

VOTO-VOGAL

O Senhor Ministro André Mendonça:

1. Trata-se de referendo em medida cautelar deferida pelo e. **Ministro Relator Nunes Marques** no âmbito de tutela provisória antecedente, ajuizada pelo Partido Social Cristão (PSC) e pelos deputados federais Jony Marcos de Souza Araújo e José Valdevan de Jesus Santos, a recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal Superior Eleitoral.

2. Na decisão ora submetida a referendo, o Relator assentou a plausibilidade das alegações das partes requerentes, à luz do princípio da anualidade eleitoral. Afirma, em síntese, que o TSE promoveu viragem jurisprudencial em face de sua própria Resolução nº 23.554/2017, nos seguintes termos:

“O debate acerca da destinação dos votos no contexto das eleições proporcionais de 2018 foi suscitado no bojo dos recursos ordinários eleitorais de n. 0601423-89, 0601423-80 e 0601409-96, julgados em 22 de setembro de 2020. Até então, o entendimento era majoritariamente direcionado ao aproveitamento dos votos pelo partido ou pela coligação, com base no art. 175, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral.

(...)

Cristalizada a jurisprudência, o Tribunal Superior Eleitoral editou, em 18 de dezembro de 2017, a Resolução n. 23.554, na qual dispôs sobre os atos preparatórios para as Eleições 2018, que ocorreriam nos dias 7 (primeiro turno) e 28 (segundo turno, onde houvesse) de outubro, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto (CF, arts. 14, *caput*, 28 e 32, § 2º, c/c Lei n. 9.504/1997, arts. 1º, parágrafo único, I, e 2º, § 1º).

A matéria relativa à destinação dos votos na totalização proporcional foi regulamentada nos arts. 218 e 219 do ato normativo. Note-se que a cassação do mandato de parlamentar implicaria, para todos os efeitos, a nulidade dos votos obtidos apenas se decorrente de decisão condenatória publicada antes do pleito.

(...)

Ora, a orientação do TSE para as eleições de 2018, expressa na Resolução n. 23.554/2017, sinalizava a nulidade dos votos dados a candidato que, **na data do pleito eleitoral**, fosse inelegível ou tivesse o

registro indeferido ou cassado por decisão condenatória já publicada. É dizer, se determinada a cassação mediante ato publicado **depois do evento**, os votos deveriam ser contabilizados em favor da legenda.

A Corte eleitoral manteve o entendimento nos anos seguintes, como se depreende da leitura das ementas de acórdãos disponibilizados no *Diário da Justiça eletrônico* em 2018 e em 2019 (...). A modificação da jurisprudência veio a ocorrer no julgamento, em 22 de setembro de 2020, dos RO-El's 0601423-89, 0601423-80 e 0601409-96.

Na ocasião, foi estabelecida distinção: o aproveitamento, em favor da agremiação partidária, dos votos obtidos por parlamentar que teve o mandato cassado (Código Eleitoral, art. 175, § 4º) se restringiria aos casos nos quais a candidatura não ensejasse dúvida nem suspeita sobre a retidão da vontade externada pelo eleitorado.

(...)

O novo entendimento firmado sinalizava a incongruência de se preservarem juridicamente válidos os votos que houvessem maculado o processo eleitoral realizado à luz das regras sobre o sistema proporcional.

É evidente que se trata de uma virada na compreensão do Tribunal, uma vez que o juízo de nulidade dos votos em pleito proporcional guardava observância do critério temporal, isto é, à publicação da decisão condenatória de cassação do mandato, antes ou depois da eleição.

(...)

Para que a Corte Superior Eleitoral pudesse adotar novo posicionamento, tal como fez, seria preciso afastar a aplicação da resolução por ela mesma editada.

Ante a insubsistência, no caso concreto, da regra contida na Resolução/TSE n. 23.554/2017 para as eleições de 2018, a qual norteou a atuação dos Tribunais Regionais Eleitorais de todo o País, verifica-se o **desequilíbrio no processo eleitoral**, considerados os demais parlamentares que se submeteram ao padrão anterior.

Para evitar essa situação e garantir a **segurança jurídica** em relação às regras eleitorais, o legislador constituinte inseriu no Texto Constitucional o art. 16, que consagra o **princípio da anterioridade eleitoral**, tido como preceito fundamental ao Estado Democrático de Direito.

