

Direito a isenções tributárias em ano eleitoral

Neste momento econômico de graves dificuldades para o setor produtivo e para os contribuintes em geral, o emprego de incentivos fiscais ou de medidas de desoneração podem ser um dos poucos meios à disposição dos poderes legislativos para induzirem a recuperação dos mais distintos setores ainda afetados pelo coronavírus.



Para que o contribuinte possa usufruir dos direitos aos incentivos criados, a

segurança jurídica importa sobremaneira, para evitar surpresas desagradáveis com sanções ou judicialização futura. Por isso, impõe-se avaliar a proteção da confiança legítima no gozo das modalidades de “gastos tributários”, ou se estes estariam vedados em ano eleitoral pela regra do § 10 do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997, que assim dispõe:

"Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: (...)

§ 10. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa." (g.n.)

Recentemente, publicamos uma apreciação afirmativa sobre aquela proibição, mas que não se encontrava integralmente examinada em todos os seus contornos. A revisão, porém, se impõe, sem qualquer conexão com algum caso concreto. Razões de forma e de conteúdo o justificam.

Até o momento, o Supremo Tribunal Federal (STF) não examinou a constitucionalidade do artigo 73, § 10 da Lei nº 9.504/1997. Contudo, o tema está a merecer uma análise de conformidade com o texto constitucional nos distintos atos de aplicação, quanto à determinação de serem os atos ali previstos passíveis de qualificação como eventuais abusos, que o são.

A Constituição Federal, ao tratar do Direito Eleitoral, prescreve, no art. 14, § 9º, que "lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, (...) e a *normalidade e legitimidade das eleições* contra a *influência do poder econômico* ou o *abuso do exercício de função*, cargo ou emprego na administração direta ou indireta" (g.n.).

Os abusos contra a *normalidade* e a *legitimidade das eleições* sancionáveis pela perda do direito de elegibilidade deveriam necessariamente ser objeto da chamada *reserva de lei complementar*. Logo, por se tratar de competência legislativa reservada, a matéria não pode ser veiculada por lei ordinária ou por atos regulamentares, sob pena de inconstitucionalidade formal.

Quanto à eficácia do dispositivo, o Superior Tribunal Eleitoral (TSE), por meio da Súmula-TSE nº 13, firmou entendimento segundo a qual "*Não é autoaplicável o § 9º do art. 14 da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/1994.*" Porém, o STF garantiu a todos que qualquer qualificação de "abuso" só poderia se dar mediante lei complementar.

A esse respeito, o STF confirma a garantia da limitação de competências eleitorais pela *reserva de lei complementar*, do artigo 14, § 9º da CF, para outras hipóteses de *abuso eleitoral*, no julgamento da ADPF nº 144, de relatoria do ministro Celso de Mello.

Cumprir saber se o inteiro teor do § 10 do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997, que é uma lei ordinária, não padeceria de inconstitucionalidade formal, haja vista o artigo 14, § 9º da CF exigir que situações de abuso de função sejam veiculados por "lei complementar".

Ora, não há dúvidas de que tanto a jurisprudência quanto a doutrina são pacíficas no sentido de que a locução "*concessão de benefícios por parte da Administração*" indica uma clara hipótese de abuso de poder ou de função.^[1] Isso porque a Constituição reclama estritamente "lei complementar" no trato do abuso de poder político e de autoridade que não tenham sido definidos pela Constituição.

O regime de apreciação dos atos abusivos veio com a edição da Lei Complementar nº 135/2010, que trouxe nova redação ao artigo 22, XVI da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, a saber:

"Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito: (...)

XVI – para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam." (g.n)

Como se percebe, a Lei Complementar nº 135/2010 trouxe os requisitos para a configuração de ato abusivo, e, para além da potencialidade do ato lesivo de *alterar o resultado da eleição*, exigiu, por meio de regra de ponderação a ser apurada em cada caso pelo juiz eleitoral, a demonstração da *gravidade das circunstâncias que o caracterizam*.

Resta saber se o texto do artigo 22, XVI da Lei Complementar nº 135/2010 foi suficiente para convalidar a inconstitucionalidade formal do referido § 10 do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997. Deveras, a resposta só pode ser pela negativa,

O ponto da "afetação da igualdade" entre os candidatos é, por sua vez, uma questão que somente caso a caso pode ser apurada. Como bem anota o ministro Gilmar Mendes, cuja *ratio* é atualmente aceita de forma majoritária na jurisprudência eleitoral, a saber:

"CONSULTA. VEDAÇÃO. ART. 73, § 10, DA LEI Nº 9.504/1997. LANÇAMENTO DE PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL (REFIS). MUNICÍPIOS. ANO DE ELEIÇÕES FEDERAIS E ESTADUAIS. A validade ou não de lançamento de Programa de Recuperação Fiscal (Refis) em face do disposto no art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/1997 deve ser apreciada com base no quadro fático-jurídico extraído do caso concreto."[\[2\]](#)

Logo, Programas de Recuperação Fiscal (Refis) não teriam, de plano e de forma absoluta, sua validade automaticamente afetada com base no artigo 73, § 10 da Lei nº 9.504/1997, pelo simples fato de representarem algum tipo de "benefício fiscal".

