

VOTO VOGAL

1. **O Senhor Ministro Flávio Dino:** Trata-se de Embargos de Declaração relativos ao julgamento conjunto das ADIs 7.228 e 7.263. O tema comum a todas essas ações diretas diz respeito à validade constitucional dos arts. 109, § 2º, e 111 do Código Eleitoral (na redação dada pela Lei nº 14.211/2021) e dos arts. 11, caput e § 2º, e 13 da Resolução TSE nº 23.677/2021, os quais dispõem sobre a distribuição das chamadas “sobras eleitorais” nas eleições proporcionais.

2. Os embargantes cuidam dos seguintes pontos:

“Da omissão e da contradição acerca da inobservância do quórum qualificado, previsto no art. 27 da Lei n. 9.868/1999, para aplicar a modulação dos efeitos da interpretação conforme à Constituição Federal pelo acórdão embargado.

Da omissão e da contradição acerca da aplicação do artigo 16 da Constituição para não aplicar a Lei nº 14.211/2021, publicada em 1º de outubro de 2021: norma eleitoral publicada há mais de um ano do pleito, aplicada pela vez primeira às eleições.”

3. Rememoro parte da argumentação de mérito que utilizei quando do julgamento das ADIs:

“Eleições proporcionais

No sistema proporcional, prestigia-se a democracia partidária. As vagas são distribuídas entre os partidos (ou federações de partidos), na proporção de seus votos.

O criador do método D’Hondt (Victor D’Hondt) — método de distribuição proporcional de mandatos eletivos — ilustra a importância do sistema proporcional, valendo-se da seguinte ponderação: seria manifestamente injusto se, entre os vários trabalhadores responsáveis pela execução de uma obra ou serviço, a totalidade da remuneração coubesse apenas àquele que mais trabalhou.

A representação proporcional guarda intrínseca relação com o pluralismo político e o regime democrático. Busca-se impedir a sujeição dos diversos grupos sociais existentes à visão de mundo e ao projeto político imposto por uma única classe predominante.

Distribuição pelos quocientes (1ª etapa)

A primeira etapa do sistema proporcional inicia pela definição dos quocientes eleitoral e partidário. O quociente eleitoral corresponde ao número de total de votos válidos apurados na eleição, divididos pelo número de vagas disputadas (CE, art. 106). A título de exemplo, nas eleições para as 09 cadeiras de uma Câmara municipal, registrando-se 9.000 (nove mil) votos válidos ao total, tem-se o quociente eleitoral correspondente a mil votos válidos.

O quociente partidário corresponde ao número de votos válidos recebidos pelo partido político (ou federação de partidos) divididos pelo quociente eleitoral; ou seja, significa o número de cadeiras que o partido efetivamente conquistou, antes da distribuição das sobras de votos.

Supondo que, no exemplo dado, existissem apenas dois partidos políticos (A e B) disputando eleições municipais, sendo que o partido A obteve 5.000 votos válidos e o partido B os 4.000 restantes, estaria encerrada a eleição, com a proclamação da vitória de cinco candidatos do partido A e de quatro candidatos do partido B.

No Brasil, contudo, a grande variedade de siglas acarreta a dispersão dos votos entre os diversos partidos existentes, tornando difícil a eleição direta dos candidatos pelo alcance do quociente eleitoral.

Definido o quociente eleitoral, estarão eleitos, pelo mesmo partido (ou federação), tantos candidatos quanto o quociente partidário indicar (CE, art. 108). Mas o partido somente ocupará a vaga obtida pelo quociente eleitoral, se o candidato obtiver uma votação individual mínima correspondente a 10% do quociente eleitoral. Trata-se da chamada cláusula de barreira, instituída pela minirreforma eleitoral de 2015 (Lei nº 13.165/2015).

Considera-se eleito, portanto, na primeira fase da distribuição das vagas, o candidato que, além de ser filiado a um partido que atingiu o quociente eleitoral, também obteve votação nominal mínima (10% do quociente eleitoral).

