requerimento de recontagem de votos nas eleições de 1996.

Em 2002, contudo, em determinados municípios, as urnas eletrônicas passaram a contar com um módulo impressor externo por intermédio do qual o eleitor poderia visualizar o voto impresso antes de sua confirmação. No Estado do Rio de Janeiro, o sistema foi adotado nas seções eleitorais de municípios da Região dos Lagos. A mudança foi decorrente da edição da Lei nº 10.408, de 10 de janeiro de 2002, estabelecendo que a urna eletrônica disporia de mecanismo que permitiria a impressão do voto, sua conferência visual e o depósito automático, sem contato manual, em local previamente lacrado, após conferência pelo eleitor.

O sistema de voto impresso não mais foi utilizado nas eleições subsequentes em decorrência de avaliação negativa da experiência de 2002. O diploma legal que determinava a impressão do voto acabou sendo revogado pela Lei nº 10.740, de 1º de outubro de 2003.

Constatou-se desinteresse do eleitor pela conferência do voto impresso que lhe era apresentado por um visor acoplado ao equipamento, já que a urna eletrônica continuou a exibir, na tela de cristal líquido, as informações relativas ao voto de forma muito mais atraente. Ademais, o equipamento acoplado às urnas constituiu foco de defeitos, trazendo prejuízo ao bom funcionamento das mesas receptoras nas quais estavam instalados em razão da necessidade de interrupção dos trabalhos para se fazer a substituição da urna defeituosa.

Recentemente, contudo, fruto da pressão de alguns setores da sociedade, foi editada a Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009, impondo a adaptação das urnas eletrônicas para possibilitar, a partir das eleições de 2014, a impressão do voto digitado na urna eletrônica. Referido diploma legal, nesse particular, todavia, teve sua aplicabilidade suspensa por força de medida cautelar concedida pelo Supremo Tribunal Federal, na sua composição plena, em 19 de outubro de 2011¹².

¹² Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543/DF – Supremo Tribunal Federal.

4.4. A votação paralela

No período de preparação das urnas eletrônicas, conhecido por “inseminação”, o sistema prevê a possibilidade de realização de auditoria¹³. Os partidos políticos podem selecionar urnas que são, então, testadas como se estivessem funcionando no dia da eleição. Os representantes dos partidos digitam votos e depois conferem se o resultado estampado no boletim impresso pela urna coincide com os votos digitados. Todos esses procedimentos devem ser registrados em ata para que reste formalizada a realização do controle.

A partir das eleições de 2002, além dessa auditoria durante a carga das urnas eletrônicas, foi implantada a chamada “votação paralela”. Trata-se de mais um mecanismo de auditoria, por amostragem, apto a conferir segurança ao sistema de voto informatizado.

Na véspera do pleito, são sorteadas algumas urnas eletrônicas em quantidade variável por estado, proporcionalmente ao tamanho do eleitorado, em solenidade pública que conta com a presença de representantes dos partidos políticos. Tais urnas são transportadas para a sede do Tribunal Regional Eleitoral e, no dia da eleição, nelas são digitados os votos de cédulas preenchidas previamente por representantes dos partidos. Os trabalhos são realizados durante o horário previsto para a votação oficial e são filmados. No horário de encerramento da votação, são impressos pelas urnas eletrônicas os boletins, e os respectivos resultados são confrontados com os votos digitados a partir das cédulas.

Tal procedimento vem sendo efetuado desde o ano 2002, em todos os estados brasileiros, sempre se constatando coincidência entre os votos das cédulas e aqueles estampados nos boletins impressos nas urnas de votação paralela.

¹³ O procedimento, nas eleições de 2012, foi previsto na Res.-TSE nº 23.372, de 14 de dezembro de 2011, em seu art. 38.

4.5. A verificação da integridade dos programas

A impressão do voto pela urna eletrônica, como já dito, deixou de ser adotada desde 2002. No entanto, como compensação pela retirada de mais essa ferramenta de segurança do sistema de votação informatizada, foram implantadas, nas eleições de 2004, inovações destinadas a reforçar a confiabilidade do voto eletrônico. Dentre elas, destaca-se a possibilidade de conferência da integridade dos programas por intermédio da verificação de assinaturas eletrônicas¹⁴. O sistema passou a admitir, em diversas fases, a verificação de tais assinaturas a fim de viabilizar o controle da inexistência de qualquer alteração nos programas.

Preliminarmente, os programas são colocados à disposição dos partidos políticos, meses antes da eleição, para exame¹⁵. O evento é solene, público, precedido de prévia notificação aos interessados e regulamentado¹⁶. Os partidos indicam técnicos que podem examinar detidamente os principais programas que serão utilizados pela Justiça Eleitoral nas eleições. Tais técnicos especializados testam os programas para verificar a existência de qualquer vulnerabilidade. Em caso de constatação de alguma deficiência, a Justiça Eleitoral providencia a correção necessária. Aprovados pelos partidos políticos, os programas são lacrados digitalmente por intermédio da inserção de assinaturas eletrônicas. As referidas assinaturas são inseridas por representantes da Justiça Eleitoral, do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e dos partidos políticos. A lacração digital permite a verificação posterior da integridade dos programas em diversas etapas do sistema a fim de se evitar qualquer tipo de tentativa de adulteração.

Na etapa da geração de mídias, que é aquela na qual são gerados os dispositivos necessários à carga das urnas eletrônicas, essa verificação

¹⁴ O procedimento, nas eleições de 2012, foi disciplinado pela Res.-TSE nº 23.365, de 17 de novembro de 2011.

¹⁵ Aos fiscais dos partidos políticos, à Ordem dos Advogados do Brasil e ao Ministério Público é garantido acesso antecipado aos programas de computador desenvolvidos pelo Tribunal Superior Eleitoral ou sob sua encomenda, a serem utilizados nas eleições, para fins de fiscalização e auditoria, em ambiente específico e controlado pelo Tribunal Superior Eleitoral (Res.-TSE nº 23.365, de 17 de novembro de 2011, art. 1º).

¹⁶ Nas eleições de 2012, Res.-TSE nº 23.365, de 17 de novembro de 2011.

pode ser efetuada no equipamento da Justiça Eleitoral encarregado da geração¹⁷. A verificação pode ser efetuada por programa de conferência de assinatura digital ou mesmo pelo resumo digital dos arquivos (*hash*) previamente divulgado pela Justiça Eleitoral.

O exame da integridade dos programas também pode ser realizado quando da inseminação das urnas eletrônicas¹⁸. A conferência da assinatura digital permite verificar se os programas introduzidos nas urnas são aqueles produzidos pela Justiça Eleitoral e já testados pelos partidos políticos. Tal conferência, após a inseminação, é realizada por amostragem, cabendo aos partidos políticos a escolha das urnas que serão objeto do exame.

Também como contrapartida pela eliminação do voto impresso, os programas instalados nas urnas eletrônicas passaram a registrar o voto em arquivo digital, permitindo sua verificação pós-eleição¹⁹.

4.6. A identificação biométrica do eleitor

Em 2008, foi introduzida uma relevante inovação no sistema de voto eletrônico adotado em nosso país, qual seja a identificação biométrica dos eleitores quando de sua apresentação na mesa receptora²⁰. O controle da identidade do eleitor passou a obedecer a parâmetros biométricos, mais precisamente a impressão digital, afastando, desse modo, a possibilidade de um eleitor votar por outro.

¹⁷ O procedimento, nas eleições de 2012, foi previsto na Res.-TSE nº 23.372, de 14 de dezembro de 2011, em seu art. 34.

¹⁸ O procedimento, nas eleições de 2012, foi disciplinado pela Res.-TSE nº 23.372, de 14 de dezembro de 2011, que assim estabelece em seu art. 37: "Durante o período de carga e lacração descrito no art. 29 desta resolução, aos representantes do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil, dos partidos políticos e das coligações será garantida a conferência dos dados constantes das urnas, inclusive para verificar se os programas carregados nas urnas são idênticos aos que foram lacrados" (Lei nº 9.504/1997, art. 66, § 5º).

¹⁹ A urna eletrônica disporá de recursos que, mediante assinatura digital, permitam o registro digital de cada voto e a identificação da urna em que foi registrado, resguardado o anonimato do eleitor (Lei nº 9.504/1997, art. 59, § 4º).

²⁰ Nas eleições de 2012, a identificação biométrica foi regulamentada no art. 84 da Res.-TSE nº 23.372, de 14 de dezembro de 2011.

Embora ainda em caráter embrionário, convém destacar que já estão cadastrados aproximadamente 8 milhões de eleitores brasileiros, em cerca de 300 municípios²¹. A meta da Justiça Eleitoral é cadastrar biometricamente, até 2018, todo o eleitorado²². A cada pleito vem aumentando a quantidade de eleitores que são objeto de identificação biométrica em obediência a cronograma de implantação de tal inovação para a totalidade dos eleitores de nosso país.

4.7. O aperfeiçoamento tecnológico dos equipamentos

As inovações até aqui mencionadas se relacionam com os procedimentos adotados para a utilização do voto eletrônico no Brasil. No entanto, os equipamentos utilizados no sistema, especialmente as urnas eletrônicas, também foram sendo melhorados a cada eleição. Esse aperfeiçoamento obedeceu a alguns eixos principais, quais sejam: a capacidade de armazenamento de dados, a velocidade de processamento, a tecnologia de impressão e a autonomia.

Para ilustrar tal evolução tecnológica dos equipamentos, convém cotejar a urna eletrônica (UE) pioneira, qual seja a utilizada em 1996, com um modelo moderno.

Em relação à memória principal, a UE-1996 apresentava a capacidade de 2MB, ao passo que a UE-2010 conta com 512MB de capacidade de armazenamento. No tocante à velocidade de processamento, a UE-1996 apresentava um processador tipo 386SX, enquanto a UE-2010 utiliza o processador Intelatom Z5, clock de 1.1GHz. A impressora da UE-1996 era do tipo matricial, ao tempo em que a UE-2010 se vale de impressora térmica. Por fim, no que se refere à autonomia da bateria interna, a UE-1996 era capaz de funcionar por apenas 2 horas a partir da interrupção do fornecimento de energia elétrica, enquanto a UE-2010 está apta a funcionar durante 12 horas apenas com a energia armazenada em sua bateria.

²¹ Fonte: Secretaria de Tecnologia da Informação do Tribunal Superior Eleitoral.

²² Fonte: Secretaria de Tecnologia da Informação do Tribunal Superior Eleitoral.

Bem se percebe, portanto, que os equipamentos evoluíram consideravelmente sob o prisma tecnológico, permitindo maior estabilidade, além de rapidez na execução das tarefas.

5. Conclusão

O processo de votação no Brasil era motivo de grande insatisfação popular em razão das deficiências que o caracterizavam. Por isso, a implantação do voto eletrônico constituiu marco na evolução do processo de votação, indo ao encontro de pleito da sociedade.

O voto eletrônico tornou o Brasil pioneiro, em nível mundial, em termos de processo de votação informatizado em larga escala. O sistema adotado pelo Brasil constitui evidência do estágio de desenvolvimento alcançado pelo país, consubstanciando tecnologia nacional que permite o exercício pleno da cidadania.

É fundamental, para a consistência do sistema democrático, que os pleitos não sejam objeto de qualquer tipo de suspeita. Lamentavelmente, o sistema manual de eleição não proporcionava essa sensação de confiança ao cidadão. O processo manual era vulnerável, não evitando a prática de atos que tinham por objetivo fraudar a manifestação de vontade do eleitor. As deficiências do sistema manual de votação, em algumas eleições, se evidenciaram de tal forma, que os pleitos acabaram estigmatizados. As eleições gerais realizadas em 1994, em razão de sua repercussão negativa junto à opinião pública, são exemplos marcantes.

A Justiça Eleitoral se mobilizou, então, para modificar o processo de votação e apuração adotado em nosso país, estabelecendo as diretrizes que norteariam a mudança. Dentre elas, vale destacar a de que o sistema a ser implantado deveria ser seguro a ponto de evitar as fraudes que contaminavam o até então adotado, atendendo ao anseio da sociedade por um processo eleitoral confiável.

Em que pese o vulto e o pioneirismo da iniciativa, a experiência das eleições de 1996 foi muito bem-sucedida. A Justiça Eleitoral detectou,

contudo, desde a experiência inicial, a necessidade de aperfeiçoamento do sistema, que vem, desde então, sendo objeto de contínuas inovações.

A linha evolutiva se relaciona com os procedimentos adotados, visando conferir maior rapidez e segurança. Também os equipamentos utilizados no sistema, especialmente as urnas eletrônicas, foram sendo melhorados a cada eleição. Os equipamentos evoluíram consideravelmente sob o prisma tecnológico, permitindo maior resistência, além de rapidez, à execução das tarefas.

Além da rapidez, que é uma das marcas do sistema de voto eletrônico, este também é caracterizado pela segurança, em razão dos recursos que lhe garantem confiabilidade. Tais mecanismos podem ser divididos em duas vertentes: a possibilidade de verificação da integridade dos programas e as auditorias.

No que concerne à verificação de programas, estes são examinados detidamente pelos partidos políticos e lacrados digitalmente. Posteriormente, em várias fases do processo, como na geração de mídias e na inseminação, a integridade dos programas pode ser verificada.

As auditorias constituem teste que simulam o funcionamento das urnas eletrônicas como se estivessem sendo utilizadas no dia da eleição. O sistema prevê a realização de auditoria no período de inseminação das urnas eletrônicas, quando os equipamentos podem ser testados por amostragem. Ademais, no dia da eleição, urnas sorteadas na véspera são testadas em todo o país para que se confira o resultado dos boletins impressos pelos equipamentos com o da apuração manual de cédulas preenchidas por representantes dos partidos políticos.

Alentado estudo²³ sobre a segurança do voto eletrônico, desenvolvido pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), mostrou que: o sistema eletrônico de votação implantado no Brasil a partir de 1996 é robusto, seguro e confiável, atendendo a todos os requisitos do sistema eleitoral brasileiro. Por tais razões, o sistema goza da confiança do

²³ Análise do Sistema Informatizado de Eleições do Brasil realizado pela Unicamp no ano de 2002.

eleitorado brasileiro como demonstrado por pesquisa²⁴ realizada pelo Instituto Sensus, em 2010, na qual se constatou que 94,4% dos pesquisados aprovavam a urna eletrônica.

Os mecanismos de segurança integrantes do sistema e constantemente aperfeiçoados permitem concluir que ele é confiável, atendendo aos anseios do eleitorado brasileiro por um processo de votação e apuração tão rápido quanto seguro.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 set. 2012.

BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. Acesso em: 28 set. 2012.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. Acesso em: 28 set. 2012.

²⁴ Pesquisa realizada a partir de 2.000 entrevistas, estratificadas para 5 regiões e 24 estados, em novembro de 2010.

CAMARÃO, Paulo César. *O voto informatizado: legitimidade democrática*. São Paulo, SP: Empresa das Artes Projetos e Edições Artísticas, 1997.

CÂNDIDO, Joel. *Direito Eleitoral brasileiro*. Bauru, SP: Edipro, 2010.

NICOLAU, Jairo. *Eleições no Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Zahar, 2012.

PORTO, Walter Costa. *O voto no Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Topbooks, 2002.

SILVA, Mônica da. *Voto eletrônico*. Florianópolis, SC: Insular, 2002.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO DE JANEIRO. Corregedoria Regional Eleitoral. Portaria nº 25, de 14 de setembro de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sadJudDiarioDeJusticaConsulta/diario.do;jsessionid=B6C62827276251625D77F0C6C84A75E4>>. Acesso em: 28 set. 2012.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO DE JANEIRO. Resolução nº 794, de 19 de dezembro de 2011. Cria polos de cargas das urnas eletrônicas e designa os juízos responsáveis para as eleições de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.tre-rj.gov.br/eleicoes_2012/internet/jsp/visualizar_arquivo.jsp?idarquivo=53207&idconteudo=76975>. Acesso em: 28 set. 2012.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Resolução nº 23.365, de 17 de novembro de 2011. Dispõe sobre a cerimônia de assinatura digital e fiscalização do sistema eletrônico de votação, do registro digital do voto, da votação paralela e dos procedimentos de segurança dos dados dos sistemas eleitorais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.tre-rj.gov.br/eleicoes_2012/internet/jsp/visualizar_arquivo.jsp?idarquivo=52394&idconteudo=76330>. Acesso em: 28 set. 2012.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Resolução nº 23.372, de 14 de dezembro de 2011. Dispõe sobre os atos preparatórios, a recepção de votos, as garantias eleitorais, a justificativa eleitoral, a totalização, a divulgação, a proclamação dos resultados e a diplomação para as eleições de 2012. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.tre-rj.gov.br/eleicoes_2012/internet/jsp/visualizar_arquivo.jsp?idarquivo=53295&idconteudo=77051>. Acesso em: 28 set. 2012.

O JULGAMENTO EM CONTROLE
CONCENTRADO DA LC
135/2010 E SEUS REFLEXOS NA
JURISPRUDÊNCIA FORMADA NAS
ELEIÇÕES 2012¹

THE JUDGMENT IN CONCENTRATED
CONTROL OF COMPLEMENTARY LAW
135/2010 AND THEIR REFLEXES IN
JURISPRUDENCE FORMED IN ELECTIONS 2012

BRUNNA HELOUISE MARIN²

¹ Artigo recebido em 8 de janeiro de 2014 e aceito para publicação em 24 de janeiro de 2014.

² Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba. Integrante do Grupo de Estudos Hermenêutica Constitucional e a Concretização dos Direitos Fundamentais na Pós-Modernidade (Unicuritiba) e do Núcleo de Investigações Constitucionais (UFPR).

Resumo

As leis infraconstitucionais devem se conformar com a Constituição Federal em decorrência da supremacia e rigidez desta. Para que seja verificada essa compatibilidade, existem vários sistemas e meios de controle de constitucionalidade. No Brasil, o controle abstrato é feito pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento das ações genéricas de (in)constitucionalidade, que têm por objeto a própria lei. A LC nº 135/2010 instituiu novas hipóteses de inelegibilidade, gerando dúvidas quanto à sua aplicação e constitucionalidade. Foram propostas a ADIn nº 4.578 e as ADCs nºs 29 e 30, acerca desse diploma legal, que foram julgadas conjuntamente pelo STF em fevereiro de 2012.

Palavras-chave: Controle concentrado de constitucionalidade. Lei da Ficha Limpa. STF. Jurisprudência.

Abstract

The infra-laws must conform to the Federal Constitution, as a result of the supremacy and rigidity of this. And, to be verified that compatibility multiple systems and means of judicial review. In Brazil, the abstract control is done by the Supreme Court, through the judgment of (un) constitutionality generic actions, that focus on the law itself. The LC 135/10 introduced new hypotheses of ineligibility, raising doubts as to its application and constitutionality. ADIN 4578 and ADCS 29 and 30 were proposed, about this statute, which were judged jointly by the Supreme Court in February 2012.

Keywords: Concentrated control of constitutionality. Law Clean Record. Supreme Federal Court. Jurisprudence.

1. Introdução

A supremacia da Constituição Federal sobre todo o ordenamento jurídico brasileiro, com a sua conseqüente estrutura rígida, impõe a necessidade da existência de mecanismos para o controle de

constitucionalidade das leis com o escopo de expurgar aquelas que se encontram em desconformidade com ela.

Nesse viés, o Supremo Tribunal Federal (STF) detém competência para julgar ações genéricas de (in)constitucionalidade e, em 16 de fevereiro de 2012, julgou conjuntamente as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 29 e 30 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, que tinham como objeto dispositivos da Lei Complementar nº 135 de 2010, que, antes mesmo de entrar em vigor, suscitou diversas dúvidas quanto à sua aplicabilidade e constitucionalidade, sanadas parcialmente nesse julgamento.

2. Controle de constitucionalidade: breves noções

Como lei fundamental e suprema de um Estado, a Constituição Federal encontra-se no ápice do ordenamento jurídico (MORAES, 2012, p. 6). Nesse viés, para sua modificação, mais especificamente no caso das constituições rígidas, como no Brasil, exige-se um processo legislativo mais solene e rigoroso do que aquele utilizado para alteração das outras espécies normativas. Consoante o art. 60 da Lei Maior, ela apenas pode ser alterada por meio de emenda constitucional aprovada por votação em dois turnos, com quórum qualificado de 3/5 do Senado e da Câmara dos Deputados.

Nesse diapasão, com base no princípio da supremacia da Constituição, “todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal” (SILVA, 2010, p. 46), tendo em vista, sobretudo, sua superioridade hierárquica.

Assim, faz-se necessário o controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais para verificação de sua compatibilidade com a Lei Maior, sendo que as leis que contrastarem com esta deverão ser retiradas do mundo jurídico. De acordo com Barroso (2012, p. 24),

Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo, os

das minorias, em face de maiorias parlamentares eventuais. Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas.

Desse modo, o controle de constitucionalidade das leis surge como algo ligado de forma intrínseca à democracia, uma vez que tem como objetivo principal preservar a ordem constitucional, que traz garantias aos cidadãos, reconhecendo direitos inalienáveis, imprescritíveis e fundamentais que devem ser respeitados pela legislação ordinária, além de limitar o poder do Estado.

As leis inconstitucionais serão consideradas como normas inválidas por violarem material ou formalmente o texto constitucional, carecendo de convalidação. As espécies normativas estão previstas no art. 59 da CF, devendo atender requisitos formais e materiais, ou seja, devem respeitar, respectivamente, um determinado processo legislativo e a competência quanto à matéria de que vai tratar, consoante dispõe a própria Constituição.

O art. 102, inciso I, alínea *a*, da CF, prevê a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), sendo que ambas podem ser propostas pelos mesmos legitimados, conforme dispõe o art. 103 do referido diploma, e têm o trâmite regulado pela Lei nº 9.868/1999.

Os legitimados são divididos, pela doutrina e jurisprudência, em universais³ e especiais⁴, sendo que estes, necessariamente, devem comprovar seu interesse de agir por meio do nexo de pertinência temática.

A ADIn destina-se à impugnação de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital apenas quando este derivar de competência

³ Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; procurador-geral da República; partido político com representação no Congresso Nacional.

⁴ Governador de estado ou do Distrito Federal; Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional.

estadual⁵, posterior à CF/1988, consoante entendimento da Corte constitucional.

Nesse sentido, reconhecida a inconstitucionalidade do ato normativo, a decisão terá eficácia *erga omnes*, ou seja, valerá para toda a coletividade, e *ex tunc*, retroagindo como se a lei nunca tivesse existido. Todavia, em razão da preservação da segurança jurídica, poderá o STF, por maioria de dois terços de seus membros, modular os efeitos da decisão, fixando uma data a partir da qual esta terá eficácia, consoante preceitua o art. 27 da Lei nº 9.868/1999.

Não obstante, a decisão proferida nessa ação terá efeito vinculante, sendo que, a partir de então, os demais órgãos do Poder Judiciário deverão julgar de acordo com ela. Também, acarretar-se-á o retorno da vigência da lei revogada pela lei revogadora declarada inconstitucional, ou seja, ocorrerá a respristinação da lei, excepcionalmente admitida no ordenamento jurídico brasileiro. Isso ocorre tendo em vista que, “se a lei revogadora foi decretada nula e, conseqüentemente, jamais teve a força de revogar a lei anterior, esta manteve sua vigência permanente” (MORAES, 2012, p. 762).

Noutro passo, consoante Barroso (2012, p. 259), a ADC consiste em

[...] um mecanismo pelo qual se postula ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento expresso da compatibilidade entre determinada norma infraconstitucional e a Constituição, em hipóteses nas quais esse ponto tenha se tornado objeto de interpretações judiciais conflitantes. Trata-se de uma ratificação da presunção.

Destarte, essa ação tem como pedido a declaração expressa da constitucionalidade de ato normativo federal com o objetivo de afastar a incerteza jurídica sobre sua aplicação. Reconhecida a constitucionalidade, a decisão terá eficácia coletiva e vinculante. Ademais, ressalta-se que a ADIn e a ADC têm natureza dúplice ambivalente, ou seja,

⁵ “STF. Súmula nº 642 – Não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada da sua competência legislativa municipal”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 642. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 5 nov. 2012.

julgada procedente uma delas, a outra será, por conseguinte, julgada improcedente, consoante dispõe o art. 24 da Lei nº 9.968/1999.

3. Julgamento: Lei da Ficha Limpa

Como exposto, os contornos normativos e parâmetros sobre inelegibilidades encontram-se regulados pela LC nº 64/1990, que, sobretudo, por tratar de matéria afeta direitos fundamentais⁶ e por implicar restrição de alguns desses direitos, deve atender estritamente os comandos insculpidos na Lei Maior. Após a promulgação da LC nº 135 de 2010, tendo em vista as alterações promovidas por esta na legislação eleitoral, houve grande controvérsia quanto à conformidade dessas modificações com o ordenamento constitucional, sendo ajuizadas duas ações diretas de constitucionalidade (ADCs nºs 29 e 30) e uma ação direta de inconstitucionalidade (ADIn nº 4.578).

A ADC nº 29, proposta pelo Diretório Nacional do Partido Popular Socialista (PPS), requeria a declaração de constitucionalidade da aplicação da LC nº 135/2010 a fatos ou atos ocorridos anteriormente ao seu advento. Inicialmente, apresentou a controvérsia judicial existente sobre a possibilidade, ou não, da retroatividade da Lei da Ficha Limpa, colacionando três julgados, quais sejam: Registro de Candidatura nº 154.035/2010 do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe (TRE/SE), que entendeu que “constitui ofensa aos princípios da irretroatividade da lei mais gravosa e da segurança jurídica a aplicação do art. 1º, inciso I, alínea *k* da Lei Complementar nº 64/1990 a situações anteriores à LC nº 135/2010”⁷; Consulta nº 1.147/2010 do Tribunal Superior Eleitoral, que decidiu pela aplicabilidade da LC nº 135/2010 às eleições de 2010; Registro de Candidatura nº 521.976/2010 do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE/MG), que confirmou a “aplicação dessa LC

⁶ “O Título II da Constituição Federal de 1988 – que reza: ‘Dos direitos e garantias fundamentais’, a saber: (1) direitos e deveres individuais (art.5º); (2) direitos sociais (art. 6º a 11); (3) direitos da nacionalidade (arts. 12 e 13); (4) direitos políticos (arts. 14 a 17). É de se concluir, pois, que os direitos políticos situam-se entre os direitos fundamentais”. GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 8.

⁷ BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe. Registro de Candidatura nº 154035 de 2010, Desembargador Relator Álvaro Joaquim Fraga, Aracaju, SE, 4 de agosto de 2010.

às eleições de 2010 e às condenações anteriores⁸; em atendimento ao art.14, inciso II, da Lei nº 9.868/1999.

Nesse viés, acerca da controvérsia judicial, alegou o PPS que a questão principal da ação declaratória de constitucionalidade versava sobre eventuais questionamentos dos candidatos nas eleições de 2012 quanto à Lei da Ficha Limpa, sobretudo após a decisão exarada no Recurso Extraordinário nº 633.703 do STF, que decidiu pela inaplicabilidade dessa lei ao pleito de 2010.

No mérito, o aludido partido fundamentou-se, principalmente, na defesa da constitucionalidade da lei, sob o argumento de que, em razão do § 9º do art.14 da CF, há possibilidade do exame da vida pregressa do candidato, possibilitando-se a retroatividade. Ademais, salientou que, tendo em vista que a inelegibilidade não é pena, não se aplica ao referido dispositivo legal o princípio da irretroatividade das leis penais no tempo, juntando dois julgados nesse sentido⁹. Também, afirmou que não há ofensa à segurança jurídica, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, previstos na Lei Maior, uma vez que se verificam as condições de elegibilidade no momento de registro de candidatura.

