

Ementa: CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. SOBERANIA POPULAR E REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA NO SISTEMA PROPORCIONAL. DISTRIBUIÇÃO FINAL DE SOBRES ELEITORAIS COM EXCLUSÃO DE PARTIDOS QUE NÃO ALCANÇARAM 80% DO QUOCIENTE ELEITORAL. FAVORECIMENTO DESPROPORCIONAL DE CANDIDATOS COM VOTAÇÃO INSIGNIFICANTE. DISTORÇÃO NA REPRESENTATIVIDADE DO PLEITO. FERIMENTO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. PARCIAL PROCEDÊNCIA COM INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS ARTS. 109, § 2º, E 111 DO CÓDIGO ELEITORAL, COM REDAÇÃO DA LEI 14.211/2021 E DA RESOLUÇÃO 23.677/2021 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. INEXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS PARA A MODULAÇÃO DE EFEITOS. APLICAÇÃO IMEDIATA AO PLEITO DE 2022.

1. Embora legítima a imposição aos partidos políticos de cláusula de desempenho eleitoral para diversos fins, como funcionamento parlamentar e participação no Fundo Eleitoral, é inconstitucional a regra legal que exclui os Partidos Políticos que não alcançaram o patamar de 80% do quociente eleitoral da distribuição de sobras eleitorais (“sobra das sobras”), por violação aos princípios da razoabilidade, soberania popular, do pluralismo político e da democracia representativa, bem como do art. 45, CF, que impõe a adoção do sistema proporcional nas eleições para a Câmara dos Deputados e para as Assembleias Legislativas dos Estados

2. Critério inconstitucional que acarretou sérias distorções na totalização dos resultados eleitorais de 2022 para a composição de várias bancadas estaduais na Câmara dos Deputados, favorecendo candidatos com menor votação e desprezando massa de votos considerável.

3. Ausência de razões de segurança jurídica ou interesse social para modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Inaplicabilidade do princípio da anualidade eleitoral (art. 16 da CF).

4. Embargos de Declaração acolhidos para, sanada a contradição, e atribuídos efeitos modificativos ao acolhimento dos Embargos, atribuir interpretação conforme à Constituição ao art. 109, § 2º, do Código Eleitoral (na redação da Lei 14.211/2021), e estabelecer que a participação dos partidos políticos na distribuição de sobras eleitorais tratada no art. 109, III, do mesmo diploma, independe das exigências de desempenho eleitoral (80% e 20% do quociente eleitoral) e declarar a inconstitucionalidade do art. 111 do Código Eleitoral e do art. 13 da Resolução TSE 23.677/2021, devendo esse entendimento ser aplicado às

eleições de 2022.

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:** Trata-se de Embargos de Declaração opostos pela Requerente Rede Sustentabilidade (ADI 7228) e pelos partidos PODEMOS e PSB (ADI 7263) contra acórdão proferido pelo Tribunal Pleno no julgamento de Ações Diretas pelas quais foram impugnados o art. 109, inciso III e § 2º, e o art. 111, ambos do Código Eleitoral (redação da Lei 14.211/2021), e, por arrastamento, os arts. 11, caput e § 4º, e 13 da Resolução TSE 23.677/2021.

Essas normas tratam da distribuição das sobras eleitorais no processo de totalização do resultado de pleitos proporcionais para as Casas Legislativas, especificamente da distribuição da chamada “*sobra das sobras*” (art. 109, III) entre os partidos remanescentes, também exigida a observância do critério 80%-20% (art. 109, § 2º).

Essa CORTE concluiu pela PROCEDÊNCIA PARCIAL e declaração de inconstitucionalidade de parte dos dispositivos impugnados, naquilo em que impuseram a observância de uma cláusula de desempenho para a participação dos partidos nessa fase de distribuição de sobras, conforme a ementa seguinte:

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. ART. 109, § 2º, E ART. 111 DO CÓDIGO ELEITORAL. CAPUT e § 2º DO ART. 11 e ART. 13 DA RESOLUÇÃO N. 23.677/2021 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. INAPLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE DESEMPENHO PARTIDÁRIO, NA PROPORÇÃO DE 80% DO QUOCIENTE ELEITORAL, À TERCEIRA FASE DE DISTRIBUIÇÃO DAS CADEIRAS REMANESCENTES POR DESCUMPRIMENTO AOS PRINCÍPIOS DO PLURALISMO POLÍTICO, DA SOBERANIA POPULAR, DA REPRESENTATIVIDADE E DA PROPORCIONALIDADE PARTIDÁRIA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, COM EFICÁCIA EX NUNC.