Ante a regra contida no art. 175, § 4º, do Código Eleitoral e no art. 219, IV, da Resolução/TSE n. 23.554/2017, verifica-se a inexistência de norma **anterior a 2018** que disciplinasse a atuação da Justiça Eleitoral quanto à nulidade dos votos conferidos a candidato que viesse a ter o registro cassado por decisão publicada posteriormente ao pleito. Por outro lado, nessa hipótese, havia norma expressa a revelar padrão a ser seguido naquelas eleições, no sentido do aproveitamento dos votos em favor da legenda. **Trata-se de inequívoco marco normativo que**

não só estabelecia as regras do jogo como também garantia a cidadãos, candidatos, partidos e coligações a ciência do que esperar quanto à contabilização dos votos. Desse modo, a aplicação retroativa fere as garantias fundamentais relativas à proteção da confiança do jurisdicionado e à segurança jurídica do processo eleitoral.

(...)

Penso que deve prevalecer a confiança legítima dos participantes das Eleições 2018 quanto à incidência da regra prevista na Resolução /TSE nº 23.554/2017. Seu afastamento pelo Tribunal Superior Eleitoral, conquanto possível, não poderia retroagir a pleito já ocorrido. A alteração de regra atinente ao processo eleitoral, nos termos do art. 16 da Constituição de 1988, não se aplica à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

(...)

Entendo, ao menos em juízo típico de cognição sumária, que a aplicação, às Eleições 2018, da interpretação adotada *a posteriori* pelo TSE importa em erosão do conteúdo substantivo dos preceitos relativos à segurança jurídica, à soberania popular e à anualidade eleitoral (CF, arts. 5º, XXXVI e LV, 14 e 16). ” (grifos no original)

3. Ademais, argumentou que estaria configurado no caso evidente o risco de dano de difícil ou impossível reparação, diante das consequências do acórdão do TSE nas garantias do devido processo legal dos requerentes, no pleito eleitoral e na dinâmica de funcionamento da Câmara dos Deputados:

“É dizer, a preservação da decisão de cassação do mandato do postulante já cumprida, ainda que não preclusas as vias recursais terá o condão de esvaziar qualquer provimento jurisdicional superveniente em recurso desprovido de efeito suspensivo .

Trata-se de flagrante cerceamento de defesa, a violar a inafastável garantia fundamental do devido processo legal . Não é razoável que o requerente seja penalizado pela execução da decisão colegiada sem que se lhe oportunize o instrumento recursal constitucionalmente assegurado.

Não fosse suficiente, a decisão do TSE repercutiu na atual composição da Câmara dos Deputados, decorrente das eleições de 2018, e, naturalmente, impactará nas eleições de 2022.

Ora, nos termos dos arts. 46 e 47, § 3º, da Lei n. 9.504/1997, a definição dos membros da Casa Legislativa e do número de cadeiras preenchidas por partido político a partir das Eleições 2018 é critério, mais que relevante, essencial na apuração das cotas individuais do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, do Fundo Partidário e do tempo de propaganda política a ser realizada nas emissoras de rádio e televisão.

Nos termos da Resolução/TSE n. 23.674/2021, 20 de julho é a data a ser considerada para o cálculo da representatividade na Casa Legislativa a repercutir na divisão do tempo destinado à propaganda no horário eleitoral gratuito.

Ante a proximidade das eleições de 2022, é evidente o risco de dano de difícil ou impossível reparação. Mostra-se urgente a apreciação do pedido cautelar." (grifos no original)

4. Eis o teor do dispositivo da decisão ora submetida a referendo:

"3. Ante o exposto, defiro, em parte, o pedido formulado, para suspender os efeitos da decisão colegiada por meio da qual o Tribunal Superior Eleitoral julgou o RO-AIJE 0601585-09.2018.6.25.0000, com a consequente restauração da validade do mandato dos requerentes e das prerrogativas de sua bancada no contexto da Câmara dos Deputados."

5. Em face dessa decisão monocrática, o Partido dos Trabalhadores interpôs agravo regimental, afirmando-se assistente simples no presente feito, dado que o beneficiado pela condenação dos requerentes, o senhor Márcio Macedo, encontra-se filiado a essa agremiação política.

6. Sustenta que o manejo da corrente TPA representa supressão de instância, uma vez que se origina de desentranhamento de simples petição no âmbito da ADPF nº 761/BA, de relatoria do e. **Min. Nunes Marques**. Isso porque "*sequer os Embargos de Declaração opostos foram analisados pela e. Corte Superior Eleitoral, de modo a não existir encartado naqueles autos os necessários Recursos Extraordinários e, muito menos, a devida análise de admissibilidade por parte de Sua Excelência, o Ministro Presidente do TSE.*" Evoca o que disposto nas Súmulas 634 e 635 do STF.

7. Igualmente, aponta que há no caso violação do princípio do juiz natural, pois seria o e. **Ministro Gilmar Mendes** o prevento para relatar o presente feito, tendo em vista que referido julgador teria despachado primeiramente na ADPF nº 776/DF, de sua relatoria.

