

VOTO

Senhor Ministro Cristiano Zanin (vogal): Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Podemos e pelo Partido Socialista Brasileiro, nos quais apontam:

“2.1) 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.

2.2) 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.”

Em julgamento conjunto, encontra-se sob análise os embargos de declaração opostos pela Rede Sustentabilidade, nos quais apontam a existência de erro material, uma vez que na proclamação constou a adoção de efeitos prospectivos para a o pleito seguinte ao de 2022, com o quórum de maioria simples de 6x5.

Registro que o Ministro Ricardo Lewandowski, relator originário das ações diretas de inconstitucionalidade, votou, no exame do mérito, pela procedência dos pedidos formulados pelas agremiações partidárias, indicando a necessidade de se adotar efeitos prospectivos para o pleito seguinte ao de 2022, tendo em vista a manutenção da segurança jurídica e do resultado das eleições daquele ano, cujos parlamentares possivelmente afetados já se encontravam empossados e no exercício das funções legislativas.

Em sua proposta de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o Ministro Relator foi acompanhado por outros cinco membros do Tribunal Pleno, tendo sido proclamada a não aplicabilidade da decisão ao pleito de 2022.

Por sua vez, os requerentes opuseram os presentes embargos declaratórios sustentando a ocorrência de contrariedade entre a exigência do art. 27 da Lei 9.868/1999 (quórum de dois terços dos membros) e a proclamação da modulação com o atingimento da maioria simples de seis votos.

Ou seja, o que se tem em julgamento nestes embargos é a existência, ou não, de contradição entre o quórum exigido pela lei para modulação - 8 votos - e a proclamação que concluiu pela modulação após registrar o resultado de 6x5 na tomada dos votos proferidos no Plenário do Supremo Tribunal Federal.

A eminente Ministra Relatora Cármen Lúcia votou para rejeitar os embargos de declaração sob o fundamento de que:

Tendo a matéria sido exaustivamente debatida neste Supremo Tribunal e, havendo coerência entre o que está posto no acórdão embargado e o resultado do julgamento, não prospera a alegação do embargante de ser “discrepante a diferença entre a argumentação sólida que embasou a decisão e a modificação dos efeitos ex-tunc, natural do controle concentrado”

Peço vênua à Ministra Relatora para divergir e dar provimento aos embargos, a fim de reconhecer a existência de contradição em relação à ausência de quórum qualificado para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

i) Contradição entre o quórum exigido pelo art. 27 da Lei 9.868/1999 e a proclamação de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Ao proclamar o resultado do julgamento das ADIs 7228 e 7263, assentou-se que, “por maioria, foram atribuídos efeitos **ex nunc a esta decisão, para 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” (grifei).

No entanto, a Lei 9.868/1999 exige a maioria de dois terços, ou seja, oito votos, para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (art. 27).

Como bem esclarecido pelo Ministro Celso de Mello, “a declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia "ex tunc" (RTJ 146/461-462 - RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal”:

E M E N T A: IPTU - RECURSO DO MUNICÍPIO QUE BUSCA A APLICAÇÃO, NO CASO, DA TÉCNICA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - IMPOSSIBILIDADE, PELO FATO DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO HAVER PROFERIDO DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PERTINENTE AO ATO ESTATAL QUESTIONADO - JULGAMENTO DA SUPREMA CORTE QUE SE LIMITOU A FORMULAR, NA ESPÉCIE, MERO JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO - NÃO-RECEPÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE: NOÇÕES CONCEITUAIS QUE NÃO SE CONFUNDEM - RECURSO DO MUNICÍPIO IMPROVIDO - RECURSO DE AGRAVO INTERPOSTO POR CONTRIBUINTES - PRETENDIDA IMPOSIÇÃO DE MULTA - AUSÊNCIA DE INTUITO PROCRASTINATÓRIO - ATITUDE MALICIOSA QUE NÃO SE PRESUME - INAPLICABILIDADE DO ART. 18 DO CPC - RECURSO DOS CONTRIBUINTES IMPROVIDO. 1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O VALOR DO

ATO INCONSTITUCIONAL - OS DIVERSOS GRAUS DE INVALIDADE DO ATO EM CONFLITO COM A CONSTITUIÇÃO: ATO INEXISTENTE? ATO NULO? ATO ANULÁVEL (COM EFICÁCIA "EX TUNC" OU COM EFICÁCIA "EX NUNC")? - FORMULAÇÕES TEÓRICAS - O "STATUS QUAESTIONIS" NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: TÉCNICA INAPLICÁVEL QUANDO SE TRATAR DE JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO DE ATOS PRÉ-CONSTITUCIONAIS. - A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia "ex tunc" (RTJ 146/461-462 - RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso. Precedente: RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA (Pleno). - Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. - A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339) -, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade. - Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica da modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que, editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente

ordenamento constitucional. MULTA - DESCABIMENTO - INOCORRÊNCIA DE COMPORTAMENTO PROCESSUAL MALICIOSO. - A mera interposição de recurso não basta, só por si, para autorizar a formulação, contra a parte recorrente, de um juízo de transgressão ao postulado da lealdade processual. Não se presume o caráter malicioso, procrastinatório ou fraudulento da conduta processual da parte que recorre, salvo se se demonstrar, quanto a ela, de modo inequívoco, que houve abuso do direito de recorrer. Comprovação inexistente na espécie (RE 353508-AgR/RJ, Rel. Min. Celso de Mello. DJe de 29/6/2007. Grifei).