No entanto, foram atribuídos efeitos prospectivos ao julgamento, aplicada a regra inconstitucional na apuração do resultado eleitoral do pleito de 2022. O resultado do julgamento foi proclamado nos seguintes

termos:

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).

Em seus Embargos Declaratórios, a Requerente Rede Sustentabilidade (Pet. STF 67.198/2024, eDoc. 138 dos autos da ADI 7228) alega que: (a) contradição formal, consistente na circunstância de que a proposição de atribuição de efeitos prospectivos ao julgado angariou a adesão de 5 Ministros, não alcançando o quórum exigido pelo art. 27 da

Lei 9.868/1999; (b) contradição material, decorrente do fato de que os fundamentos para a declaração de inconstitucionalidade seriam inconciliáveis com a aplicação da regra inconstitucional ao pleito de 2022.

Os Requerentes PODEMOS e PSB, por sua vez (Pet. STF 67.935/2024, eDoc. 165 dos autos da ADI 7263), alegam: (a) omissão/contradição quanto à observância quórum qualificado do art. 27 da Lei 9.868/1999, considerando que os votos proferidos no sentido da aplicação da regra inconstitucional ao pleito de 2022 o fizeram com fundamento nesse dispositivo legal, mas, *“após o voto do Ministro Presidente deu-se a colheita de votos a respeito do artigo 16 da Constituição Federal, sem que se debatesse a possibilidade de se afastar o quórum qualificado quando se está declarando a inconstitucionalidade de uma norma”*; (b) omissão quanto ao fato de que a Lei 14.211/2021 foi publicada há mais de um ano antes das eleições de 2022, sendo aplicada pela primeira vez por ocasião desse pleito, pelo que não existiriam precedentes anteriores do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL cujo eventual *overruling* justificasse a aplicação do art. 16 da Constituição Federal.

Ambos os Embargos Declaratórios requereram o seu acolhimento e atribuição de efeitos modificativos, para afastar a aplicação da cláusula de desempenho na fase da distribuição da “sobra das sobras” já nas eleições de 2022.

É o relato do essencial.

O acórdão embargado foi proferido no julgamento de Ações Diretas em que se questionou a validade do art. 109, § 2º, e o art. 111, ambos do Código Eleitoral (redação da Lei 14.211/2021), e, por arrastamento, o art. 13 da Resolução TSE 23.677/2021. Os Requerentes PODEMOS e PSB questionaram o inciso III do art. 109 do Código Eleitoral, e o art. 11, caput e § 4º, da Resolução TSE 23.677/2021. Alegava-se afronta ao art. 1º, V, e ao art. 45 da CF (pluralismo político, da igualdade, da soberania popular, do sistema proporcional, da igualdade, da legalidade e da separação de Poderes).

Cuidou-se, assim da organização e critérios aplicáveis à distribuição das sobras eleitorais após a distribuição das vagas alcançadas pelo atingimento do quociente eleitoral por cada partido.

Na primeira fase de distribuição das sobras (art. 109, I e II, do Código Eleitoral) participam os partidos que tenham 80% do quociente eleitoral, com candidatos que atingiram 20% do mesmo quociente, distribuindo-se conforme as melhores médias. Em uma fase seguinte (art.

109, III), a “sobra das sobras” eleitorais é distribuída entre os partidos remanescentes, também exigida a observância do critério 80%-20% (art. 109, § 2º). Se não houver partidos que atinjam o quociente eleitoral, distribuem-se as vagas remanescentes pelas maiores votações individuais (art. 111, Código Eleitoral).