Registro não estar em discussão, nesta causa, a distribuição de vagas operada nesta etapa inicial; tampouco a constitucionalidade da cláusula de barreira prevista no art. 108 do Código Eleitoral, que, inclusive, já teve sua constitucionalidade reconhecida por esta Corte (ADI 5.920, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 04.3.2020).

Distribuição pelo sistema de médias (2ª etapa)

Não havendo mais lugares a serem preenchidos pelos requisitos cumulativos do quociente eleitoral e da cláusula de desempenho individual, segue-se a distribuição das vagas remanescentes (sobras ou restos eleitorais) pelo critério das maiores médias.

A distribuição por médias ocorre mediante a divisão do número de votos válidos atribuído a cada partido pelo número de lugares por ele obtido mais 01 (um). Realizado o cálculo, obterá a vaga o partido que atingir a maior média, repetindo-se a operação a cada vaga a ser preenchida (CE, art. 109, I a III).

Até o ano de 2017, somente poderiam disputar as sobras eleitorais (lugares não preenchidos na etapa inicial) os partidos que tivessem atingido o quociente eleitoral.

Superou-se essa barreira com o advento da Lei nº 13.488/2017, que modificou o art. 109, § 2º, do Código Eleitoral, para dispôr que “Poderão concorrer à distribuição dos lugares todos os partidos e coligações que participaram do pleito”. A reforma foi elogiada, por ostentar a virtude de favorecer a ocupação das vagas remanescentes pelos candidatos mais bem votados, mesmo que seu partido não tenha desempenhado bem nas eleições.

Sobreveio, no entanto, a Lei nº 14.211/2021, estabelecendo nova cláusula de barreira. Pelo novo texto do art. 109, § 2º, do Código Eleitoral, somente concorrerão às sobras eleitorais os partidos políticos (ou federações de partidos) que tenham atingido no mínimo 80% do quociente eleitoral e os candidatos que obtiveram 20% do mesmo quociente (votação nominal mínima). É a chamada regra 80/20.

Registro que também não se discute, no caso, a constitucionalidade da regra 80/20. É sobre a próxima etapa de distribuição dos votos que recai o objeto desta ação direta.

Distribuição remanescente (3ª etapa)

Quando a incidência da regra 80/20 impedir a distribuição dos restos eleitorais pelo critério das maiores médias, as cadeiras remanescentes (a “sobra das sobras”) serão repartidas de acordo com o art. 109, III, do Código Eleitoral.

De acordo com a sistemática anterior, a etapa final de distribuição dos restos eleitorais (a sobra das sobras) regia-se exclusivamente pelo critério das maiores médias, sem a incidência de nenhuma cláusula de barreira ou requisito de desempenho.

A Lei nº 14.211/2021, no entanto, trouxe também para essa etapa o requisito do desempenho mínimo exigido nas fases anteriores do procedimento de distribuição de vagas. Eis com ficou, no ponto, o

teor do art. 109, III, do Código Eleitoral:

Art. 109. Os lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários e em razão da exigência de votação nominal mínima a que se refere o art. 108 serão distribuídos de acordo com as seguintes regras: (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

I - dividir-se-á o número de votos válidos atribuídos a cada partido pelo número de lugares por ele obtido mais 1 (um), cabendo ao partido que apresentar a maior média um dos lugares a preencher, desde que tenha candidato que atenda à exigência de votação nominal mínima; (Redação dada pela Lei nº 14.211, de 2021)

II - repetir-se-á a operação para cada um dos lugares a preencher; (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

III - quando não houver mais partidos com candidatos que atendam às duas exigências do inciso I deste caput, as cadeiras serão distribuídas aos partidos que apresentarem as maiores médias. (Redação dada pela Lei nº 14.211, de 2021)

§ 1º O preenchimento dos lugares com que cada partido for contemplado far-se-á segundo a ordem de votação recebida por seus candidatos. (Redação dada pela Lei nº 14.211, de 2021)

§ 2º Poderão concorrer à distribuição dos lugares todos os partidos que participaram do pleito, desde que tenham obtido pelo menos 80% (oitenta por cento) do quociente eleitoral, e os candidatos que tenham obtido votos em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) desse quociente. (Redação dada pela Lei nº 14.211, de 2021)

A redação é confusa. Pelo inciso III, o sistema de maiores médias será observado “quando não houver mais partidos com candidatos que atendam às duas exigências do inciso I deste caput”. Ocorre que o inciso I do art. 109 traz apenas uma única exigência: “desde que tenha candidato que atenda à exigência de votação nominal mínima”.