8. Indica a ausência de plausibilidade do direito nesta TPA na esteira do posicionamento plenário do TSE.

9. Enfim, formula os seguintes pedidos:

“requerer o conhecimento e processamento do presente Agravo Regimental, bem como:

a. A promoção do devido juízo de reconsideração, de modo a se sustar os efeitos da decisão liminar proferida no dia 02/06/2022, e se manter incólume a decisão proferida pelo e. Tribunal Superior Eleitoral nos autos da Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 0601585-09.2018.6.25.0000, com a consequente manutenção da posse do senhor Márcio Macedo (PT/SE) no cargo de Deputado Federal;

b. Não sendo esse o entendimento de Vossa Excelência, que seja o presente feito submetido ao apreço do e. Plenário desse Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que se pugna pelo provimento do presente Agravo Regimental, reformando-se decisão liminar proferida, para fins de se manter incólume o acórdão prolatado pelo e. Tribunal Superior Eleitoral, com a consequente manutenção da posse do senhor Márcio Macedo (PT/SE) no cargo de Deputado Federal.”

10. Do mesmo modo, o senhor Márcio Costa Macedo interpôs agravo regimental em face da decisão ora submetida a referendo, afirmando-se sua legitimidade a partir da condição de terceiro prejudicado.

11. Em suas razões, sustenta a ocorrência de supressão de instância, bem como a inadequação da via eleita, pois não se deu o encerramento do processo no TSE, dado que restam pendentes embargos de declaração, com efeitos infringentes.

12. Alude, ainda, com a prevenção do e. **Ministro Gilmar Mendes** na presente hipótese.

13. Defende que houve a usurpação da competência de juízo de cognição sumária do TSE por parte do Ministro Relator deste feito.

14. Por fim, pleiteia o seguinte:

“64. Da narrativa até então elencada, exsurge uma conclusão máxima: a tutela provisória antecipada deve ser rejeitada, sendo que a competência para julgar o feito deve ser devolvida ao e. Tribunal Superior Eleitoral, com o forçoso reconhecimento de sua autoridade, a

fim de preservar, em última instância, a segurança jurídica, principalmente em virtude da proximidade com o pleito eleitoral deste ano.

65. Além disso, a liminar concedida pelo Ministro Relator na TPA 41 deve ser anulada, em razão de seus vários vícios, ilegalidades e inconstitucionalidades, tais como a supressão de instância, a violação à regra da prevenção da competência, o princípio do devido processo legal, entre vários outros princípios e regras violados naquela decisão.

66. Consequentemente, o ora Interviente, o Sr. Márcio Macedo, deve ser mantido no cargo de Deputado Federal, caso a liminar teratológica ainda não tenha sido executada, ou reempesado no mesmo Cargo, caso ela já tenha sido executada. Isso porque, como já dito, a decisão agravada é teratológica e não dispõe de validade jurídica.

67. Caso Vossa Excelência não entenda conceder esses pedidos em juízo de reconsideração, requer o encaminhamento do recurso para o julgamento pelo órgão colegiado competente. 68. Requer, ainda, seja concedido efeito suspensivo a este recurso, em razão da quantidade de normas jurídicas de alta pertinência para o caso, citadas em prol da pretensão do Interviente (a dar a necessária plausibilidade do bom direito), bem como o fato de que o risco na demora do julgamento de mérito da TPA pode prejudicar não apenas o direito do Interviente ao mandato parlamentar que conquistou nos votos (mediante a legítima suplência de deputado cassado) mas também pode manter a jurisdição do TSE num limbo jurídico e institucional, na medida em que o Tribunal ficaria a depender da decisão da TPA para poder continuar o julgamento dos embargos de declaração opostos por Valdevan de Jesus e outros no processo cabível.

(...)

69. *Ex positis*, requer-se a Vossa Excelência que se digne a receber e processar o presente recurso, na forma do art. 317, RISTF, para o fim de que seja reconsiderada a r. decisão proferida no dia 02 de junho de 2022, reestabelecendo os efeitos da decisão do e. Tribunal Superior Eleitoral nos autos da Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 0601585-09.2018.6.25.0000, mantendo-se o Recorrente, o Sr. Márcio Macedo, no cargo de Deputado Federal, assegurando-se a segurança jurídica e demais postulados que decorrem do devido processo legal.

70. Alternativamente, não havendo reconsideração, requer-se seja o presente Agravo Regimental submetido, com urgência, à apreciação do Plenário, na forma do art. 317, §2º, RISTF, a fim de se reformar a r. decisão agravada, reestabelecendo os efeitos da decisão do e. Tribunal Superior Eleitoral nos autos da Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 0601585-09.2018.6.25.0000, mantendo-se o Recorrente, o Sr. Márcio Macedo, no cargo de Deputado Federal.