Todavia, note-se que, posteriormente, o PPS peticionou requerendo o aditamento da peça inicial para

[...] incluir os fundamentos retroexpendidos na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29, a fim de que a ação seja julgada procedente e, em consequência, seja declarada *também* a constitucionalidade das alíneas *c, d, e, h, j, l, n e p* do inc. I do art. 1º da LC nº 64/1990, com a redação que lhes foi conferida pela LC nº 135/2010¹⁰. (Grifo no original.)

⁸ BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Registro de Candidatura nº 521976 de 2010, Desembargadora Relatora Luciana Diniz Nepomuceno, Belo Horizonte, MG, 4 de agosto de 2010.

⁹ Cf. Recurso Especial Eleitoral nº 9.797/1992 do Tribunal Superior Eleitoral e Mandado de Segurança nº 22.087/1996 do Supremo Tribunal Federal.

¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 29, Ministro Relator Luiz Fux, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012.

Quanto aos argumentos trazidos no aditamento à inicial pelo PPS, sustentou-se que não havia sido destacada a constitucionalidade das aludidas alíneas visto que não existia jurisprudência que demonstrasse relevante controvérsia judicial nesse sentido, requisito legal para propositura de ação declaratória de constitucionalidade. No entanto, alegou que há divergência doutrinária quanto aos efeitos da decisão colegiada e sua possível ofensa ao princípio constitucional da não culpabilidade, em que pese não suprir a necessidade do referido requisito de admissibilidade.

Porém, com base no princípio da *causa petendi aberta*¹¹, trouxe ao julgamento, também, a questão da colegialidade e da eficácia da inelegibilidade e do seu possível embate com o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da CF, como bem ponderou o relator das ações no despacho que recebeu a petição inicial da ADC nº 29:

[...] a cognição nas ações do controle abstrato de constitucionalidade, conforme reconhece esta Corte, é informada pela “teoria da causa de pedir aberta” (v.g., ADI 28, rel. Octavio Gallotti, e ADI 3576, rel. Min. Ellen Gracie), mostrando-se lícito o conhecimento de outros fundamentos constitucionais ainda que não suscitados na petição inicial¹².

Alegou o PPS, nesse sentido, que essa hipótese está em consonância com a Lei Maior, uma vez que esta permitiu a análise da vida pregressa do candidato, não se confundindo com a suspensão de direitos políticos.

Nesse mesmo diapasão, na ADC nº 30, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), postulou-se o reconhecimento da constitucionalidade de todos os dispositivos da Lei da Ficha Limpa. Igualmente ao PPS, a OAB fez referência aos mesmos julgados para evidenciar a existência de controvérsia judicial sobre a

¹¹ Ao julgar as ações genéricas de (in)constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal está limitado em relação ao pedido – quanto aos dispositivos impugnados –, exceto na inconstitucionalidade por arrastamento, mas não a causa de pedir, podendo declarar a lei (in)constitucional por fundamentos diversos daqueles apresentados pelo autor da ação.

¹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 29, Ministro Relator Luiz Fux, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012.

aplicabilidade dessa lei, o que poderia trazer insegurança jurídica e política.

Ao defender a constitucionalidade da lei, inicialmente quanto às alíneas *c* a *q* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, com redação dada pela LC nº 135/2010, sustentou que não há ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como a sua aplicação retroativa não viola o art. 5º, inciso XXXVI, da CF, porquanto o art. 14, § 9º, do mesmo diploma legal prevê expressamente a proteção da moralidade e probidade administrativa, podendo ser considerada a vida pregressa do candidato, caso contrário, negar-se-ia a eficácia do referido comando constitucional.

Ademais, arguiu a OAB que a inelegibilidade legal não se confunde com as causas de perda ou suspensão de direitos políticos, tampouco com uma pena, assim, a Lei da Ficha Limpa atenderia aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, concretizando três subprincípios, quais sejam: princípio da adequação ou conformidade, uma vez que conduz ao fim almejado pelo legislador reformador constituinte; princípio da necessidade ou exigibilidade, pois protege a moralidade e probidade administrativa; e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que são equilibradas as vantagens do meio em relação ao fim almejado.

Não obstante, no que concerne às alíneas *d, e, h, j, l, n, p* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, com redação dada pela LC nº 135/2010, alegou que a Emenda Constitucional de Revisão nº 4/1994, que alterou a redação do art. 14, § 9º, da CF, foi motivada por escândalos de corrupção, sendo necessário o resguardo da moralidade e probidade administrativa. Nesse viés, a eficácia da sanção de inelegibilidade com o pronunciamento de órgão judicial colegiado não ofenderia o princípio da presunção de inocência, sobretudo, porque as sanções previstas pela LC nº 135/2010 são de natureza eleitoral. Também, visto que essa própria lei admitiu a obtenção de efeito suspensivo, consoante preceitua o art. 26-C acrescentado à Lei das Inelegibilidades.

Por outro lado, a ADIn nº 4.578, proposta pela Confederação Nacional dos Profissionais Liberais (CNPL), contestava o art. 1º, inciso I,

alínea *m*, da LC nº 64/1990¹³, acrescentado pela LC nº 135/2010. Antes de adentrar no mérito da ação, tendo em vista que é legitimada especial para propositura de ADIn, demonstrou seu interesse de agir por meio do nexo de pertinência temática, aduzindo que os profissionais liberais, representados pela CNPL, ficaram sujeitos a um agravamento de eventual penalidade disciplinar, decorrente do exercício da profissão, em razão do dispositivo legal impugnado.

A CNPL sustentou que o referido dispositivo estaria eivado de vício de inconstitucionalidade ao conferir às decisões administrativas, tomadas pelos conselhos de classe, com base em seus regimentos internos, reflexos de cunho eleitoral. E, também, que haveria inconstitucionalidade material, quando se confere a decisões administrativas colegiadas desses órgãos profissionais o mesmo *status* de uma decisão judicial colegiada, causando uma ofensa ao princípio da razoabilidade. Os conselhos profissionais são órgãos que exercem apenas fiscalização de atividade profissional, sendo que a aplicação de eventuais sanções não deve desbordar do universo corporativo.

Desta feita, após o devido recebimento das iniciais, sendo que as respectivas ADCs foram distribuídas por prevenção ao Ministro Luiz Fux, que já havia sido escolhido como relator na distribuição da ADIn nº 4.578, determinou-se a aplicação do art. 12 da Lei nº 9.868/1999 às ações que preveem o rito sumário ante a relevância da matéria em discussão, sendo que, de acordo com o aludido ministro,

[...] a matéria arguida na presente ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, ostenta inegável relevância social, porquanto em jogo a validade de lei complementar fruto de manifestação direta do povo brasileiro com a finalidade de moralizar o cenário político. Mais do que isso, impõe-se, em prestígio à segurança jurídica que deve presidir as eleições, e em harmonia com a essência que subjaz à regra do art. 16 da Constituição Federal, que o tema

¹³ "m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário (Acrescentado pela Lei Complementar no 135, de 4.6.2010)". BRASIL, Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em: 8 dez. 2012.

seja resolvido em definitivo antes do início do processo eleitoral de 2012, diante dos efeitos *erga omnes* e vinculantes da decisão a ser proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Todas essas razões militam, portanto, em prol da aplicação ao caso do procedimento abreviado previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/1999¹⁴.

Destarte, o pedido de liminar formulado pelo PPS, no que concerne à suspensão dos processos em trâmite que negassem aplicação da LC nº 135/2010 a fatos pretéritos, não foi analisado, concedendo o ministro o prazo de dez dias para o presidente da República, o presidente da Câmara dos Deputados e o presidente do Senado Federal prestarem informações, em consonância com o art. 6º, *caput*, da Lei nº 9.868/1999¹⁵ e, posteriormente, o prazo sucessivo de cinco dias para a Advocacia-Geral da União (AGU) e para a Procuradoria Geral da República (PGR) se manifestarem, para posterior pronunciamento final pelo STF.

A presidenta da República, Dilma Rousseff, apresentou parecer formulado pela AGU no sentido de que a CNPL era parte ilegítima para propor a ADIn e que a LC nº 135/2010 não padecia de quaisquer vícios de inconstitucionalidade formais ou materiais, requerendo a improcedência total da ADIn nº 4.578 e procedência das ADCs nºs 29 e 30, tendo em vista, sobretudo, que a Constituição Federal prevê a possibilidade de análise da vida pregressa do candidato.

O presidente da Câmara dos Deputados, Marcos Maia, prestou informações apenas esclarecendo que a referida lei “foi processada pelo Congresso Nacional dentro dos mais estritos trâmites legais e regimentais à espécie”¹⁶. O presidente do Senado, José Sarney, em seu parecer, alegou que a CNPL carecia de legitimidade para propor a ação direta de inconstitucionalidade ante a ausência de nexo de pertinência temática e, no mérito, alegou que não se confunde inelegibilidade com sanção

¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 29, Ministro Relator Luiz Fux, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012.

¹⁵ “Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado”. BRASIL, Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 8 dez. 2012.

¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4578, Ministro Relator Luiz Fux, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012.

e que a Lei da Ficha Limpa é totalmente constitucional, pugnando pela declaração de sua constitucionalidade.

A AGU, de acordo com o art. 103, § 3º, da CF¹⁷, na obrigação de defender a constitucionalidade da lei, manifestou-se, por conseguinte, pela improcedência da ADIn nº 4.578, aduzindo que não houvera impugnação especificada da LC nº 135/2010 e que não havia pertinência temática entre as atividades institucionais da CNPL e o objeto da ação. No mérito, alegou que, em consonância com a Constituição, que “elege a probidade e a moralidade como condições da elegibilidade de um cidadão [...]”¹⁸, não há inconstitucionalidade no referido diploma legal, requerendo a declaração de sua compatibilidade com a Lei Maior.

Noutro passo, a PGR, conforme dispõe o art. 103, § 1º, da CF¹⁹, manifestou-se aduzindo que a Lei da Ficha Limpa não ofende os princípios da presunção de inocência, da irretroatividade das leis, da segurança jurídica e da proporcionalidade, porquanto a inelegibilidade não tem natureza penal e, também, porque não existe direito adquirido à elegibilidade, defendendo a constitucionalidade integral da aludida lei.

Após o regular processamento das ações, que tramitaram simultaneamente, antes de adentrar no mérito do julgamento, o STF fez o exame de admissibilidade dessas. No caso das ações genéricas de (in) constitucionalidade, é necessário que a Lei nº 9.868/1999 seja observada, devendo ser atendidos, sobretudo, como visto, determinada legitimidade e os seus requisitos específicos da petição inicial, de acordo

¹⁷ “Art. 103. § 3º – Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o advogado-geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”. BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 maio 2013.

¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4578, Ministro Relator Luiz Fux, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012.

¹⁹ “Art. 103. § 1º – O procurador-geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.” BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 maio 2013.

com o art. 3º da aludida lei²⁰; sendo que “o juízo de admissibilidade é sempre preliminar ao juízo de mérito: a solução do primeiro determinará se o mérito será ou não examinado”²¹, consoante lecionam Fredie Dieder e José Cunha.

No que concerne à legitimidade, a Corte constitucional reconheceu a legitimidade especial da CNPL, de acordo com o art. 103, inciso IX, da CF, estando presente o nexo de pertinência temática entre a finalidade institucional da confederação e o dispositivo impugnado na ADIn nº 4.578, decidindo pelo seu conhecimento. Também, reconheceu a legitimidade das entidades que propuseram as ações declaratórias de constitucionalidade, com base no art. 103, incisos VII e IX, da Lei Maior.

Quanto aos pedidos, foi conhecido integralmente apenas o pedido da ADC nº 29 e da ADIn nº 4.578, e parcialmente o pedido da ADC nº 30, uma vez que esta pleiteava genericamente a declaração de constitucionalidade de toda a LC nº 135/2010, não sendo expostos os fundamentos jurídicos de todos os seus dispositivos, desatendendo-se ao disposto no art. 14, inciso I, da Lei nº 9.868/1999, que prevê que a petição inicial deve indicar “os dispositivos da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido”²².

Reconhecida a divergência jurisprudencial entre os tribunais regionais eleitorais (TREs) e o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) quanto à Lei da Ficha Limpa, a Corte constitucional entendeu que restou demonstrada a existência de controvérsia judicial, em atendimento ao art. 14, inciso III, da Lei nº 9.868/1999 e somente quanto às alíneas *c, d, e, f, g, h, j, k, l, m, n, o, p* e *q* do art. 1º, inciso I, da LC nº 64/1990, alteradas ou acrescentadas pela

²⁰ “Art. 3º A petição indicará:

I – o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

II – o pedido, com suas especificações.” BRASIL, Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 8 dez. 2012.

²¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Juspodivm, 2009. p. 43.

²² BRASIL, Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 8 dez. 2012.

Lei da Ficha Limpa, sendo que apenas esses dispositivos foram objeto do controle concentrado de constitucionalidade desta lei.

Ademais, além da análise da conformidade dessas novas hipóteses de inelegibilidade com a Constituição, o Supremo também julgou se elas poderiam alcançar fatos pretéritos, ocorridos antes da entrada da aludida lei em vigor, e se já poderiam ter eficácia apenas com o pronunciamento de órgão judicial colegiado.

O Ministro Luiz Fux, como relator, foi o primeiro a proferir seu voto. Inicialmente, destacou que havia três questões a serem resolvidas no julgamento das ações genéricas de (in)constitucionalidade, quais sejam:

(1) se as inelegibilidades introduzidas pela Lei Complementar nº 135/2010 poderão alcançar atos ou fatos ocorridos antes da edição do mencionado diploma legal e (2) se é constitucional a hipótese de inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea *m*, da Lei Complementar nº 64/1990, inserido pela Lei Complementar nº 135/2010. Sucede que o exame dessas questões demanda, previamente, (3) a própria fiscalização abstrata de constitucionalidade de todas as hipóteses de inelegibilidade criadas pela Lei Complementar nº 135/2010, [...]²³.

Quanto à retroatividade da LC nº 135/2010, alegou que não havia ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, sendo que há dois tipos de retroatividade – retroatividade autêntica, que gera efeitos sobre situações passadas, com eficácia *ex tunc*; e retroatividade inautêntica, também denominada de retrospectividade, que “atribui efeitos futuros a situações ou relações jurídicas já existentes”²⁴ –, sendo que a referida lei enquadra-se no caso de retrospectividade, admitido no ordenamento jurídico brasileiro, em consonância com a jurisprudência da Corte Suprema, uma vez que apenas foram alteradas as consequências jurídicas de fatos já ocorridos.

²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, Ministro Relator Luiz Fux, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012.

²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, Ministro Relator Luiz Fux, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012.

Desse modo, votou o Ministro Luiz Fux pela

[...] improcedência do pedido na ADIn nº 4.578 e da procedência parcial do pedido na ADC nº 29 e na ADC nº 30, de modo a:

a) declarar a constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas *c, d, f, g, h, j, k, m, n, o, p* e *q* do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/1990, introduzidas pela Lei Complementar nº 135/2010; e

b) declarar parcialmente inconstitucional, sem redução de texto, o art. 1º, inciso I, alíneas *e* e *l*, da Lei Complementar nº 64/1990, com redação conferida pela Lei Complementar nº 135/2010, para, em interpretação conforme a Constituição, admitir a dedução, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado²⁵.

O Ministro Joaquim Barbosa foi o segundo a proferir seu voto, defendendo a constitucionalidade integral da Lei da Ficha Limpa, bem como a sua aplicação a fatos pretéritos. Inicialmente, fez uma digressão histórica, ressaltando o § 9º do art. 14 da CF, que tem como objetivo máximo erigir “à condição de critérios absolutos para o exercício dos cargos públicos: a probidade, a moralidade e a legitimidade das eleições”²⁶. Nesse viés, afirmou que as inelegibilidades não se enquadram no conceito de pena, assim, não se submetem ao princípio da presunção de inocência e ao princípio da irretroatividade das leis.

O Ministro Dias Toffoli entendeu que o caso trazido nas ações apresentava grande implicação social na tentativa de afastar agentes da vida política desvinculados da moralidade, porém, caberia à Suprema Corte

[...] o desagradável papel de restringir a vontade popular em nome da proteção do equilíbrio de forças democráticas, contra o esmagamento de minorias ou de pautas axiológicas

²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, Ministro Relator Luiz Fux, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012.

²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, Ministro Relator Luiz Fux, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012.

que transcendem o critério quantitativo do número de votos em uma eleição ou um plebiscito²⁷.

Assim, afirmou que, na análise da LC nº 135/2010, embora sua significativa legitimidade popular, o STF deveria atuar de forma a verificar sua compatibilização com as prescrições que lhe são superiores. Para o ministro, a Constituição Federal delegou ao legislador complementar a proteção do processo eleitoral contra abusos, sob a égide da moralidade e probidade administrativa. Todavia, tendo em vista, sobretudo, que a elegibilidade é direito subjetivo do cidadão constitucionalmente assegurado, assim, a “prevalência usual e saudável do interesse coletivo sobre o individual não pode resultar na nulificação do segundo”²⁸.

Destarte, entendeu que a Lei da Ficha Limpa desatendeu ao princípio constitucional da presunção da inocência, ao criar óbice à candidatura sem o trânsito em julgado da decisão, uma vez que esse princípio tem valor universal, devendo ser irradiado para os outros campos, como bem colocado no julgamento da ADPF nº 144. Também, em decorrência de que esse princípio é corolário do devido processo legal formal, devendo ser aplicado às causas de inelegibilidade infraconstitucionais. Desse modo, votou pela procedência parcial da ADIn nº 4.578, procedência da ADC nº 29 e pelo conhecimento parcial da ADC nº 30, julgando-a parcialmente procedente.

A Ministra Rosa Weber acompanhou o Ministro Joaquim Barbosa, reconhecendo a constitucionalidade total da LC nº 135/2010. Primeiramente, arguiu que o discutido nas ADCs nºs 29 e 30 e na ADIn nº 4.578 tem enfoque diferente do abordado na ADPF nº 144, sendo que agora se busca a possibilidade de consideração da vida pregressa do candidato em prol dos princípios da probidade e moralidade administrativa, previstos expressamente no art. 14, § 9º, da Lei Maior, o que, por si só, revelaria a constitucionalidade da referida lei. E, tendo em vista, sobretudo, a expressa menção à possibilidade da consideração da vida pregressa do candidato e ao fato de que a intenção da inelegibilidade

²⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, Ministro Relator Luiz Fux, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012.

²⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, Ministro Relator Luiz Fux, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012.

não é punição, entendeu a ministra que não há violação ao princípio da presunção de inocência. Desse modo, votou pela declaração de constitucionalidade da LC nº 135/2010.

O Ministro Ricardo Lewandowski ressaltou a importância do comando inculcado no art. 14, § 9º, da CF, que visa proteger a moralidade e a probidade administrativa. Também, enfatizou a diferença entre o julgamento da LC nº 135/2010 ao objeto da ADPF nº 144, sendo que, nesta ação, estava-se diante de uma norma em branco, enquanto ausente legislação complementar atinente que possibilitasse a imputação de inelegibilidade antes do trânsito em julgado de decisão judicial. Destarte, o ministro julgou procedentes as ADCs nºs 29 e 30 e improcedente a ADIn nº 4.578.

O Ministro Ayres Brito fez ponderações acerca do princípio da moralidade, previsto no art. 14, § 9º, e art. 37, § 4º, ambos da Constituição Federal, que permitiram a consideração da própria vida pregressa do candidato, argumentando que

[...] a Lei da Ficha Limpa tem essa ambição de mudar uma cultura perniciosa, deletéria, de maltrato, de malversação da coisa pública para implantar no país o que se poderia chamar de qualidade de vida política, pela melhor seleção, pela melhor escolha dos candidatos. Candidatos respeitáveis. Esse é um dos conteúdos do que estou chamando de princípio do devido processo legal eleitoral substantivo. O outro conteúdo é o direito que tem o eleitor de escolher pessoas sem esse passado caracterizado por um estilo de vida de namoro aberto com a delitividade, com a delituosidade²⁹.

Também ressaltou o fato de que o princípio da não culpabilidade aplica-se somente ao âmbito penal, acompanhando integralmente o voto do Ministro Joaquim Barbosa pela declaração de constitucionalidade integral da LC nº 135/2010.

²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, Ministro Relator Luiz Fux, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012.

O Ministro Gilmar Mendes afirmou que a Lei da Ficha Limpa violou o princípio da irretroatividade da lei, colacionando trechos do voto do Ministro Moreira Alves proferido na ADIn nº 493, em que se diferenciou a retroatividade em três tipos, quais sejam: máxima, que alcança fatos jurídicos já consumados, inclusive a coisa julgada; média, que atinge fatos já ocorridos, mas que ainda não são juridicamente; e mínima, que modifica apenas os efeitos de fatos praticados anteriormente à vigência da lei nova. Feitas essas explanações, de acordo com o ministro, a LC nº 135/2010, vista inicialmente como possível caso de retroatividade mínima, pode se enquadrar no caso de retroatividade máxima, citando como exemplo a hipótese incluída pela referida lei na alínea I do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990³⁰,

Isso porque ela incide sobre a garantia, já assegurada aos cidadãos antes de seu advento, de que a sanção de suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da ação. Dessa forma, ela repercute diretamente sobre os recursos processuais já interpostos e seus respectivos efeitos. Ela tem o condão, inclusive, de afastar o obrigatório efeito suspensivo do recurso em ação de improbidade administrativa³¹.

Concluiu o ministro pela procedência da ADIn nº 4.578 e improcedência imparcial das ADCs nºs 29 e 30.

O Ministro Marco Aurélio salientou a importância do comando insculpido no art. 14, § 9º, da CF, entendendo pela constitucionalidade das novas hipóteses de inelegibilidade trazidas pela LC nº 135/2010, sendo que “vida pregressa recomendável é a que não coloque em dúvidas a

³⁰ “I) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;”. BRASIL, Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.

³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, Ministro Relator Luiz Fux, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012.

adequação do candidato para ocupar o cargo³². Destarte, tendo em vista a decisão do STF que afastou a aplicação da LC nº 135/2010 ao pleito de 2010, alegou o ministro que era irrazoável a retroação da lei, votando pela procedência da ADC nº 30 e pela improcedência da ADIn nº 4.578 e da ADC nº 29, “prevalecendo a lei no que o verbo está no futuro do subjuntivo”³³.

O Ministro Cezar Peluso, inicialmente, alegou que a LC nº 135/2010 não poderia ser aplicada a atos jurídicos já praticados, visto que

[...] quando o agente é tratado como incapaz em relação ao ato praticado anteriormente, e em que a sua vontade não é considerada, a lei deixa, entre outras coisas, de ter caráter prospectivo e, sobretudo, deixa de ter caráter geral. Passa a ter caráter particular e pessoal. Ela, portanto, se transforma, de lei, em ato estatal de efeito pessoal, de privação de bem jurídico a pessoas determinadas. Basta saber quais as pessoas que já praticaram esses atos, e aí temos definido o universo das pessoas atingidas. Portanto, não é lei de caráter geral, dirigida a quem, no futuro, venha a praticar ato que seja subsumível na hipótese legal. Não. Ela vai apanhar atos anteriores de pessoas certas³⁴.

Em relação aos outros aspectos do julgamento, Peluso acompanhou o voto dos Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, sobretudo, em relação à desproporcionalidade da alínea *m* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, julgando procedente a ação direta de inconstitucionalidade e improcedentes as ações declaratórias de constitucionalidade.

O Ministro Celso de Mello fez um apanhado histórico da legislação e de ações diretas de inconstitucionalidade julgadas durante a ditadura militar. Entendeu que decisões recorríveis não podem gerar inelegibilidade ante o fato de que o princípio de presunção de inocência é garantia fundamental. Também, afirmou que não é constitucional a aplicação da LC nº 135/2010 a fatos ocorridos antes de sua vigência. No que concerne

³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, Ministro Relator Luiz Fux, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012.

³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, Ministro Relator Luiz Fux, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012.

³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4578, Ministro Relator Luiz Fux, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012.

à alínea *k* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, ponderou que é necessária a instauração formal de processo de cassação para que, somente a partir daí, haja incidência da inelegibilidade.

Após serem proferidos todos os votos e encerrados os debates, por maioria de votos, foi reconhecida a constitucionalidade da LC nº 135/2010, restando declaradas expressamente constitucionais as hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas *c, d, f, g, h, j, m, n, o, p* e *q* do art. 1º, inciso I, da LC nº 64/1990, consoante se depreende da parte dispositiva da decisão, bem como foi afastada a inconstitucionalidade entre a cumulação da inelegibilidade e da suspensão dos direitos políticos.

Neste passo, ressalta-se que o STF omitiu-se quanto à declaração expressa de constitucionalidade das alíneas *e* e *k*, que também eram objeto do julgamento³⁵, restando uma lacuna em relação à sua (in)constitucionalidade. Nesse sentido, cumpre salientar a teoria da transcendência dos motivos determinantes, sendo que, de acordo com Lenza (2011, p. 282),

Fala-se, então, em *transcendência dos motivos determinantes*, ou *efeitos irradiantes* ou *transbordantes dos motivos determinantes*. Há de se observar, contudo, a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*. *Obiter dictum* (“coisa dita de passagem”) são comentários laterais, que não influem na decisão, sendo perfeitamente dispensáveis. Portanto, aceita a “teoria do transbordamento”, não sealaria em irradiação de *obiter dictum*, com efeito vinculante, para fora do processo. Por outro lado, a *ratio decidendi* é a fundamentação essencial que ensejou aquele determinado resultado da ação. Nessa hipótese, aceita a “teoria dos efeitos irradiantes”, a “razão da decisão” passaria a vincular outros julgamentos. Como exemplo, no julgamento da ADIn nº 3.345/DF, que declarou constitucional a Resolução do TSE que reduziu o número de vereadores de todo o país, o STF entendeu que a Suprema Corte conferiu “[...] efeito

³⁵ Nesse viés, Gilmar Mendes esclarece que “Parece assente entre nós orientação segundo a qual a eficácia *erga omnes* da decisão do STF refere-se à parte dispositiva da decisão. Se o STF chegar à conclusão de que a lei questionada é constitucional, haverá de afirmar expressamente sua constitucionalidade proposta. Da mesma forma, se afirmar a improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, deverá o Tribunal declarar a constitucionalidade da lei que se queria fosse julgada inconstitucional”. MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnoldo. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 494.

transcendente aos próprios motivos determinantes que deram suporte ao julgamento plenário do RE nº 197.917". (Grifos no original.)

Desse modo, note-se que, de acordo com a teoria supracitada, as razões que levaram à declaração de constitucionalidade das alíneas *e* e *k*, embora não constem no dispositivo da decisão, vinculariam os outros órgãos do Poder Judiciário, todavia, o STF não vem admitindo tal teoria, consoante o Ministro Ayres Brito:

A menos que se pudesse atribuir efeitos irradiantes ou transcendentais aos motivos determinantes dos julgados plenários tomados naquelas ações abstratas. Mas o fato é que, no julgamento da Rcl nº 4.219, esta nossa Corte retomou a discussão quanto à aplicabilidade dessa mesma teoria da "transcendência dos motivos determinantes", oportunidade em que deixei registrado que tal aplicabilidade implica prestígio máximo ao órgão de cúpula do Poder Judiciário e desprestígio igualmente superlativo aos órgãos da judicatura de base, o que se contrapõe à essência mesma do regime democrático, que segue lógica inversa: a lógica da desconcentração do poder decisório. Sabido que democracia é movimento ascendente do poder estatal, na medida em que opera de baixo para cima, e nunca de cima para baixo. No mesmo sentido, cinco ministros da Casa esposaram entendimento rechaçante da adoção do transbordamento operacional da reclamação, ora pretendido. Sem falar que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal já rejeitou, em diversas oportunidades, a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das suas decisões (cf. Rcl nº 2.475-AgR, da relatoria do Ministro Carlos Velloso; Rcl nº 2.990-AgR, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence; Rcl nº 4.448-AgR, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski; Rcl nº 3.014, de minha própria relatoria)³⁶.

