

VOTO – VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de dois embargos de declaração opostos pela REDE SUSTENTABILIDADE (ADI 7.228/DF) e pelo PODEMOS e pelo PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO (ADI 7.263/DF), em face de acórdão pelo qual esta Suprema Corte julgou parcialmente procedente o pedido, mas atribuiu à decisão efeitos *ex nunc*. Transcrevo a ementa do acórdão embargado:

“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. APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE DESEMPENHO PARTIDÁRIO, NA PROPORÇÃO DE 80% DO QUOCIENTE ELEITORAL, À TERCEIRA FASE DE DISTRIBUIÇÃO DAS CADEIRAS REMANESCENTES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO PLURALISMO POLÍTICO, DA SOBERANIA POPULAR, DA REPRESENTATIVIDADE E DA PROPORCIONALIDADE PARTIDÁRIA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, COM EFICÁCIA *EX NUNC*.”

A embargante REDE SUSTENTABILIDADE (ADI 7.228/DF) sustenta, em síntese, (i) a existência de contradição formal, pois o Tribunal atribuiu efeitos *ex nunc* à decisão sem que tenha sido atingido o quórum de 2/3, previsto no art. 27 da Lei 9.868/1999; (ii) a presença de contradição material, diante da circunstância de que, embora o acórdão adote como fundamento que as normas questionadas violam princípios “*basilares da democracia, limitando a eleição dos representantes*”, a modulação de efeitos operada colide, manifestamente, com essa fundamentação (eDOC. 138, ADI 7.228/DF).

Os embargantes PODEMOS e PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO (ADI 7.263/DF) alegam, em resumo, (i) a inobservância do quórum 2/3 – 8 (oito) votos – para modulação de efeitos a que se refere o art. 27 da Lei 9.868/1999, tendo em vista que apenas 6 (seis) Ministros votaram nesse sentido; (ii) a ausência de jurisprudência do STF quanto à constitucionalidade do art. 109, § 2º, do Código Eleitoral, na redação dada pela Lei 14.211/2021, e do art. 11, *caput* e § 4º, da Resolução-TSE

23.677/2022, o que inviabiliza, por si só, a aplicação do art. 16 da Constituição Federal, ante a inexistência de mudança jurisprudencial (eDOC 165, ADI 7.263/DF).

É o breve relatório. **Passo a votar.**

1) Inaplicabilidade da anualidade eleitoral (CF, art. 16)

De início, esclareço que o presente caso não versa sobre hipótese de aplicação da norma constitucional da anualidade eleitoral (CF, art. 16). **Na verdade, a discussão ora proposta se situa no campo dos efeitos decorrentes da decisão que declara a inconstitucionalidade de um dispositivo infralegal, isto é, da conclusão quanto à incompatibilidade da resolução e da interpretação conferida à regra de distribuição das cadeiras com o texto constitucional.**

Esta Corte, como se sabe, tem aplicado o art. 16 da Constituição Federal às situações em que há **modificação radical de jurisprudência**, ou seja, quando se altera o entendimento acerca de normas que vinha sendo adotado de forma perene pelo Tribunal.

O próprio TSE, no âmbito de suas competências, regulamentou o preceito por meio do art. 5º da Resolução 23.472/2016; *verbis*:

“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).”

O § 2º do art. 5º dessa resolução define que a modificação da jurisprudência se caracteriza quando *“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”*.

Ocorre, contudo, que, no caso concreto, observa-se situação diversa. Esta Corte firmou entendimento que decorre de alteração da legislação que não foi anteriormente apreciada em sede de controle de constitucionalidade e somente o foi pela primeira vez nestes autos. Trata-se, segundo a própria Resolução TSE 23.472/2016 (art. 5º, § 3º, inciso II), de uma das situações que não caracteriza modificação da jurisprudência:

“Art. 5º (...)

§ 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.”

É evidente que 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 deve adotar tais cautelas por ocasião das chamadas “*viragens jurisprudenciais*” na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral.

