

ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 9 · Número 1
Janeiro/Abril 2014



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 elegido 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 vênua 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 emersão 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, apregooou-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 rediscutir 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. *Percorso 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 lès 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 consoantes 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 pétreas, 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 ulteriores 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-questionamento”¹⁰.

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 questionamentos 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.

NIESS, 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.