Surge a dúvida: ao fazer referência apenas à exigência de votação nominal mínima, o dispositivo em questão (CE, art. 109, I) teria afastado o requisito da barreira partidária (80% do QE)? Nesse caso, não se aplicaria a regra do § 2º do art. 109 do Código Eleitoral?

O Tribunal Superior Eleitoral buscou dirimir essa incongruência textual, fazendo-o por meio da Resolução nº 23.677/2021, pela qual restou definido que, mesmo na distribuição das vagas remanescentes (sobras das sobras), serão observadas tanto a barreira partidária (80% do quociente eleitoral), quanto a barreira individual (20% do quociente eleitoral). Veja-se:

.....
Art. 11. As vagas não preenchidas com a aplicação do quociente partidário e a exigência de votação nominal mínima, a que se refere o art. 8º desta Resolução, serão distribuídas pelo cálculo da média, entre todos os partidos políticos e as federações que participam do pleito, desde que tenham obtido 80% (oitenta por cento) do quociente eleitoral (Código Eleitoral, art. 109, caput, III e § 2º, I e Lei nº 9.504, art. 6º-A).

.....
§ 2º Ao partido político ou federação que apresentar a maior média cabe uma das vagas a preencher, desde que tenha candidata ou candidato que atenda à exigência de votação nominal mínima de 20% do quociente eleitoral (Código Eleitoral, art. 109, I e § 2º; e Lei nº 9.504, art. 6º-A).

.....
§ 4º Quando não houver mais partidos políticos ou federações com candidatas ou candidatos que atendam à exigência de votação nominal mínima estabelecida no § 2º deste artigo, as cadeiras serão distribuídas aos partidos políticos ou federações que apresentem as maiores médias (Código Eleitoral, art. 109, III e Lei nº 9.504, art. 6º-A).

O requerente insurge-se contra a exegese firmada pelo TSE no sentido de que a distribuição das sobras pelo sistema de médias deve observar os requisitos de desempenho previstos no § 2º do art. 109 do Código Eleitoral (na redação dada pela Lei nº 14.211/2021).

O princípio da igualdade de chances entre os partidos políticos

.....
É certo que o STF convalidou a criação da cláusula de barreira (votação mínima individual) prevista no art. 108 do Código Eleitoral (correspondente a 10% do quociente eleitoral). Trata-se, no entanto, de requisito de desempenho aplicável à distribuição das primeiras vagas, aquelas disputadas pelos grandes partidos. Não havia, à época daquele julgamento, outros obstáculos à disputa das fases subsequentes.

A Lei nº 14.211/2021, contudo, veiculou regras novas e subtraiu as chances das pequenas agremiações partidárias na distribuição das sobras eleitorais. Agora, além da cláusula de barreira existente na primeira etapa da distribuição de vagas (desempenho individual equivalente a 10% do quociente eleitoral), exige-se, também, na fase

seguinte, a superação da barreira partidária (80% do quociente eleitoral) e da votação nominal mínima (20% do quociente eleitoral). Na eventualidade de ainda sobrares lugares a serem preenchidos, estariam excluídos da distribuição de vagas residuais, na terceira etapa, os partidos que não tivessem atingido a marca de 80% do quociente eleitoral.

Essa irrazoável cumulação de barreiras — imposta por legislação infraconstitucional — não está de acordo e inviabiliza o sistema proporcional consagrado constitucionalmente, ultrapassando, portanto, o regular exercício da liberdade de conformação do legislador ordinário. Assim, a reforma promovida pela Lei nº 14.211/2021 acarretou, na realidade, profunda distorção nos resultados das urnas, favorecendo a eleição de candidatos com desempenho eleitoral inexpressivo em substituição aos escolhidos pelo voto popular.