A legislação impunha requisitos para a participação de partidos e candidatos na distribuição de sobras, algo como uma “cláusula de barreira”, pela qual partidos com pior desempenho eleitoral (abaixo de 80% do quociente eleitoral) são excluídos da distribuição de sobras, o que criaria grave distorção em casos de grande dispersão de votos, em que os candidatos desses partidos são preteridos por outros que, embora com menor votação, estão em partidos que satisfizeram o requisito de desempenho.

Por fim, na interpretação conferida pelo Tribunal Superior Eleitoral, previu-se que a distribuição das sobras, quando ausentes partidos que tenham alcançado o quociente eleitoral, não se dará por critério proporcional, mas pelas maiores votações nominais (art. 111 do Código Eleitoral).

A tese acatada pela CORTE no julgamento embargado postulava que, havendo vagas e não existindo mais nenhum partido que atenda ao requisito acima, todos os partidos participam da distribuição das sobras, sendo as vagas conferidas ao partido que atingir as maiores médias (art. 109, III), afastada também a regra do art. 111.

O eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI votou pela procedência parcial das ações, reconhecendo que as regras impugnadas atentavam contra o princípio da soberania popular, do pluralismo político, da representação política e do Estado Democrático de Direito.

Sua Excelência propôs a atribuição de interpretação conforme à Constituição ao § 2º do artigo 109 do Código Eleitoral, de maneira 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, independentemente de terem alcançado a exigência dos 80% e 20% do quociente eleitoral, respectivamente .

Além disso, votou pela “declaração de inconstitucionalidade do artigo 111 do Código Eleitoral e do artigo 13 da Resolução-TSE 23.677/2021 para que, no caso de nenhum partido alcançar o quociente eleitoral, sejam aplicados, sucessivamente, o inciso I c/c com o § 2º e na sequência, o inciso 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”.*

Por fim, no ponto que constitui o principal objeto do presente julgamento de Embargos Declaratórios, entendeu aplicável ao caso o entendimento da CORTE segundo o qual alterações de jurisprudência em matéria eleitoral, em respeito ao art. 16 da CF, teriam eficácia apenas sobre pleitos eleitorais posteriores (RE 637.485, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 1/8/2012).

No voto que proferi no julgamento embargado, consignei que as alterações das regras do Código Eleitoral sobre distribuição de sobras representaram um complemento do Congresso Nacional ao conteúdo da Reforma Eleitoral levada a efeito pela Emenda Constitucional 97/2017, sob o entendimento de que as regras então em vigor (Lei 13.488/2017), não estariam alinhadas com o novo arcabouço constitucional. Nesse sentido, a justificção apresentada pelo Senador Carlos Fávaro (PSD/MT) no Projeto de Lei 783/2021:

Em 6/10/2017, a Emenda Constitucional nº 97 criou a cláusula de desempenho e vedou coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecendo normas sobre o acesso dos partidos políticos para a obtenção de recursos do fundo partidário e tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão.

Diante desse contexto, observa-se que a regra de divisão das sobras eleitorais instituída pela Lei 13.488/2017 está em flagrante desarmonia com a lógica do sistema proporcional estabelecido pela Constituição, além de contrariar as regras contidas na Emenda Constitucional nº 97/2017, razão pela qual a legislação eleitoral deve se adequar ao modelo constitucional vigente.

É importante salientar que a Emenda Constitucional 97/2017 almejou a redução na participação no fundo partidário e o acesso ao tempo de propaganda política de agremiações partidárias com baixo desempenho eleitoral e pouco índice de representatividade, a fim de diminuir os efeitos negativos da fragmentação partidária e do surgimento das chamadas legendas de aluguel.

É necessário, portanto, que haja uma redefinição do critério das sobras eleitorais, a fim de que a distribuição seja

realizada somente entre os partidos que obtiverem quociente eleitoral.

Por essas razões, considero que a atual redação do §2º do art. 109 do Código Eleitoral e demais artigos do referido diploma legal merecem ser adequados aos termos da Emenda Constitucional 97/2017, que instituiu a cláusula de desempenho e vedou a formação de coligações nas eleições proporcionais.

O debate legislativo dessa matéria culminou no texto ora impugnado, de seguinte teor:

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:

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;

II repetir-se-á a operação para cada um dos lugares a preencher;

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.

§ 1º O preenchimento dos lugares com que cada partido for contemplado far-se-á segundo a ordem de votação recebida por seus candidatos.