No presente caso, todavia, não ocorreu qualquer mudança de jurisprudência. A declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos sobre as sobras eleitorais não constituiu “viragem jurisprudencial”, mas, sim, intervenção legítima da Corte Constitucional para corrigir distorções inconstitucionais antes inexistentes, a partir da interpretação que se deu à Lei 14.211/2021.

Ressalto, em especial, que a Lei 14.211/2021 – como frequentemente tem ocorrido com reformas eleitorais – foi editada na véspera do prazo final previsto no art. 16 da Constituição (1º.10.2021) para fins de aplicação às eleições de 2022 (cujo primeiro turno ocorreu em 2.10.2022).

Nesse contexto, entender que o princípio da anualidade se aplica à decisão do Supremo Tribunal Federal que, em sede de controle abstrato, aprecia a constitucionalidade de normas editadas em conjunturas tais, equivaleria, com todas as vênias, a privar esta Corte de quaisquer meios para obstar os efeitos de eventual lei inconstitucional que altere o processo eleitoral em contexto semelhante, pois não haveria tempo hábil para fazê-lo.

Tudo isso para concluir que a discussão destes autos não se situa

no campo de aplicabilidade do art. 16 da Constituição Federal, mas diz respeito aos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade.

Assim, a questão deve ser resolvida não mediante a invocação do princípio da anualidade, mas no âmbito de eventual modulação de efeitos (Lei 9.868/1999, art. 27).

Em outros termos, a decisão do Supremo Tribunal Federal que, em sede de controle abstrato, declara a inconstitucionalidade de lei ou interpretação normativa não constitui alteração do processo eleitoral para fins de aplicação do princípio da anualidade do art. 16 da Constituição Federal, ressalvada a hipótese de eventual mudança de jurisprudência – o que não ocorreu na espécie.

No caso concreto, cuida-se de situação distinta: nestes autos, pela primeira vez, esta Corte apreciou a constitucionalidade tanto da Lei 14.211/2021 quanto da Resolução 23.677/2021 – esta última, inclusive, editada em 16.12.2021, quando já transcorrido o prazo do art. 16 da Constituição Federal em relação às eleições de 2022.

Concluo, portanto, pela inaplicabilidade do princípio da anualidade eleitoral (CF, art. 16) ao caso concreto. Eventuais preocupações de segurança jurídica veiculadas por interessados na manutenção temporária de vigência das normas ora declaradas inconstitucionais deveriam ser apreciadas à luz do art. 27 da Lei 9.868/1999, que prevê a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões que declaram a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. **Repita-se: a discussão, aqui, situa-se no campo dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.**

No entanto, de forma heterodoxa, esta Corte aplicou ao caso a anterioridade eleitoral. Digo que o modo foi excêntrico e extravagante não apenas pelas razões acima expostas, **como também pelo fato de que o Tribunal fez incidir o art. 16 da Constituição Federal apenas parcialmente.**

Isso porque aplicar ao caso a anterioridade anual preservando as normas declaradas inconstitucionais apenas em relação ao pleito eleitoral de 2022 consubstancia uma evidente *contradictio in adjecto*.

Ora, a ata da decisão de mérito proferida nestes autos foi **publicada em 4.3.2024**. Assim, a prevalecer a compreensão – de toda equivocada – de que, em relação à declaração de inconstitucionalidade sem qualquer mudança de jurisprudência, deve incidir a anualidade, tal como previsto no art. 16 da Constituição Federal, a decisão exarada nestes autos não deveria, por igual, ser aplicada às eleições deste ano de 2024.

Dizer que o caso não é de modulação, mas de aplicação do art. 16 da Constituição Federal e, mesmo assim, assentar que a declaração de inconstitucionalidade exarada nestes autos, com ata de julgamento publicada em 4.3.2024, somente não se aplica às eleições de 2022, significa, com a devida vênia, uma manifesta, inequívoca e insuperável contradição.