Com efeito, a nova regra favorece candidatos com votação insignificante filiados a grandes partidos. Isso porque, incidindo a cláusula de desempenho partidário na terceira fase da distribuição de sobras, não basta ao candidato obter uma votação expressiva, pois o desempenho insuficiente do partido o excluirá da disputa; os candidatos vinculados a grandes partidos, no entanto, mesmo obtendo votações individuais inexpressivas, poderão arrematar as vagas remanescentes, tendo em vista que a agremiação ultrapassou as cumulativas barreiras.

Em suma: a exclusão dos pequenos partidos da disputa das sobras eleitorais — durante a terceira fase da distribuição das vagas (a chamada “sobra das sobras”) — subverte o princípio da igualdade de chances entre as pequenas agremiações partidárias e os grandes partidos políticos; além disso, favorece a concentração de poder nos grupos políticos consolidados, impedindo a concretização do pluralismo político, valor fundante da ordem democrática brasileira.

Vale realçar, a propósito, que a distribuição assimétrica de valores dos fundos partidários e eleitorais, bem como dos tempos de propaganda na TV, já impulsiona fortemente a concentração de candidatos robustos em poucos partidos, o que corrobora o argumento central do meu voto: a cumulação de assimetrias e barreiras viola o sistema proporcional e o pluralismo político consagrados na Constituição.

Princípio da anualidade (CF, art. 16)

Agora aprecio o tema da vigência das normas impugnadas em relação às eleições de 2022.

Ouvi atentamente o Ministro Gilmar Mendes, nosso Decano, demonstrando, a meu ver, com uma lógica invencível, que não se cuida da aplicação do art. 16 da Constituição. E não se cuida por várias razões. O primeiro, pelo sentido manifesto das palavras ali contidas. A interpretação literal, gramatical, não é inútil. Pelo contrário, ela evita certos equívocos hermenêuticos. Temos um sentido manifesto no art. 16 que o torna inaplicável a esse caso.

Além disso, lembremos, a cláusula constitucional do art. 16 é uma norma de direito excepcional, que exclui, portanto, a vigência imediata ou a aplicação imediata das leis alteradoras do processo eleitoral, em razão do princípio da segurança jurídica.

Sendo uma disposição de direito excepcional, é claro que não comporta interpretação ampliativa; muito pelo contrário, demandaria exatamente a ênfase em uma interpretação literal do art. 16 da CF, por ser norma de direito excepcional, que exclui a vigência imediata, neste caso, supostamente, da decisão deste Tribunal.

Considero, como acentuado pelo Ministro Alexandre e pelo Ministro Gilmar, que não se cuida da aplicação do art. 16 da CF.

Importante lembrar que a Lei nova (Lei nº 14.211/2021) alterou o sistema vigente em face da Lei nº 13.488/2017, portanto, se houvesse insegurança jurídica, esta teria sido causada por aquela e não pela decisão deste Tribunal.

Não havendo, no caso, hipótese de alteração das regras do processo eleitoral, não há falar em incidência do princípio da anualidade eleitoral (CF, art. 16). Na realidade, a decisão proferida nesta causa não modifica o processo eleitoral, nem tampouco cria novas regras. Cuida-se, apenas, de garantir a observância e o respeito às regras do jogo em plena vigência à época das eleições de 2022.

Modulação dos efeitos da decisão

Em seu douto voto, o Ministro Gilmar Mendes demonstra que a modulação não é algo corriqueiro, não é algo rotineiro, exatamente porque se cuida de preservar um sistema declarado inconstitucional.

É preciso que haja razões ponderáveis, acima de quaisquer dúvidas razoáveis, que excluam o efeito normal da decisão do Supremo.

A modulação derivaria, supostamente, de imperativo de segurança jurídica.