Assim, no caso do julgamento da Lei da Ficha Limpa, caso o STF mantenha seu entendimento, eventuais reclamações constitucionais propostas, quanto à constitucionalidade das referidas alíneas, restará uma lacuna, eis que desconsiderada a teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Ademais, veja-se a seguinte tabela de julgamento, de acordo com o voto de cada ministro:

³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 10604, Ministro Relator Ayres Brito, Brasília, DF, 8 de setembro de 2010.

Ministro(a)	Luiz Fux	Joaquim Barbosa	Dias Toffoli	Rosa Weber	Carmen Lúcia	Ricardo Lewandowski	Ayres Brito	Gilmar Mendes	Cezar Peluso	Celso de Mello	Marco Aurélio	TOTAL DE VOTOS	RESULTADO JULGAMENTO
Alinea c	C	C	C	C	C	C	C	X	X	X	C	8 x 1	CONSTITUCIONAL
Alinea d	C	C	PI	C	C	C	C	X	X	X	C	7 x 1	CONSTITUCIONAL
Alinea e	PI	C	PI	C	C	C	C	PI	X	X	C	6 x 3	X
Alinea f	C	C	C	C	C	C	C	X	X	X	C	8 x 0	CONSTITUCIONAL
Alinea g	C	C	PI	C	C	C	C	PI	X	PI	C	7 x 3	CONSTITUCIONAL
Alinea h	C	C	PI	C	C	C	C	X	X	X	C	7 x 1	CONSTITUCIONAL
Alinea j	C	C	X	C	C	C	C	X	X	PI	C	7 x 1	CONSTITUCIONAL
Alinea k	C	C	C	C	C	C	C	X	X	PI	C	8 x 1	X
Alinea l	PI	C	PI	C	C	C	C	PI	PI	PI	C	6 x 5	CONSTITUCIONAL
Alinea m	C	C	PI	C	C	C	C	I	I	I	C	7 x 3	CONSTITUCIONAL
Alinea n	C	C	I	C	C	C	C	I	X	X	C	7 x 2	CONSTITUCIONAL
Alinea o	C	C	PI	C	C	C	C	PI	PI	X	C	7 x 3	CONSTITUCIONAL
Alinea p	C	C	X	C	C	C	C	X	X	X	C	7 x 0	CONSTITUCIONAL

Ministro(a)	Luiz Fux	Joaquim Barbosa	Dias Toffoli	Rosa Weber	Carmen Lúcia	Ricardo Lewandowski	Ayres Brito	Gilmar Mendes	Cezar Peluso	Celso de Mello	Marco Aurélio	TOTAL DE VOTOS	RESULTADO
Alinea q	C	C	PI	C	C	C	C	X	X	X	C	7 x 1	CONSTITUCIONAL
Retroatividade	C	C	C	C	C	C	C	I	I	I	I	7 x 4	CONSTITUCIONAL
Dispensa trânt-sito em julgado	C	C	I	C	C	C	C	I	I	I	C	7 x 4	CONSTITUCIONAL

Legenda:
*C: constitucional
*I: inconstitucional
*PI: parcialmente inconstitucional
*X: não se pronunciou

O julgamento de mérito das respectivas ações restou assim ementado:

AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO³⁷.

Nesse viés, denota-se que a respectiva lei suscitou diversas dúvidas, até mesmo no voto dos ministros, principalmente no que concerne à sua aplicação retroativa a fatos e atos ocorridos antes de sua vigência, e, também, ao reconhecimento da sanção da inelegibilidade sem a existência de decreto condenatório definitivo, apenas com a decisão proferida por órgão colegiado. Todavia, entendeu a Corte constitucional que essas hipóteses estão em conformidade com a Lei Maior.

Julgou-se improcedente a ADIn nº 4.578 e procedentes as ADCs nºs 29 e 30, tendo transitado em julgado as decisões em 6 de agosto de 2012, tornando-se coisa julgada, com eficácia preclusiva, vinculante e *erga omnes*.

³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, Ministro Relator Luiz Fux, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012. (Destaque no original.)

Não obstante, convém ressaltar que, antes mesmo do controle concentrado da Lei da Ficha Limpa, foi suscitada sua inconstitucionalidade formal, uma vez que, após aprovação do seu projeto de lei pela Câmara dos Deputados, no Senado, o Senador Francisco Dornelles apresentou uma emenda ao projeto, alterando algumas expressões, todavia, o projeto alterado não foi remetido novamente à Câmara dos Deputados. Nessa linha, note-se que prevê o parágrafo único do art. 65 da CF que:

Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora³⁸.

Assim, havendo emenda no projeto de lei pela Casa revisora, ele deve voltar à Casa iniciadora, o que não ocorreu durante a tramitação do projeto de lei da LC nº 135/2010. Essa questão foi analisada superficialmente no Recurso Extraordinário nº 630.147 do STF por meio de uma questão de ordem suscitada pelo Ministro Cezar Peluso:

Todos sabemos que essa lei resultou de um projeto que se iniciou e foi aprovado na Câmara de Deputados. Aprovado, foi remetido ao Senado, e o Senado aprovou emenda apresentada pelo Senador Francisco Dornelles, na qual se alteravam os tempos verbais de várias alíneas do inciso I do art. 1º da Lei nº 64, com alteração que, no fim, resultou na Lei Complementar nº 135. [...]

O que se alterou? Alteraram-se os tempos verbais dos tipos, e alteraram-se, não para efeito de sanar algum vício de linguagem, alguma imprecisão terminológica, não. Passou-se do pretérito perfeito composto, com o verbo auxiliar da voz passiva – “tenha sido condenado, tenha sido demitido” – para o futuro composto da voz passiva – “que forem condenados, que forem, etc.”³⁹.

³⁸ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 13 maio 2012.

³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 630.147, Ministro Relator Ayres Brito, Brasília, DF, 29 de setembro de 2010.

Todavia, em meio aos debates, assentou-se que a respectiva emenda ao projeto de lei não alterou substancialmente seu conteúdo, não havendo necessidade de retorno à Casa inicial. Entretanto, a maioria dos ministros entendeu que não era possível a análise da constitucionalidade formal da LC nº 135/2010, ainda que em controle difuso, ante o fato de a matéria não ter sido ventilada nas instâncias ordinárias, restando a seguinte ementa quanto a esta questão de ordem:

CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO. CONHECIMENTO E JULGAMENTO DE FUNDO. Na dicção da ilustrada maioria, descabe, mesmo que na apreciação de fundo do recurso, adentrar a análise da harmonia, ou não, da lei – da qual se argui certo vício – com a Constituição Federal⁴⁰.

Nesse sentido, o STF já havia se posicionado no julgamento da ADIn nº 2.182, que versava sobre a Lei nº 8.429/1992, entendendo que, se não há alteração substancial no projeto de lei, não há inconstitucionalidade formal, ainda que não seja enviado à Casa inicial. De acordo com Luiz Gustavo de Andrade,

A lei, assim, somente não seria considerada inconstitucional caso os tribunais viessem a entender que a emenda fora de mera redação. É bom lembrar que há recente precedente do STF, ao rejeitar o pedido de declaração de inconstitucionalidade formal da Lei nº 8.429/1992, que define os atos de improbidade administrativa, porque o substitutivo aprovado pelo Senado não alterou substancialmente o projeto remetido pela Câmara dos Deputados⁴¹.

Portanto, restou uma lacuna no julgamento da própria Lei da Ficha Limpa pelo STF, eis que, como exposto, em momento algum, foi suscitada a sua inconstitucionalidade formal, como ocorreu no referido recurso extraordinário.

⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 630.147, Ministro Relator Ayres Brito, Brasília, DF, 29 de setembro de 2010.

⁴¹ ANDRADE, Luiz Gustavo de. *A Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) e as alterações introduzidas na Lei das Inelegibilidades*. Disponível em: <<http://m.paranaonline.com.br/canal/direito-e-justica/news/455058/>>. Acesso em: 10 set. 2013.

a. Julgados regionais em casos concretos: Eleições 2012

Nas eleições de 2012, surgiram muitos questionamentos quanto à aplicabilidade da LC nº 135/2010, mesmo após o pronunciamento do STF sobre sua constitucionalidade, tendo em vista a peculiaridade de cada caso concreto e, ainda, o próprio entendimento de cada magistrado e dos TREs. Assim, importante fazer análise de julgados advindos do último pleito municipal, a fim de perquirir o entendimento jurisprudencial formado sobre os aspectos controvertidos da Lei da Ficha Limpa.

Inicialmente, ressalta-se que os TREs, na maior parte de seus julgados, reconheceram o caráter vinculante do julgamento da ADIn nº 4.578 e das ADCs nºs 29 e 30, em consonância com o parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868/1999, no sentido de que os órgãos judiciais não poderão mais fazer controle incidental acerca da constitucionalidade ou não do respectivo diploma legal, devendo seguir a premissa estabelecida pelo STF sobre sua validade⁴².

Nesse sentido, destaca-se decisão proferida pelo Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (TRE/PR), que entendeu que

A Lei Complementar nº 135/2010 é integralmente constitucional, conforme julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Constitucionalidade nº 29 e 30 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, tendo tal decisão efeito vinculante sobre todos os órgãos do Poder Judiciário, nos termos do art. 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/1999⁴³.

No referido acórdão, discutia-se a incidência da causa de inelegibilidade prevista na alínea *d* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, alterado pela LC nº 135/2010⁴⁴, a um candidato a prefeito, no município de

⁴² BARROSO, 2012, p. 232.

⁴³ BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Recurso Eleitoral nº 58-81.2012.6.16.0081, Desembargadora Relatora Andrea Sabbada de Melo, Curitiba, PR, 25 de agosto de 2012.

⁴⁴ "d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes". BRASIL, Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.

Marialva/PR, que havia sido condenado nas eleições de 2008 por abuso de poder político e econômico. Em sua defesa, o candidato alegou que não seria possível a aplicação da aludida lei a fatos pretéritos e que ela seria inconstitucional.

No entanto, entendeu o TRE/PR que o julgamento proferido pelo STF na ADIn nº 4.578 e nas ADCs nºs 29 e 30 era dotado de caráter vinculante, reconhecendo a constitucionalidade da lei. Reforçando tal entendimento, outro julgado do mesmo Tribunal:

RECURSO ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEIÇÕES 2012. APLICABILIDADE INTEGRAL DA LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010, INCLUSIVE AOS CASOS EM QUE O ACÓRDÃO QUE RECONHEÇA O ABUSO DO PODER ECONÔMICO TENHA TRANSITADO EM JULGADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI. CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. EFEITO VINCULANTE. INCIDÊNCIA DO ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA D, DA LC Nº 64/1990. PRAZO DE INELEGIBILIDADE DE 8 (OITO) ANOS. RECURSO DESPROVIDO⁴⁵.

Nesse mesmo diapasão, já se posicionou o TSE. De acordo com a Ministra Nancy Andrighi, “a decisão proferida pelo STF em ações dessa natureza possui efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, incluindo-se esta Justiça especializada [...]”⁴⁶.

Os tribunais eleitorais também reconheceram a aplicação da LC nº 135/2010 a fatos ocorridos anteriormente a sua vigência, sendo que, de acordo com o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE/SP),

2. O Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, que são constitucionais as hipóteses de inelegibilidade introduzidas pela LC nº 135/2010, alcançando atos ou fatos ocorridos antes de sua edição. 3. Descabida da invocação do art. 9º da Convenção de Direitos Humanos, pois esta norma

⁴⁵ BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Recurso Eleitoral nº 43.502, Desembargador Relator Marcos Roberto Araújo dos Santos, Curitiba, PR, 19 de agosto de 2012. (Destaque no original.)

⁴⁶ BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 15.510, Ministra Relatora Fátima Nancy Andrighi, Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2013.

refere-se ao direito de punir do Estado e não aos direitos políticos. Ademais, a inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea o, da Lei Complementar nº 64/1990 (incluído pela Lei Complementar nº 135/2010), não constitui pena, mas uma consequência ética inafastável da condenação recebida, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal e decisões reiteradas do Tribunal Superior Eleitoral⁴⁷.

Nesse recurso eleitoral, impugnava-se decisão que indeferiu o registro de candidatura de candidato, do município de Cananeia/SP, às eleições majoritárias, em decorrência de condenação pela alínea o do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, incluída pela LC nº 135/2010⁴⁸, sob o argumento de que o referido candidato havia adquirido direito à reeleição e que essa lei não poderia alcançar fatos pretéritos em prol do princípio da segurança jurídica, em consonância com a Convenção de Direitos Humanos e, também, pelo fato de que havia sido ajuizada ação anulatória da decisão que o demitiu do serviço público.

Esclarecendo-se os fatos que culminaram na sentença objurgada pelo recurso, de acordo com o relatório do acórdão, em 2006, foi instaurado processo administrativo contra o referido candidato para “apurar fato consistente na prescrição de receita médica à paciente no anverso de material de campanha política do recorrente que, na época dos fatos, era funcionário público municipal e exercia função de médico”⁴⁹, sendo posteriormente demitido do serviço público, entendendo o juízo de primeiro grau pelo seu enquadramento na aludida hipótese de inelegibilidade.

No mérito, o TRE/SP afastou as alegações do candidato, entendendo que o decidido pelo STF tinha efeito *erga omnes*, sendo aplicável

⁴⁷ BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Recurso Eleitoral nº 43.016, Desembargadora Relatora Diva Prestes Marcondes Maleberí, São Paulo, SP, 14 de agosto de 2012.

⁴⁸ “o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário”. BRASIL, Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.

⁴⁹ BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Recurso Eleitoral nº 43.016, Desembargadora Relatora Diva Prestes Marcondes Maleberí, São Paulo, SP, 14 de agosto de 2012.

a Lei da Ficha Limpa às eleições de 2012, inclusive para fatos pretéritos, sendo descabida a invocação da Convenção de Direitos Humanos, que se aplica “ao direito de punir do Estado”, não à inelegibilidade, que não é considerada como pena. E, quanto ao argumento de que havia ação anulatória, o Tribunal ressaltou que o pedido de antecipação de tutela havia sido indeferido, não obstante a incidência da inelegibilidade.

Nesse mesmo sentido, decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (TRE/RJ):

As inelegibilidades introduzidas pela Lei Complementar nº 64/1990 e pela Lei Complementar nº 135/2010 incidem, de forma imediata, ainda que os fatos sejam anteriores à sua entrada em vigor, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578 e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e 30⁵⁰.

Não obstante, em relação à retroatividade da LC nº 135/2010, quanto ao novo prazo de inelegibilidade de oito anos, entendeu o Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) que:

1. Restou evidenciada existência de condenação do recorrente à pena de 3 (três) anos de inelegibilidade, com trânsito em julgado, referente às eleições de 2008, o início da contagem do prazo de inelegibilidade iniciou-se em 5.10.2008. 2. Assim, o prazo de três anos de inelegibilidade, antes da alteração da lei, não estava encerrado quando entrou em vigor a nova redação da LC nº 64/1990, dada pela LC nº 135/2010, não havendo que se falar, nesse caso, em ofensa ao princípio da segurança jurídica ou da irretroatividade das leis, razão pela qual se aplica, no presente caso, o prazo de inelegibilidade de oito anos⁵¹.

No aludido caso concreto, o candidato recorrente teve seu registro de candidatura negado, porquanto, em 2008, havia sido condenado à

⁵⁰ BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. Recurso Eleitoral nº 16.267, Desembargador Relator Luiz Roberto Ayoub, Rio de Janeiro, RJ, 4 de setembro de 2012.

⁵¹ BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo. Recurso Eleitoral nº 7.198, Desembargador Relator Júlio César Costa de Oliveira, Vitória, ES, 30 de agosto de 2012.

inelegibilidade pelo prazo de três anos em ação de investigação judicial eleitoral, entendendo a sentença monocrática, em decorrência da retroação da LC nº 135/2010, que se aplicava o prazo de oito anos, estando o requerido inelegível até o ano de 2016, igualmente a jurisprudência do TRE/ES, no sentido de que esse aumento de prazo não viola o princípio da segurança jurídica ou da irretroatividade das leis. Tal entendimento também é exarado pelo TSE:

Segundo a jurisprudência do STF, não há direito adquirido ao regime de inelegibilidades. Ainda que o prazo original de inelegibilidade tenha transcorrido e se consumado sob a égide da LC nº 64/1990, deve-se considerar, no momento do pedido de registro de candidatura referente às Eleições 2012, aquele previsto na LC nº 135/2010 (ADC nº 29/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Luiz Fux, *DJE* de 28.6.2012)⁵².

Entretanto, há tribunais eleitorais que têm entendimento em sentido diverso, considerando a irretroatividade da Lei da Ficha Limpa aos casos em que o candidato já tenha cumprido a inelegibilidade pelos prazos previstos anteriormente na LC nº 64/1990, de acordo com o seguinte julgado do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul (TRE/RS):

Necessário diferenciar a inelegibilidade que foi declarada em ação de investigação judicial de outras formas de declaração da mesma, pois a nova lei alterou o prazo de inelegibilidade de três para oito anos, não sendo razoável, por exceção, que incidam as alterações da Lei Complementar nº 135/2010 nos casos em que já existam decisões com trânsito em julgado. A aplicação da nova lei ao impugnado importaria afronta à coisa julgada na medida em que já ocorreu o esgotamento de todos os efeitos do provimento jurisdicional condenatório sob a égide da lei antiga⁵³.

O referido acórdão versava sobre decisão que havia deferido pedido de registro de candidatura de candidato ao cargo de prefeito do

⁵² BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 8.179, Ministra Relatora Fátima Nancy Andrichi, Brasília, DF, 29 de novembro de 2012.

⁵³ BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Recurso Eleitoral nº 2.361, Desembargadora Relatora Maria Lúcia Luz Leiria, Porto Alegre, RS, 24 de agosto de 2012.

município de Taquari/RS, sob o argumento de que era inaplicável a Lei da Ficha Limpa ao caso concreto, não reconhecendo a inelegibilidade do candidato. Inicialmente, destacou a desembargadora relatora que já estava superado o debate quanto à aplicabilidade da referida lei às eleições de 2012, em consonância com o exarado pelo STF.

Em relação ao mérito do recurso, entendeu-se que a decisão que acolheu a AIJE proposta contra o candidato recorrido o condenou à inelegibilidade pelo prazo de três anos e, em que pese reconhecer-se que inelegibilidade não é pena,

[...] quando se tratar de inelegibilidade decorrente de provimento jurisdicional condenatório, em processo de apuração de abuso de poder econômico determinando a incidência de efeitos específicos – cassação de registro e de inelegibilidade –, esta terá natureza jurídica de pena⁵⁴.

Desse modo, no caso concreto, como a inelegibilidade decorreu de um “provimento jurisdicional condenatório definitivo”, seus efeitos já haviam sido perfectibilizados sob a égide da lei anterior, não sendo possível a retroatividade da LC nº 135/2010 para alcançar esses fatos, em observância à segurança jurídica e à autoridade da coisa julgada, colacionando o seguinte julgado do TSE no mesmo sentido:

Prazo da inelegibilidade. Inaplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010 a fatos anteriores à sua vigência. Recurso especial parcialmente provido para reduzir a inelegibilidade de oito para três anos, nos termos da norma do inciso XIV do art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990, anterior à vigência da Lei Complementar nº 135/2010⁵⁵.

Porém, ressalta-se que esse posicionamento não é uníssono no TRE/RS, existindo decisões em sentido diverso que reconhecem a retroatividade da LC nº 135/2010, inclusive, quanto à possibilidade de

⁵⁴ BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Recurso Eleitoral nº 2.361, Desembargadora Relatora Maria Lúcia Luz Leiria, Porto Alegre, RS, 24 de agosto de 2012.

⁵⁵ BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 485.174, Ministra Relatora Cármen Lúcia, Brasília, DF, 8 de maio de 2012.

aumento dos prazos de inelegibilidade para oito anos, ainda que a decisão já tenha transitado em julgado⁵⁶.

Ainda, nesse mesmo viés, quanto à irretroatividade da LC nº 135/2010, é o entendimento pacífico do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco (TRE/PE):

Ficou assente nesta Corte que a nova redação dada pela Lei de Ficha Limpa à LC nº 64/1990 não se aplica a fatos já consumados, ou seja, àqueles em que o indivíduo já cumpriu integralmente a pena. 2. Deve-se dar interpretação restritiva a dispositivos que limitem o gozo ou exercício de direitos do cidadão⁵⁷.

Nesse julgado, discutia-se se era possível a aplicação do novo prazo de inelegibilidade de oito anos, previsto na alínea *g* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990⁵⁸, a fato pretérito. O relator destacou que era entendimento assente do TRE/PE que as alterações feitas pela Lei da Ficha Limpa não se aplicavam a fatos já consumados, sobretudo, quando já cumprida a sanção de inelegibilidade, interpretando-se restritivamente esses dispositivos e expondo que

No caso dos autos, a decisão do TCE, que rejeitou as contas do recorrente, foi prolatada em 13.7.2004 (fls. 23), tendo transitado em julgado em 28.9.2004 (fls. 20). Como a antiga redação do art. 1º, *g*, da LC nº 64/1990 possuía um prazo de

⁵⁶ Nesse sentido, a seguinte decisão do TRE/RS: "A Lei Complementar nº 135/2010 alterou o prazo de inelegibilidade de 3 para 8 anos. Condenação transitada em julgado, resta evidenciada a inelegibilidade". BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Recurso Eleitoral nº 11.994, Desembargador Relator Silvio Ronaldo Santos de Moraes, Porto Alegre, RS, 16 de agosto de 2012.

⁵⁷ BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco. Recurso Eleitoral nº 51.878, Desembargador Relator José Fernandes de Lemos, Recife, PE, 29 de agosto de 2012.

⁵⁸ "g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;". BRASIL, Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.

inelegibilidade de 5 (cinco) anos, dita restrição ao *ius honorum* se exauriu em 28.9.2009⁵⁹.

Nesse diapasão, as seguintes decisões do TRE/PE, TRE/ES e TRE/MA, que entenderam pela impossibilidade de retroação da Lei da Ficha Limpa para aumentar o prazo de inelegibilidade para oito anos, ainda que em contraste com a decisão proferida pelo STF nas ADCs n^{os} 29 e 30 e na ADIn n^o 4.578:

ELEIÇÕES 2012. REGISTRO DE CANDIDATURA. RECURSO ELEITORAL. INELEGIBILIDADE. IRRETROATIVIDADE DA LC Nº 135/2010 QUE NÃO ALCANÇA OS QUE JÁ CUMPRIRAM INTEGRALMENTE A SANÇÃO. GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA, DO ATO JURÍDICO PERFEITO E DO DIREITO ADQUIRIDO. 1. O princípio da segurança jurídica impõe que a inelegibilidade acrescida pela LC nº 135/2010 não alcance fatos pretéritos, quando a sanção já tenha sido integralmente cumprida⁶⁰.

[...] Portanto, quando as contas do recorrente foram julgadas irregulares pelo TCU, o prazo de inelegibilidade previsto pela LC nº 64/1990 era de 5 (cinco) anos, sendo que esse período transcorreu completamente na data de 21.4.2010. Assim, entendendo que o mesmo não pode ser atingido pelas alterações trazidas pela LC nº 135/2010, que aumentou o prazo de inelegibilidade de cinco para oito anos, sob pena de violação aos princípios constitucionais da segurança jurídica, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito. 3. Diante do quadro, inadmissível a retroatividade máxima da lei para modificar a situação daqueles que, sob a égide da lei anterior, já não poderiam ser considerados inelegíveis⁶¹.

INCIDÊNCIA DO PRAZO DE INELEGIBILIDADE DE OITO ANOS INTRODUZIDO PELA LC Nº 135/2010. IMPOSSIBILIDADE. SOBERANIA DA COISA JULGADA. CUMPRIMENTO INTEGRAL DO PRAZO DE INELEGIBILIDADE DE CINCO ANOS FIXADO NO ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA G DA LC Nº 64/1990. SEGURANÇA JURÍDICA. PRECEDENTES DO TSE. CONHECIMENTO E

⁵⁹ BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco. Recurso Eleitoral nº 51.878, Desembargador Relator José Fernandes de Lemos, Recife, PE, 29 de agosto de 2012.

⁶⁰ BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco. Recurso Eleitoral nº 1.803, Desembargador Relator Luiz Alberto Gurgel de Faria, Recife, PE, 22 de agosto de 2012.

⁶¹ BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo. Recurso Eleitoral nº 28.616, Desembargador Relator Júlio César Costa de Oliveira, Vitória, ES, 16 de agosto de 2012.

PROVIMENTO. Inobstante a Lei Complementar nº 135/2010 seja plenamente aplicável às eleições de 2012, impossível o reconhecimento do prazo maior de 8 (oito) anos, uma vez que protegido pela soberania da coisa julgada⁶².

Ressalta-se, nessa linha, que o Ministro Marco Aurélio, no TSE, deferiu medida liminar em ação cautelar que visava atribuir efeito suspensivo a recurso especial eleitoral que reconheceu a retroatividade da LC nº 135/2010, impondo a inelegibilidade, pelo prazo de oito anos, de candidatos que haviam sido condenados, em AIJE por abuso de poder político em 2008, à inelegibilidade pelo prazo de três anos, expondo que:

Observem a organicidade e a dinâmica do Direito. Os autores não obtiveram, até aqui, pronunciamento favorável. Assim, a concessão de simples efeito suspensivo ao recurso especial não acarretaria utilidade. Sob o ângulo da eficácia suspensiva ativa, este Tribunal já se manifestou no sentido da inaplicabilidade da nova redação conferida ao inciso XIV do art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990 pela de número 135/2010 a fatos anteriores à alteração legislativa. Confirmam o Recurso Especial Eleitoral nº 485174, relatora Ministra Cármen Lúcia, sessão de julgamento de 8 de maio de 2012. A hipótese, tendo em vista o contido na redação anterior do aludido preceito, é de inelegibilidade por três anos. O período já transcorreu⁶³.

Desse modo, a coligação requerida na ação cautelar propôs reclamação constitucional⁶⁴ perante o STF (nº 14.055), alegando que a referida decisão liminar afrontava o decidido por este Tribunal no julgamento de constitucionalidade da LC nº 135/2010. O Ministro Ayres Brito, na época presidente do STF, deferiu a liminar para suspender a decisão do Ministro Marco Aurélio no sentido de que:

⁶² BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão. Recurso Eleitoral nº 1.480, Desembargador Relator Nelson Loureiro dos Santos, São Luís, MA, 26 de agosto de 2012.

⁶³ BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Ação Cautelar nº 46.583, Ministro Relator Marco Aurélio de Mello, Brasília, DF, 19 de junho de 2012.

⁶⁴ "Art. 156. Caberá reclamação do procurador-geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões." BRASIL, Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Maio_2013_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2013.

No caso, tenho por presentes os requisitos necessários à concessão da liminar. É que o Supremo Tribunal Federal pacificou a questão na sessão plenária de 16 de fevereiro de 2012 (ADCs nºs 29 e 30 e ADIn nº 4.578, da relatoria do Ministro Luiz Fux). E o fez para assentar que a LC nº 135/2010 se aplica a fatos anteriores, não havendo afronta à garantia de irretroatividade das leis (inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal)⁶⁵.