71. Seja conferido efeito suspensivo a este Agravo a fim de impedir a nulificação do direito do Agravante, bem como a paralisia do TSE.”

15. No mais, acompanho o bem lançado relatório de Sua Excelência, o e. **Ministro Relator Nunes Marques** .

16. Na data de ontem, dia 09/06/2022, o Vice-Procurador Eleitoral também interpôs agravo interno em face do *decisum* . Em sua visão, “ *a deliberação da Segunda Turma do dia 7 do corrente recusou acolhida ao fundamento em que a decisão agora agravada se apoia para enxergar o pressuposto da plausibilidade do direito indispensável para a concessão da tutela postulada.* ” Sendo assim, ofenderia a isonomia qualquer distinção aos casos relacionados às Eleições de 2018. Com efeito, “ *requer a reconsideração da decisão ou, isso não ocorrendo, o provimento do agravo interno.* ”

Passo a decidir.

17. Inicialmente, urge considerar algumas questões preliminares pertinentes a este feito, especialmente no que toca à viabilidade da abertura da jurisdição cautelar no âmbito do STF e à concessão de antecipação da tutela em sede de TPA. Em relação à pretensão cautelar formulada perante o STF, a meu sentir, o **Ministro Nunes Marques** endereçou adequadamente a questão, como se depreende do seguinte excerto de sua decisão:

“2. O pedido de tutela de urgência formulado veicula questão constitucional consubstanciada na irrisignação à luz dos preceitos fundamentais alusivos ao Estado de Direito, à segurança jurídica, à proteção da confiança, à anterioridade eleitoral e à isonomia em face da decisão formalizada pelo TSE em 17 de março de 2022, no julgamento do RO-AIJE 0601585-09.2018.6.25.0000.

O acórdão está, desde então, pendente de publicação . O Relator do processo naquela Corte Superior, ministro Sérgio Banhos, em 21 de março passado, indeferiu os pedidos de atribuição de efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos pelo PSC e por Jony Marcos de Souza Araújo. No ato, Sua Excelência determinou a oitiva do Ministério Público Eleitoral e da parte adversa, para efeito de contrarrazões, após a publicação do acórdão impugnado.

Sabe-se que a atribuição de efeito suspensivo a decisão que se revele incompatível com a jurisprudência desta Corte reclama (i) juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário pelo Presidente do Tribunal de origem ou, em sendo negativo o crivo, interposição de agravo (TPA 23 AgR, ministro Marco Aurélio, *DJe* de 23 de novembro de 2020); (ii) viabilidade processual, se presente ofensa direta e imediata ao Texto Constitucional (Pet 8.607 AgR, ministro Celso de Mello, *DJe* de 31 de agosto de 2020); (iii) plausibilidade jurídica da postulação de direito material deduzida; e (iv) demonstração objetiva da configuração do *periculum in mora*.

De outro lado, nem mesmo o juízo negativo de admissibilidade pronunciado na origem enseja, por si só, a impossibilidade da concessão da medida cautelar pertinente. O Supremo tem procedido, **excepcionalmente**, à concessão da pretendida tutela cautelar **quando demonstrada a situação de plausibilidade jurídica ou de perigo na demora da prestação jurisdicional, e sempre que o apelo veicular matéria que se mostre, desde logo, minimamente razoável** (Pet 9.834, ministra Rosa Weber, *DJe* de 21 de setembro de 2021; e Pet 7.795, ministra Rosa Weber, *DJe* de 12 de abril de 2019).

Pois bem. Na espécie, não foi emitido juízo de admissibilidade positivo ou negativo porque não há recurso extraordinário formalizado. Isso se dá não por inexistência de interesse processual da parte, mas em virtude da ausência de publicação do acórdão do TSE cujos efeitos, ressalte-se, foram produzidos automaticamente após publicada a certidão de julgamento.

A questão não é inédita. Em situação assemelhada, o ministro Dias Toffoli, ao apreciar, em 29 de outubro de 2020, a Petição 9.216 AgR, **deferiu medida liminar para suspender a execução da decisão colegiada da Corte Superior Eleitoral, pendente a publicação do acórdão. (...)** Da mesma forma, o ministro Gilmar Mendes, na Petição 7.551, **reconheceu a competência do Supremo para examinar pedido de suspensão de decisão colegiada do Tribunal Superior Eleitoral, a qual, ainda sujeita a embargos de declaração, tenha determinado a imediata produção de efeitos (...)** Assim, conquanto não formalizado o apelo extremo, verifica-se, no âmbito da cognição sumária, **quadro de manifesta violação ao direito fundamental de ampla defesa a impedir a irrisignação da parte, configurado a partir da não abertura de via processual que possibilitaria a interposição do recurso extraordinário.**

Ora, a Constituição Federal, a jurisprudência do Supremo e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil são expressos em assegurar o direito de defesa a todo litigante em processo judicial ou administrativo, com os meios e recursos inerentes a seu pleno exercício (CF, art. 5º, LV). Sem a preclusão das vias impugnatórias, **há que viabilizar a ampla defesa dos interessados**, inclusive mediante a interposição de recurso extraordinário.