Essa postura do TSE é bem explicitada por Manoel Carlos de Almeida Neto, que ao tratar das competências do Tribunal, pontua que cabe ao TSE colmatar as lacunas técnicas dos enunciados normativos a partir da análise do caso concreto, fazendo a adequação da aplicação das normas de cunho genérico para uma situação específica, a saber: *"É verdade – além de explicitar o que repute implícito na legislação eleitoral, viabilizando a sua aplicação uniforme — pode o tribunal colmatar-lhe lacunas técnicas, na medida das necessidades de operacionalização do sistema gizada pela Constituição e pela lei."*[\[3\]](#)

Como consta das motivações do ministro Gilmar Mendes, certas concessões de incentivos fiscais, notadamente quando vinculados a necessidades orçamentárias do Estado, são medidas mandatórias para a proteção do erário público. Os benefícios (*i.e.* Refis) até podem ser concedidos, desde que não se faça de forma gratuita (isso é, sem exigir qualquer contraprestação dos beneficiários);[\[4\]](#) e que possam carrear algum tipo de vantagem específica para determinado candidato mediante atos de abuso de poder.[\[5\]](#)

Além do exame de cada caso dos gastos tributários, importa destacar que estes sequer podem ser confundidos com a locução *"benefícios concedidos pela Administração Pública"*, do § 10 do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997.[\[6\]](#) A este fim, importa determinar qual o alcance normativo da proibição do § 10 do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997 à Administração Pública, no que se refere à vedação das concessões de benefícios em anos eleitorais.

De fato, quando são concedidos com autorização legislativa, com caráter geral, os gastos tributários cumprem funções vinculadas à proteção da capacidade contributiva, para promoção do desenvolvimento ou mesmo para recuperação da economia.

A vedação do artigo 73, § 10 da Lei nº 9.504/1997, outrossim, restringe-se especificamente à Administração Pública e seus sujeitos, o que não se aplica, por exemplo, aos atos do Poder Legislativo. Por esse motivo, deve prevalecer o regime do gasto tributário em modo objetivo, sempre que o normativo esteja conforme a Constituição e com as regras de controle dos gastos tributários, como o artigo 14 da LRF, dentre outros. Como exemplo:

"RENÚNCIA FISCAL DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS RELATIVOS AO ICMS POR MEIO DA MP 225/201413.

O benefício fiscal quanto ao ICMS, advindo da MP 225/2014, não constituiu distribuição gratuita de benefícios, conforme exigido pelo § 10 do artigo 73 da Lei 9.504/97 para caracterizar a conduta vedada nele tipificada, mas, sim, decorrência do Convênio ICMS 39/2014, celebrado na 215ª Reunião do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz). Portanto, o Governo do Estado da Paraíba atuou em estrita observância ao que prescrevem os dispositivos insertos na LC 24/75, a qual trata de convênios para a concessão de isenção do ICMS, encontrando o devido respaldo na legislação que rege a matéria em comento. Não caracteriza conduta vedada a execução de Programa de Recuperação Fiscal decorrente de convênio celebrado em âmbito nacional pelo Conselho Nacional de Política Fazendária, uma vez que tal ato não decorre da vontade exclusiva do Chefe do Poder Executivo local, mas de deliberação de todos os entes federados."^[7] (g.n)

Conforme este precedente do TSE, o § 10 do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997 não poderia ser aplicado, na medida que o governador da Paraíba agiu em conformidade com a Lei Complementar nº 24/1975, o que excluiria de plano a ocorrência de qualquer concessão de benefício vedado pela lei, ao admitir que os atos do Poder Legislativo não podem ser censurados com base no disposto na Lei nº 9.504/1997. E tanto mais porque a celebração de convênio não *decorre de vontade exclusiva do Chefe do Poder Executivo*, mas sim de deliberação de todos os entes federados.

A legislação constitucional tributária, assim como a Lei de Responsabilidade Fiscal, contemplam limitações rigorosas de controle dos elementos da concessão de incentivos ou gastos tributários.^[8] Com isso, defeso qualquer extensão ilimitada das vedações contidas no art. 73, § 10 da Lei nº 9.504/1997, que se devem restringir unicamente a benefícios pessoais e com aferição caso a caso.

A Lei Complementar nº 135/2010, que trouxe nova redação ao art. 22, XVI da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, prescreve que: *"para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam"*. Destarte, exige-se não mais a mera potencialidade do ato ser lesivo, mas a necessidade de prova da efetiva demonstração da *gravidade das circunstâncias que o caracterizam*.^[9]

Nas palavras de Paulo Henrique dos Santos Lucon e de José Marcelo Menezes Vigliar, a lei *"define ato abusivo não por sua potencialidade de alterar o resultado da eleição, mas pela gravidade das circunstâncias que o caracterizam"*.^[10] Logo, para a constatação de um ato de abuso, requer-se a relação desses específicos potenciais atos abusivos com os próprios elementos da realidade.