Noutro passo, em relação à eficácia da inelegibilidade em decorrência de decisões proferidas por órgão colegiado, os tribunais eleitorais entenderam que essa hipótese não violava o princípio da presunção de inocência, em consonância com o exarado pelo STF. Nesse sentido, a seguinte decisão do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina (TRE/SC):

3. A sentença condenatória proferida por órgão colegiado, nas hipóteses previstas na Lei Complementar nº 64/1990, é suficiente para tornar o candidato inelegível, a teor da interpretação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da constitucionalidade das hipóteses instituídas pela Lei Complementar nº 135/2010 (ADC nº 29, de 16.2.2012, Min. Luiz Fux)⁶⁶.

No aludido caso, candidato a cargo de prefeito, no município de Benedito Novo/SC, insurgia-se contra decisão que havia indeferido seu registro de candidatura em decorrência de condenação por órgão colegiado pelo crime praticado contra o meio ambiente, com base na inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea e, item 3, da LC nº 64/1990⁶⁷. Todavia, o TRE/SC manteve a decisão, afastando a alegação de que haveria violação aos princípios da não culpabilidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, ressaltando o entendimento assente do STF nesse sentido.

⁶⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 14.055, Ministro Relator Celso de Mello, Brasília, DF, 3 de junho de 2012.

⁶⁶ BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Recurso em Registro de Candidato nº 15.949, Desembargador Relator Eládio Torret Rocha, Florianópolis, SC, 20 de agosto de 2012.

⁶⁷e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: [...] 3. contra o meio ambiente e a saúde pública;". BRASIL, Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.

Esse também é o posicionamento adotado pelo TSE, sendo que, de acordo com o Ministro Henrique Neves, com a edição da Lei da Ficha Limpa, “não se exige mais a presença da preclusão máxima para a configuração da hipótese de inelegibilidade, bastando para tanto que a decisão tenha sido proferida por órgão colegiado”⁶⁸.

Portanto, a partir da análise desses julgados, resta claro que, mesmo com a existência de decisão do STF dotada de efeitos vinculantes, ainda não é uníssono o entendimento dos TREs, bem como dos próprios juízes eleitorais e, até mesmo, do TSE, acerca da aplicabilidade da LC nº 135/2010, sobretudo, quanto à sua retroatividade.

4. Considerações finais

Após o exame das ADCs nºs 29 e 30 e da ADIn nº 4.578, infere-se que o posicionamento adotado pela maioria dos ministros levou em consideração, mais do que a própria Constituição Federal, o clamor popular pela probidade e moralidade administrativa. Nesse viés, interpretaram-se extensivamente as alterações trazidas pela LC nº 135/2010 a partir da ótica da proteção da coletividade, ainda que contrariando a jurisprudência formada pela própria Corte Suprema, inclusive, os fundamentos jurídicos expendidos no Recurso Extraordinário nº 633.703, julgado em 23 de março de 2011, quanto à necessidade de observação e respeito à Lei Maior, sobretudo, quanto à segurança jurídica, veja-se trecho do voto do Ministro Luiz Fux:

A confiança é tão relevante que, além de contribuir para a duração de um sistema político, na sua ausência, qualquer sociedade entra em colapso. Ela é um dos mais elementares preceitos que todo o ordenamento jurídico deve observar. Nesse diapasão, cumpre a todo e qualquer Estado reduzir as incertezas do futuro, pois, segundo pontifica Richard S. Kay, “um dos mais graves danos que o Estado pode infligir aos seus cidadãos é submetê-los a vidas de perpétua incerteza”⁶⁹.

⁶⁸ BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 14.823, Ministro Relator Henrique Neves da Silva, Brasília, DF, 14 de fevereiro de 2013.

⁶⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 633.703, Ministro Relator Gilmar Mendes, Brasília, DF, 23 de março de 2011.

Assim, ainda que o STF tenha reconhecido que a LC nº 135/2010 não se aplicava ao pleito de 2010, menos de um ano depois, em 16 de fevereiro de 2012, reconheceu o caráter retroativo da mesma lei em detrimento de princípios e garantias assegurados constitucionalmente. Em que pese o nobre propósito da Lei da Ficha Limpa, em moralizar a administração pública quanto aos cargos eletivos, de acordo com o exposto no aludido recurso extraordinário do Ministro Luiz Fux, que deveria ter sido minimamente observado no julgamento de constitucionalidade dessa lei, “por melhor que seja o direito, ele não pode se sobrepor à Constituição”⁷⁰.

Referências

ANDRADE, Luiz Gustavo de. *A Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) e as alterações introduzidas na Lei das Inelegibilidades*. Disponível em: <<http://m.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/455058/>>. Acesso em: 10 set. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 13 maio 2012.

BRASIL, Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 8 dez. 2012.

⁷⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 633.703, Ministro Relator Gilmar Mendes, Brasília, DF, 23 de março de 2011.

BRASIL, Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 630.147, Ministro Relator Ayres Brito, Brasília, DF, 29 de setembro de 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, Ministro Relator Luiz Fux, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29, Ministro Relator Luiz Fux, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30, Ministro Relator Luiz Fux, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Informativo nº 17, Ano XV, 17-23 de jun. de 2013, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-informativo-tse-no-17-ano-xv>>. Acesso em: 30 ago. 2013

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Ação Cautelar nº 46583, Ministro Relator Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, Brasília, DF, 19 de junho de 2012.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 15510, Ministra Relatora Fátima Nancy Andrichi, Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2013.

BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral do Sergipe. Registro de Candidatura nº 154035 de 2010, Desembargador Relator Álvaro Joaquim Fraga, Aracaju, SE, 4 de agosto de 2010.

BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Registro de Candidatura nº 521976 de 2010, Desembargadora Relatora Luciana Diniz Nepomuceno, Belo Horizonte, MG, 4 de agosto de 2010.

BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Recurso Eleitoral nº 43016, Desembargadora Relatora Diva Prestes Marcondes Maleberi, São Paulo, SP, 14 de agosto de 2012.

BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Recurso Eleitoral nº 11994, Desembargador Relator Silvio Ronaldo Santos de Moraes, Porto Alegre, RS, 16 de agosto de 2012.

BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo. Recurso Eleitoral nº 28616, Desembargador Relator Júlio César Costa de Oliveira, Vitória, ES, 16 de agosto de 2012.

BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Recurso Eleitoral nº 43502, Desembargador Relator Marcos Roberto Araújo dos Santos, Curitiba, PR, 19 de agosto de 2012.

BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Recurso em Registro de Candidato nº 15949, Desembargador Relator Eládio Torret Rocha, Florianópolis, SC, 20 de agosto de 2012.

BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco. Recurso Eleitoral nº 1803, Desembargador Relator Luiz Alberto Gurgel de Faria, Recife, PE, 22 de agosto de 2012.

BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Recurso Eleitoral nº 2361, Desembargadora Relatora Maria Lúcia Luz Leiria, Porto Alegre, RS, 24 de agosto de 2012.

BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Recurso Eleitoral nº 58-81.2012.6.16.0081, Desembargadora Relatora Andrea Sabbada de Melo, Curitiba, PR, 25 de agosto de 2012.

BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão. Recurso Eleitoral nº 1480, Desembargador Relator Nelson Loureiro dos Santos, São Luís, MA, 26 de agosto de 2012.

BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco. Recurso Eleitoral nº 51878, Desembargador Relator José Fernandes de Lemos, Recife, PE, 29 de agosto de 2012.

BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo. Recurso Eleitoral nº 7198, Desembargador Relator Júlio César Costa de Oliveira, Vitória, ES, 30 de agosto de 2012.

BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. Recurso Eleitoral nº 16267, Desembargador Relator Luiz Roberto Ayoub, Rio de Janeiro, RJ, 4 de setembro de 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Juspodivm, 2009.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnoldo. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

A CONSTITUCIONALIDADE DAS DOAÇÕES DE PESSOAS JURÍDICAS A PARTIDOS POLÍTICOS E CAMPANHAS ELEITORAIS¹

THE CONSTITUTIONALITY OF CORPORATE DONATIONS TO POLITICAL PARTIES AND ELECTORAL CAMPAIGNS

DENILSON SCHMITT DOS SANTOS²

MARINA BURKO³

Resumo

Neste artigo, discutimos a constitucionalidade das doações de pessoas jurídicas aos partidos e às campanhas eleitorais com base na ADI

¹ Artigo recebido em 9 de janeiro de 2014 e aceito para publicação em 27 de janeiro de 2014.

² Servidor público federal e estudante de Direito do 5º ano da Universidade Federal do Paraná.

³ Servidora pública federal, especialista em gerenciamento de projetos pela Universidade Federal do Paraná.

nº 4.650, impetrada pelo Conselho Federal da OAB. Nosso objetivo é demonstrar os limites argumentativos factuais e de direito frente à difícil realidade do balanceamento das fontes de financiamento. Utilizamos uma abordagem metodológica do *empirismo* de David Hume, da *teoria institucional* de Neil Maccormick e do *realismo jurídico escandinavo* de Alf Ross. Concluimos que o STF não é o *locus* apropriado para tal discussão, mas sim o Parlamento, haja vista a declaração de inconstitucionalidade cerrar definitivamente o ainda embrionário debate sobre as fontes de financiamento.

Palavras-chave: Ação direta de inconstitucionalidade. Doações de pessoas jurídicas. Fontes de financiamento. Partidos políticos. Campanhas eleitorais.

Abstract

This paper discusses the constitutionality of corporate donations to political parties and electoral campaigns, based on ADI No. 4650. The petition was filed by the Federal Council of the Brazilian Bar Association. Our goal is to demonstrate the factual and argumentative limits of law against hard reality of balancing funding sources. For that, we resort to a methodological approach on David *Hume's* empiricism, Neil Maccormick's *institutional theory of law* and Alf Ross' *scandinavian legal realism*. We conclude that Supreme Court is not the appropriate locus for such discussion, but Parliament is preferred because the declaration of unconstitutionality definitely closes the still embryonic debate on funding sources.

Keywords: Direct action of unconstitutionality. Corporate donations. Funding sources. Political parties. Electoral campaigns.

1. Introdução

Conta Shakespeare que Antônio, procurando ajudar seu amigo Bassanio, contratou um empréstimo junto a Shylock, um usurário judeu. Shylock, como garantia da dívida, pediu uma libra da própria carne

do *Mercador de Veneza*. Após uma série de acontecimentos, Antônio, impossibilitado de pagar a dívida, se defrontou com o usuário no Tribunal e ali tentou evitar que lhe fosse cobrado o débito com um naco de carne que deveria ser arrancado do próprio corpo.

A dramaticidade do escrito shakespeariano nos revela uma antinomia entre o autointeresse e os ideais mais nobres de nossa sociedade. Esse paradoxo não é uma novidade para a Filosofia e não foi poucas vezes enfrentado. Nessa perspectiva, analisamos a temática da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.650 que tramita no Supremo Tribunal Federal (STF).

Em termos muito sintéticos, a ADI impetrada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) pede a inconstitucionalidade dos arts. 24 da Lei nº 9.504/1997 e 31 da Lei nº 9.096/1995, que dispõem sobre doações de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais e partidos políticos. Igualmente, pede que o Congresso seja instado a legislar sobre os limites dos recursos próprios dos candidatos e da contribuição das pessoas naturais na campanha eleitoral, sendo que, em não o fazendo, poderia o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) dispor sobre a questão.

As alegações da OAB, em termos fáticos, sugerem que a campanha eleitoral é viciada em função do poder econômico. A política é uma atividade necessária à democracia e cada vez mais há uma crescente dependência de recursos para que candidatos e partidos obtenham êxito em suas campanhas. A consequência disso é que os mais ricos têm mais influência sobre a política e, por conseguinte, sobre o Estado. Em especial, as *pessoas jurídicas* seriam indutoras de barganhas, procurando favorecimentos e corrupção. Afinal, como entidades artificiais, o que legitima a pretensão de participarem do processo eleitoral, ao modo das pessoas naturais?

Outro ponto fático é a aplicação de alíquotas como teto máximo para doação. Quem tem maior capacidade econômica doará mais do que aquele que tem menor. Para a OAB, melhor seria que o teto de doação fosse estabelecido em termos de valor e não em percentual sobre renda ou lucro.

As bases jurídicas contra todas essas iniquidades residiriam no princípio da igualdade, que estaria ferido de morte, pois haveria um franco favorecimento dos mais ricos em detrimento dos despossuídos e, por consequência, dos candidatos que se vinculam ao poder econômico. Isso contraria a necessidade de manter os interesses legítimos e opiniões em pé de igualdade.

Para a OAB, o princípio da democracia, de igual modo, não estaria sendo respeitado, uma vez que, em não havendo igualdade política, não prevalece a vontade da maioria. A classe política elegeria os interesses de seus doadores à frente do interesse social. Com isso, o princípio da República seria violado, já que práticas políticas e administrativas obliquas vão de encontro à imparcialidade exigida no zelo da coisa pública.

Assim, conclui-se pela necessidade do controle da constitucionalidade, ainda que não prevista em texto legal expresso, pois o que se examina é a norma que se abstrai do conjunto dos textos. Para a OAB, o STF, dada a sua imparcialidade, é o órgão que deve fazer corrigir tal distorção, afinal, não é possível deixar que “a raposa tome conta do galinheiro”, pois o Parlamento teria interesse na manutenção das leis como hoje estão.

2. A arte de pastorear

Platão (2005, p. 35) descreve um diálogo entre Sócrates e Trasímaco em que discutiam a arte do pastoreio. Um pastor, para que mereça tal denominação, cuida de suas ovelhas como um mister em si. Ele não visa engordar o animal para abatê-lo para um festim, pois, nesse caso, seria um glutão. Da mesma maneira, não o faz para vendê-las, pois, nesse caso, seria um vendedor. Sua arte é pastorear, independentemente de recompensas. Igualmente, quem é chamado a participar da política não deve pretender submeter os demais em proveito próprio, seja por dinheiro ou honras, mas trabalhar pelo bem comum simplesmente. Participar da coisa pública não deve ter como fim um ganho. Nisso consiste a arte, um fim em si mesma.

Mas no que se esteia a arte da política? No bem governar? Essa não parece ser a realidade. A ideia de política, no senso comum, traz

consigo uma carga negativa, em geral, conectada a comportamentos de desmandos, corrupção, vilipêndio da coisa pública e todo tipo de trapaças e embustes que vemos nos noticiários.

A Constituição e seus ideais democráticos seriam apenas formalidades, lufas de democracia que não interferem no processo de dominação e manutenção do *status quo*. Para Bandeira de Mello (1996, p. 41), “uma homenagem que o vício presta à virtude”.

A interferência do poder econômico, em especial do financiamento privado, não é problema novo nem exclusividade do Direito brasileiro, conforme veremos adiante.

3. Mais do mesmo

Após George Washington, o financiamento privado para campanhas eleitorais nos Estados Unidos sempre foi a regra. Na campanha presidencial de 1896, o candidato republicano William McKinley arrecadou de seis a sete milhões de dólares advindos, em especial, de contribuições de pessoas jurídicas. Segundo o International Institute for Democracy and Electoral Assistance (2003, p. 12), foi em 1907 que as contribuições de corporações foram proibidas na lei federal americana. A proibição atingiu os sindicatos em 1943. Além disso, relatórios sobre doações e gastos passaram a ser obrigatórios, contudo, nas eleições dos anos 1940 e 1950, todo esse aparato tinha pouco efeito prático. Somente com o escândalo do Watergate, em 1974, o Congresso americano adotou uma legislação mais consolidada e criou uma agência específica para supervisionar as operações financeiras de campanha.

Diferenciou-se o *hard money*, doações regulamentadas para as campanhas, do *soft money*, dinheiro doado indiscriminadamente aos partidos políticos por pessoas naturais, jurídicas e por sindicatos. O *soft money* é destinado à construção partidária, devendo o dinheiro ser investido em propagandas educativas para os eleitores. Não é possível gastar o *soft money* em propaganda que pede votos a candidato específico, mas é admissível descrever condutas ou posições de candidatos

adversários sobre determinadas leis que expliquem o quanto podem ser prejudiciais.

De forma oposta, a Suécia preferiu trilhar o caminho da autonomia partidária. Em troca da não regulamentação sobre questões de financiamento de campanha, os partidos fizeram um acordo voluntário, comprometendo-se a não aceitar doações de pessoas jurídicas, ao mesmo tempo em que tornam pública sua contabilidade.

No Brasil, adotamos um modelo misto de controle dos gastos de campanha. Estamos entre o chamado modelo do defensor do interesse público, praticado nos Estados Unidos por meio de sua agência supervisora (Federal Election Commission – FEC), e o modelo alemão da transparência, em que os partidos devem dar ampla divulgação de sua contabilidade.

O modelo brasileiro não impede a existência do chamado caixa 2. A dificuldade reside em operacionalizar tal proposta. Inicialmente, há falta de recursos humanos especializados para fazer uma fiscalização tão complexa. A Justiça Eleitoral acumula não apenas a função judicante, mas administrativa de preparar, administrar a eleição e ainda fiscalizar as contas eleitorais.

Também se deve considerar que os partidos políticos, embora nacionais, compõem-se de diversos diretórios regionais e municipais, cada qual apresentando sua própria contabilidade, sem responsabilidade solidária entre si.

Excluídos as capitais e os locais com maior desenvolvimento, que representam pouco mais de 200 municípios com mais 100 mil habitantes – num universo de mais de 5.500 em todo o Brasil –, nas demais localidades, é difícil para muitos filiados partidários efetivar a complexa burocracia contábil. Essa contabilização leva em conta não apenas o dinheiro recebido e despendido, mas também os recursos estimáveis em dinheiro, como usar carro particular para ir a uma reunião, emprestar um sítio para almoço de correligionários, entre outros que devem ser incluídos nas contas partidárias.

Não obstante esse quadro, as doações de pessoas jurídicas sofrem maior influxo de controle por meio das circularizações, bem como do batimento de dados com a Receita Federal. Nesse tipo de averiguação, em geral, apenas os mais incautos são flagrados por realizarem doações acima do limite. Trata-se mais da falta de conhecimento da lei do que o dolo propriamente dito. O dinheiro é declarado, diferentemente do caixa 2, que é descoberto quando um escândalo vem à tona, habitualmente, delatado por adversários ou por integrantes da própria agremiação partidária.

4. Fontes de doação

Conforme o International Institute for Democracy and Electoral Assistance (2003, p. 15), as fontes para suporte às eleições e atividades partidárias se dividem em: apoio popular, dinheiro interessado, subsídios públicos e fundos estrangeiros. No Brasil, atualmente, temos previsão para os três primeiros, sendo que o subsídio público se dá por meio do chamado Fundo Partidário, em geral, inexpressivo para as atividades partidárias regionais e municipais.

O balanceamento dessas fontes é uma questão difícil. O problema de eliminar uma ou outra e eleger essa ou aquela como principal via de financiamento é que isso sempre traz novos questionamentos. Por exemplo, optando pelo financiamento público em detrimento dos demais, sempre há o risco do excesso de gastos pelos partidos, do desperdício, dos escândalos que virão do uso desse dinheiro. Se, ao contrário, o financiamento público for insuficiente, a probabilidade de existir o caixa 2 aumentará.

O mesmo vale para os recursos obtidos por apoio popular. Partidos com eleitores pobres ou não engajados tendem a arrecadar menos do que aqueles partidos com eleitores mais ricos ou mais engajados.

Já a polêmica do dinheiro interessado jaz em sua motivação. Mas, antes de ampliar tal discussão, devemos nos acautelar para não enveredarmos pelo caminho do senso comum, acreditando que toda empresa

doa com fins de obter facilidade ou corromper o partido. Isso não é uma verdade.

Em toda atividade, há pessoas com e sem escrúpulos. Uma empresa pode querer doar porque as chances de um político vir a ganhar a eleição são bastante grandes, e deixar de atendê-lo pode significar dificuldades futuras para seus negócios. A demora na obtenção de licenças absolutamente legais é um exemplo.

Retardar de ofício um determinado ato pode implicar crime, mas o estabelecimento do litígio e o esgotamento das instâncias judiciais podem levar anos, e uma empresa precisa viver. Esse é um cálculo de custo-benefício que um empresário pode considerar no momento de decidir doar.

O que desejamos desvelar é o que Hume (2007, p. 36) denominou de raciocínio demonstrativo e raciocínio moral. O primeiro se refere a relações de ideias. Por exemplo, $2 + 2 = 4$. A verdade é autoevidente. Em todo e qualquer mundo, o resultado sempre será o mesmo. Já para o raciocínio moral, também chamado de provável, sua relação está com os fatos. Se se diz que o sol nasce às seis horas da manhã, só será possível saber se isso é verdadeiro ou falso, após esse horário.

O problema surge quando nem uma nem outra forma de raciocínio é aplicada. Explica-se: não é possível afirmar como verdadeiro que o sol nascerá às seis horas de amanhã pelo simples fato de que isso tenha ocorrido hoje. Ou seja, não se pode afirmar uma verdade ou falsidade no futuro com base no que aconteceu no passado. Esse não é um raciocínio lógico. Não passa de uma crença adquirida por um hábito.

Da mesma maneira, não se pode alegar que todo empresário doa porque deseja corromper ou influenciar algum partido, ou que todo político é corruptível. Ou, ainda, que o poder econômico é determinante na eleição. Não se quer dizer que isso não acontece, mas também não é correto afirmar que isso sempre ocorrerá.

É preciso deixar paixões e emoções de lado porque se trata de uma questão complexa. A solução óbvia para evitar a influência do

poder econômico é proibir as doações. Ora, se as pessoas em geral não se dispõem a doar aos partidos, e se proibindo as pessoas jurídicas de fazê-lo, a população aceitaria de bom grado o Estado como financiador principal?

5. Poder econômico e motivação jurídica

Sob a ótica jurídica, como pontuada pela OAB, as empresas são entes abstratos, sem a motivação que têm as pessoas naturais. Em certa medida, isso é uma verdade. Contudo, esse tipo de assertiva merece esclarecimento.

Afigura-nos difícil sustentar a desmotivação das pessoas jurídicas em uma base nua do Direito. As corporações podem ser abstrações legais, mas se compõem de pessoas que têm interesses legítimos aos olhos da Carta Constitucional. A motivação está no próprio ordenamento, traduzida em poder econômico. Conforme explica Ross (2000, p. 84),

Um ponto de vista realista não vê o Direito e o poder como opostos. Se por poder social entendemos a possibilidade de dirigir as ações de outros seres humanos, então o Direito é um instrumento de poder, e a relação entre os que decidem o que há de ser o Direito e os que estão submetidos a esse Direito é uma relação de poder. O poder não é alguma coisa que se posta “por trás” do Direito, mas sim alguma coisa que funciona por meio do Direito.

Ora, se consideramos que o poder econômico é exercido mediante a técnica do Direito e que o valor da livre iniciativa é princípio fundamental da República (art. 1º, inciso IV, da CR 1988), não se pode olvidar que a pessoa jurídica é um dos aparatos legais para o exercício desse poder. Isso é uma realidade e não pode ser ignorada. Por óbvio que tal exercício se condiciona ideologicamente por meio das normas.

Maccormick (1989, p. 191), citando Weinberger, explica que as normas são “objetos ideais”. Significa que elas existem por se acreditar nelas, e não por suas virtudes em si. Elas representam, assim, uma

determinada consciência jurídica e não são encontradas na leitura crua dos textos, mas na interpretação sistemática do ordenamento.

A questão que se põe, portanto, é quanto à possibilidade ou não de se realizar a defesa de legítimos interesses econômicos, no âmbito político, sob a proteção da técnica do Direito.

No caso, o argumento mais contundente, e contrário, situa-se no domínio da influência do poder econômico no processo eleitoral e estatal, o que feriria os princípios da igualdade, democracia e República. Vamos discutir essas questões na próxima seção.

6. Princípios como forma de decidir

Para a OAB, o princípio da igualdade é maltratado, pois nossa Constituição foi concebida para diminuir a desigualdade social. Logo, a igualdade é uma meta. O poder econômico influiria no processo eleitoral, uma vez que as chances de êxito dos candidatos estão condicionadas à divulgação de nome e imagem junto ao eleitorado, exigindo-se gastos expressivos para tanto.

Assim, o poder econômico se converteria em poder político, e haveria privilégios para esses interesses. A consequência disso é que os princípios da democracia e da República são assaltados, pois o interesse da maioria deveria prevalecer, mas o que ocorre é o oposto, prevalecendo o interesse dos mais ricos. A República (coisa pública) estaria ameaçada pelo patrimonialismo, pois já não existiriam limites entre o público e o privado.

Por tudo isso, no entendimento da OAB, o STF deveria declarar a inconstitucionalidade das leis que permitem o financiamento de pessoas jurídicas para campanhas e partidos, pois há necessidade de cultivar o princípio da proporcionalidade, que implica o Estado agir contra o excesso e, também, contra a deficiência da ação estatal para proteção de bens jurídicos.

Como vimos, quatro foram os princípios invocados pela OAB na pretensão da declaração de inconstitucionalidade das referidas leis. A imbricação dos fatos com tais princípios segue o discutido na seção 5, ou seja, os fatos podem se revelar tanto verdadeiros quanto falsos, em um sentido lógico e factual.

Deixando de lado a questão dos fatos, suscitamos a discussão da decisão exclusivamente à luz de princípios. Para Dworkin (2000, p. 6), os magistrados poderão decidir sob argumentos de princípio político, relativo a direitos políticos dos cidadãos, tomados individualmente, ou ainda sob argumentos de procedimento político, cuja decisão vise a um bem-estar geral ou de interesse público. O segundo caso nos parece o discutido na ADI.

O problema, explica Dworkin (2000, p. 100-101), é que, se aceitamos que a Suprema Corte do país toma decisões políticas importantes, “[...] que motivos, nas suas mãos, são bons motivos”(?). Em geral, as partes procuram alegar que uma decisão judicial é exigida porque há uma “intenção” constitucional naquele sentido. Também alegam o necessário policiamento dos processos democráticos, justamente para impedir que a democracia se evanesça.

Para o filósofo americano (2000, p. 101), julgamentos com base em intenções e processos não são uma boa forma de decidir. Os tribunais não deveriam julgar a partir de políticas com fins ao bem-estar geral. As decisões devem ser sobre princípios. Nesse sentido, extrairíamos da teoria substantiva da representação o princípio de que todos devem ser tratados de forma igual.

Aqui cabe uma distinção entre o racionalismo de Dworkin e o realismo jurídico de Ross. Tratar todos de forma igual é uma maneira de dizer nada. Pode-se afirmar que só haverá igualdade num processo eleitoral se as pessoas tiverem a mesma chance de participação e que isso implica não haver doações de pessoas jurídicas que desequilibram o pleito. Mas também é possível alegar que só haverá igualdade no processo eleitoral se todos os interesses das pessoas puderem ser representados, inclusive os que se referem ao poder econômico, e nessa medida é justa a doação de pessoas jurídicas.

Obviamente, o que se disse acima é uma abordagem simplista, mas demonstra que visões rivais podem ser argumentadas dentro do que se pretende como igualdade. Implica, portanto, admitirmos que, nesse nível de discurso, é impossível dizer ao certo o que é igualdade. Isso se complica quando a ideia de igualdade corresponde à de justiça, como formulada no século IV a.C. pelos pitagóricos, segundo Ross (2009, p. 312).

Por isso, para emprestar agudez ao significado, é preciso perguntar se podemos tomar a igualdade como absoluta: “[...] que todos, quaisquer que sejam as circunstâncias, deverão encontrar-se exatamente na posição que os demais (a cada um o mesmo)” (ROSS, 2009, p. 314). A resposta, obviamente, é não. Inclusive, isso vai contra a ideia de justiça. Um menor não poderá celebrar contrato; a pessoa casada tem deveres próprios diferentes dos solteiros. Cada qual tem um *status* jurídico diverso.