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal pode modular os efeitos da decisão sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, desde que atingido o quórum exigido pelo legislador.

Aliás, “mesmo antes do advento da Lei n. 9.868/1999 o Supremo Tribunal tinha mitigado a aplicação da teoria da nulidade em casos pontuais preservando alguns dos efeitos produzidos pela norma declarada inconstitucional” (ADI 2154/DF, Redatora p/acórdão Min. Cármen Lúcia. DJe 20/6/2023). Esta técnica, da modulação dos efeitos das decisões em controle de constitucionalidade prestigia os princípios da segurança jurídica e da confiança no sistema jurídico.

A Lei n. 9.868/1999, porém, como já exposto, exige um quórum qualificado para a modulação dos efeitos da decisão sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em etapa sucessiva ao julgamento do mérito da ação.

Assim, se não alcançada a maioria qualificada para a modulação dos efeitos, qual seja, o voto de oito Ministros do Supremo Tribunal Federal, a declaração de inconstitucionalidade torna a lei ou o ato normativo - no todo ou em parte - nulo desde a sua publicação, operando-se efeitos “extinctio”.

No caso concreto, seis Ministros do Supremo Tribunal Federal

votaram para declarar a inconstitucionalidade de parte dalei que alterou dispositivos do Código Eleitoral e da Resolução do Tribunal Superior Eleitoral que inseriu tais alterações nas instruções das eleições de 2022. Alcançou-se, portanto, maioria simples para tal deliberação

Esse número de votos, porém, não autoriza, de acordo com o art. 27 da Lei 9.868/1999 a atribuição de efeitos prospectos a essa decisão.

Nessa linha, entendo que assiste razão ao Ministro Alexandre de Moraes ao concluir que:

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.

Posto isso, verifico a existência de contradição entre o quórum de oito votos, exigido pelo art. 27 da Lei 9.868/1999, para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e a proclamação do

resultado que firmou a modulação por maioria simples de seis votos.

ii) Inaplicabilidade do art. 16 da Constituição Federal no caso de declaração de inconstitucionalidade

A redação do artigo 16 da CF/1988 determina que “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 de sua vigência”.

Todavia, entendo que não há imposição de sua aplicação quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Em que pese tratar-se de uma garantia do devido processo legal eleitoral de que as regras da eleição não serão alteradas às vésperas do pleito, não é o que se verifica neste caso, pois, a declaração de inconstitucionalidade não pode ser equiparada à “viragem jurisprudencial” - tendo em vista ser um dever do Supremo Tribunal Federal expurgar do ordenamento jurídico as leis que violem dispositivos constitucionais.

Dessa forma, admitir a incidência do princípio da anualidade eleitoral no presente caso, seria o mesmo que utilizá-lo como indevido atalho à modulação dos efeitos prevista no art. 27 da Lei 9.868/1999, burlando a exigência de maioria qualificada.

Não desconheço que o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral têm, por analogia, estendido essa garantia às “viradas jurisprudenciais” que ocorram em período inferior de um ano antes do pleito, em prol da “segurança jurídica e da confiança no sistema jurídico” (ADI 2154/DF, Redatora p/acórdão Min. Cármen Lúcia. DJe 20/6/2023).

Repiso, contudo, que a declaração de inconstitucionalidade dos atos

normativos questionados nas ADIs em exame não resultou em “viragem jurisprudenciais”, de modo que apenas operou-se a adequação da distribuição das cadeiras do parlamento pelo sistema proporcional aos princípios constitucionais que regem o processo eleitoral.

Ademais, faz-se importante destacar que a Lei 14.211/2021 foi publicada em 1º/10/2021 e o pleito de 2012 ocorreu, em primeiro turno, no dia 2/10/2022, o que afastaria a vedação prevista no art. 16 da CF (anualidade eleitoral). Mesma sorte não tem a Resolução 23.677/2021, editada em 16/12/2021, que, inclusive, inovou perante a lei que pretendeu regulamentar, de forma que a sua aplicação nas eleições de 2012 configuraria afronta à garantia da anualidade eleitoral.

No caso concreto, como já exposto, o que ocorreu foi a modulação dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade de tais atos normativos e, para tanto, seria necessário alcançar o quórum qualificado de oito votos, tal como previsto no art. 27 da Lei 9.868/1999.

Posto isso, peço vênua à eminente Ministra Relatora Cármen Lúcia para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes com vistas a acolher os embargos de declaração para o fim de afastar a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista que não foi cumprida a exigência de quórum qualificado pelo art. 27 da Lei 9.868/1999.

É como voto.