Considero que haveria violação da segurança jurídica se se cogitasse de declarar a nulidade dos atos parlamentares ou dos atos legislativos desses deputados – sejam lá quantos forem! – que sairão

do Parlamento. Não! É óbvio que os atos parlamentares ou atos legislativos praticados nesses meses serão preservados. Não há nenhuma razão de segurança jurídica.

Ademais, é muito comum que haja alterações na composição dos Parlamentos. Vivi isso por dentro das Casas Parlamentares. Vi isso na Câmara várias vezes: parlamentares que lá estavam um dia e, no outro dia, eram abduzidos. Abduzidos por quem? Por decisões judiciais. Vinha o sucessor e se apresentava.

Isso abalou a segurança jurídica do país em algum momento? Não me consta.

Temos que sopesar qual é o constrangimento maior: quem ali está exercendo o mandato de modo ilegítimo ou quem ali não está tendo a legitimidade indiscutível à luz da leitura constitucional do sistema proporcional.

Diz o Código Civil, no art. 944, que o valor da indenização é definido pela extensão do dano. Qual é o dano para os eventuais beneficiários desta decisão? Não exercer o mandato. Esse dano é resolúvel em indenização pecuniária? Claro que não, porque são direitos fundamentais, insuscetíveis de substituição por valor monetário.

Se, eventualmente, entendêssemos, em uma hermenêutica, data ténia, equivocada, de aplicar o art. 16 da CF ou, eventualmente, de modular, estaríamos, na verdade, negando o bem da vida aos vencedores da demanda. Estaríamos dando com uma mão e tirando com a outra. É como alguém arbitrar um acidente de trânsito e dizer: o réu realmente cometeu uma infração e deve indenizar o outro veículo sinistrado, mas, por motivos atinentes a valores abstratos – segurança jurídica –, o autor ganhou, mas não vai levar, não terá a indenização do seu veículo. Alguém proferiria uma decisão judicial dessa natureza?

Peço ténia ao eminente Relator, portanto, para acompanhar a divergência inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes, no tocante à modulação dos efeitos da decisão.

Não vislumbro a presença de razões de segurança jurídica capazes de legitimar a restrição – sempre excepcional – dos efeitos naturais da declaração de inconstitucionalidade (eficácia retroativa).

Ao contrário, considero que o critério inadequado constitucionalmente impõe uma lesão a valores nucleares da Constituição.

Voto, neste tema, para dizer que, neste ponto, divirjo do eminente Relator, concordando com todos os demais aspectos do voto de Sua Excelência, inclusive quanto ao art. 111, que me parece que é

de uma leitura ainda mais simples juridicamente.

Discordo e, portanto, adiro à divergência, inaugurada pelo Ministro Alexandre, afastando o art. 16 cabalmente. Digo que, sendo inaplicável o art. 16, tampouco é caso de aplicação de modulação, porque os vetores que suportariam ou embasariam uma modulação estão militando na posição diametralmente oposta. Em nome da eficácia, da segurança jurídica, impõe-se o efeito imediato ao conteúdo da decisão e garantir que os eleitos possam exercer legitimamente os seus mandatos.”