§ 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.

(...)

Art. 111. Se nenhum partido alcançar o quociente eleitoral, considerar-se-ão eleitos, até serem preenchidos todos os lugares, os candidatos mais votados.

O Tribunal Superior Eleitoral regulamentou a aplicação dessa regra, nos seguintes termos:

**Resolução TSE 23.677/2021**

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. (...)

§ 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.

(...)

Art. 13. Se nenhum partido político ou federação de partidos alcançar o quociente eleitoral, serão eleitos(as), até o preenchimento de todas as vagas, as candidatas ou os candidatos mais votados (as).

A inconstitucionalidade suscitada no presente julgamento trata da aplicação de um condicionante de desempenho eleitoral para participação dos partidos políticos na distribuição de sobras eleitorais.

É bem conhecido o posicionamento histórico da CORTE a respeito de medidas legislativas que impuseram limites ao funcionamento de partidos políticos em razão de seu desempenho eleitoral. Nesse sentido: ADI 1354-MC, Rel. Min MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 7/2/1996, DJ 25/5/2001; ADI 1351, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 7/12/2006, DJ de 30/3/2007.

Como já assentei em sede doutrinária (Cláusula de desempenho fortalece o sistema eleitoral. Consultor Jurídico, 8 de novembro de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-08/justica-comentada-clausula-desempenho-fortalece-sistema-eleitoral/>) por *cláusula de desempenho* entende-se 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.

Veja-se que várias democracias europeias adotam formas de cláusula de desempenho adaptadas às suas condições políticas e culturais, como por exemplo, a Alemanha, França, Itália, Espanha, Suécia e Grécia, entre outras.

Apesar de nunca terem sido aplicadas na prática eleitoral durante a ditadura, a finalidade da previsão da cláusula de barreira pelo regime militar era claramente inviabilizar o surgimento de agremiações opositoras, o que acabou por criar um grande preconceito em relação à cláusula de desempenho no Brasil, que passou a ser taxada, erroneamente, de antidemocrática.

Em que pese os posicionamentos de que a própria Constituição Federal autorizaria o legislador ordinário a estabelecer os requisitos para o funcionamento parlamentar dos Partidos Políticos (art. 17, IV, CF) e para o rateio do fundo partidário e do direito de arena (art. 17, § 3º, CF), o fato é que o tema foi alçado ao próprio texto constitucional pela Emenda Constitucional 97/2017, que previu regras transitórias e permanentes em relação aos recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão. O pleito de 2022 ocorreu sob a regra transitória pela qual têm acesso, aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão os partidos políticos que obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 2% (dois por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou tiverem eleito pelo menos onze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

Medidas dessa natureza guardam total razoabilidade com a necessidade de fortalecimento da democracia representativa consagrada constitucionalmente no parágrafo único do art. 1º, CF, sendo mais do que necessário o abandono de posturas paternalistas e demagógicas em favor do filtro democrático feito pelo povo, enquanto conjunto de eleitores que periodicamente escolhe seus representantes e concede seus votos a agremiações políticas, que somente por meio do batismo da soberania popular passam a adquirir representatividade e legitimidade.

Nada justifica a obrigatoriedade de o 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.

A distribuição dos recursos do fundo partidário e a concessão do direito de arena a todos os partidos políticos, mesmo que proporcionalmente, mas sem a exigência de um mínimo de apoio dos eleitores não é razoável e representa um escárnio à Democracia, constituindo verdadeiro incentivo à criação de legendas de aluguel e profissionais das eleições, que vivem tão somente desses recursos e aumentam vertiginosamente o fosso existente entre representantes e representados, corroendo os pilares da República.

Como me manifestei no julgamento da ADI 5920 (Rel. Min LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 4/3/2020, DJe de 3/7/2020), as inovações trazidas com a Reforma Eleitoral, em especial a cláusula de desempenho, não enfraqueceram o pluralismo político ou a representatividade dos partidos políticos, mas visaram a corrigir disfuncionalidades e distorções decorrentes de certas características de nosso sistema eleitoral, como as coligações em eleições proporcionais com votação em lista aberta, que favorecia a eleição de candidatos sem nenhuma expressão política.