Se se mostra possível a concessão de tutela de urgência mesmo em vista de juízo expresso negativo de admissibilidade, **quanto mais em situação de manifesto prejuízo ao interessado na qual não oportunizada via recursal contra decisão com efeitos produzidos, por ausência de publicação do julgado.** De resto, o CPC determina, em seu art. 944, que, *Não publicado o acórdão no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da sessão de julgamento, as notas taquigráficas o substituirão, para todos os fins legais, independentemente de revisão .* **Como já transcorreram mais de 30 dias, no caso, é de admitir-se a menção às conclusões do acórdão para todos os efeitos legais .**

Tenho como plausíveis a postulação de direito material e o risco de dano grave, considerado o perigo na demora da prestação jurisdicional.” (grifos no original)

18. Nesse sentido, com base no art. 944 do CPC e a partir da determinação do Pleno do TSE no sentido da produção imediata de efeitos de seu julgado, **compreendo que se apresenta *prima facie* cabível a excepcional apreciação por este STF do pleito atinente ao efeito suspensivo do acórdão da Corte Eleitoral em sede antecedente à interposição de recurso extraordinário na espécie.**

19. Sendo assim, da leitura que faço da decisão submetida a referendo, o deferimento do referido efeito suspensivo justifica-se neste momento processual. Na linha do que assentado pelo e. **Ministro Presidente Luiz Fux** na Pet-TP nº 8.743/RJ, j. 02/04/2020, cuida-se de providência possível em jurisdição extraordinária cautelar, incluso para fins de superação dos enunciados nº 634 e nº 635 da Súmula do STF, nos seguintes termos:

“Na sistemática dos recursos processuais civis, o efeito suspensivo *impede a produção imediata das consequências e resultados da decisão recorrida. Quando suspensos os efeitos da sentença ou acórdão recorrido, a suspensão lhes alcança todos os resultados e eficácia* (MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil, 9ª ed., Campinas: Millennium, 2003, p. 386).

Admite-se, ainda, o efeito suspensivo *ativo*, pelo qual o Poder Judiciário não apenas suspende a eficácia da decisão recorrida, como também concede provisoriamente a tutela requerida e denegada na instância de origem.

O artigo 995 do Código de Processo Civil dispõe expressamente que a interposição de recursos não gera automaticamente efeito suspensivo, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso. Nos termos do artigo 1.029, § 5º, do mesmo diploma, a atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário obedece a

regra *ope iudicis* . O pedido deve ser endereçado ao *tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição* , enquanto deve ser dirigida ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, *no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão* . As súmulas 634 e 635 deste Supremo Tribunal Federal indicam provisão semelhante, *in verbis* :

Enunciado nº 634 : Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.

Enunciado nº 635: Cabe ao presidente do tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

Entretanto, como destacado na própria inicial, esta Corte possui entendimento de que, verificadas hipóteses excepcionais de flagrante verossimilhança da tese jurídica e de risco de dano irreparável decorrente a demora do julgamento definitivo do recurso extraordinário, admite-se a concessão de efeito suspensivo ativo a recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo quando ainda não exaurida a jurisdição do Tribunal de origem. Trata-se de mecanismo excepcional para se resguardar a jurisdição do Supremo Tribunal Federal na análise de assuntos eminentemente constitucionais.

Essa tese foi manifestada, inclusive, no julgamento da AC 1821 QO, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, quando se consignou que, *em situações excepcionais, em que estão patentes a plausibilidade jurídica do pedido - decorrente do fato de a decisão recorrida contrariar jurisprudência ou súmula do Supremo Tribunal Federal - e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação a ser consubstanciado pela execução do acórdão recorrido, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar ainda que o recurso extraordinário tenha sido objeto de juízo negativo de admissibilidade perante o Tribunal de origem e o agravo de instrumento contra essa decisão ainda não tenha sido recebido nesta Corte (AC 1.821 QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 4/4/2008).*

In casu , verificada hipótese extraordinária, em que sobejamente satisfeitos os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* , entendo necessária a concessão parcial do pedido formulado.” (grifos no original)

20. Em suma, também nesse ponto entendo escorreita a decisão de Sua Excelência, o e. **Ministro Relator Nunes Marques** .