É que, uma vez compreendido que deve incidir a anualidade eleitoral, imperioso reconhecer que a decisão destes autos não foi proferida até 1 (um) ano antes das eleições de 2024, mas dentro do lapso no qual não seria possível promover alterações. Por conseguinte, esta decisão – seguindo a lógica equivocada, a meu juízo, de aplicação do art. 16 da Constituição Federal – não poderia ser utilizada para efeitos de alteração dos critérios adotados para distribuição das “sobras das sobras” nas eleições de 2024.

Entretanto, a despeito de afirmar, **apenas formalmente**, que a hipótese é de incidência da anterioridade eleitoral, a Corte não só deixou de assinalar a inaplicabilidade da decisão para as eleições de 2024 como também aclarou que, para as eleições deste ano, deveriam ser adotados novos critérios para distribuição das “sobras das sobras”, o que evidencia contradição, diante de uma utilização parcial e mitigada da anualidade prevista no art. 16 da Constituição Federal.

Dito de outro modo: caso fôssemos, de fato, aplicar a anualidade eleitoral à decisão de inconstitucionalidade proferida nestes autos, **deveríamos fazê-lo de forma completa**, o que significaria deixar de aplicar a compreensão firmada nestes autos tanto às eleições de 2022 quanto às eleições de 2024.

Desse modo, entendo que o acórdão desta Corte padece de **contradição, que deve ser sanada por meio destes embargos de declaração, de forma a preservar a coerência lógico-jurídica interna da decisão do Tribunal. Assim, necessário explicitar a inaplicabilidade da anterioridade eleitoral. Caso se compreenda incidente, na espécie, deve-se esclarecer que a decisão deste Tribunal, por igual, não se aplica às eleições de 2024.**

Em parcial conclusão: (i) a discussão ora suscitada está no campo dos efeitos da decisão desta Corte, não na seara de aplicabilidade do art. 16 da Constituição Federal; (ii) o entendimento de que deve incidir o princípio da anualidade eleitoral tem como consequência blindar as eleições de 2022 e 2024, sendo impossível resguardar tão somente as eleições de 2022.

2) Modulação de efeitos: necessidade de observância do quórum qualificado

No julgamento das ADI's 2.154/DF e 2.258/DF, esta Suprema Corte apreciou a constitucionalidade de diversos dispositivos constantes da Lei 9.868/1999. O principal ponto de questionamento dizia respeito, evidentemente, ao art. 27 de referido diploma legal, que veicula a possibilidade de, por votação de 2/3 de seus membros, modulação de efeitos das decisões exaradas em controle de constitucionalidade.

Naquela oportunidade, acentuei que, pelo princípio da nulidade *ipso jure*, a inconstitucionalidade aparece como categoria unitária, indissociável da nulidade, bem como que tal princípio não constitui postulado lógico-jurídico de índole obrigatória, mas uma *escolha*, como bem o comprovam a doutrina e a práxis da Áustria, desde a implementação da Corte Constitucional daquele país, em 1920 (SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. Munique: C. H. Beck, 1985, p. 162).

Assinalei que Lúcio Bittencourt talvez tenha sido o primeiro a apontar para a defeituosa recepção da *judicial review* pelos tribunais e constitucionalistas pátrios. Segundo o autor, a doutrina nacional limitava-se a repetir os tratadistas americanos e, portanto, a aceitar, sem mais, que “a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais, em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica – *is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force*”. E com perspicácia concluiu que laborava de modo irrefletido a doutrina, ao não problematizar “a razão jurídica determinante desse efeito amplo” (BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 140-141).

Apesar de todas as considerações críticas que teci a respeito da importação cega e irrestrita acerca dos fulminantes efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, além de ter exposto as nuances resultantes do controle de constitucionalidade e a imperiosidade, decorrente da prática, de emprego de *fórmulas decisórias intermediárias*, ressaltei que, como regra, **ainda adotamos a compreensão de que inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc***.