Então, o que resta é que a igualdade deve ser tomada em um sentido relativo. A única coisa que a igualdade encerra é que não se pode, de forma arbitrária e sem razão, prestar tratamento diferente do que se dá a outra pessoa. Não há nisso nenhum conteúdo que sugira correção, uma justiça certa.

Como bem colocado por Ross (2009, p. 318), “o conteúdo prático de exigência de justiça depende de pressupostos que são externos ao princípio da igualdade”. A igualdade, portanto, é mera aplicação de uma regra geral. Não se abstrai dela qual o conteúdo relevante que exige um tratamento igualitário. Tal conteúdo só pode advir de um pressuposto material.

Não se trata de um pressuposto qualquer, mas justificado em função de suas consequências práticas. Assim, pode-se falar que doações de pessoas jurídicas são indesejáveis porque proveem maiores chances a determinados candidatos, mas não se pode dizer que isso fere o princípio da igualdade. Não se devem confundir questões de ordem prática com a ordem legal.

Maccormick (1989, p. 184) sugere que o legalismo implica que problemas de regulamentações legais e controvérsias são resolvidos de acordo com regras predeterminadas, de considerável generalidade e clareza.

Em um Estado de direito, os atos de governo devem ser dirigidos por um comportamento da ética do legalismo. Não se trata de agir com base em planos morais ou valores políticos. As leis são “objetos ideais”, a justiça é, portanto, uma instância objetiva.

Dizer que uma lei é justa pressupõe que ela foi constituída de maneira regular, em conformidade com o Direito vigente. O problema é que o ordenamento não representa uma unidade. Em geral, é uma pluralidade de normas que nem sempre encontram validade entre si. Essa é uma questão empírica e não conceitual, como aclara Maccormick (2000, p. 43). Em última instância, implica dizer que regras e princípios são universais, mas as proposições normativas são meras generalidades. Por universal deve-se entender uma propriedade lógica em termos de justificação jurídica. Portanto, funcionam dentro de uma dicotomia de inclusão ou exclusão. Já a generalidade envolve a admissão de graus de diferença.

Não obstante, entre princípios e regras, estas últimas são mais específicas. Na escolha entre regras e princípios, na visão da ética do legalismo, as regras sempre devem ser preferidas, porque se conformam ao Estado de direito. A heteronomia, com suas vantagens, pode importar em um “pesado preço moral a ser pago”, diz Maccormick (2000, p. 48).

Para ele (2000, p. 51),

O direito positivo deve ser tratado pelas cortes como sendo de absoluta aplicação, de maneira a prevenir o indevido ativismo judicial que erode a supremacia da legislatura e, com isso, a legitimidade democrática do processo legal.

A dificuldade de compreensão do positivismo ético decorre da confusão que se faz com o formalismo, em que a preeminência do texto legal é absoluta. O que Maccormick propõe é algo diferente. A supremacia é da legalidade e não da lei em si. Um princípio, quando aplicado

a determinado caso, deve ser aplicado a outros semelhantes, da mesma forma as normas e os precedentes, bem como o puro texto legal. As pessoas precisam de certa previsibilidade para viver, e isso implica comportamento estatal comprometido com a legalidade, com o Estado de direito.

Em países como o nosso, de tradição no *civil law*, a distinção entre direito (*jus strictum*) e equidade é menos sentida do que nos países de *common law*. Segundo Ross (2000, p. 330), isso se dá por conta da atuação legislativa constante e pela maior liberdade de interpretação dos juízes. Direito e equidade não se opõem: a equidade faz parte do direito.

Aqui reside a controvérsia da ADI nº 4.650. Após anos de vigência, as leis que regulam o processo de doação são acoimadas de produzir graves lesões à democracia e à República. A petição tem por catapulta os princípios constitucionais mencionados. Não obstante, na própria Carta da República, em seu art. 14, § 9º, há texto expresso que prevê a regulação mediante lei complementar dos casos em que a influência do poder econômico deve ser combatida por meio da inelegibilidade.

O § 10 do mesmo artigo é mais claro e deixa patente que não se admitirá o abuso, sugerindo, por via implícita, que não é proibido o uso do poder econômico. Dessa maneira, conclui-se, com base no que desenvolvemos até o momento, que as leis e os textos constitucionais citados como guias devem ser aceitos com primazia sobre os princípios sugeridos.

Isso é condizente com a ética do legalismo e com o *jus strictum*. O Parlamento é o *locus* privilegiado da discussão popular e, portanto, as leis ali discutidas exigem especial deferência. Mas alguém pode lançar a discussão: e a equidade?

A equidade ocorre, segundo Ross (2000, p. 90),

[...] quando o direito cede diante das pressões do desejo moral de soluções adequadas aos casos concretos, e diminui sua objetividade conformando-se às *circunstâncias particulares*, falamos de moralização do direito ou de equidade em

oposição ao direito estrito (*strictum jus*). Com frequência o ajuste ou adequação ocorre simplesmente porque as regras do Direito prescrevem que o juiz se oriente pelos padrões morais correntes.

A cessão às pressões dessa ordem não pode ser leviana. As pressões devem ocupar um espaço congruente no ordenamento. No limite, se realmente se pretende um compromisso estrito com a igualdade, seria difícil fazer objeção a uma legislação ao estilo da Lei Falcão (Lei nº 6.339/1976), em que o currículo de cada candidato era lido na TV e toda propaganda era proibida.

Ademais, deve-se pensar em termos de consequências não apenas factuais, que correspondem a uma particularidade, mas judiciais. Caso a ADI nº 4.650 obtenha decisão favorável, fechar-se-ão de vez as portas para as fontes de doações interessadas. Isso implicará, fatalmente, a necessidade de financiamento público, pois é pouco provável que a população doe espontaneamente para os partidos e para a campanha eleitoral em quantidade suficiente.

Havendo impasse, o risco à democracia e à República será maior do que presentemente caso o financiamento não seja bastante, pois os partidos não terão como arcar com os custos de uma campanha ou tenderão a utilizar com mais intensidade o chamado caixa 2, criando uma crise moral e institucional em proporção bastante incômoda.

A questão é intrincada por um motivo simples: talvez o STF não seja o local apropriado para essa discussão na medida em que a decisão será do tipo tudo ou nada. A avaliação de constitucionalidade sempre carrega esse peso, e nos parece que o tema foi ainda pouco discutido na sociedade.

7. Conclusão

A ADI nº 4.650 contém a tese de que as leis que permitem as doações de pessoas jurídicas concorrem para a desestabilização dos princípios da democracia e da República por não atenderem ao princípio da igualdade de chances aos candidatos a cargos eletivos.

Fizemos duas reflexões em relação ao proposto: considerações de fato e de direito. Factualmente, não se pode imputar que toda pessoa jurídica doe porque pretenda corromper o partido. O poder econômico é reconhecido constitucionalmente e, portanto, tem aspirações legítimas e motivação para tanto. A questão é a delimitação de sua influência.

Na esfera do Direito, entretanto, não se pode imputar ao princípio da igualdade qualquer conteúdo que não aquele que lhe seja externo. A igualdade, para o Direito, só pode ter uma conotação objetiva em termos formais e relativa em termos materiais. No primeiro caso, requer-se uma aplicação da lei de acordo com suas disposições, enquanto, em termos materiais, a igualdade difere os sujeitos conforme os organiza na própria lei.

É nisso que consiste o Estado de direito, no atendimento à ética do legalismo, que não é sinônimo do formalismo puro. Trata-se de conduzir-se pela legalidade e não necessariamente pelo texto da lei. Contudo, entre princípios e leis, estas últimas são sempre preferíveis por serem mais específicas. Obviamente que sempre se pode julgar pela equidade, mas deve-se ter em conta que tal julgamento deve ocupar um espaço congruente e as consequências jurídicas precisam ser muito bem avaliadas.

No caso da ADI nº 4.650, nos toa que os textos constitucionais que tratam do tema específico merecem maior observação do que os alegados princípios. É que, no sentido que são tomados, uma pluralidade de argumentações é cabível – inclusive contrárias entre si. Isso é um problema, pois o julgamento da constitucionalidade de um tema sensível como esse leva a uma decisão de tudo ou nada, ou seja, na eliminação de uma das fontes de financiamento.

Por isso, o *locus* mais apropriado para a deliberação deve ser o Parlamento, inclusive em função das consequências jurídicas que essa decisão acarreta. Contudo, a ADI coloca-o sob suspeição. Por tudo o que foi exposto, em nosso entendimento, esse debate ainda é embrionário e qualquer decisão favorável à ADI envolverá reescrever o *Mercador de Veneza* sem Schylock, afirmando ser factualmente possível campanhas eleitorais conduzidas sem doações de recursos interessados dentro da legalidade.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Representatividade e democracia*. In: Direito Eleitoral/Coordenadores Cármen Lúcia Antunes Rocha; Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FEC. Federal Election Commission. Disponível em: <<http://www.fec.gov>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

HUME, David. *An enquiry concerning human understanding and other writings*. Editado por Stephen Buckle. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

IBGE. *Indicadores sociais municipais 2000*. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/tabela1a.shtm>. Acesso em: 15 dez. 2013.

IDEA. *Funding of political parties and election campaigns*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance. Org. Austin, Reginald e Tjernström, Maja. Estocolmo: Trydells Tryckeri AB, 2003.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *The ethics of legalism*. Ratio Juris, vol. 2, nº 2, julho de 1989, p. 184-193.

_____. *Ethical positivism and the practical force of rules*. In: *Judicial power, democracy and legal positivism*. Organizado por Campbell T. e Goldsworthy J. Aldershot: Dartmouth, 2000.

ONU. *A global survey on the cost of registration and elections*. Organização das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/democratic-governance/dg-publications-for-website/getting-to-the-core/Elections-Pub-Core.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

PLATÃO. *A república*. Livro I. 9. ed. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

SHAKESPEARE, William. *O mercador de Veneza*. Rio de Janeiro: José Aguilar, 1989.

CLÁUSULA DE DESEMPENHO E FORTALECIMENTO DOS SISTEMAS REPRESENTATIVO E PARTIDÁRIO NO BRASIL¹

PERFORMANCE CLAUSE AND STRENGTHENING OF THE REPRESENTATIVE SYSTEM AND PARTY SYSTEM IN BRAZIL

MARISA AMARO DOS REIS²

Resumo

O presente estudo trata da possibilidade da introdução de uma cláusula de desempenho no sistema jurídico brasileiro que estabeleça um número mínimo de votos que um partido político deve atingir para

¹ Artigo recebido em 7 de janeiro de 2014 e aceito para publicação em 20 de janeiro de 2014.

² Pós-graduanda em Direito Eleitoral e Direito Processual Eleitoral pela Escola Judiciária Eleitoral Paulista – TRE/SP. Advogada em São Paulo/SP. Editora e revisora de textos jurídicos.

conseguir uma vaga no Legislativo. Demonstra que a adoção da cláusula é meio eficaz de inibir a alta dispersão partidária e a proliferação das denominadas legendas de aluguel. Foram feitas pesquisas doutrinárias, análise de julgados pertinentes e um breve estudo do Direito comparado. Em conclusão, vê-se que a limitação, além de eficaz, é juridicamente possível, já que não ofende o princípio do pluripartidarismo prescrito na Constituição Federal, nem o tratamento isonômico devido às agremiações partidárias.

Palavras-chave: Cláusula de desempenho. Cláusula de barreira. Partidos políticos.

Abstract

The present study deals with the possibility of introducing a performance clause in the Brazilian legal system, establishing a minimum number of votes that a political party should achieve to obtain a vacancy in the Legislative Branch. The present paper demonstrates that the adoption of such clause is an effective way to inhibit the high partisan dispersal as well as the proliferation of the well-known “rental political parties.” Made doctrinal research, pertinent analysis of leading cases and a short study on comparative law. In the final analysis, is logical to conclude that the limitation effective. Furthermore it is legally possible, and does not violate the principle of multi-party system prescribed in the Federal Constitution, as well as does not violate the equal treatment to all the partisan groups.

Keywords: Accomplishment clause. Barrier clause. Political party.

1. Introdução

A atual crise de representatividade e o crescente descrédito com relação à política brasileira têm gerado debates sobre a necessidade de uma reforma política e eleitoral. Tanto nos meios acadêmicos quanto na sociedade em geral, surgem diversas propostas de alteração legislativa e, dentre elas, a introdução de uma cláusula de desempenho (ou de

barreira) que estabeleça um percentual mínimo de votos a ser atingido pelos partidos políticos nas eleições proporcionais para obtenção de vagas no Legislativo.

Em suma, as discussões em torno da adoção da cláusula envolvem o estudo da legitimidade de se limitar o pluralismo partidário em prol de uma melhor representação no Parlamento, garantindo, também, maior legitimidade às eleições proporcionais sem, no entanto, afrontar o princípio do pluripartidarismo inscrito no art. 17 da Constituição Federal.

2. Conceitos e distinções

A cláusula de desempenho pode ser conceituada como o mecanismo previsto em lei que estabelece um “patamar mínimo de votos que um partido necessita atingir para conseguir uma cadeira no Legislativo” (NICOLAU, 2012)³.

A denominação não se confunde com a chamada cláusula de barreira (ou de exclusão), uma vez que esta, mais limitadora, impediria a própria existência da agremiação que não atingisse tal percentual de votos.

Preferível, portanto, a primeira denominação, deixando para a expressão “barreira” apenas o seu sentido gramatical, como o obstáculo (percentual mínimo de votos) que precisa ser ultrapassado para que o partido político consiga uma vaga no Poder Legislativo⁴.

Assim, a cláusula objetiva, mais do que pura e simplesmente dificultar o acesso de pequenos partidos ao Legislativo, é um mecanismo

³ NICOLAU, Jairo. *Sistemas eleitorais*. 6. ed. São Paulo: FGV Editora, 2012.

⁴ Na conceituação de Alexandre de Moraes, “Cláusula de desempenho’ é o conjunto de normas jurídicas que estabelece um percentual ou número mínimo de apoio do eleitorado nas eleições para a Câmara dos Deputados (como, por exemplo, a previsão já existente do quociente eleitoral) como requisito essencial para o regular funcionamento parlamentar e gozo do direito à obtenção de recursos do Fundo Partidário e acesso gratuito ao rádio e televisão (‘direito de arena’) pelos partidos políticos, com a finalidade de garantir um controle qualitativo baseado na legitimidade e representatividade popular das agremiações partidárias para o fortalecimento da democracia representativa.”

de controle da quantidade (e qualidade) das agremiações partidárias mediante a exigência de um mínimo de representatividade e apoio nas urnas.

3. Breve histórico

a. Lei nº 1.164/1950, art. 148

O art. 148 do Código Eleitoral de 1950 elencava hipóteses de cancelamento do registro de partidos políticos e, em seu parágrafo único, previa que seria cancelado o registro do partido que, em eleições gerais, não satisfizesse “uma destas duas condições: eleger, pelo menos, um representante no Congresso Nacional ou alcançar, em todo o país, cinquenta mil votos sob legenda.”. Esse dispositivo, portanto, foi o primeiro a estabelecer uma cláusula de desempenho no sistema brasileiro.

Vale ressaltar que a previsão de norma limitadora durante o regime militar visava, principalmente, impedir o surgimento de partidos de oposição. Para Alexandre de Moraes, viria daí a ideia equivocada de que a cláusula seria, invariavelmente, antidemocrática (nesse sentido, cf. Alexandre de Moraes⁵).

b. Lei nº 9.096/1995, art. 13, e ADIs nºs 1.351 e 1.354

O art. 13 da Lei nº 9.096/1995 estabelecia a cláusula de desempenho ao determinar que tinha direito a funcionamento parlamentar, em todas as casas legislativas para as quais tivesse eleito representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados, obtivesse o apoio de, no mínimo, 5% dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos estados, com um mínimo de 2% do total de cada um deles.

⁵ MORAES, Alexandre de. *‘Cláusula de desempenho’ fortalece o sistema eleitoral*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-08/justica-comentada-clausula-desempenho-fortalece-sistema-eleitoral>>. Acesso em: 28 dez. 2013.

Durante a vigência da limitação, nas eleições de 2004, apenas sete partidos ultrapassariam a barreira e teriam, portanto, direito a funcionamento parlamentar, participação em 99% dos recursos do Fundo Partidário (em cotas proporcionais à votação obtida nas urnas), acesso gratuito às emissoras de rádio e TV (uma hora por semestre) e direito de presidir comissões no Congresso Nacional. Todos os partidos inscritos no Tribunal Superior Eleitoral dividiriam igualmente o 1% restante das verbas do Fundo Partidário e teriam direito a voz e a voto (RIBEIRO, 2006)⁶.

A lei criou, portanto, limites à representação das legendas que não superassem a porcentagem prevista na norma.

No entanto, o dispositivo foi alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs nºs 1.351 e 1.354) e, embora inicialmente o Supremo Tribunal Federal tenha negado o pedido de suspensão liminar de aplicação do art. 13, a decisão final da Corte foi unânime pela sua inconstitucionalidade (2006). A ação também apreciou a constitucionalidade de trechos da lei vinculados ao art. 13 (“princípio do arrastamento”)⁷.

À época, alegou-se, em suma, ser impossível submeter o funcionamento parlamentar às condições do período eleitoral, ou seja, ao desempenho de cada legenda nas urnas e, ainda, que a diminuição drástica no tempo de propaganda e da participação no Fundo Partidário ofenderia o princípio do pluralismo partidário prescrito na Constituição Federal.

c. Proposta de Emenda à Constituição nº 322/2009

Atualmente, encontra-se em tramitação a PEC nº 322/2009, que acrescenta um parágrafo ao art. 17 da Constituição Federal, para dispor sobre a cláusula de desempenho eleitoral, nos seguintes termos:

⁶ RIBEIRO, Renato Ventura. *Lei Eleitoral comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

⁷ A declaração de inconstitucionalidade abrangeu outros dispositivos da Lei nº 9.096/1995: a expressão “obedecendo aos seguintes critérios”, contida no *caput* do art. 41; incisos I e II do mesmo art. 41; art. 48; a expressão “que atenda ao disposto no art. 13”, contida no *caput* do art. 49, com redução de texto; *caput* dos arts. 56 e 57, com interpretação que elimina de tais dispositivos as limitações temporais neles constantes, até que sobrevenha disposição legislativa a respeito; e a expressão “no art. 13”, constante no inciso II do art. 57.

§ 5º Somente exercerão mandato de deputado federal, deputado estadual ou deputado distrital candidatos de partidos que obtiverem um por cento dos votos válidos, excluídos os brancos e os nulos, obtidos em eleição geral para a Câmara dos Deputados e distribuídos em, pelo menos, um terço dos estados, com o mínimo de meio por cento dos votos em cada um deles.

Consta da exposição de motivos assinada pelo então ministro da Justiça:

A definição de uma cláusula de desempenho busca o fortalecimento dos partidos políticos de respaldo ideológico e a redução drástica do chamado fisiologismo. A existência de um grande número de partidos políticos sem tais características reduz o exercício de seu verdadeiro papel no jogo democrático – servir de meio para a identificação imediata entre candidatos e programas ideológico-partidários –, dificultando, dessa forma, a assimilação de informações inerente ao processo eleitoral. Como bem apontou o atual presidente do STF, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em seu voto na ADI nº 1.351-3, a cláusula de desempenho pode, sim, ser compatível com nosso sistema constitucional, desde que pensada em proporções razoáveis e mantendo abertos os canais de participação necessários a todos os espectros da população. Assim, em que pese não serem válidas tentativas de asfixia dos partidos como a vedação do acesso aos recursos públicos nos casos de baixo desempenho, parecem-nos factíveis as vedações ao exercício de mandato parlamentar – o partido que não atingir a barreira prevista não elegerá representantes. A cláusula de desempenho ora proposta, em resumo, está em consonância com modelos que almejam garantir a governabilidade e a representatividade ideológica da sociedade em seu Parlamento, sem abrir mão do pluralismo político-ideológico inerente às sociedades contemporâneas como a brasileira. Com a inclusão da previsão constitucional de uma cláusula de desempenho de baixa exigência, nos termos acima assinados, mantém-se, em nosso ver, o pleno respeito pelo pluralismo político, ajustando-o à previsão também constitucional do caráter nacional de nossos partidos.

A proposta tramita em regime especial e, ainda que imperfeita, é razoável e representa mais um passo em direção à inclusão, no sistema brasileiro, de normas que, sem ferir os princípios

democráticos, restringem o acesso ao Legislativo de partidos sem representatividade significativa, mantendo, no entanto, o mínimo para a sua sobrevivência.

4. Possibilidade de introdução de cláusula de desempenho. Aprimoramento dos sistemas partidário e representativo

É plenamente legítima a adoção de uma cláusula de desempenho como forma de aprimoramento do sistema partidário e do sistema representativo nacional. A própria Constituição Federal permite a regulamentação do funcionamento dos partidos em seu art. 17, inciso IV: “[...] funcionamento parlamentar de acordo com a lei.”; e § 3º: “Os partidos políticos têm direito a recursos do Fundo Partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.”

E, apesar de o Brasil, na prática, não ter chegado a aplicar cláusula de desempenho propriamente dita, podemos dizer que a exigência de quociente eleitoral contém uma espécie de barreira que deve ser ultrapassada nas eleições para o Legislativo. O quociente eleitoral estabelecido nas regras sobre a representação proporcional (CE, arts. 106 a 111) serve como obstáculo que deve ser superado pelo partido para obtenção de vagas e, nem por isso, é inconstitucional.

Segundo o Tribunal Superior Eleitoral, há atualmente 32 partidos políticos registrados⁸. Um breve passar de olhos nos estatutos partidários leva a concluir que, em essência, cerca de oito deles compartilham a ideologia “trabalhista”; sete, a “socialista” ou “comunista”; dois, a “ecológica”; e os demais dividem cerca de apenas duas ou três ideologias, como “cristã”, “republicana” e “humanista”.

Se há, em suma, cerca de sete ou oito correntes político-ideológicas – não só no Brasil, mas em todo o mundo –, para que um país precisaria

⁸ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos>>. Acesso em: 2 jan. 2014.

de 32 legendas? Ou de outras mais que certamente surgirão devido à tendência atual de criação de novos partidos? Esse excesso só serve para gerar instabilidade no sistema político-eleitoral de qualquer país. A governabilidade fica extremamente prejudicada e não se consegue aprovar praticamente nenhuma proposta no Congresso Nacional e, menos ainda, reformas políticas ou eleitorais que dependem de um acordo entre cerca de 20 bancadas.

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

É inegável que o país atravessa uma crise de representatividade e credibilidade no sistema político como um todo. Há o entendimento pela população em geral – plenamente justificável – de que os partidos políticos vêm sendo utilizados como mero instrumento de defesa de interesses pessoais em detrimento de sua função constitucional. E que o resultado das urnas, principalmente no que diz respeito às eleições pelo sistema proporcional, é fruto de manipulação partidária e não da expressão da vontade popular.

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

Um Legislativo formado com alta dispersão partidária não propicia a governabilidade necessária, tendo em vista o elevado número de partidos ali atuantes, muitos deles sem representatividade alguma⁹, além de prestar um desserviço à própria democracia. Com menos partidos nas casas legislativas, mas dotados de efetiva representatividade, o “protagonista” da vida política tende a ser o partido e não os políticos.

⁹ José Afonso da Silva cita Virgílio Afonso da Silva, para quem “nosso quadro partidário não é fragmentado simplesmente porque espelha a fragmentação da sociedade. A sobrevivência de partidos políticos sem representatividade é, muitas vezes, garantida pelo sistema eleitoral”. (SILVA, José Afonso da. *A Constituição Brasileira e a reforma política*. In: *Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

Muito da fragilidade do sistema se deve ao fato de que, no Brasil, as eleições e, posteriormente, a composição das casas giram em torno da pessoa dos candidatos e não dos partidos políticos, hoje, em sua maioria, sem conteúdo ideológico bem definido e com conteúdo programático superficial e variável conforme os interesses de momento. Tal situação enfraquece, e muito, as próprias agremiações e, conseqüentemente, o exercício da representação e do mandato outorgado nas urnas.

José Afonso da Silva poderá, com razão, ponderar que uma das causas dessa situação é o fato de que o grau de institucionalização partidária no Brasil “sempre foi muito fraco” e que, assim, “o sistema partidário é instável e altamente fragmentado”:

Isso complica a governabilidade parlamentar, pois as relações do Poder Executivo com o Poder Legislativo acabam não sendo institucionais, mas sujeitas a um desgastante processo de negociação individual. [...] Por outro lado, a fragmentação partidária se caracteriza pelo elevado número de partidos com representação no Congresso Nacional, alguns com pequeníssima representação [...].

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

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

Igualmente, a formação de coligações em período eleitoral é feita e desfeita de toda maneira. As pequenas agremiações, por registrarem candidatura de personalidades conhecidas como “puxadores de votos”, são utilizadas como verdadeiras legendas de aluguel. Acabam, assim, conquistando vagas à custa de um só candidato ou por meio de alianças momentâneas, e não pela divulgação de programas de governo, propostas e ideais.

Uma vez no Legislativo, ficam prejudicados a distribuição e o equilíbrio das forças políticas responsáveis pelo andamento dos trabalhos e

projetos, desmoralizando ainda mais a já desgastada imagem das casas legislativas.

Portanto, o estabelecimento de uma cláusula de desempenho razoável, agora por meio de emenda constitucional, em nada fere o princípio do pluripartidarismo que, segundo seu significado maior, não implica multipartidarismo sem qualquer controle. Uma norma bem elaborada não prejudica a igualdade devida às agremiações, já que tratamentos diferenciados não são necessariamente contrários à Constituição; são, de fato, por ela permitidos.

Partidos bem organizados, programáticos e estruturados em ideologias definidas certamente ainda terão possibilidade de se manter, de se desenvolver e evoluir. A adoção da cláusula de desempenho, com a devida vênia às vozes em sentido contrário, não mina a possibilidade de operação dos pequenos – nem dos grandes – partidos, nem frustra a sua expansão futura. Tampouco fortalece os partidos dominantes, como pode parecer a princípio, mas sim aqueles mais programáticos, além de induzir os demais a buscar meios legítimos de conquista do apoio popular. Qualquer agremiação registrada, portanto, poderá continuar a divulgar suas ideias, registrar candidatos e participar das campanhas e dos pleitos.

De fato, diminuir a participação nos recursos do Fundo Partidário¹⁰ e no tempo gratuito no rádio e TV não significa impedir a criação de novos partidos ou a existência, manutenção e participação na vida política daquele que não ultrapassou a cláusula. E como já destacado, estimula-o a conquistar simpatizantes para que, em eleições futuras, conquiste as vagas que almeja, sem que para isso seja levado a contrair alianças cujo único interesse é angariar votos.

Ademais, a representatividade no Parlamento tem direta relação com os recursos financeiros que mantêm os partidos e o dinheiro

¹⁰ A Lei nº 12.875/2013 alterou as Leis nºs 9.096/1995 e 9.504/1997 com o intuito de inibir a criação de novos partidos políticos mediante a restrição do acesso aos recursos financeiros do Fundo Partidário e ao tempo de propaganda nas emissoras de rádio e televisão pelas novas legendas.

público, seja na forma de cotas do Fundo Partidário, seja na forma de propaganda eleitoral gratuita, e os financia. Com a limitação, buscar-se-ia aplicar a verba pública nos partidos efetivamente escolhidos pelo povo, propiciando, além de melhor funcionamento parlamentar, maior credibilidade ao sistema partidário nacional¹¹.

Ao negar a suspensão liminar do art. 13, o Supremo Tribunal Federal, ao menos nesse primeiro momento, acertou ao enfatizar que a cláusula de desempenho é “[...] mecanismo de proteção para a própria convivência partidária, não podendo a abstração de a igualdade chegar ao ponto do estabelecimento de verdadeira balbúrdia na realização democrática do processo eleitoral”.