No que concerne ao caso em julgamento, cabe definir se o escopo da EC 97/2017 permite a imposição de cláusula de desempenho para a participação dos partidos na distribuição de sobras eleitorais, tal como estabelecido pelo Congresso Nacional, na interpretação do Superior Tribunal Eleitoral. Embora a exigência de desempenho eleitoral para o funcionamento dos partidos não seja, por si só, atentatória aos princípios da soberania popular e do pluralismo político, a adoção desse tipo de critério no curso do pleito eleitoral cria justamente o tipo de distorção que a Reforma Eleitoral pretendeu debelar, ferindo o princípio da razoabilidade.

Isso porque a regra tem o efeito de desprezar um montante considerável de votos, quando atribuídos a candidatos que disputaram a eleição por partidos que receberam apoio popular não desprezível, embora não atingido o patamar de 80% do quociente eleitoral.

A análise do desempenho eleitoral dos partidos políticos permite a constatação de que, especialmente em colégios eleitorais menores (Estados-membros de menor população), é significativa a proporção de votos dispersa em vários partidos. Nesse cenário de fragmentação partidária e cultura política ainda muito personalista, consideradas as alterações constitucionais e legais em temas como coligações e federações, tudo considerado, tem-se, já em relação ao pleito de 2022, sérias distorções em resultados eleitorais, causadas pela restrição à participação

de partidos nas sobras de votação.

A totalização de votos por partido nos Estados de Tocantins, Amapá e Roraima, com a indicação dos partidos políticos que obtiveram votação inferior a 1% do total de votos validos indica um montante significativo de votos. Desprezar a votação desses partidos para a distribuição das sobras importa, no final, em desprezar os votos conferidos a seus candidatos e, conseqüentemente, descolar o resultado eleitoral da vontade popular expressada nas urnas, comprometendo a representatividade dos eleitos.

Em relação ao conjunto de Estados-membros nos quais a distorção foi especialmente prejudicial, é possível aferir a sub-representação gerada pela regra impugnada, confrontando a votação dos eleitos por ela, em comparação aos candidatos preteridos. Possível também mensurar o impacto da aplicação dessa regra sobre a composição das bancadas dos partidos políticos na Câmara dos Deputados, com a alteração de 7 cadeiras (e conseqüente alteração na configuração das bancadas dos partidos).

Na prática, ao excluir os partidos políticos com votação inferior ao patamar de 80% do Q.P., a regra favorece candidatos que alcançaram uma proporção ainda menor de votos, apenas pelo fato de concorrerem por agremiação que, no total, reuniu mais votos.

Para melhor compreensão do tema, e à guisa de exemplo, convém detalhar os dados referentes ao Estado do Tocantins, onde, por força das regras impugnadas, os partidos PODEMOS, PT e PSC, por ficarem abaixo do patamar de 80% do Q.P., não participaram da distribuição de sobras, abrindo espaço para os candidatos menos votados dos partidos que atingiram esse patamar (Republicanos, União Brasil, PL e PP). Assim, o candidato Lázaro Botelho (Progressistas-TO), contemplado com a 8ª cadeira, assim como outros quatro candidatos que participaram da distribuição das sobras, foram eleitos com votação inferior ao candidato Tiago Dimas (PODEMOS-TO), que recebeu 42.970 votos.

No caso do Distrito Federal há situação semelhante. O candidato Rodrigo Rollemberg (PSB-DF), com 51.926 votos (25,84% do Q.E.), foi mais votado que os candidatos eleitos para a 7ª e 8ª cadeiras da bancada do Distrito Federal, em razão do fato desses candidatos integrarem partidos que participam da distribuição de votos (Fraga, PL-DF, e Gilvan Máximo, Republicanos-DF).

O mesmo ocorre em Rondônia, onde o candidato Rafael Fera (PODEMOS) foi mais votado (24.286 votos) do que três dos candidatos

favorecidos pelas sobras eleitorais, o último dos quais, Lebrão (União Brasil), teve 12.607 votos.

No Amapá, metade da bancada de deputados federais desse Estado (4 de 8 deputados) teve votação inferior a candidatos que não foram eleitos em razão de seus partidos não participarem da distribuição de sobras eleitorais.