4. Com a conclusão do julgamento das ADIs, foi proclamado o resultado:

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão do Plenário, na conformidade da ata de julgamento, por maioria, julgar parcialmente procedentes as ADIs 7.228, 7.263 e 7.325 para dar interpretação conforme à Constituição ao § 2º do artigo 109 do Código Eleitoral, a permitir que todas as legendas e seus candidatos participem da distribuição das cadeiras remanescentes descrita no inciso III do artigo 109 do Código Eleitoral, independente de terem alcançado a exigência dos 80% e 20% do quociente eleitoral, respectivamente; declarar a inconstitucionalidade do art. 111 do Código Eleitoral e do artigo 13 da Resolução-TSE 23.677/2021 para que, se nenhum partido alcançar o quociente eleitoral, sejam aplicados, sucessivamente, o inc. I c/c o § 2º e, na sequência, o inc. III do art. 109 do Código Eleitoral, de maneira a que a distribuição das cadeiras ocorra, primeiramente, com a aplicação da cláusula de barreira 80/20 e, quando não houver mais partidos e candidatos que atendam tal exigência, as cadeiras restantes sejam distribuídas por média, com a participação de todos os partidos, ou seja, nos moldes da 3ª fase, sem exigência da cláusula de desempenho 80%, em estrito respeito ao sistema proporcional, vencidos o Ministro André Mendonça, que julgava improcedentes as ações 7.263 e 7.325 e parcialmente procedente a ADI 7.228, apenas para declarar a inconstitucionalidade do art. 111 do Código Eleitoral e do art. 13 da Res. TSE no 23.677, e os Ministros Edson Fachin, Luiz Fux e Luís Roberto Barroso (Presidente), que julgavam as três ações improcedentes. Por maioria, foram atribuídos efeitos ex nunc a este julgado, para surtir a partir do pleito de 2024, vencidos, neste ponto, os Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes, Flávio Dino, Dias Toffoli e Nunes Marques. Não votou o Ministro Cristiano

Zanin, sucessor do Ministro Ricardo Lewandowski (Relator)."

5. Foram produzidas então as situações de contradição e obscuridade que ensejam o provimento dos embargos. Com efeito, não há dúvida de que a regra, em julgamento de inconstitucionalidade via controle concentrado, é o desaparecimento de todos os efeitos derivados da norma nula, írrita, inválida. Por isso mesmo, eventual modulação só pode ser efetuada com o quórum especial de 2/3 dos votos da Corte. Ou seja, a modulação não é a regra, e sim a exceção, por implicar a manutenção de efeitos absolutamente incompatíveis com a ordem constitucional. Lembro precedente deste Supremo Tribunal:

"Controle concentrado de constitucionalidade. Procedência da pecha de inconstitucional. Efeito. Termo inicial. Regra x exceção. A ordem natural das coisas direciona no sentido de ter-se como regra a retroação da eficácia do acórdão declaratório constitutivo negativo à data da integração da lei proclamada inconstitucional, no arcabouço normativo, correndo à conta da exceção a fixação de termo inicial distinto (...)." [ADI 2.728 ED, rel. min. Marco Aurélio, j. 19-10-2006, P, DJ de 5-10-2007.]

6. Acentuo, outrossim, que é descabida a aplicação do artigo 16 da Constituição Federal como parâmetro autônomo para uma atípica "modulação". Se houvesse pertinência de tal preceito constitucional com a controvérsia em exame, ele poderia, no máximo, atuar como fundamento para a incidência de verdadeira modulação nos termos da lei, vale dizer, com a observância do quórum de 2/3. Assim não fosse, nós teríamos duas etapas de modulação, que não tem amparo legal.

7. Ademais, a afirmação de aplicação ao caso do artigo 16 da Constituição Federal levaria a que também nas eleições de 2024 não prevalecesse a correta sistemática legal (declarada pelo STF), quanto às sobras eleitorais. Isso conduziria a que mais situações fáticas inconstitucionais fossem geradas, e - por conseguinte - milhares de ações judiciais, dada a pulverização das eleições para vereador em 5.568 municípios. Ou seja, a aplicação do artigo 16 da Constituição Federal, a este caso em análise, seria fator produtor de gravíssima INSEGURANÇA JURÍDICA e de conseqüente litigiosidade. Indubitável a contradição interna do Acórdão, ao incluir uma "modulação" sem base legal e

geradora de elevadíssima insegurança jurídica para as eleições municipais de 2024.

8. Acrescento a lembrança - como argumento de reforço - das diversas decisões do TSE, relativas à inobservância ou às fraudes em desfavor das cotas para as mulheres, resultando em dezenas (quicá centenas) de interrupções de mandatos que se encontravam em pleno curso. Tudo isso sem que se alegue violação ao princípio da segurança jurídica ou aplicação do artigo 16 da CF.

9. Com tais fundamentos, pedindo vênia, acompanho a DIVERGÊNCIA inaugurada pelo ministro Alexandre de Moraes.