É evidente que a aplicação do princípio do pluralismo partidário sem qualquer limitação tem gerado excessos. A existência de um número grande de partidos causa dificuldade na fiscalização da atuação das agremiações, gera o nascimento de partidos desprovidos de ideologia política e propicia a venda dos votos dentro do Legislativo. Logo, afeta o funcionamento da própria democracia¹².

¹¹ De fato, “[...] nada justifica a obrigatoriedade do contribuinte brasileiro sustentar inúmeras agremiações partidárias e seus respectivos dirigentes, por meio da distribuição dos recursos do Fundo Partidário a grupos sem qualquer representatividade e legitimidade, em face do diminuto número de votos obtidos nas eleições. Nada justifica, também, a invasão obrigatória que os brasileiros sofrem mensalmente em suas residências por meio do acesso gratuito ao rádio e televisão desses partidos políticos que não lograram o êxito mínimo nas últimas eleições em virtude do povo ter repudiado suas ideias por meio do sufrágio universal e do voto secreto.” (MORAES, 2013.)

¹² Como bem salientado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, “[...] nenhuma democracia é viável com 27 partidos”, dos quais muitos têm vida apenas em momentos eleitorais e se valem de verbas do Fundo Partidário e do horário gratuito no rádio e na TV. Dentre outras mudanças, aponta que é preciso “[...] criar uma cláusula de barreira razoável para excluir do cenário político as legendas de aluguel!”. E, sobre número elevado de partidos, reclama da falta de partidos fortes e de eleições em que sejam discutidas ideias, e não onde candidatos sejam vendidos como sabonetes. “São 27 agremiações, das quais muitas têm vida apenas em momentos eleitorais e se valem de verbas do Fundo Partidário e do horário gratuito no rádio e na televisão para os propósitos mais diversos, dificultando a governabilidade. [...] Os parlamentares podem explorar os espaços que o Supremo deixou quando julgou inconstitucional a cláusula de desempenho e procurar elaborar uma legislação que não ferisse os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Mas, a meu ver, pela manifestação do Supremo, isso teria que ser feito por emenda constitucional, e não por mera lei ordinária. Acredito que exista espaço para que o Congresso legisle de forma apropriada nesse sentido, para não alijar os partidos ideológicos e programáticos, os partidos tradicionais que historicamente tiveram um papel importante no país.”

Não há como prevalecer, portanto, o argumento de que qualquer norma limitadora de partidos políticos é inconstitucional por ofensa ao princípio do pluralismo partidário.

Em vários países com regimes democráticos há muito consolidados (alguns mais experientes que o Brasil no exercício da democracia), há meios de limitar a liberdade, inclusive de criação de partidos, estabelecendo maior força àqueles que tenham representatividade efetiva. Essas normas, evidentemente, não são inconstitucionais e foram estabelecidas sem desatender o princípio do pluripartidarismo.

Exemplificativamente, na França, o sistema eleitoral de listas fechadas nos distritos faz com que os partidos precisem de 5% dos votos para conquistar representatividade. Na Grécia, encontra-se uma das formas mais rígidas, onde só os partidos que obtiverem 17% dos votos válidos em nível estadual poderão participar da distribuição de cadeiras parlamentares. Na Itália, por sua vez, uma das mais brandas (300 mil votos em âmbito estadual, ou seja, 1% dos votos), também obtém representatividade o que eleger candidatos em pelo menos um distrito.

Na Alemanha, o sistema é misto, e a chamada cláusula de exclusão é composta de regras para os partidos e candidatos. O número de representantes de cada estado não é fixo, pois as eleições se dividem em duas partes: uma decidida por votação majoritária e a outra proporcional, variável conforme o comparecimento dos eleitores. Ali são desconsiderados os votos dos partidos que não receberem pelo menos 5% de votos nas eleições proporcionais e os que não elegerem candidatos em três distritos, no mínimo.

Na Suécia, a cláusula de barreira é formada por dois mecanismos que variam conforme o cargo pleiteado. Para os cargos públicos federais, percentual mínimo de 4% do total dos votos; contudo, se elegerem candidatos em pelo menos 12% dos distritos, também ultrapassam a cláusula de exclusão.

Na Espanha, deve-se atingir ao menos 3% dos votos válidos de cada circunscrição e, na República Tcheca, Polônia e Hungria, os percentuais variam entre 4% e 5% dos votos válidos¹³.

Dentre outros, em todos esses países, a cláusula de desempenho tem papel fundamental nos respectivos sistemas político-eleitorais que, ainda que imperfeitos, caminham de maneira a fortalecer o sistema democrático, desmotivando a criação e proliferação de legenda de aluguel e compra e venda de votos nos parlamentos.

Longe de ser a única solução possível para a crise de representatividade, a introdução de uma cláusula de desempenho no ordenamento jurídico brasileiro é, porém, necessária e um grande avanço em direção ao fortalecimento do próprio regime democrático nacional.

5. Conclusão

O grande número de partidos políticos com representação no Legislativo, muitos deles sem conteúdo ideológico e programático definido, leva a sua fragmentação, cuja principal consequência é dificultar a governabilidade, determinando a formação de coalizões instáveis que são alteradas e desfeitas conforme interesses de momento. Essa instabilidade institucional contribui para a atual crise de representatividade e problemas de governabilidade.

Certamente, é necessária e perfeitamente possível a adoção de uma cláusula de desempenho razoável que estabeleça um percentual mínimo de votos a ser alcançado pelo partido para conquistar cadeiras no Legislativo.

Ademais, a formação de coligações em período eleitoral para conseguir mais tempo nas emissoras de rádio e TV faz com que as decisões precisem ser debatidas por todos os partidos integrantes, gerando crise de identidade ideológica que, após o pleito, fatalmente gerará atritos nas votações.

¹³ Rev. Jur., Brasília, v. 9, n. 89, p. 1-22, fev./mar., 2008. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/revistajuridica>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

Diante desse quadro, a limitação do número atual e da criação de novos partidos mediante legislação adequada, ou mesmo a fusão de legendas de ideologias semelhantes, seria uma solução para barrar as alianças movidas por interesses individuais e as negociações invariavelmente decorrentes. Assim, com menos partidos, ainda que haja alianças, haverá bases aliadas menores, porém coesas em ideias e projetos, que atuarão melhor do que as atuais, extremamente dispersas e, pior, em constante atrito.

Essas inovações, juntamente com a instituição da cláusula de desempenho, inibirão a proliferação das legendas de aluguel e a formação de coligações desconexas que põem em total descrédito o sistema político nacional.

Referências

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CAGGIANO, Mônica Hermann Salém. *Direito Parlamentar e Direito Eleitoral*. 1. ed. Barueri: Manole, 2004.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Entrevista. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-06/entrevista-ricardo-lewandowski-presidente-tse>>. Acesso em: 29 dez. 2013.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Código Eleitoral interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. 'Cláusula de desempenho' fortalece o sistema eleitoral. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-08/justica-comentada-clausula-desempenho-fortalece-sistema-eleitoral>>. Acesso em: 28 dez. 2013.

NICOLAU, Jairo. *Sistemas eleitorais*. 6. ed. São Paulo: FGV Editora, 2012.

REIS, Márlon. *Direito Eleitoral brasileiro*. São Paulo: Alumnus-Leya, 2012.

RIBEIRO, Renato Ventura. *Lei Eleitoral comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA, José Afonso da. A Constituição brasileira e a reforma política. In: *Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. A reforma política e o regime jurídico dos partidos políticos. In: GUILHERME, Walter de Almeida; KIM, Richard Pae; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (coord). *Direito Eleitoral e processual eleitoral – Temas fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ESTADO FISCAL, DEVER
FUNDAMENTAL DE PAGAR
TRIBUTOS E IMUNIDADE
TRIBUTÁRIA DOS PARTIDOS
POLÍTICOS: REAVALIANDO A
MENS LEGIS CONSTITUCIONAL¹

FISCAL STATE, FUNDAMENTAL DUTY OF
PAYING TRIBUTES AND TRIBUTARY IMMUNITY
OF THE POLITICAL PARTIES: REEVALUATING
THE CONSTITUTIONAL MENS LEGIS

VOLGANE OLIVEIRA CARVALHO²

¹ Artigo recebido em 6 de janeiro de 2014 e aceito para publicação em 17 de janeiro de 2014.

² Mestrando do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão. Professor dos cursos de Direito do Instituto Camillo Filho e da Faculdade de Tecnologia do Piauí.

Resumo

A Constituição brasileira de 1988 materializou uma ruptura institucional formalizando a transição entre o regime autoritário iniciado em 1964 e a democracia. No campo tributário, a inovação mais notável foi a clara adoção, pelo legislador constituinte, de um modelo de Estado fiscal que tem por características mais notáveis a redução da participação estatal na seara econômica, a concentração de demandas sociais como responsabilidade do Estado e, por fim, a consolidação dos tributos como fonte principal de financiamento estatal. Os tributos como fonte de financiamento estatal servem ao financiamento dos direitos fundamentais, e seu pagamento precisa ser visto como dever legal de todos, inclusive, como decorrência lógica do princípio da solidariedade fiscal. Considerando essa realidade e passados 25 anos da Constituição, é chegado o momento de reavaliar as imunidades constitucionais, especialmente no que diz respeito aos partidos políticos, uma vez que, em um regime democrático consolidado como o brasileiro, essa benesse acaba sendo desvirtuada. O presente artigo pretende observar essa realidade, com foco especial na análise da (im)pertinência da imunidade tributária referente aos partidos políticos. Para atingir tal intento, será realizada revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Estado fiscal. Imunidade tributária. Partidos políticos.

Abstract

The Brazilian Constitution of 1988 materialized an institutional rupture formalizing the transition between the authoritarian regime initiated in 1964 and the democracy. On the tributary field the most remarkable innovation was the clear adoption by the constitutional legislator of a Fiscal State model which has as the most notable characteristics the reduction of state participation in the economic area, the concentration of social demands as State's responsibility and, finally, the consolidation of tributes as main source of state funding. The tributes as main source of state funding serve to the funding of fundamental rights and their payment needs to be seen as everyone's legal duty, including, as a logical consequence of the fiscal solidarity principle. Considering this reality,

and after 25 years of the Constitution, the time has come to reevaluate the constitutional immunities, especially with regard to political parties, since in a consolidated democratic regime such as the Brazilian one, this benefit ends up being distorted. The current article intends to observe this reality, with special focus on the analysis of the (im)pertinence of tributary immunity regarding the political parties. To reach such intent, will be carried out a bibliographic review.

Keywords: Fiscal State. Tributary immunity. Political parties.

1. Introdução

A atividade fiscal do Estado tradicionalmente foi associada à arrecadação de recursos com o escopo de fazer frente à necessidade de manutenção dos gastos públicos (e/ou dos governantes). Contemporaneamente, essa visão tornou-se muito simplista e, por via de consequência, acabou superada praticamente em sua inteireza com a emergência das teses que relacionam os tributos ao custeio dos direitos fundamentais e à consolidação de um modelo de Estado democrático de direito. É certo, ademais, que as escolhas fiscais realizadas pelo Estado influenciam sua configuração e contribuem para a construção de uma cultura de direitos.

Nesse sentido, o desenvolvimento desses conceitos tem-se protraído no tempo e, regra geral, guia-se em larga medida pelas necessidades sociais. O Brasil adotou, com a Constituição Federal de 1988, um modelo de Estado fiscal. Tal posicionamento acarretou inúmeras modificações nas estruturas de governo, auxiliou no desenvolvimento de políticas públicas de concretização dos direitos sociais e, concomitantemente, alçou os tributos à dignidade de fonte de financiamento estatal por excelência, reduzindo, por exemplo, consideravelmente as empreitadas do Estado na seara econômica.

Outra consequência do Estado fiscal, associada nitidamente à adoção do princípio da solidariedade como objetivo da República Federativa do Brasil, é a necessidade de realizar um debate profundo acerca dos critérios de fixação das limitações ao poder de tributar do Estado

que foram encampados pelo legislador constituinte de 1988. Tal debate é especialmente necessário e atual no que diz respeito às imunidades tributárias aos partidos políticos.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende historiar a evolução conceitual dos modelos de financiamento estatal, com atenção diferenciada para o paradigma do Estado fiscal. Além disso, discutirá a existência de um dever legal de pagar tributos e, na mesma toada, a (des) necessidade de revisão da imunidade concedida aos partidos políticos no atual quadrante da história nacional.

2. Da antiguidade ao Estado minimalista fiscal: primeiros passos de uma longa jornada

Já se passaram quase dois milênios desde a célebre frase do imperador Vespasiano: *pecunia non olet*. Nesse ínterim, a história tributária das nações avançou surpreendentemente, mantendo uma relação dúbia com os modelos de Estado vigentes, ora gerando forte influência sobre ele, ora adaptando-se rapidamente às suas necessidades.

Os estados, mesmo na sua forma mais incipiente e ainda que não pudessem sequer ser compreendidos como tal, sempre perceberam a necessidade de garantir rendas constantes para suprir as necessidades mínimas de seus cidadãos e gestores. Sem recursos financeiros, qualquer nação está fadada ao fracasso ou à dominação por outros povos economicamente mais vigorosos.

Na antiguidade, embora já existissem mecanismos eficazes de arrecadação tributária, ainda não havia um modelo estatal baseado nessa fonte de renda, mesmo porque ele jamais foi uma unanimidade entre as diferentes civilizações antigas. Isabelle Arruda Moreira e Noel de Oliveira Bastos (2012, p. 124) informam que:

Os cidadãos romanos (patrícios) não eram obrigados a pagar tributos, mesmo que o Estado fizesse pressão para que isso ocorresse, sendo justificado como uma honra para

os cidadãos; porém não foram aceitos devido à concepção humilhante, dessa forma, os tributos recaíam sobre os clientes, plebeus e escravos.

Essa realidade, guardadas as devidas proporções, repetia-se na Grécia e no Egito. Isso decorre, em parte, do fato de, nesse período histórico, haver outra valiosa fonte de capitalização: os espólios de guerra. A retirada de bens dos inimigos conquistados foi uma das mais difundidas e eficientes fontes de financiamento de grupos sociais organizados até as portas da Idade Média. Além disso, a tributação era majoritariamente aplicada aos povos colonizados.

No medievo, a tributação era esparsa e ocorria conforme o desejo e as necessidades de cada um dos senhores feudais. Não havia padrões previamente estabelecidos e os tributos não eram materializados apenas monetariamente, mas também em utilidades³. Além disso, não geravam qualquer contraprestação por parte do senhor feudal, vez que se destinavam unicamente a incorporar-se ao seu patrimônio. Na realidade, o regime feudal baseava-se em uma relação de troca em que a posse da propriedade imóvel era o suficiente para embasar toda espécie de exploração econômica.

A derrocada definitiva do modelo feudalista decorreu do somatório de uma série de fatores que formaram uma amálgama com poder destrutivo e sepultaram o regime político e econômico da Idade das Trevas. Um dos mais destacados elementos desse processo foi o surgimento dos primeiros estados nacionais.

Na infância de sua evolução, o Estado era eminentemente personalista, consagrando em sua plenitude parâmetros próximos do modelo absolutista. O monarca era o soberano máximo e todo o patrimônio estatal era propriedade sua. Os reis, em certa medida, aparentam ser como senhores feudais que potencializaram seu poder e ampliaram

³ Conforme Marina Vitório Alves (2011, p. 215): “Na Idade Média, havia a cobrança de vários tributos pelos senhores feudais, tais como a corveia (os servos eram obrigados a trabalhar de 3 a 4 dias nas terras do senhor feudal sem cobrar nada) e a talha (entregar metade da produção ao senhor feudal)”. Como o padrão monetário ainda era incipiente no medievo, o pagamento em utilidades era, em grande medida, mais valioso para o senhor feudal.

exponencialmente suas propriedades. Nessa senda, a tributação tinha como uma de suas mais valorosas finalidades o financiamento dos deleites do governante.

Estava-se diante da consolidação do Estado patrimonial caracterizado basicamente por: a) governo autoritário; b) ausência de diferenciação entre o patrimônio público e o patrimônio do monarca; c) inexistência de direitos fundamentais; d) cobrança de tributos de modo incipiente.

No modelo patrimonial do Absolutismo, o Estado era considerado patrimônio pessoal do governante e o exercício da soberania decorria da propriedade da terra. O tributo ainda não havia ingressado plenamente na esfera da publicidade, sendo apropriado de forma privada, como resultado do exercício da *jurisdictio* e, de modo transitório, sujeito à renovação anual. Os príncipes buscavam satisfazer as necessidades do Estado na base da administração dos seus patrimônios próprios que, em verdade, se confundiam com os patrimônios comuns da res publica. (BATISTA JUNIOR, 2011, p. 309.)

O modelo patrimonialista criou uma bolha de luxo nas cortes europeias e estimulou a tributação desbragada das colônias e das classes sociais que não pertenciam à tríade elitista formada por realeza, clero e nobreza. O fortalecimento da burguesia e sua união temporária e interesseira com as massas excluídas propiciaram a queda do regime absolutista e a ascensão de um regime liberal.

As revoluções que promoveram a queda dos governos absolutistas lutavam pela consagração de um núcleo de direitos baseados na liberdade, ou seja, buscavam a existência de um Estado abstencionista, que não interviesse na vida das pessoas nem mesmo na seara econômica.

Iniciava-se, então, uma nova fase com o fortalecimento de um modelo tributário minimalista, concretizador dos interesses mais imediatos dos burgueses, os grandes vitoriosos dos movimentos revolucionários, e que, em sua ampla maioria, eram comerciantes.

Inicialmente, esse modelo de Estado dispõe de uma postura minimalista, onde foi dado acento à tendência tributária, na

qual os tributos seriam cobrados a critério de arrecadação, com fulcro apenas de solver as “poucas” necessidades com os gastos estatais. Assim, ao menos ideologicamente, apregou-se a neutralidade estatal frente à cobrança tributária, buscando conciliar a mínima intervenção na alocação dos recursos da economia, para evitar-se diminuição e restrição do bem-estar. (MOREIRA; BASTOS, 2012, p. 128.)

Nesse período histórico, o gasto público ainda era relativamente baixo e persistiam importantes fontes de financiamento estatal como o comércio marítimo e a exploração das novas colônias do Novo Mundo. Além disso, é importante sublinhar que os direitos conquistados pelas revoluções do século XVIII, mesmo que de cunho eminentemente abstencionista, certamente implicaram custos, dada a necessidade da existência de uma estrutura estatal mínima para assegurá-los (Poder Judiciário, *v.g.*), contudo, tais custos não foram desmesurados, visto que parte dessa estrutura já era preexistente e foi apenas adaptada à nova realidade.

3. Do Estado social ao Estado fiscal: consolidação de um modelo

No período abrangido pelo final do século XIX e os primórdios do século XX, iniciou-se um forte movimento de renovação da sociedade. Essa dinâmica de inovação decorreu, em parte, da Revolução Industrial, que propiciou avanços na atividade produtiva que redundaram no crescimento das cidades e no surgimento de um importante e engajado grupo social: os operários.

Os avanços econômicos e tecnológicos não foram acompanhados de um adequado desenvolvimento humano. As fábricas funcionavam em condições insalubres de trabalho e as jornadas eram extenuantes; mulheres, idosos e crianças não tinham respeitada sua condição física e eram igualmente explorados. Esse quadro gerou uma série de insatisfações catalisadas em inúmeros movimentos sociais que buscavam o reconhecimento de novos direitos. A atividade silente do Estado não era mais suficiente. Passava-se a exigir uma ação mais proativa com a realização de novos programas e uma atuação efetiva para melhorar as condições de vida da população.

Esse movimento ganhou força com o reconhecimento de direitos sociais pelas constituições do México (1917) e de Weimar (1919), mas certamente atingiu seu ápice com o fim da Segunda Guerra Mundial e o desenvolvimento do modelo de Estado de Bem-Estar Social. “Para o *Welfare State* não basta assegurar a existência de direitos num plano meramente formal, sendo imperiosa a materialização dessas prestações a partir do intervencionismo na vida privada”. (DOSSENA JÚNIOR, 2012, p. 263.)

O reconhecimento de tais direitos implicou vultosos custos, e o Estado, envolvido na garantia desses, passou a participar ativamente do cenário econômico com a criação de empresas prestadoras de serviços públicos e a tributação se fortaleceu como fonte de renda para o Erário público.

O aumento progressivo no rol de direitos fundamentais que necessitam de intervenção efetiva do Estado para a sua concretização foi responsável por catapultar os gastos públicos em muitos países, chegando-se a um estrangulamento fiscal em meados das décadas de 1970 e 1980.

Nesse período histórico, o modelo social deu claras demonstrações de que agonizava e ressurgiram as ideias liberais anteriormente recolhidas, apresentadas sob nova roupagem por líderes carismáticos como a primeira-Ministra britânica Margaret Thatcher e o Presidente americano Ronald Reagan.

O modelo neoliberal reviveu antigos dogmas, estimulando a atividade abstencionista do Estado. Prova disso é uma de suas maiores bandeiras: a privatização das empresas públicas prestadoras de serviços criadas no período do Estado social com o fito de, a um só tempo, diminuir os custos e amealhar recursos para o custeio da despesa pública. Eis a gênese do Estado fiscal.

No Estado fiscal, vislumbraram-se mudanças econômicas e políticas sem precedentes históricos consubstanciadas, primeiramente no desfazimento patrimonial do Estado no sentido de liquidação de imóveis principalmente. O Estado fiscal reestruturou o modo de produção (capitalista) e erigiu o

tributo como sua fonte de renda exclusiva e, também, como um dever dos cidadãos. (DANELI FILHO; PILAU SOBRINHO, 2009, p. 10.927.)

Com o processo de privatização, os tributos foram alçados pela primeira vez à condição de principal fonte de financiamento do Estado, o que redundou, por via de consequência, em um aumento exponencial da carga tributária⁴.

Tratando sobre a crise do modelo fiscal, José Luis Bolzan de Moraes (2011, p. 45) afirma:

Para superar essa situação, duas perspectivas principais são apontadas: aumento na carga fiscal ou redução de custos via diminuição da ação estatal. Há, também, quem sugira, diante de certas situações paradigmáticas, a extensão da incidência tributária via aumento da faixa de contribuintes. Ou seja, conjuga-se o aumento da tributação seja pelo crescimento das alíquotas, seja pela quantificação subjetiva do papel de agente passivo da relação tributária [...].

É possível delimitar as linhas mestras do Estado fiscal nos seguintes termos: a) diminuição do tamanho do Estado com a redução de sua participação direta na economia mediante a privatização de empresas públicas e consolidação do modelo da livre iniciativa; b) consolidação dos tributos como fonte por excelência de manutenção do Estado; c) concentração das demandas sociais sob a responsabilidade do Estado, diminuindo ou esvaziando a ação privada.

4. Do dever fundamental de pagar tributos

O fortalecimento do Estado social no período posterior à Segunda Guerra Mundial desaguou em um aumento exponencial do rol de direitos fundamentais consagrados pelas constituições de países democráticos, inicialmente na Europa no período pós-guerra e, posteriormente, nos países da América Latina em meados da década de 1980.

⁴ Segundo Antonio Carlos Diniz Murta (2005, p. 2): "Percebe-se, claramente, que, no último decênio, não importando qual seja o governo de plantão, renovando-se a sanha fiscal a cada novo presidente da República, a carga tributária brasileira tem crescido a taxas consideradas exageradas tanto pelo setor produtivo como pelo cidadão comum".

A maioria desses direitos era de cunho prestacional e, por isso, acabou resultando na criação de novos custos para o Estado, como mencionado alhures. A adoção do modelo fiscal de financiamento da administração resolveu em parte o déficit sem desvencilhar-se drasticamente do ideário do Estado social.

A crise do Estado social no Brasil decorre da necessidade de realizar uma adequação do modelo fiscal adotado pela Constituição de 1988. Ao mesmo tempo em que o legislador consagrou o maior rol de direitos fundamentais de toda a história constitucional nacional, também cuidou de insculpir, com menor estardalhaço, entre os objetivos da República, a construção de uma sociedade solidária⁵.

A solidariedade é um dos pilares do novo modelo fiscal, que deve ser adotado a fim de que se consiga suportar o financiamento dos direitos fundamentais. Nesse quadrante, é lúcido falar na existência de um dever constitucional de pagar tributos. A tributação não pode ser compreendida apenas como parte do poder estatal de criação livre de gravames, mas sim como a contraprestação da sociedade para a manutenção de um regime democrático.

José Casalta Nabais (2007, p. 164) resume a questão:

Voltando-nos agora para os custos dos direitos, podemos dizer que, como acabamos de ver, qualquer comunidade organizada, mormente uma comunidade organizada na forma que mais êxito teve até ao momento, na forma de Estado moderno, está necessariamente ancorado em deveres fundamentais, que são justamente os custos *lato sensu* ou suportes da existência e funcionamento dessa mesma comunidade. Comunidade cuja organização visa justamente realizar um determinado nível de direitos fundamentais, sejam os clássicos direitos e liberdades, sejam os mais modernos direitos sociais.

⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II – garantir o desenvolvimento nacional;
III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 2012, p. 129.)

Considerando que a interpretação do texto constitucional não pode ser realizada a prestações, há que se buscar a *mens legis* na sua totalidade. Nesse sentido, o fato de o legislador constitucional indicar os primeiros passos para a adoção de um modelo de Estado calcado na solidariedade implica efeitos evidentes na seara tributária. A construção e consolidação de um Estado democrático de direito implica respeito integral aos direitos fundamentais, o que emerge como direito e dever da coletividade. Dessa construção, decorre o dever de financiamento coletivo do sistema de direitos e garantias mediante o pagamento de tributos.

Nesse quadrante, Ricardo Lobo Torres (2010, p. 375) agrega todos esses valores para elaborar um conceito contemporâneo de tributo:

Tributo é o dever fundamental, consistente em prestação pecuniária, que, limitado pelas liberdades fundamentais, sob a diretiva dos princípios constitucionais da capacidade contributiva, do custo/benefício ou da solidariedade do grupo e com a finalidade acessória de obtenção de receita para as necessidades públicas ou para atividades protegidas pelo Estado, é exigido de quem tenha realizado o fato descrito em lei elaborada de acordo com a competência específica outorgada pela Constituição.

Assim, consolida-se a ideia de que existe um dever de pagamento dos tributos pelos cidadãos em decorrência, entre outras coisas, do princípio da solidariedade, e tal pensamento já atinge, inclusive, o próprio conceito de tributo.

5. O caso da imunidade tributária dos partidos políticos

A Constituição de 1988 manteve parte da sociedade infensa à cobrança de tributos, ou de alguns tributos, com o estabelecimento de limitações ao poder de tributar do Estado. No rol de proibições, acha-se a imunidade ofertada aos partidos políticos. Está, portanto, o Estado, proibido de instituir impostos de qualquer natureza que tenha relação com o patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos (art. 150, VI, c).

a. Etiologia da imunidade tributária aos partidos políticos

A imunidade aos partidos políticos tem por objetivo fomentar a democracia e o livre desenvolvimento de agremiações políticas no Brasil, concretizando, igualmente, mais um dos fundamentos da República previstos pelo legislador constituinte: o pluralismo político (art. 1º, V).

A ação do constituinte originário certamente é louvável. A nova Constituição foi forjada em um ambiente em que ainda era possível respirar os resíduos de duas décadas de ditadura militar e autoritarismo político. Os partidos políticos ainda estavam se reestruturando depois de anos de proibição e ilegalidade, buscavam legitimar-se socialmente e, para tanto, precisavam de estímulos para sua organização e penetração pelo país. A afirmação de um regime com variados partidos era parcela importante do processo de consolidação do (re)nascente modelo democrático brasileiro.