21. **Em relação ao mérito** , reputo ser simples a resolução da presente querela, uma vez que se trata da simples subsunção dos argumentos do TSE para aplicação retrospectiva de sua nova orientação jurisprudencial a fatos ocorridos nas Eleições de 2018 à tese de julgamento firmada por esta Corte no Tema nº 564 do ementário da Repercussão Geral, cujo paradigma é o RE nº 637.485-RG/RJ, Rel. Min. **Gilmar Mendes** , Tribunal Pleno, j. 1º/08/2012, p. 21/05/2013, isto é, que o comando proibitivo do art. 16 do texto constitucional também protege o cidadão em face de modificações jurisprudenciais perpetradas pelo Colendo TSE:

“I - O art. 14, § 5º, da Constituição deve ser interpretado no sentido de que a proibição da segunda reeleição é absoluta e torna inelegível para determinado cargo de Chefe do Poder Executivo o cidadão que já exerceu dois mandatos consecutivos (reeleito uma única vez) em cargo da mesma natureza, ainda que em ente da Federação diverso;

II - **As decisões do Tribunal Superior Eleitoral - TSE que, no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento, impliquem mudança de jurisprudência não têm aplicabilidade imediata.** ” (grifos nossos)

22. A rigor, não se cuida de uma peculiaridade específica do ramo eleitoral. Nos Temas nº 881 e nº 885 do ementário da Repercussão Geral, ainda pendentes de conclusão, os e. **Ministros Relatores Edson Fachin e Luís Roberto Barroso** propuseram a observância dos princípios da anterioridade ânua e nonagesimal em temática sobre a coisa julgada inconstitucional em relações tributárias de trato continuado.

23. Nesse sentido, convém referenciar a argumentação exposta por Sua Excelência, o e. **Ministro Gilmar Mendes** , na ADPF nº 776-MC/DF, de sua relatoria, j. 18/12/2020, p. 07/01/2021, quando assenta **exatamente** essa compreensão:

“Assim deve ser porque as exigências de segurança jurídica, quanto à condução do processo político-eleitoral (em sentido amplo, da fase pré-eleitoral ao julgamento da regularidade das candidaturas e eleições), não seriam plenamente observadas se restritas fossem ao âmbito da positivação do direito. Consoante assentei no julgado acima, não se pode deixar de considerar o peculiar caráter normativo

dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos.

Penso que a questão constitucional que se apresenta amolda-se à tese; mais que isso, a viola, o que evidencia a presença de plausibilidade jurídica da medida cautelar (*fumus boni iuris*).

Diversas são as passagens do acórdão apontado como objeto desta ADPF, o AgR-RO-EI n. 0608809-63.2018.6.19.0000/RJ, que deixam claro o seu caráter inovador.

(...)

A fundamentação jurídica acima foi decisiva para o estabelecimento da ‘orientação plenária’ expressa no acórdão em liça (...). Não é o caso de revisar, aqui, os judiciosos fundamentos adotados pelo Tribunal Superior Eleitoral para resolver a questão que se apresentava. Nesta sede de cognição precária, como é típico dos provimentos cautelares, revela-se mais que suficiente constatar que a “orientação plenária” do TSE se mostra informada de ineditismo.”

24. Por reconhecer e comungar desse entendimento jurídico, **reputo-o aplicável ao caso dos autos, às inteiras, pelo menos em sede de juízo preambular**. Com todas as vênias aos entendimentos contrários, **a questão é eminentemente jurídica e em nada necessita do revolvimento de matéria fático-probatória**. Na verdade, a função revisora do STF, como cúpula do Poder Judiciário, estaria seriamente comprometida, caso não lhe fosse dado avaliar os fundamentos de decidir dos Tribunais de origem e cassá-los, quando em desacordo com a Constituição Federal.

25. No que toca à derrotabilidade de regra prevista na Res. TSE nº 23.554 /2017 às Eleições 2018, quanto aos efeitos jurídicos da nulidade dos votos dados, a superação de precedentes demonstra-se incontestante. Por brevidade, reproduzo os argumentos encetados pelo e. **Ministro Luiz Edson Fachin** no Recurso Ordinário eleitoral n. 0603900-65.2018.6.05.0000/BA na ambiência do TSE:

“Por ocasião da sessão de 6.10.2020, acompanhei o posicionamento externado pelo Ministro Sérgio Banhos no bojo de voto lavrado com extremo esmero e que muito bem esquadrinhou a questão posta nos autos.

Sem embargo, no que diz especificamente com o aspecto relacionado à destinação dos votos auferidos por deputado que tem seu mandato cassado, impõe-se o registro de uma ressalva.