Na mesma oportunidade, adverti, para efeito de aprimoramento institucional da jurisdição constitucional brasileira, especialmente no âmbito do Congresso Nacional, acerca de algumas problemáticas

ensejadas pelo quórum qualificado de 2/3 para modulação de efeitos.

O fato inquestionável, no entanto, é que esta Suprema Corte, por ampla maioria, assentou a constitucionalidade integral do art. 27 da Lei 9.868/1999, inclusive, no tocante ao quórum de 2/3 para modulação de efeitos (ADI 2.154/DF e ADI 2.258/DF, Red. do acórdão Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 20.6.2023).

Ou seja, em havendo declaração de inconstitucionalidade – ainda que parcial, como aquela decorrente da interpretação conforme à Constituição –, **é necessário observar o quórum qualificado de 2/3 para modular os efeitos da decisão.**

Esse quórum especial há de ser observado, nos termos da jurisprudência desta Corte, inclusive, quando a declaração de inconstitucionalidade ocorrer em sede de recurso extraordinário com repercussão geral (RE 586.453/SE, tema 190 da repercussão geral, Red. do acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 6.6.2013).

Em relação aos recursos extraordinários submetidos à sistemática da repercussão geral, somente nos casos *“nos quais não tenha havido declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, é suficiente o quórum de maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal”* (RE 638.115-ED-ED/CE, tema 395 da repercussão geral, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 8.5.2020).

Vê-se, pois, que a jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que, em havendo declaração de inconstitucionalidade, é imperiosa a observância do quórum de 2/3 para modulação de efeitos das decisões.

No caso em análise, inequivocamente, o Tribunal utilizou técnicas inerentes ao controle de constitucionalidade, como se extrai da própria ata de julgamento:

“O Tribunal, por maioria, julgou 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**, 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; **declarou, ainda, a 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 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, 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 fim, por maioria, **atribuiu efeitos ex nunc a esta decisão**, de modo que surta efeitos a partir do pleito de 2024, vencidos, neste ponto, os Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes, Flávio Dino, Dias Toffoli e Nunes Marques.”

Como se vê, esta Suprema Corte (i) declarou a inconstitucionalidade do art. 111 do Código Eleitoral e do art. 13 da Resolução-TSE 23.677/2021; (ii) conferiu interpretação conforme ao § 2º do art. 109 do Código Eleitoral; e (iii) modulou os efeitos de sua decisão, apesar de existentes apenas 6 (seis) votos nesse sentido.

Nesse contexto, diante de um pronunciamento, indubitavelmente, pela inconstitucionalidade de dispositivos normativos e pela inconstitucionalidade de interpretações diversas àquela estabelecida pelo Tribunal a um artigo legal, não há qualquer dúvida razoável de que somente seria possível modular os efeitos da deliberação da Corte caso atingida a maioria qualificada de 8 (oito) votos de Ministros deste Tribunal nesse sentido.

Na realidade, com a devida vênia aos entendimentos em sentido contrário, a proclamação do resultado do julgamento e, por conseguinte, a sua ata não encontram amparo normativo no ordenamento jurídico brasileiro. **Isso porque, a despeito de certa criatividade hermenêutica, não há como fugir da constatação tão óbvia quanto simples: o Tribunal modulou os efeitos da decisão proferida nestes autos sem que tenha sido atingido o quórum previsto no art. 27 da Lei 9.868/1999.**

Vê-se, portanto, que esta Corte não apenas violou frontalmente a cláusula legal expressa que prevê a imprescindibilidade de 2/3 dos

membros do Tribunal para proceder à modulação de efeitos, como também afrontou abertamente a autoridade da decisão exarada no âmbito das ADIs 2.154/DF e 2.258/DF.

Caso esse tipo de procedimento tivesse sido adotado por qualquer outro Tribunal do país, seria admissível a impugnação da decisão mediante reclamação constitucional sob a alegação de transgressão à **Súmula Vinculante 10/STF** e ao fundamento de desrespeito ao quanto decidido nas ADI's 2.154/DF e 2.258/DF.