Em 1997, com a promulgação da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1997), foram definidos, entre outras coisas, a estrutura e os componentes do Fundo Partidário (art. 38)⁶ e autorizada a recepção de doações de pessoas físicas e jurídicas pelos organismos partidários (art. 39)⁷.

Os partidos passaram, então, a usufruir de um azeitado modelo de financiamento público e privado que leva milhões de reais aos

⁶ Art. 38. O Fundo Especial de Assistência Financeira aos partidos políticos (Fundo Partidário) é constituído por:

I – multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas;

II – recursos financeiros que lhe forem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual;

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

IV – dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995. (BRASIL, 2012, p. 313.)

⁷ Art. 39. Ressalvado o disposto no art. 31, o partido político pode receber doações de pessoas físicas e jurídicas para constituição de seus fundos. (BRASIL, 2012, p. 314.)

seus cofres⁸. Com isso, a máquina partidária firmou-se no Brasil com uma capilaridade invejável, manifesta pela presença de legendas em todos os municípios brasileiros, o que contribui para o enraizamento da cultura pluripartidária e democrática no país.

Sob outra perspectiva, o estímulo financeiro às agremiações partidárias produziu, também, efeitos deletérios externalizados pela criação de dezenas de partidos sem ideologia nitidamente definida e, portanto, desprovidos de compromissos institucionais, postura que acaba por enfraquecer a democracia, especialmente no Parlamento, órgão de debate dos grandes temas de interesse público⁹.

Esse triste quadro parece consolidado, haja vista a quantidade imensa de partidos que periodicamente apresentam solicitações de registro ao Tribunal Superior Eleitoral¹⁰. O portento dos cofres das agremiações políticas acabou por configurar-se como a glória e agonia do regime partidário brasileiro.

Como mencionado anteriormente, a Constituição de 1988 foi construída em um ambiente que buscava a consolidação das instituições democráticas e adotou como um dos mecanismos para alcançar tal fim o fortalecimento dos partidos políticos, inclusive, com o reconhecimento de estímulos tributários. Um quarto de século depois, é indubitável que a democracia fixou-se como modelo político brasileiro e, pela maturidade das instituições nacionais, é muito improvável um retrocesso a regimes autoritários ou autocráticos. É certo, igualmente, que os

⁸ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 746) informam, com base em dados colhidos no Tribunal Superior Eleitoral, que, no período de janeiro a outubro do ano de 2012, foi distribuída entre os partidos políticos, a título de Fundo Partidário, a cifra aproximada de R\$285.133.145,83.

⁹ Acerca do tema posiciona-se José Jairo Gomes (2012, p. 90): "A maioria (dos registros no TSE) é formada por partidos nanicos, de diminuta expressão no contexto sociopolítico, e cuja sobrevivência se deve ao aluguel de suas legendas – por isso, são conhecidos como partidos ou legendas de aluguel. Na verdade, não passam de pequenas oligarquias a serviço de uma ou outra personalidade, fechadas, pois, à renovação e ao intercâmbio de ideias".

¹⁰ Segundo informações do sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral, além dos 30 partidos políticos oficialmente reconhecidos, existiam ao menos 13 outros partidos em processo de formação até setembro de 2013.

partidos políticos tiveram papel importante nesse processo, contudo, é tempo de repensar a situação tributária das agremiações políticas brasileiras, visto que se mudam os tempos, mudam-se as necessidades.

O objetivo constitucionalmente estabelecido de fortalecimento do pluralismo político foi alcançado com um sucesso estrondoso. Hoje, os partidos políticos não sofrem mais quaisquer ameaças a seu funcionamento, estão estruturados e espalhados pelo país, têm acesso gratuito ao rádio e à televisão para realizar propagandas periodicamente e contam com um fluxo de caixa que pode chegar aos milhões.

Enfim, os partidos políticos tornaram-se grandes empresas que recebem vultosos estímulos do Estado e da iniciativa privada e são o sustentáculo-mor de um modelo eleitoral eminentemente patrimonialista.

O patrimonialismo eleitoral brasileiro se caracteriza pelo foco demasiado no poder econômico e nos benefícios que decorrem dele, e na segregação a um plano inferior dos elementos que verdadeiramente caracterizam o regime democrático, como o debate de ideias e a apresentação de propostas de governo.

b. Da (im)possibilidade da extinção da imunidade tributária aos partidos políticos

Considerando-se o Estado fiscal fincado no modelo solidário de responsabilidade, é o momento de discutir as imunidades tributárias concedidas aos partidos políticos. Observando-se o próprio texto do art. 150, VI, c, é possível concluir que o legislador não obteve êxito completo na realização de seu programa. Ao passo em que tornou imunes os partidos políticos, o constituinte fez o mesmo com sindicatos, instituições de educação e assistência social sem fins lucrativos. O sucesso com as agremiações partidárias e com os sindicatos foi invejável, contudo, não se conseguiu o mesmo êxito no que tange à proteção e promoção das atividades exercidas pelas instituições educacionais e assistenciais.

Assim, estabilizado o regime partidário, a imunidade deveria ser afastada para que, atendendo ao espírito solidário da contemporaneidade, os partidos políticos também contribuíssem para a consolidação dos direitos fundamentais, cumprindo com seu dever social.

Além disso, tanto maior é a obrigação das agremiações políticas uma vez que sua lei fundamental determina: "O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal." (BRASIL, 2012, p. 301.)

A questão fundamental desse processo, entretanto, é, indubitavelmente, a descaracterização da imunidade tributária referente às legendas partidárias. Os posicionamentos jurisprudencial¹¹ e doutrinário¹² prevalentes na atualidade apontam para a compreensão de que as limitações ao poder de tributar são direitos fundamentais do contribuinte e, conseqüentemente, cláusulas pétreas, estando protegidas contra a atuação excludente ou redutora do legislador reformador. A imunidade aos partidos políticos acha-se nesse rol e estaria acobertada pela mesma proteção.

Embora seja claro o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao decidir que as imunidades tributárias são cláusulas pétreas, alguns detalhes merecem ser destacados. Quando o STF debruçou-se sobre a matéria, há 20 anos, a Constituição de 1988 ainda patinava e não havia sido completamente consolidada, tanto que o Congresso Nacional estava envolto na realização de uma revisão constitucional que poderia, inclusive, desfigurar o texto originário da Constituição.

¹¹ Essa tendência consolidou-se a partir do julgamento da ADI nº 939-7, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu, pela primeira vez, que as imunidades tributárias são mecanismos de proteção de direitos básicos previstos na Constituição, aproximando-se da ideia de fixá-las como direitos fundamentais do contribuinte (BRASIL, 1993).

¹² Por todos, Regina Helena Costa (2006, p. 68): "No caso da Constituição brasileira, no que tange às imunidades tributárias, a rigidez constitucional atinge seu grau máximo. Isso porque as normas imunizantes são cláusulas pétreas, autênticas limitações materiais ao exercício do Poder Constituinte Derivado".

Nesse contexto, não se pode deixar de encarar a decisão do STF como um recado de entrelinhas para orientar as decisões que estavam sendo tomadas na outra extremidade da Praça dos Três Poderes.

Nesse sentido, encarar as imunidades tributárias especificamente previstas na Constituição de 1988 como cláusulas pétreas talvez não seja o melhor caminho. Concomitantemente, é imperioso reconhecer que o legislador constitucional deve preservar um conjunto de valores, afastando-os da atuação fiscal do Estado, até mesmo como forma de criação de um núcleo de direitos fundamentais do contribuinte. É necessário, para melhor interpretação, conjugar as duas ideias.

Nesse sentido, a lição de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 1.374):

A imunidade tributária não constitui um fim em si mesmo. Antes, representa um poderoso fato de contensão do arbítrio do Estado na medida em que esse postulado da Constituição, inibindo o exercício da competência impositiva pelo poder público, prestigia, favorece e tutela o espaço em que florescem aquelas liberdades públicas.

O que não é adequado é elevar à dignidade de direito fundamental uma listagem fechada e pormenorizada de hipóteses de imunidades tributárias. A excessiva especificidade das hipóteses e a taxatividade do rol podem produzir um efeito nefasto, deixando de resguardar direitos candentes do contribuinte e criando falsas proteções que se perpetuam inadequadamente. É justo o que ocorre no caso dos partidos políticos como sobejamente demonstrado.

Nesse diapasão, há que se compreender que as cláusulas pétreas resguardam a existência de um conjunto de limitações ao poder de tributar de caráter genérico e abstrato¹³ que tenham destinatários indeterminados. Nesse grupo, há que se incluir a figura das imunidades tributárias como gênero, e dizer: os contribuintes têm direito a que a

¹³ Na Constituição de 1988, esses valores são substanciados pelos seguintes princípios: legalidade (art. 150, I), isonomia (art. 150, II), irretroatividade (art. 150, III, a), anterioridade (art. 150, III, b), anterioridade nonagesimal (art. 150, III, c), vedação do confisco (art. 150, IV), não limitação do tráfego (art. 150, V), federalismo de equilíbrio (art. 151, I).

Constituição fixe um elenco de hipóteses em que o Estado fica proibido de criar impostos, contudo, há que se permitir que tal elenco seja modificável, uma vez que as necessidades sociais são tão dinâmicas quanto a própria sociedade.

As imunidades especificamente elencadas na Constituição Federal revelam um programa do legislador que, naquela ocasião, pretendia privilegiar o modelo federalista por meio da reciprocidade tributária (art. 150, VI, *a*), repetir o histórico de laicidade estatal (art. 150, VI, *b*), estimular o fortalecimento dos partidos políticos e sindicatos e fomentar ações educacionais e assistenciais (art. 150, VI, *c*, *d*). Todas essas medidas foram importantes para a construção de um novo modelo de Estado que nasceria com a promulgação da nova Constituição.

Essa realidade é um espelho muito adequado do período em que a Constituição foi elaborada. As necessidades mudam conforme o tempo, de modo que o reformador constituinte não pode manter-se insensível às novas vicissitudes sociais, devendo adaptar o programa constitucional à realidade de modo a manter o texto hígido e atual.

Antonio Carlos Diniz Murta (2012, p. 7.979) apresenta outro argumento salutar a reforçar esse entendimento:

As imunidades tributárias, mesmo que integrantes, por força do texto constitucional, das limitações ao poder de tributar, estando previstas tanto no art. 150, inciso VI e outros da Constituição, por não configurarem princípios nem regras estruturantes do Estado, poderiam, analisados caso a caso, estar sujeitos à alteração ou, eventualmente, supressão (desde que não confrontem ou ofendam os princípios constitucionais associados). Tal fato seria por conta da natureza destas imunidades, quase todas não principiológicas e voltadas para casos específicos elencados no texto constitucional (imunidade objetiva, subjetiva e mista).

O caráter excessivamente específico das imunidades, como mencionado anteriormente, acaba impedindo sua classificação como normas de caráter principiológico e forçando sua alocação entre as regras gerais da tributação, o que não é suficiente para garantir a imutabilidade.

Nesse sentido, as imunidades tributárias não se resguardam do caráter mutacional dos princípios, necessitando do manejo do legislador para manter o viço e a juventude e cumprir o programa constitucional que, em última instância, acompanha *pari passu* o desenvolvimento e as necessidades sociais.

Por tudo, resta claro que o legislador pretendeu resguardar como cláusula pétrea a existência de imunidades tributárias, permitindo que elas possam ser especificamente apresentadas conforme as necessidades de cada período.

Hodiernamente, com sua consolidação social e financeira, os partidos políticos parecem ter alcançado a almejada independência que os torna elemento essencial do modelo democrático nacional. Ao mesmo tempo, há que se sublinhar que tal condição não está atrelada ao fato de receber subvenções do Estado por meio da imunidade tributária. Nesse sentido, a possibilidade de reforma constitucional para a exclusão da imunidade tributária dos partidos políticos é perfeitamente viável e atende ao *zeitgeist*.

6. Considerações finais

A história tem mostrado que o modelo fiscal adotado por um Estado influi, em grande medida, na sua caracterização. Nesse sentido, a humanidade já assistiu à ascensão e queda de diversos paradigmas estatais. Nos últimos séculos, passou-se sequenciadamente pelo Estado patrimonial; posteriormente, pelo Estado social para, finalmente, desaguar no modelo contemporâneo de Estado fiscal.

A consolidação do Estado fiscal implica, entre outras coisas, a solidificação dos tributos como fonte principal de manutenção da despesa estatal e na compreensão de que eles servem para o financiamento do regime constitucional de direitos fundamentais de uma nação, devendo, portanto, ser encarados como um dever legal dos cidadãos. Esse pensamento solidifica-se especialmente no Brasil, visto que a Constituição Federal de 1988 introduziu o regime de solidariedade social.

Considerando todos esses elementos, emerge a imperiosa necessidade de reavaliar as imunidades tributárias previstas pela Constituição Federal, especialmente aquela que beneficia os partidos políticos. A consolidação do regime democrático e do pluripartidarismo no Brasil torna desnecessário o estímulo fiscal às agremiações partidárias, que vem se desvirtuando progressivamente e acaba, por via transversa, criando partidos ideologicamente fracos e descompromissados com os grandes temas de interesse nacional que, em última medida, não representam nenhuma parcela da sociedade.

Ademais, embora a posição jurisprudencial já manifestada pelo STF seja no sentido de que as imunidades tributárias constituem cláusulas pétreas, a interpretação constitucional mais adequada é aquela em que a existência de imunidades é uma cláusula de proteção, contudo, as imunidades individualmente consideradas, não.

Nesse sentido, é perfeitamente possível o afastamento das imunidades tributárias relacionadas aos partidos políticos para a criação de novas imunidades ou a consolidação de outras já existentes (instituições de educação e assistenciais, *v.g.*). Essa medida não representaria nenhuma agressão, mas, ao inverso, seria o atendimento à *mens legis* e ao espírito do tempo.

Referências

ALVES, Marina Vítório. O dever de pagar tributos: garantia da vida em sociedade. *Percurso Acadêmico*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, jul./dez. 2011. p. 212-227.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Por que a “guerra fiscal”? os desafios do Estado na modernidade líquida. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, jan./jun. 2011. p. 305-341.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7. Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – I.P.M.F. Arts. 5º, § 2º; 60, § 4º, incisos I e IV; 150, incisos III, *b*, e VI, *a*, *b*, *c* e *d*, da Constituição Federal. Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Sidney Sanches. Data do julgamento: 15.12.1993.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Código Eleitoral anotado e legislação complementar*. 10. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2012.

COSTA, Regina Helena. *Imunidade tributária: teoria e análise da Jurisprudência do STF*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

DANELI FILHO, Eloi Cesar; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. Neoliberalismo, globalização, desconstrução do Estado fiscal e políticas públicas de inclusão social. In: Encontro Nacional do CONPEDI, XVIII. 2009, São Paulo. *Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI*. [s.l.]: CONPEDI, 2009. p. 10.926 -10.947.

DOSSENA JÚNIOR, Juliano. Estado fiscal e direitos fundamentais: a busca pela densificação do princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Digital de Direito Público*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, 2012. p. 261-281.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOREIRA, Isabelle Arruda; BASTOS, Noel de Oliveira. A marcha dialética do Estado e da tributação: uma abordagem hegeliana dos modelos de estado e suas relações com o Estado regulador fiscal brasileiro. *Direito e liberdade*, Natal, v. 14, n. 1, jan./jun. 2012. p. 120-137.

MURTA, Antonio Carlos Diniz. Tributação e desenvolvimento econômico: possível parceria? In: Encontro Nacional do CONPEDI, XV. 2006, Manaus. *Anais do XV Encontro Nacional do CONPEDI*. [s.l.]: CONPEDI, 2006. p. 1 -24.

MURTA, Antonio Carlos Diniz; TEIXEIRA, Rodrigo Leal. Repensando a imunidade tributária aos templos de qualquer culto. Uma abordagem sobre a distorção e inconsistência de sua aplicação. In: Encontro Nacional do CONPEDI, XXI. 2012, Uberlândia. *Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI*. [s.l.]: CONPEDI, 2012. p. 7.969 -7.987.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, out./2007. p. 153-181.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito financeiro e tributário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DA LIMITAÇÃO TEMPORAL PARA INCIDÊNCIA DAS CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE E DAS CAUSAS DE INELEGIBILIDADE NO REGISTRO DE CANDIDATURA¹

TEMPORAL LIMITATION FOR THE IMPACTS OF ELEGIBILITY CONDITIONS AND CAUSES OF INELIGIBILITY IN CANDIDATES REGISTRATION

WALBER DE MOURA AGRA²

RODRIGO DA SILVA ALBUQUERQUE³

¹ Artigo recebido em 24 de janeiro de 2014 e aceito para publicação em 4 de fevereiro de 2014.

² Mestre pela UFPE. Doutor pela UFPE (Universidade degli Studio di Firenze). Professor da Universidade Federal do Estado de Pernambuco e da ASCES. Professor visitante da Università degli Studio di Lecce. Membro do Conselho Científico do Doutorado de Universidade de Lecce. Visiting Research Scholar of Cardozo Law School. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (IBEC). Pós-doutor pela Université Montesquieu Bordeaux. IV. Membro Correspondente do Cerdradi – Centre d'Études ET de REcherches sur lés Droit Africains et sur Le Développement Institutionnel des Pays em Développement. Procurador do Estado de Pernambuco. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB. Advogado.

³ Bacharel em Direito pela ASCES. Advogado do Escritório Walber Agra Advogados Associados.

Resumo

O presente trabalho ostenta o escopo teleológico de analisar o aspecto temporal da incidência das causas supervenientes que alterem o *status* das condições de elegibilidade ou das causas de inelegibilidade dos candidatos que disputam eleições *sub judice*. Para tanto, elabora-se, inicialmente, uma abordagem acerca da finalidade e da importância do controle judicial das eleições como forma de garantir a paridade de armas entre os candidatos e o livre exercício da soberania popular. Posteriormente, analisa-se o contexto das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade, bem como o momento de sua aferição pela Justiça Eleitoral, mormente sob a ótica dos fatos jurídicos supervenientes. Doravante, argumenta-se pela necessidade de se estabelecer um marco temporal ao exposto no § 10 do art. 11 da Lei 9.504/1997, que seria a data das eleições, como forma de garantir uma maior legitimação do processo eleitoral e uma maior segurança jurídica na relação inter-subjetiva entre o eleitor e o seu candidato, fortalecendo a legitimidade do certame eleitoral e o regime democrático.

Palavras-chave: Condições de elegibilidade. Causas de inelegibilidade. Controle judicial das eleições. Processo eleitoral.

Abstract

The present work has as its main purpose analyze the temporal aspect of the impact of supervening causes that changes the *status* of eligibility conditions or the causes of ineligibility of candidates that run for elections *sub judice*. Following this objective, has been elaborated, initially, an approach about the purpose and importance of elections judicial control as a way to ensure parity of arms between the candidates and the free exercise of popular sovereignty. Besides that, the study analyzes the context of eligibility conditions and the causes of ineligibility, all together with the moment of its measurements by the Electoral Court from the perspective of supervening legal facts. Furthermore, the work argues the necessity to establish a timeframe for what is stated in § 10 of art. 11 of Law 9.504/1997, which would be the date of elections, in order to ensure a greater legitimacy of the electoral process and a greater legal

certainty in the intersubjective relationship between the voter and his running mate, strengthening, in that way, the legitimacy of elections and the democratic regime.

Keywords: Eligibility conditions. Causes of ineligibility. Elections judicial control. Electoral process.

1. Da importância do controle judicial das eleições como forma de garantir a legalidade e o livre exercício da soberania popular

Indubitavelmente, parâmetros éticos, cristalizados em roupagem jurídica, exercem a função de *corpus* norteadores do controle judicial das eleições, objetivando assegurar o *jus honorum* dos candidatos e a legitimidade do pleito eleitoral. Esses elementos principiológicos também fomentam e garantem possibilidades isonômicas aos candidatos durante o certame eleitoral mediante a efetivação do princípio da paridade de armas e do princípio da legalidade estrita, impedindo que os abusos de poder e a fraude possam estorvar a nitidez do pleito, permitindo a livre fruição do exercício da soberania popular e da democracia participativa.

Com efeito, sabe-se que a ortodoxia do regime democrático tem como fator teleológico possibilitar a plenitude de participação dos cidadãos, ou seja, teoreticamente, não se poderia falar em meio ou parcial regime democrático, muito menos em democracia semântica, devendo a cidadania ser exercida de forma plena e inexorável pelos integrantes da sociedade, elidindo-se qualquer ato que possa embaraçar a plenitude do regime democrático.

Ocorre que, para sua concretização, torna-se imperioso que a própria administração pública, em simbiose com a sociedade, oferte mecanismos para intensificação do exercício da cidadania e do desenvolvimento das virtudes republicanas, aperfeiçoando cotidianamente o regime democrático. Inversamente, torna-se inexorável que o processo de alternância de poder seja controlado racionalmente por meio de uma técnica judicial que assegure a normal execução das eleições,

observando o apego aos preceitos legais vigentes que inibam qualquer tipo de estorvo ou empecilho ao correto exercício da soberania popular e a verdade eleitoral. Para isso, torna-se mister garantir a segurança jurídica nas relações jurídicas celebradas em razão do pleito eleitoral, densificando uma maior legitimidade dos resultados, fortalecendo as instituições democráticas e a vontade cívica dos cidadãos.

Nesse diapasão, ressalte-se que o modelo judicial de controle das eleições materializa-se como uma técnica mais substantiva de tutela aos direitos e às garantias individuais dos cidadãos e dos candidatos do que o controle legislativo, uma vez que é exercido por meio de critérios técnicos e objetivos – pelo menos em seu sentido deontológico – e não nitidamente políticos (como acontece no controle legislativo), o que garante uma maior segurança jurídica e imparcialidade de suas decisões, produzindo uma maior eficiência na organização das eleições.

Ademais, deve-se dizer que, no Brasil, a peculiaridade do controle judicial é ainda maior, em razão de a própria Constituição Federal ter atribuído sua incumbência a uma Justiça especializada, outorgando uma maior especialização em virtude da restrição de conteúdo, no que se tenciona um melhor aprimoramento de suas decisões⁴ Nesse sentido, ensina Ribeiro (1996, p. 110) que o perfil institucional da Justiça Eleitoral evidencia o testemunho da firmeza de propósito em sua edificação, mormente para consolidação do regime democrático, permitindo que os cidadãos possam imprimir de forma livre e segura, mediante um elevado grau de previsibilidade dos atos e do certame eleitoral⁵.

Conforme adverte Tavares (2011, p. 24), desde a criação da Justiça Eleitoral no Brasil, durante a década de 1930, o país adota o sistema de

⁴ Ensina Jairo Gomes que a realidade sociopolítica de cada país impôs o desenvolvimento de subsistemas jurisdicionais próprios, entre os quais figuram os de jurisdição ordinária, especializada e constitucional. No primeiro, o controle de eleições e investiduras políticas é confiado à Justiça Comum. Já na jurisdição especializada, essa matéria é entregue a um órgão especializado, sendo criada uma estrutura dentro do Poder Judiciário. Por fim, no modelo de jurisdição constitucional, o controle é exercido pelo Tribunal Constitucional. (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 64).

⁵ Indica Leon Duguit aspectos que demonstram que o controle de eleições deve recair na esfera jurisdicional: 1) verificar se o candidato é elegível; 2) se a votação obtida atingiu o limite previsto em lei; 3) se os atos eleitorais praticados estão em conformidade com os preceitos legais; examinar se houve algum fato anterior que tenha viciado a eleição. (DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2. ed. Paris: Fontemoing & Cia., 1991, p. 101).

controle exclusivamente jurisdicional do processo eleitoral. Por sua vez, lembra Telles (2009, p. 107) que, durante a Primeira República, o controle do processo eleitoral era atribuído aos mandamentos do Poder Executivo e do Legislativo em razão das influências dos ideais da Revolução Francesa e das desconfianças em relação ao Poder Judiciário.

Como já dito, a principal função da Justiça Eleitoral é assegurar a legitimidade do pleito, ostentando o dever de depurar o processo eleitoral, escoimando qualquer abuso de poder, fraude e irregularidades que possam desnaturá-lo, garantindo um amplo grau de segurança jurídica tanto aos eleitores quanto aos candidatos e um elevado grau de previsibilidade e confiabilidade no certame eleitoral, principalmente para que o eleitor possa travar uma relação de confiança com o seu candidato e com o processo de alternância de poder⁶.

Ocorre que, para alcançar esse grau de segurança jurídica e de controle das eleições, torna-se imperiosa a materialização do desiderato de que as leis eleitorais precisam propiciar o maior nível de isonomia possível, ofertando mecanismos igualitários aos candidatos que possam coibir abusos praticados durante o processo eleitoral. Nesse diapasão, não se podem agasalhar preceitos casuísticos, mesmo embasados de conotações morais, pois se deve buscar o invariável apego às *regras do jogo*, sem se desviar das finalidades constitucionalmente almejadas em um regime democrático e a própria segurança jurídica do pleito. Infelizmente, algumas vezes, tenta-se, por meio de princípios morais, imunizar certas decisões que colidem diretamente com postulados constitucionais, o que representa uma tentativa de fraude à Constituição.

⁶ “O Brasil passou a contar com uma Justiça Eleitoral desde a vitória da Revolução de 1930, figurando como um de seus mais expressivos empreendimentos, cristalizados através do Decreto nº 21.076, de 24.2.1932, e incorporado à Constituição de 1934 e eclipsada no interregno ditatorial de 1937, sendo depois restaurada pelo Decreto nº 786, de 28.5.1945, para ser, a seguir, constitucionalizada na Constituição de 1946 e seguintes, figurando entre as instituições essenciais ao acionamento e manutenção da maquinaria do regime democrático brasileiro”. (RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996, p. 110).

2. Condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade

A *Lex Mater* estipulou alguns pressupostos fundamentais para que o cidadão possa participar do certame eleitoral, almejando determinado cargo eletivo, o que se denominou de condições de elegibilidade. São denominados pressupostos porque são requisitos insofismáveis para o nascimento de um ato jurídico. A ausência de apenas um deles provoca a sua não existência normativa.

O legislador constituinte escolheu as condições porque, sem elas, a cidadania passiva não se acha constituída. Obviamente, foram escolhas discricionárias, mas consideradas essenciais naquele contexto histórico. Foram regulamentadas no art. 14, § 3º, da Constituição Federal e são as seguintes: nacionalidade brasileira; pleno exercício dos direitos políticos; alistamento eleitoral; domicílio eleitoral na circunscrição; filiação partidária; idade mínima.

As condições de elegibilidade não podem ser interpretadas como um direito inexorável à condição humana, mesmo sendo consideradas como direito político dos cidadãos, haja vista que são arbitradas consonantes circunstâncias históricas e não se configuram como apanágios do gênero humano. Todavia, esse direito político somente pode ser exercido se todos os elementos exigidos no art. 14, § 3º, forem perfeitamente atestados. Faltando um desses pressupostos, a prerrogativa do exercício da cidadania passiva desaparece e impede-se a prerrogativa de disputar mandatos eletivos.

Como as condições de elegibilidade são consideradas cláusulas pétreas, núcleo intangível da Constituição, seu elenco não pode ser acrescido de forma que impeça o exercício da cidadania passiva. O Poder Reformador tão somente pode acrescentar novos pressupostos se estiverem em sincronia com o bloco de constitucionalidade formatado pela *Lex Mater* de 1988.

Qualquer tentativa de impedir o registro de uma candidatura, exigindo-se condições de elegibilidade não previstas na Constituição,

representa inconstitucionalidade crassa, passível de ser combatida pelos instrumentos do controle concentrado ou difuso de constitucionalidade.