Dito de outro modo, gastos tributários, de um modo geral, possuem parâmetros autônomos de controle e respondem a princípios e limitações constitucionais diversos. Em vista disso, o § 10 do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997 só pode ser empregado com apreciação caso a caso, para que seja possível avaliar se estarão, ou não, presentes: *i)* alguma forma de outorga absolutamente gratuita; e *ii)* algum tipo de vantagem específica para determinado candidato mediante atos de abuso, logo, despido do caráter geral que deveria caracterizar o gasto tributário.

Numa conclusão, o TSE, em diversas oportunidades, firmou o entendimento de que benefícios fiscais poderiam ser concedidos em anos eleitorais, desde que apurada, no plano concreto, a ausência de qualquer tipo de abuso ou vantagem dirigida a algum candidato. É importante apreciar se aquela "vantagem competitiva" dá-se em uma perspectiva *potencial* ou *efetiva*. Isto é, se o ato teria o potencial de gerar algum tipo de instabilidade nas eleições no caso concreto, ou se seria necessária uma demonstração efetiva da ocorrência de abuso. Na ausência de um e do outro, não há que se falar em qualquer forma de impedimento ou mesmo de inelegibilidade que possa ser arguida.

[1] BARREIROS JÚNIOR, Edmilson da Costa. Interpretação das normas dos parágrafos 10 e 11 do art. 73 da Lei nº 9.504/1997. In: Estudos eleitorais, vol. 7, nº 2, Brasília: TSE, 2012, p. 123.

[2] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral – TSE; Consulta nº 36815, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Relator(a) designado(a) Min. Gilmar Mendes, Publicação: DJE – Diário da justiça eletrônica, Tomo 65, Data 08/04/2015, Página 146.

[3] ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *Direito eleitoral regulador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 121.

[4] “(...) *Na linha da jurisprudência firmada nesta Corte Superior, ‘A assinatura de convênios e o repasse de recursos financeiros a entidades privadas para a realização de projetos na área da cultura, do esporte e do turismo não se amoldam ao conceito de distribuição gratuita previsto no art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/97, sobretudo quando os instrumentos preveem a adoção de contrapartidas por parte das instituições’ (...).*” BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral – TSE; RECURSO ORDINÁRIO ELEITORAL nº 060038425, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, Publicação: DJE – Diário da justiça eletrônica, Tomo 95, Data 26/05/2021, Página 0.

[5] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral – TSE; Recurso Ordinário nº 171821, Acórdão, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Publicação: DJE – Diário da justiça eletrônica, Tomo 126, Data 28/06/2018, Página 29-32.

[6] “*A propósito, o Tribunal Superior Eleitoral, antes mesmo da inovação constante do dispositivo em apreço, já deixava claro que a concessão de vantagens fiscais, em caráter geral e ordinário, não tem o condão de desequilibrar o pleito eleitoral em curso, estando, assim, autorizada.*” LEONCY, Léo Ferreira. Norma local que proíbe a concessão de vantagens fiscais no último exercício fiscal de cada

legislatura: sua inconstitucionalidade. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 82/2008, p. 263–299, Set-Out/2008, DTR2008574, p. 277.

[7] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral – TSE; Recurso Ordinário nº 171821, Acórdão, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Publicação: DJE – Diário da justiça eletrônica, Tomo 126, Data 28/06/2018, Página 29-32.

[8] “*A par da relativa flexibilidade que o sistema concede ao ente tributante no nível das regras constitucionais, as normas de Direito Financeiro e as garantias individuais impõem ao sistema tributário os caracteres mais rígidos de controle das exceções. A própria busca pelo bom funcionamento do Estado, materializada na restrição ao estabelecimento de privilégios fiscais, encontra no princípio da igualdade o seu fundamento último de legitimação. Ou seja, apesar das determinações da LRF que tolhem o “direito de não tributar”, é antes a necessidade de tratamento equânime de contribuintes mediante regras gerais e abstratas, que um abstrato dever fundamental de impor tributos que atribui o traço de rigidez aos regimes especiais tributários.*” (Cf. SOUZA, Pedro Guilherme Gonçalves de. *Regimes especiais tributários: legitimação e condicionantes de segurança jurídica e de governança na perspectiva constitucional*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017, p. 268).

[9] Cf. PEREIRA, Flávio Henrique Unes; AMARAL, Bárbara Mendes Lôbo. Abuso de poder eleitoral: o alcance da noção de gravidade e de legitimidade do pleito tendo por pressuposto o princípio da mínima intervenção. In: CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de; FERREIRA, Telson Luís Cavalcante (Coords.). *Direito eleitoral – aspectos materiais e processuais*. São Paulo: Migalhas, 2016, p. 71. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral – TSE; Recurso contra Expedição de Diploma nº 671, Acórdão, Relator(a) Min. Eros Grau, Publicação: DJE – Diário da justiça eletrônica, Tomo 59, Data 03/03/2009, Página 35.

[10] LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Código eleitoral interpretado*. 3. Ed, São Paulo: Atlas, 2013, p. 568.

Date Created

13/04/2022