Para tanto, rememoro que, no julgamento conjunto dos recursos ordinários nº 0601403-89, nº 06021423-80 e nº 0601409-96, levado a cabo em 22.9.2020, apresentei voto no sentido de conhecer da insurgência manejada por André dos Santos e Railson da Costa, os quais reputei legitimados a atuarem na condição de terceiros interessados, na busca pela definição do tratamento jurídico dos votos obtidos por candidatos cassados em pleitos proporcionais.

Naquela assentada, a despeito de concluir que, em eleições regidas pelo sistema proporcional, a cassação de mandato ou diploma em ação autônoma pela prática de ilícito enseja a anulação da votação recebida, tanto para o candidato como para o respectivo partido, inclinei-me, em respeito ao princípio da segurança jurídica, pela aplicação do entendimento em questão somente a partir das eleições de 2020, pois o diploma aplicável ao pleito em tela restringe a possibilidade de anulação total dos votos à hipótese de cassação em ação autônoma cuja decisão tenha sido publicada antes das eleições.

Sucedo que, à luz de divergência encetada pelo Ministro Alexandre de Moraes, esta Corte, por maioria, deliberou pelo não conhecimentos do recurso ordinário nº 0601403-89, interposto por André dos Santos e Railson da Costa, ao entendimento de que não revestiriam legitimidade a arrostar o aresto regional, pois não admitidos como assistentes processuais na origem.

Nessa senda, este colegiado, balizado pela constatação de óbice processual, abreviou o desenrolar da insurgência que ventilava o tema concernente à destinação de votos auferidos por deputado que teve o mandato cassado, travando debate no ponto apenas a título de *obiter dictum*.

Assim, na oportunidade do presente julgamento é que emerge margem para que esta Corte efetivamente se debruce sobre a temática.

Do cotejo das nuances do caso em liça com as referente àquele espelhado nos recursos ordinários nº 0601403-89, nº 06021423-80 e nº 0601409-96, não constato circunstâncias que conduzam à modificação do entendimento que abracei por ocasião do julgamento conjunto destes últimos. ,

De mais a mais, reitero que o caráter inovador de compreensão que afaste a aplicabilidade do art. 219, IV, da Res.-TSE 23.554 recomenda a sua não aplicação a feitos pretéritos, em homenagem ao princípio da proteção da confiança.

Não é demais lembrar que o esquema constitucional demanda que os órgãos de Estado se comportem como entes em quem se pode

confiar, em ordem a que os cidadãos possam tocar a vida num ambiente juridicamente previsível (NOVAIS, Jorge Reis. Princípios estruturantes do Estado de Direito. Coimbra: Almedina, 2019).

À vista dessas ponderações, repiso a conclusão adotada na oportunidade do julgamento conjunto dos recursos ordinários nº 0601403-89, nº 06021423-80 e nº 0601409-96, no sentido de que, em respeito ao disposto no art. 219, IV, da Res.-TSE 23.554 e ao princípio da segurança jurídica, o posicionamento pela anulação da votação recebida, tanto para o candidato como para o respectivo partido, deve ser aplicado prospectivamente, com impacto apenas quanto ao pleito de 2020.

Com essas considerações, rogando vênias a todos que perfilham entendimento contrário, divirjo do Ministro Relator, apenas para reconhecer, quanto à destinação dos votos obtidos pelo deputado estadual cassado, a aplicação do previsto no art. 219, IV, da Res.-TSE 23.554.”

26. Na mesma assentada, o e. **Ministro Luís Roberto Barroso** aportou argumentos de forma enfática e, ao meu ver, irrespondíveis:

“A minha questão aqui é – e aí eu penso que a segurança jurídica está, com todas as vênias do entendimento diverso, do outro lado – que nós tínhamos uma resolução expressa. Veja: resolução não é jurisprudência! A resolução é um ato normativo. E, portanto, a resolução... e o artigo crucial não é o art. 219, IV, a meu ver, é o 218 (218 da Res.-TSE nº 23.554/2017 aplicável às eleições de 2018).

(...)

Portanto, para esta hipótese que nós estamos julgando, eu penso que há uma resolução específica e expressa. Não é uma jurisprudência, e, portanto, eu acho que nós estaríamos descumprindo a nossa própria resolução. Eu devo dizer que estou de acordo com a solução que nós alvitramos daqui para frente. Portanto, nisso há um consenso.

Mas eu penso que essa nossa decisão de não aplicar o art. 218 repercute sobre o quociente eleitoral e sobre o quociente partidário. Portanto, eu acho que o próprio Tribunal não cumprir a sua própria resolução é problemático, mesmo que eu não esteja feliz com a resolução. Porém, nós mudamos, e inclusive sanamos o problema, porque a resolução, para as eleições de 2020, já não tem mais essa possibilidade de contar para a legenda os votos dados ao candidato que teve o mandato cassado ou o registro indeferido.