Além das distorções antes apontadas, com a indicação de candidatos preteridos por candidatos com votação inferior, trago à consideração do Plenário uma simulação considerando o Estado de Santa Catarina, sobre a qual o Tribunal Superior Eleitoral se debruçou já sob a perspectiva do debate sobre participação nas sobras eleitorais, a demonstrar o impacto para a contabilização dos votos na composição do Legislativo estadual e da bancada do Estado na Câmara dos Deputados:

(...)

Tem-se, assim, várias situações concretas nas quais a aplicação das regras de distribuição de sobras eleitorais, naquilo em que excluem partidos em razão de seu desempenho, produzem resultados que, do ponto de vista do princípio democrático, da soberania popular, entre outros princípios, se revelam inaceitáveis, por (a) desprezar um montante considerável de votos, e (b) preterir candidatos com maior votação apenas em razão do desempenho de seus partidos.

Esses casos são de amplo conhecimento público, largamente divulgados nos meios de comunicação, e aportados em memórias apresentados por partidos políticos no curso do presente julgamento.

Independentemente dessas situações concretas, importa realçar que as regras sobre cômputo de sobras eleitorais constituem matéria sensível para a observância dos princípios constitucionais da soberania popular, pluralismo político e da democracia representativa, bem como do art. 45, CF, que impõe a adoção do sistema proporcional nas eleições para a Câmara dos Deputados e para as Assembleias Legislativas dos Estados.

A imposição de uma cláusula de desempenho na distribuição de sobras provoca, inevitavelmente, uma séria distorção nos resultados eleitorais, pois alijam partidos e candidatos que tiveram votação expressiva. Além disso, atribuir as vagas remanescentes simplesmente aos candidatos com maior votação absoluta, apenas entre os partidos que satisfizeram o requisito de 80% do quociente eleitoral, subverte o caráter proporcional do processo eleitoral para composição das Casas Legislativas, em prejuízo, inclusive, de candidatos com maior votação.

Portanto, acompanhei o voto do Min. RICARDO LEWANDOWSKI

para atribuir interpretação conforme à Constituição aos dispositivos, de modo que a fase final da distribuição de sobras (“sobra das sobras”) ocorra pela atribuição das vagas remanescentes aos partidos com maiores médias, independentemente dos requisitos exigidos nas fases anteriores (80% e 20%).

No entanto, divergi do Ministro Relator quanto à proposta de modulação de efeitos que, na sua ótica, seria equivalente à aplicação do art. 16 da CF. Transcrevo do voto de Sua Excelência:

Em suma, para corrigir as distorções introduzidas nas normas eleitorais pelas recentes alterações legislativas, faz-se necessário: i) julgar procedente a presente ação para dar interpretação conforme à Constituição ao § 2º do art. 109 do Código Eleitoral de modo a permitir que todas as legendas e seus candidatos participem da distribuição das cadeiras remanescentes (3ª fase), independentemente de terem alcançado a exigência dos 80% e 20% do quociente eleitoral, respectivamente; e ii) declarar a inconstitucionalidade do artigo 111 do Código Eleitoral, aplicando os parâmetros da 2ª e 3ª fases quando nenhum agremiação/federação atingir o quociente eleitoral.

Não obstante, verifico que o artigo 16 da Constituição prescreve que a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra em até um ano da data de sua vigência (princípio da anualidade da lei eleitoral). Interpretando esse dispositivo constitucional, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, já firmou tese no sentido de que “as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento, impliquem mudança de jurisprudência, não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior” (Tema 564).

Assim, caso esta Suprema Corte venha a considerar a presente ação procedente, no todo ou em parte, convém atribuir à decisão efeitos ex nunc, seja em respeito ao princípio da anualidade eleitoral, abrigado no artigo 16 da Constituição, seja em observância ao postulado da segurança jurídica, a que se refere o artigo 27 da Lei 9.868/1999.

No voto que proferi nesse julgamento, divergi do Ministro Relator para descartar as duas alternativas. Anotei que os requisitos fáticos imprescindíveis para a incidência da regra do art. 16, CF, pelos quais a Jurisprudência da CORTE entende justificada a aplicação do princípio da anualidade, não estavam presentes na espécie.