O que se observa, segundo entendo, é que a Corte procedeu de forma contrária à sua própria jurisprudência: afastou, com fundamento na Constituição Federal, a incidência de dispositivo legal indiscutivelmente aplicável à espécie, esvaziando parcialmente seu conteúdo, sem, contudo, declarar a sua inconstitucionalidade. Trata-se de típica hipótese de procedência do pedido formulado em reclamação por violação à Súmula Vinculante 10/STF.

Sucedeu-se, pois, uma obliteração, pura e simples, com fundamento na Constituição, sem declaração de sua inconstitucionalidade, do quórum qualificado de 2/3 a que se refere o art. 27 da Lei 9.868/1999. Reitero, cuida-se de emblemático caso de transgressão à **Súmula Vinculante 10/STF**.

Mas não é só. A anômala decisão destes autos ainda incorreu em violação direta e frontal à autoridade do entendimento firmado nas ADI's 2.154/DF e 2.258/DF.

Como visto acima, no âmbito das ações de controle concentrado mencionadas, esta Corte reconheceu a integral constitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/1999, inclusive, no que diz respeito ao quórum de 2/3 dos membros do Tribunal para modulação de efeitos.

Assim, qualquer decisão que tenha declarado a inconstitucionalidade de ato normativo deve observar o quórum qualificado a que se refere o art. 27 da Lei 9.868/1999, sob pena de desrespeito à autoridade vinculante emanada da deliberação nas ADI's 2.154/DF e 2.258/DF.

Nesses termos, na hipótese de qualquer outro Tribunal do país modular os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade sem observância do quórum qualificado, o pedido formulado em uma reclamação certamente deveria ser julgado procedente por violação às ADI's 2.154/DF e 2.258/DF.

Com efeito, a ata de julgamento de mérito destas ações diretas não deixa margem para dúvida: apenas 6 (seis) Ministros votaram pela

modulação de efeitos, o que bem demonstra o não atingimento do quórum legal para tanto.

Em situações tais, diante do fato de não terem sido alcançados 8 (oito) votos para modular, a proclamação de resultado que se impõe é no sentido que, por não atingido o quórum qualificado de 2/3, o Tribunal não modulou os efeitos de sua decisão, motivo pelo qual ela produz seus efeitos naturais e corriqueiros, dentre os quais efeitos *ex tunc*.

Essa é a prática do Tribunal. Há mais de 24 (vinte e quatro) anos é assim, tudo em efetiva conformidade ao disposto no art. 27 da Lei 9.868/1999. Apenas a título de exemplo, rememoro que, no julgamento recentíssimo da **ADI 6.365-ED-Segundos/TO**, esta Corte rejeitou o pedido de modulação de efeitos, não obstante a existência de **6 (seis)** votos nesse sentido. No exame da **ADI 3.481-ED/DF**, este Tribunal, apesar de **7 (sete)** Ministros terem votado pela modulação de efeitos da decisão, rechaçou tal pleito. Aliás, mesma situação ocorreu no âmbito da **ADI 5.447/DF**.

Enfim, não atingido o quórum de 2/3 para modulação de efeitos, neste ponto, o pedido deve ser tido como rejeitado.

No caso em análise, apesar de apenas 6 (seis) votos no sentido da modulação de efeitos, proclamou-se que a decisão de mérito destes autos somente valeria a partir das eleições de 2024, preservando-se os efeitos dos dispositivos declarados inconstitucionais em relação às eleições de 2022.

Nesse contexto, verifico a existência de contradição, tendo em vista que, embora incidente o art. 27 da Lei 9.868/1999, o Tribunal deixou de observar o quórum nele previsto, motivo pelo qual compreendo que os aclaratórios devem ser acolhidos.

3) Conclusão

Ante o exposto, **acolho** os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para, sanando as contradições apontadas, **declarar** que a decisão de mérito exarada nestes autos, cuja ata de julgamento foi publicada em 4.3.2024, **produz efeitos ex tunc**.

É como voto.