Portanto, votando – porque eu ainda não havia votado, e, depois, vou tomar os votos, quanto à destinação dos votos e, em seguida, quanto à questão da execução –, eu peço todas as vênias ao Ministro

Sérgio Banhos, que reiterou o seu posicionamento, para este julgamento, que se refere às eleições de 2018, aplicar a resolução do Tribunal, que dá o destino dos votos à legenda do candidato.”

27. Nessa linha, a meu sentir, demonstra-se absolutamente incontestável que se operou na espécie uma alteração jurisprudencial, assim como que essa foi aplicada de forma retroativa, em detrimento de expressa previsão em Resolução do TSE. Vale perceber que a própria Corte Eleitoral no âmbito da Res. TSE nº 23.472/2016 identifica essa hipótese como modificação da jurisprudência e, por consequência, obsta sua aplicação a eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. Reproduzo literalmente os arts. 5º e 6º do mencionado ato normativo:

“Art. 5º A modificação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e as alterações de que tratam o inciso V do art. 2º desta Resolução entrarão em vigor na data de sua publicação, **não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência (CF, art. 16).**

§ 1º O disposto neste artigo e em seus parágrafos não obsta que o Tribunal, a qualquer tempo, altere a sua jurisprudência para as eleições que se realizarem após um ano, contado da data da deliberação final do Plenário.

§ 2º Caracteriza-se como modificação da jurisprudência:

I - o entendimento que seja contrário a reiterados julgamentos do Plenário do Tribunal Superior Eleitoral ou do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria; ou

II - o entendimento que seja manifestamente contrário ao disposto nas instruções do Tribunal Superior Eleitoral.

§ 3º Não caracteriza modificação da jurisprudência, para efeito deste artigo:

I - a análise das circunstâncias de casos concretos que demonstrem a inaplicabilidade do entendimento consolidado, as quais deverão ser objetivamente identificadas e justificadas;

II - o entendimento que decorra da alteração da legislação que não tenha sido anteriormente apreciada em sede jurisdicional pelo Plenário do Tribunal Superior Eleitoral ou pelo Supremo Tribunal Federal; ou III - o entendimento expresso em decisão monocrática que não tenha sido debatido pelo Plenário do Tribunal.

§ 4º Na hipótese do inciso II do § 3º, a tese definida nas decisões tomadas pelo Tribunal Superior Eleitoral em relação aos feitos eleitorais de determinado pleito deverão ser observadas nos demais casos que envolvam a mesma eleição.

§ 5º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas

ações declaratórias de constitucionalidade, produzem eficácia *erga omnes* e deverão ser observadas pelo Tribunal Superior Eleitoral no julgamento dos feitos judiciais (CF, art. 102, § 3º).

Art. 6º Na alteração de qualquer instrução, assim como no julgamento de qualquer feito eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral observará o princípio da segurança jurídica e da confiança.” (grifos nossos)

28. Por seu turno, os arts. 23 e 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro militam no mesmo sentido:

“Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, **sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.**

Parágrafo único. **Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas** em atos públicos de caráter geral ou **em jurisprudência judicial** ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.” (grifos nossos)

29. Sendo assim, a plausibilidade do direito alegado pelos requerentes desta TPA resta patente por qualquer perspectiva que se olhe a querela. Em suma, não há outra conclusão juridicamente possível que seja diversa àquela apresentada pelo **Ministro Relator Nunes Marques** na presente hipótese. **Dito de forma direta, o *fumus boni iuris* resta demonstrado sobejamente.**

30. **Do mesmo modo, comungo do entendimento de Sua Excelência quanto ao perigo de dano irreparável ou de difícil reparação na presente hipótese**, tendo em vista de um lado há evidente impacto da imediata execução do julgado do TSE nos mandatos parlamentares em curso, inclusive de pessoas alheias à lide processual – repise-se: sem oportunidade de exercerem o contraditório e a ampla defesa na espécie - e, de outro lado,

as consequências do acórdão recorrido na composição da Câmara dos Deputados e nas eleições gerais de 2022, especialmente no que toca às cotas partidárias do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, do Fundo Partidário e do horário eleitoral gratuito.

31. Pelo exposto, **referendo a medida cautelar deferida parcialmente em tutela provisória antecedente, nos termos do voto do Ministro Relator, com prejuízo dos agravos regimentais interpostos pelo Partido dos Trabalhadores, pelo Senhor Márcio Costa Macedo e pelo Ministério Público Eleitoral.**

É como voto.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/06/2022