Na redação dada pela Emenda Constitucional 4/1993, o art. 16 da

Constituição Federal, que confere os contornos jurídicos ao princípio da anualidade eleitoral, dispõe o seguinte:

Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data da sua vigência.

Trata-se de evidente garantia fundamental para a estabilidade e segurança jurídica das regras eleitorais, e resguardo do direito fundamental ao sufrágio universal e à concretização da cláusula pétreia estipulada pelo art. 60, § 4º, II, da CF (“*voto direto, secreto, universal e periódico*”), pois, como afirmado por JOSÉ AFONSO DA SILVA em trabalho doutrinário sobre o tema, a *ratio legis* da norma está precisamente em:

[...] evitar a alteração da regra do jogo depois que o processo eleitoral tenha sido desencadeado, o que se dá, em geral, dentro de um ano antes do pleito. Todo processo consiste num conjunto de atos interligados destinados a organizar um procedimento com o fim de compor conflitos de interesses. Em qualquer relação processual, seja judiciária ou simplesmente eleitoral, existem partes, interessados, disputando uma solução favorável aos respectivos interesses. O processo eleitoral compõe-se dos atos que, postos em ação (procedimento), visam a decidir, mediante eleição, quem será eleito, quem será eleito; visam, enfim, a selecionar e designar autoridades governamentais. Os atos desse processo são a apresentação de candidaturas, seu registro, o sistema de votos (cédulas ou urnas eletrônicas), organização das seções eleitorais, organização e realização do escrutínio e o contencioso eleitoral. Em síntese, essa matéria estará alterando o processo eleitoral (JOSÉ AFONSO DA SILVA. Comentário contextual à Constituição . 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 237).

No caso sob análise, todavia, não estão presentes os requisitos fáticos imprescindíveis para a incidência da regra do art. 16, CF. A Jurisprudência da CORTE entende justificada a aplicação do princípio da anualidade na presença de circunstâncias com aptidão para: (a) romper a igualdade de participação dos partidos políticos ou candidatos no processo eleitoral; (b) produzir deformação apta a afetar a normalidade

das eleições; e (c) introduzir elemento perturbador do pleito. Nesse sentido: ADI 3345, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe de 20/08/2010; ADI 3685 (Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJe de 10/08/2006); ADI 3741, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe de 23/02/2007; ADI 5577, Rel. Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, DJe de 19/12/2017; ADI 4307, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 01/10/2013; ADPF 738 MC Ref, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe de 29/10/2020.

No caso, tem-se a situação contrária: é a norma impugnada, e sua aplicação às eleições de 2022, que compromete a normalidade das eleições, a exigir a intervenção oportuna da CORTE.

Permitir a consolidação fática de resultados eleitorais distorcidos pela aplicação de regra inconstitucional é, por si só, elemento perturbador e deformador da normalidade das eleições, além de desequilibrar as condições de disputa entre partidos e candidatos.

Essas distorções tem alcance muito além de situações individuais, pois trata da exclusão de partidos da participação das sobras em favor daquelas agremiações que atenderam ao requisito inconstitucional, o que, em alguns casos, contemplará um único Partido Político, ainda que este possua apenas candidatos com votação insignificante. Em um cenário de grande dispersão de votos, como é a realidade brasileira, com muitos Partidos e candidatos em disputa, poder ocorrer de apenas um ou dois Partidos atingirem o quociente eleitoral, e os demais ficarem abaixo do patamar de 80%. A aplicação da regra impugnada no presente julgamento resultaria no descarte de uma massa de votos de vulto e na distribuição de todas as cadeiras entre poucos partidos.

Não havia, assim, motivos para preservar os efeitos da norma sobre os resultados eleitorais de 2022. Declarada a inconstitucionalidade da vedação a que todos os partidos políticos participem da fase final de distribuição das sobras eleitorais, não subsiste qualquer razão para a aplicação desse entendimento apenas no pleito de 2024, com fundamento no art. 16 da CF, pois a sua aplicação imediata não compromete, mas sim promove a igualdade de condições de disputa eleitoral e política.