O momento para se atestar o preenchimento de todos os pressupostos legais no que tange à elegibilidade configura-se no ato do pedido de registro da candidatura. Havendo a ausência de uma das condições de elegibilidade, a Justiça Eleitoral não poderá conceder o registro da candidatura, impedindo o surgimento da elegibilidade, da condição de o cidadão ser elegível. Com efeito, uma vez preenchidas todas as condições de elegibilidade e concedido o registro da candidatura, nasce a elegibilidade, configurando-se um direito do cidadão com eficácia *erga omnes*, oponível contra todos.

Não há dúvida de que o momento para se aferirem as condições de elegibilidade é o registro eleitoral, todavia, excepcionalmente, em plano teórico, a elegibilidade pode ser arguida posteriormente, quando fatos jurídicos supervenientes ao registro cercearem alguma de suas condições ou permitirem que algum elemento que esteja faltando possa ser suprimido. Frise-se, contudo, que a legislação eleitoral não previu essa possibilidade.

Havendo tal fato, não é possível arguir o direito adquirido à elegibilidade ou à coisa julgada. Todavia, para se candidatar a qualquer cargo público, não basta o preenchimento das condições de elegibilidade, que são pressupostos para o exercício da cidadania passiva. Urge não incidir em nenhuma das hipóteses de inelegibilidade – causas que retiram a prerrogativa da elegibilidade – relacionadas na Constituição ou em lei complementar (PINTO, 2008, p. 141). O eleitor precisa preencher as condições de elegibilidade e não incorrer em nenhuma das causas de inelegibilidade, tanto as inatas quanto as cominadas.

Inelegibilidade é a impossibilidade de o cidadão ser eleito para cargo público em razão de não poder ser votado, ceifando-o de exercer seus direitos políticos na forma passiva. Em decorrência, fica vedado até mesmo o registro de sua candidatura. Não obstante, sua cidadania ativa, o direito de votar nas eleições, permanece intacta (AGRA; VELLOSO, 2010, p. 76). Niess (1994, p. 5) sustenta que a inelegibilidade consiste

no obstáculo posto pela Constituição Federal ou por lei complementar ao exercício da cidadania passiva em razão de sua condição ou em face de certas circunstâncias. Consoante aos ensinamentos de Gomes (2010, p. 141), ela é um impedimento ao exercício da cidadania passiva que torna o cidadão impossibilitado de ser escolhido para ocupar cargo político eletivo.

A inelegibilidade não elide a cidadania de maneira integral, pois há a preservação da capacidade de votar normalmente nos pleitos. O cerceamento refere-se ao exercício de cargos públicos, pois o cidadão não apresenta *dignitas* suficiente para representar seus pares nas esferas de poder. Não obstante, sua duração é temporária, estendendo-se ao cumprimento da sanção ou à permanência da situação jurídica que a acarretou.

Os pressupostos materiais que provocam o surgimento das inelegibilidades são a imparcialidade da administração pública, direta ou indireta, condição subjetiva, e a neutralidade do poder econômico, condição objetiva (MENDES, 1994, p. 132). O seu primeiro fundamento ético é a preservação do regime democrático e seu funcionamento pleno, garantindo a moralidade e a luta contra o abuso do poder político e econômico (FERREIRA, 1989, p. 313). O segundo fundamento se configura na defesa do princípio da isonomia, assegurando que os cidadãos tenham as mesmas oportunidades para disputar cargos públicos, sem que a ingerência do poder econômico e político seja a linha mestra para obtenção de mandatos representativos. O terceiro deflui do regime republicano, protegendo a oportunidade de todos ocuparem cargos públicos e impedindo a perpetuação de mandatários no poder.

As inelegibilidades apenas podem ser regulamentadas por normas constitucionais ou por lei complementar porque representam uma limitação clara à soberania popular, esteio de toda a estrutura de legitimidade do Estado social democrático de direito. Nesse diapasão, em virtude de seu caráter restritivo, devem ter uma interpretação mitigada, cerceada, sem interpretação extensiva que possa impedir o regime democrático de se desenvolver, mormente quando as restrições representam tautológico acinte às garantias fundamentais dos cidadãos.

Os casos de inelegibilidade estão contidos na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 64/1990, com as modificações realizadas pela Lei Complementar nº 135/2010, que expõem os prazos de impedimento ao exercício da cidadania passiva com a finalidade de proteger a probidade administrativa, a moralidade no exercício do mandato, considerando a vida pregressa do candidato e a normalidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função ou emprego na administração direta ou indireta (art. 14, § 9º, da CF).

As normas constitucionais que tratam das inelegibilidades são classificadas como mandamentos de eficácia plena, produzindo todos os seus efeitos. Obviamente, não há impeditivo para que normas infraconstitucionais possam especificar a aplicação dessas estruturas normativas localizadas na Lei Maior. Deve-se ressaltar que, conforme o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, outras causas podem ser introduzidas por meio de lei complementar. Dessa forma, as causas de inelegibilidade não são *numerus clausus*, podendo novas hipóteses ser realizadas pelo legislador ordinário.

As condições de elegibilidade podem ser consideradas como fator jurídico positivo que possibilitam aos cidadãos disputarem batalhas políticas, enquanto as inelegibilidades são situações jurídicas, de cunho negativo, que surgem após a verificação das condições de elegibilidade, impedindo a prerrogativa de serem votados no processo eleitoral (DECOMAIN, 2004, p. 10). Seus elementos não são negativos, cerceadores do *jus bonorum* dos cidadãos; muito pelo contrário, são positivos, exigindo sua constatação para o exercício da prerrogativa da candidatura. Os primeiros devem ser evitados pelos candidatos, sob pena de incidência em inelegibilidade; os segundos são presenças obrigatórias, elementos iniciais para a obtenção de mandato eletivo.

Como analogia, os dois institutos apresentam a mesma consequência, que é retirar do cidadão sua possibilidade de disputar eleições. Quanto às diferenças, são substanciais. As inelegibilidades só podem aparecer quando já forem concretizadas as condições de elegibilidade. Sem que elas tenham sido cumpridas, não há que falar em inelegibilidade. Estas atuam diretamente naquelas, cerceando o direito

subjetivo de disputar eleições. As primeiras são direitos subjetivos da coletividade, desde que preenchidos seus requisitos, considerados como cláusulas péticas, enquanto as segundas são situações jurídicas. Por fim, as condições de elegibilidade são pressupostos imprescindíveis à formação de um direito, enquanto as inelegibilidades são situações jurídicas advindas da realidade fática, que se amoldam em tipologias normativas que estabelecem um risco de macular a lisura e isonomia das eleições. Ou seja, além de serem ontologicamente diferentes, de terem escopos teleológicos diversos, também são temporalmente distintas, pois as inelegibilidades apenas aparecem posteriormente à aferição da existência das condições de elegibilidade.

3. Momento de aferição das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade. Podem elas ser supervenientes?

De sabença geral que as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade necessitam ser aferidas no momento em que o cidadão postula, perante a Justiça Eleitoral, o requerimento do registro de candidatura, ou seja, no momento em que formaliza a pretensão de se tornar candidato para determinado cargo eletivo. A esse respeito, dispõe o § 10 do art. 11 da Lei nº 9.504/1997 (acrescentado pela Lei nº 12.034/2009): “as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fática ou jurídica, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade.”

O registro de candidatura é o fato jurídico do qual reflete o direito subjetivo do aspirante ao cargo público-eletivo. Como se sabe, no momento do seu requerimento, o candidato deve preencher todas as condições de elegibilidade e não incidir em nenhuma causa de inelegibilidade. Ademais, deve o pedido estar acompanhado de todos os documentos catalogados pela legislação eleitoral, como condição de procedibilidade do feito. Assim sendo, conforme leciona Adriano da Costa Soares (2006, p. 68), o registro de candidatura não deve ser visto como um pressuposto lógico-legal para incidência da candidatura, mas

se configura como um ato jurídico que faz emergir a situação de elegibilidade do cidadão. Sem ele, não há direito subjetivo a se postular um mandato, ainda que compostos todos os elementos da *fattispecie*.

Por conseguinte, deve ser alertado que a Reforma Eleitoral de 2009 apenas acompanhou a evolução jurisprudencial que, antes de sua implementação, já tinha entendimento jurisprudencial consagrado no sentido de que as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade deveriam ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro de candidatura⁷.

Assim sendo, do atual contexto do § 10, art. 11 da Lei 9.504/1997, pode-se concluir que a ausência de condição de elegibilidade e a incidência de causa de inelegibilidade durante o momento em que o registro de candidatura é formulado ensejam o indeferimento do pedido de registro de candidatura pelo órgão judicial competente. Todavia, essa regra é excepcionada pela doutrina em dois casos em que poderá haver arguição posterior ao pedido de registro de causa de inelegibilidade, a saber: a) tratando-se de condição de elegibilidade ou inelegibilidade agasalhada no texto constitucional não apreciada na fase de registro de candidatura; b) tratando-se de inelegibilidade infraconstitucional superveniente ou condição de elegibilidade ao registro estando *sub judice* seu pedido⁸.

No que tange ao primeiro caso, trata-se da regra concernente às elegibilidades ou inelegibilidades diretamente criadas pelo legislador constituinte e topografadas no texto constitucional, ou seja, de matéria diretamente constitucional, na qual inexistente espaço para preclusão, conforme normatizado pelo art. 259 do Código Eleitoral. A matéria constitucional não é passível de preclusão em razão de sua densidade

⁷ Nesse mesmo sentido: “Registro. Candidato. Prefeito. Direitos políticos. Suspensão. 1. As causas de inelegibilidade e as condições de elegibilidade são aferidas no momento da formalização da candidatura. 2. A imposição da pena de suspensão de direitos políticos em sede de ação civil pública, cuja sentença foi proferida após o pedido de registro, não causa óbice ao deferimento da candidatura. [...]” (Ac., de 26.11.2008, no AgR-REspe nº 33.683, rel. Min. Arnaldo Versiani.)

⁸ Nos dois casos, a arguição posterior deve ser feita por meio de recurso contra expedição de diploma (RCED), conforme preconiza o art. 262, I, do Código Eleitoral.

normativa, cuja suprallegalidade impede que efeitos temporais possam macular a execução de atos jurídicos.

As causas para a não discussão desse material constitucional podem ser as mais variadas possíveis, mas geralmente a motivação mais comumente indicada é o desconhecimento da elegibilidade ou inelegibilidade enfocada. A força normativa dos mandamentos constitucionais permite, de forma insólita, que a discussão seja travada a qualquer momento, desde que não tenha transitado em julgado o pedido de registro. Alerta-se, todavia, que a matéria constitucional tem que ser haurida explicitamente do texto constitucional, impossibilitando sua incidência de forma reflexa ou dentro de um bloco de constitucionalidade.

No que se refere à segunda hipótese, ventilam a doutrina e a jurisprudência que se trataria da denominada elegibilidade ou inelegibilidade superveniente, figura criada pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, materializando-se como uma causa que incide contra o direito subjetivo da cidadania ou contra o *jus bonorum*, surgindo em razão de motivação fática ou jurídica após o registro de candidatura.

Não é equivocado afirmar que fatos supervenientes ao registro de candidatura possibilitam a modificação do *status* das elegibilidades e das inelegibilidades. A diferença se direciona em suas consequências, que nas inelegibilidades podem suprimi-las ou caracterizá-las. E, em relação às elegibilidades, podem assegurá-las ou impedir sua existência. Obviamente que todas as diferenças entre esses dois institutos não devem ser descuradas.

Cite-se o precedente que, de forma lapidar, conceitua a inelegibilidade superveniente:

[...] A inelegibilidade superveniente deve ser entendida como sendo aquela que surge após o registro e que, portanto, não poderia ter sido naquele momento alegada, mas que deve ocorrer até a eleição. [...] (Ac. de 16.3.2004 no RCEd nº 643, rel. Min. Fernando Neves; no mesmo sentido o Ac. de 16.3.2004 no RCEd nº 646, rel. Min. Fernando Neves.)

Em relação a sua definição, inexistente contestação ou tergiversação ao que foi dito. No entanto, o que a minirreforma eleitoral agasalhou não foi a *fattispecie* da inelegibilidade superveniente descrita normativamente. Na oração final do mencionado artigo, expressa-se de forma límpida que estão ressalvadas as alterações fáticas ou jurídicas supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade. Ou seja, não houve a conceituação de uma inelegibilidade superveniente, muito pelo contrário, configurou-se uma causa supridora de inelegibilidade, isto é, um fato jurídico que pode afastar a inelegibilidade. Em nenhum momento da conceituação legal pode ser, direta ou indiretamente, subsumido o conceito de inelegibilidade, muito pelo contrário, foi institucionalizada uma causa supridora desse impedimento à cidadania passiva.

Outrossim, ainda há a imposição constitucional de que não se pode criar uma nova hipótese de inelegibilidade infraconstitucional por meio de lei ordinária, mas sim de lei complementar, uma vez que o próprio texto constitucional disciplina, em seu § 9º do art. 14, que somente mediante legislação complementar se podem criar novas causas de inelegibilidade infraconstitucionais.

O que foi delineado pelo legislador foram apenas fatos jurídicos de supressão de inelegibilidade, sem se poder falar, em decorrência da exegese do texto legal, de uma hipótese de inelegibilidade posterior. Da leitura do texto normativo, que não permite dúvida, apenas se pode exsurgir um direcionamento hermenêutico: que o fato jurídico superveniente apenas pode beneficiar, sem que se possa falar em cerceamento do *jus bonorum*.

Com isso, não se quer negar a existência fática de uma inelegibilidade superveniente. Todavia, a minirreforma eleitoral impediu sua existência na seara eleitoral, não se configurando esse acontecimento em um fato jurídico que possa ter repercussões no cerceamento da cidadania passiva de um candidato. O conteúdo deontológico do comando normativo, de forma cristalina, permite a existência exclusivamente de fato jurídico supridor de inelegibilidade. Pensar em sentido contrário seria uma clara e incontroversa afronta a um dispositivo legal, evidenciando um inexorável ativismo judicial eleitoral afrontoso ao exercício da cidadania passiva, uma vez que, consoante os proclames constitucionais,

não é dado ao Poder Judiciário a prerrogativa de criar novas hipóteses de inelegibilidades ou embaraços a dificultar o exercício da cidadania.

Não se comunga com a interpretação de que o dispositivo traz uma forma superveniente de elegibilidade e não uma inelegibilidade superveniente⁹. As condições de elegibilidade não podem ser confundidas com as causas de elegibilidade, sendo que as primeiras apenas estão dispostas no art. 14, § 3º, e têm apanágios intrinsecamente diversos, como exposto anteriormente.

No plano abstrato, pode-se considerar a existência de uma elegibilidade superveniente, quando o pedido de registro ainda está *sub judice* e, antes de seu trânsito em julgado, a condição que no momento do pedido de registro inexistia passa a ser atestada na seara fática. Exemplo contundente é a idade mínima exigida, que, de forma insólita, é demandada apenas na data da posse. Ainda diante do mesmo raciocínio, nada obsta a existência de um fato jurídico cerceador da condição de elegibilidade. Dessa forma, se o cidadão era um brasileiro naturalizado e, posteriormente, em decorrência de decisão transitada em julgado, perde sua condição de nacional, a elegibilidade que dantes afluía deixa de existir, o que impede a sua candidatura, obviamente, enquanto o processo de registro estiver *sub judice* e dentro do marco temporal adotado.

A questão é que o art. 11, § 10, não disciplinou absolutamente nada com relação às condições de elegibilidade supervenientes. Destarte, em decorrência da anomia normativa, acrescida de sua regulamentação constitucional, impede-se que se possa fazer analogia com o disciplinamento relativo às causas de inelegibilidades, com exceção da idade, que se permite sua aferição na data da posse. Ou seja, não se pode indicar fato jurídico superveniente que produza alterações na elegibilidade dos candidatos.

Assim sendo, em razão do exposto, percebe-se que a parte final do transcrito § 10, art. 11, da Lei Eleitoral deve ser interpretada como um fato jurídico supridor de inelegibilidade, impossibilitando, em decorrência da carência de elementos contidos na *fattispecie*, que configure

⁹ Nesse sentido: GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 226.

uma inelegibilidade superveniente. Isso implica indicar que, se houver modificações fáticas ou jurídicas nas causas de inelegibilidade posteriores ao registro que suprimam a mácula ao *jus bonorum*, o candidato não mais terá qualquer impedimento para disputar o pleito eleitoral.

Mas a posição do Tribunal Superior Eleitoral não comunga com o que se agasalha nesta exposição. O egrégio TSE sustenta a posição de permitir a incidência de causas de inelegibilidade (constitucionais ou infraconstitucionais) mesmo após o transcurso do prazo para impugnação do registro de candidatura, interpretando *contra legem* a regra inclita no § 10, art. 11, da Lei nº 9.504/1997, que se institui uma cláusula supridora de inelegibilidade e não autorizadora ou criadora de inelegibilidade.

Nesse sentido, cite-se:

Recurso contra expedição de diploma. Inelegibilidade superveniente. 1. A inelegibilidade do art. 1º, I, *g*, da LC nº 64/1990 somente surte efeitos a partir da irrecorribilidade da decisão de rejeição de contas pelo órgão competente, e não a partir da publicação desta. 2. Se a decisão de rejeição de contas de candidato se tornou irrecorrível somente após o prazo para impugnação do registro de candidatura, é de reconhecer configurada causa de inelegibilidade infraconstitucional superveniente, que pode ser arguida em sede de recurso contra expedição de diploma, com base no art. 262, I, do Código Eleitoral. [...]. (Ac. de 3.11.2010 no AgR-REspe nº 950098718, rel. Min. Arnaldo Versiani.)

Como se percebe, a posição do Tribunal Superior Eleitoral, a despeito da letra fria da lei, acolhe, de forma indevida, a existência da inelegibilidade superveniente no cenário pátrio, obnubilando o preceito constitucional magno que exige a criação de novas causas de inelegibilidade, por meio de legislação complementar, contido no § 9º do art. 14 da Constituição Federal.

4. Marco temporal modificativo do *status* das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade

A adoção de “cláusula geral” revela uma técnica legislativa que surgiu em meados desse século objetivando superar procedimentos legislativos anteriores que se baseavam em uma forma específica de legislar, calcada sob o manto da concreção e individualidade. Com efeito, a adoção da técnica legislativa de “[...] cláusula geral confere ar de universalidade aos preceitos normativos e dificulta a existência de lacunas no sistema normativo”.

A cláusula supridora de inelegibilidade contida no § 10, art. 11, da Lei Eleitoral é uma manifestação dessa técnica moderna de legislar. Contudo, não se pode permitir a ocorrência de fatos jurídicos que alterem o *status* da elegibilidade e das inelegibilidades *ad eternum* sob pena de se estiolarem os cânones da segurança jurídica e da legalidade, convalidando uma situação a despeito de marcos temporais.

As modificações no *status* das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade precisam apresentar um marco teórico a ser cumprido pelos órgãos da Justiça Eleitoral, sob pena de se permitir um prazo indeterminado para incidência, para modificação nesses *status*, aumentando a insegurança jurídica do pleito e do processo eleitoral como um todo.

O primeiro marco temporal para modificação nos *status* mencionados configura-se em caráter processual/instrumental, ou seja, o denominado *prequestionamento*. Isso implica dizer que a respectiva matéria deve ser ventilada nas instâncias ordinárias até o julgamento dos embargos de declaração, sob pena de impossibilidade de sua análise pelas instâncias extraordinárias, ou seja, pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que não se pode utilizar recurso especial eleitoral ou recurso extraordinário com fulcro em fato novo ou superveniente que não fora decidido ou conhecido pelos tribunais regionais eleitorais. Isso porque a competência do TSE restringe-se ao exame dos fatos e temas jurídicos efetivamente debatidos e decididos pelos tribunais regionais. De maneira que fatos “[...]”

supervenientes, ainda que configurem matéria de ordem pública, não são passíveis de exame na via extraordinária em razão da ausência do necessário pré-questionamento¹⁰.

Importante consignar que, no mesmo sentido, consagram-se a Súmula nº 7 do STJ, que preconiza que a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial; e a Súmula nº 279 do STF, que determina que, para simples reexame de prova, não cabe recurso extraordinário, ou seja, ambas consubstanciam técnicas judiciais de “jurisprudência defensiva” das cortes superiores, impedindo a possibilidade de rediscussão de questões fáticas nos recursos extraordinários. A análise realizada é exclusivamente jurídica, incidente nos fatos expostos nos prequestionamentos respectivos.

O segundo marco temporal foi disciplinado pelo Tribunal Superior Eleitoral no julgamento do Ac. de 30.6.2011, no ED-AgR-RO nº 452298, rel. Min. Gilson Dipp, em que restou decidido que somente são aptas a afastar a inelegibilidade, na forma do § 10 do art. 11 da Lei nº 9.504/1997, as alterações fáticas e jurídicas supervenientes ao registro dos candidatos que ocorram antes da diplomação e desde que também sejam noticiadas até o momento da oposição dos embargos de declaração perante a instância ordinária.

Com efeito, nesse precedente, o Tribunal Superior Eleitoral fixou um marco temporal para alteração no *status* de elegibilidade e inelegibilidade dos candidatos *sub judice*. Dentro desse contexto, restou decidido que as alterações fáticas e jurídicas supervenientes apenas podem ocorrer até a diplomação do candidato eleito porque é nesse momento que a Justiça Eleitoral ratifica a vontade das urnas. Esse precedente foi

¹⁰ “[...]. 1. O pré-questionamento das questões suscitadas no recurso especial é pressuposto de admissibilidade indispensável, ainda que se trate de questões de ordem pública. Precedentes. [...]” (Ac., de 25.10.2011, no AgR-AI nº 59107, rel. Min. Marcelo Ribeiro; no mesmo sentido o Ac., de 29.10.2010, no ED-AgR-REspe nº 4198006, rel. Min. Aldir Passarinho Junior; o Ac., de 29.9.2010, no AgR-REspe nº 57484, rel. Min. Marcelo Ribeiro; o Ac., de 25.9.2008, no AgR-REspe nº 30736, rel. Min. Felix Fischer; o Ac., de 9.9.2008, no EAAG nº 7500, rel. Min. Fernando Gonçalves; o Ac., de 5.6.2008, no AgR-AC nº 2347, rel. Min. Marcelo Ribeiro; o Ac. nº 25192, de 17.10.2007, rel. Min. Cezar Peluso; e o Ac., de 19.12.2005, no ERO nº 773, rel. Min. Gilmar Mendes.)

importante, porque foi o primeiro a estabelecer um marco temporal de caráter não processual, a necessidade de se estabelecer um limite à *fattispecie* prevista no § 10, art. 11, da Lei nº 9.504/1997.

Contudo, em meados de 2013, o Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento do agravo no Respe nº 458-86, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, julgado em 5 de novembro de 2013, estabeleceu outro marco temporal para incidência do respectivo fato superveniente, evoluindo no seu entendimento anteriormente consagrado e acima mencionado, acolhendo a ilação de parcela da doutrina, no sentido de estabelecer que o limite temporal seja conferido na data da eleição, uma vez que é nesse momento que o cidadão exerce o direito de sufrágio, devendo então estar ciente se o candidato realmente dispõe dos pressupostos que lhe permitam disputar as eleições, exercendo a plenitude de sua cidadania.

O *dead line* do dia das eleições é mais interessante do que a data da diplomação em razão de que possibilita aos eleitores a certeza de que os candidatos nos quais votaram realmente estão aptos para representá-los, sem que seus registros possam ser suprimidos posteriormente. Assim, o eleitor tem a convicção de que seu voto não será anulado, nem sua intenção de apoio sofrerá influência da incerteza de que o seu candidato obterá ou não o registro.

Ademais, merece ser salientado que a respectiva decisão serviu de precedente para que o Tribunal Superior Eleitoral, por meio do seu presidente, Ministro Marco Aurélio, em resposta a consulta (Cta nº 380-63), estabelecesse que o fato superveniente que altere o *status* das condições de elegibilidade ou das causas de inelegibilidade precisa ser atestado até a data das eleições, para que o registro de candidatura possa ser deferido ou indeferido, ou seja, quaisquer alterações fáticas supervenientes que surgirem após as eleições não merecem ser consideradas, devendo ser mantida incólume a situação do candidato, seja ela qual for.

A definição de uma data-limite ostenta o escopo teleológico de legitimar ainda mais as eleições, na medida em que fomenta a vontade dos eleitores, impedindo esses de votarem em algo inconcluso e lacunoso, acarretando uma situação indefinida sobre determinado pleito eleitoral.

Assim sendo, o marco temporal deve ser a data das eleições porque se configura como o período em que o povo escolhe seus representantes, tendo a certeza de que eles podem ou não ser candidatos, garantindo uma maior segurança jurídica ao processo eleitoral.

5. Conclusão

O controle judicial do processo de alternância de poder mostra-se como imprescindível para garantia da segurança das relações jurídicas travadas durante o certame eleitoral e a manifestação da soberania popular. Contudo, para isso ser materializado, torna-se imprescindível que a legislação eleitoral esteja calcada em normas objetivas e preceitos lógicos que inibam qualquer tipo de interpretação judicial subjetiva ao desiderato de acarretar dubiedade jurisprudencial. Assim sendo, as restrições ao exercício da cidadania devem advir diretamente do texto constitucional e por meio de legislação complementar, e não por meio do fenômeno da jurisprudencialização, uma vez que este não tem competência constitucional para elidir direitos fundamentais e o exercício da cidadania. Desse modo, a posição sustentada nestas linhas é de que fatos jurídicos supervenientes, incidentes em condições de elegibilidade ou em causas de inelegibilidade, apesar de ter sua existência fática indiscutível, em decorrência de dispositivo legal expresso, somente podem ser aplicados como causas supridoras de inelegibilidade. Não se pode mencionar a ocorrência de inelegibilidade superveniente porque ela não encontra premissa legal que legitime sua imputação, uma vez que a regra contida no § 10 do art. 11 da Lei nº 9.504/1997 apenas autoriza a existência de fato jurídico que afasta a inelegibilidade. Com relação à hipótese de elegibilidade superveniente, como não houve previsão legal, apesar de sua validade teórica, não se podem tecer considerações sobre sua existência normativa. Contudo, jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral permite a existência de inelegibilidades supervenientes. Por último, conclui-se pela necessidade de se estabelecer um marco temporal sobre a respectiva incidência, optando-se pela data das eleições, como forma de garantir uma maior segurança jurídica na relação intersubjetiva entre o candidato e o eleitor, densificando uma maior legitimidade ao certame eleitoral.

Referências

AGRA, Walber de Moura; VELLOSO, Carlos Mario da Silva. *Elementos do Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Adriano Soares. *Instituições de Direito Eleitoral*. 6. ed. revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Elegibilidades e inelegibilidades*. São Paulo: Dialética, 2004.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Fontemoing & Cia., 1991.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MENDES, Antonio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros, 1994.

NISS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos, condições de elegibilidade e inelegibilidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PINTO, Djalma. *Elegibilidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2008.

RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

TAVARES, André Ramos. Justiça e administração eleitorais na federação brasileira: entre a Justiça estadual e a federal. *Revista Estudos Eleitorais*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 9-28, maio/ago., 2011.

TELLES, Olivia Raposo da Silva. *Direito Eleitoral comparado: Brasil, Estados Unidos, França*. São Paulo: Saraiva, 2009.



Esta obra foi composta na fonte Myriad Pro,
corpo 10, entrelinhas de 13,5 pontos, em papel AP 75g/m² (miolo)
e papel Cartão Supremo 250g/m² (capa).