Observo ainda, com as vênias de estilo, que o encaminhamento do Min. RICARDO LEWANDOWSKI, no tocante à aplicação do art. 16 da CF, pretendeu equiparar a alteração de entendimento jurisprudencial à hipótese de edição de nova regra eleitoral, o que extrapola o âmbito de incidência do dispositivo constitucional em foco, aplicável apenas ao direito objetivo vigente à época de cada pleito.

A necessidade de projetar os efeitos de mudança de entendimento jurisprudencial apenas para os casos futuros, quando é o caso, é feita com fundamento em modulação de efeitos, na forma do art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil, que requer “*alteração de jurisprudência dominante*”, o que não se tem no caso em julgamento.

Frise-se: a norma, desde a sua edição, foi interpretada pela comunidade jurídica como sendo de constitucionalidade questionável. Sendo a eleição de 2022 a primeira oportunidade em que foi aplicada, não houve sequer oportunidade anterior na qual o Poder Judiciário pudesse sinalizar um juízo pela sua validade, de modo a alimentar expectativas nesse sentido. Não houve uma intervenção judicial “*criativa*” ou “*inovadora*”, no sentido empregado pela CORTE no julgamento do Tema 564 da Repercussão Geral (RE 637.485, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 1/8/2012), precedente que se relacionada com “*mudanças radicais*”, conforme expressão constante do voto do Min. Relator, promovidas pelo Tribunal Superior Eleitoral, conforme se depreende da ementa do referido julgado:

Mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. 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. No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição.

E, ainda que fosse o caso de radical virada jurisprudencial, como assim entenderam vários Ministros, a aplicação da cláusula de desempenho na distribuição da “sobra das sobras”, afastado o art. 16 da CF, dependeria de modulação de efeitos em sede de controle concentrado de constitucionalidade, há que se observar o quórum qualificado do art. 27 da Lei 9.868/1999.

Votaram pela eficácia da norma impugnada nas eleições de 2022 expressamente com fundamento no art. 16 da CF os Ministros RICARDO LEWANDOWSKI e ANDRÉ MENDONÇA.

O Ministro EDSON FACHIN, embora tenha votado pela improcedência das Ações Diretas, votou, quanto à modulação, *“no sentido de que o entendimento que resultar majoritário seja aplicado somente a partir do próximo pleito, vale dizer, sem qualquer efeito retroativo”*. De igual modo, a Ministra CÁRMEN LÚCIA, acompanhou o Ministro Relator, *“já de pronto afirmando que estou votando no sentido da modulação para a aplicação sem a retroação a 2022”*. E votaram pela improcedência também os Ministros ROBERTO BARROSO e LUIZ FUX.

A deliberação sobre aplicabilidade do entendimento às eleições de 2022 foi encaminhada pela Presidência a pretexto de colher votos sobre modulação, e assim está documentado no acórdão embargado.

Acompanharam a posição por mim sustentada, pela atribuição de efeitos *ex tunc* ao julgado, os Ministros GILMAR MENDES, NUNES MARQUES, FLÁVIO DINO e DIAS TOFFOLI.

Assim, tanto não há maioria no sentido do enquadramento da questão pelo art. 16 da CF, como, tratando-se de modulação de efeitos, não há maioria qualificada para a concessão de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade.

Portanto, os Embargantes apontam corretamente a existência de contradição na proclamação do resultado do julgamento embargado, o que deve ser sanado na presente via processual.

Em vista do exposto, ACOLHO OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS opostos contra o acórdão proferido no julgamento das ADIs 7228 e 7263, para, sanada a contradição, e atribuídos efeitos modificativos ao acolhimento dos Embargos, atribuir interpretação conforme à Constituição ao art. 109, § 2º, do Código Eleitoral (na redação da Lei 14.211/2021), e estabelecer que a participação dos partidos políticos na distribuição de sobras eleitorais tratada no art. 109, III, do mesmo diploma, independe das exigências de desempenho eleitoral (80% e 20%

do quociente eleitoral) e declarar a inconstitucionalidade do art. 111 do Código Eleitoral e do art. 13 da Resolução TSE 23.677/2021, devendo esse entendimento ser aplicado às eleições de 2022.

É o voto.