

VOTO

Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem examinados os autos, considero importante, de início, esclarecer que os dispositivos questionados tratam da distribuição de cadeiras pelo sistema proporcional. E complemento assentando que a legislação vigente contempla duas formas distintas de ocupação das vagas, a depender da obtenção ou não do quociente eleitoral por partido ou federação que tenha disputado o pleito.

Na hipótese de que na circunscrição da eleição se tenha partido /federação que atingiu o quociente eleitoral, tem-se quatro três fases distintas de ocupação das cadeiras, sendo elas: (i) distribuição direta; (ii) distribuição por média; (iii) distribuição remanescente. Vejamos:

1ª fase (distribuição direta): Nos termos do art. 106 do Código Eleitoral, determina-se o **quociente eleitoral** dividindo-se o número de votos válidos apurados pela quantidade de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração, que somente será considerada para se obter as vagas que serão disputadas nas fases seguintes.

E, obtido o quociente eleitoral, determina-se, nos termos do artigo 107 do CE, para cada partido o **quociente partidário** dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados para a mesma legenda, desprezada a fração.

São eleitos, nessa primeira fase, de acordo com o artigo 108 do CE, os candidatos registrados por um partido que tenham obtido votos em número igual ou superior a 10% (dez por cento) do quociente eleitoral, tantos quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido.

2ª fase (distribuição por média, com aplicação da regra 80/20): Conforme o art. 109 do CE, os lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários, e em razão da exigência de votação nominal mínima a que se refere o artigo 108 do mesmo *Codex*, serão **distribuídos por média**,

dividindo-se 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, nos termos do inciso I deste mesmo dispositivo legal.

Nessa fase, aplica-se a cláusula de desempenho dupla partido /candidato, na proporção de 80% e 20% do quociente eleitoral, respectivamente, em conformidade com o artigo 109, § 2º, do CE, e o artigo 11, *caput* e § 2º da Resolução-TSE 23.677/2021.

A operação acima descrita será repetida para cada um dos lugares a preencher, de acordo com o inciso II do artigo 109 do CE.

3ª fase (distribuição remanescente): Quando não houver mais partidos com candidatos que atendam às duas exigências do inciso I do *caput* do artigo 109 (na verdade, a exigência é do § 2º do artigo 109 do CE), as cadeiras “ **residuais**” serão distribuídas aos partidos que apresentarem as maiores médias, a teor do inciso III do artigo 109 do CE.

Nessa fase, aplica-se cláusula de barreira de 80% aos partidos, não sendo mais exigido desempenho individual do candidato em sua votação nominal.

Fase única de exceção (distribuição majoritária) : Na hipótese de nenhum partido/federação alcançar o quociente eleitoral, a eleição será regida pelo princípio majoritário, de forma que serão eleitos (as), até o preenchimento de todas as vagas, as candidatas ou candidatos mais votados (as), por força dos artigos 111 do CE (com a redação dada pelo artigo 1º da Lei 14.211/2021) e 13 da Resolução -TSE 23.677/2021.

Pois bem.

Entendo que a primeira e a segunda fase encontram-se alinhadas aos princípios constitucionais que regem a matéria, a saber: pluralismo político, soberania popular, representatividade e proporcionalidade partidária. Penso, no entanto, que a terceira e a fase única merecem uma análise mais detida por parte desta Suprema Corte.

Em relação à terceira fase assinalo, desde logo, que a distribuição das cadeiras remanescentes apenas entre as legendas que alcançaram 80% ou mais do quociente eleitoral, independentemente dos seus candidatos terem obtido 20% desse mesmo quociente, não se mostra compatível com a letra e o espírito do texto constitucional, pois dessa fase deveriam participar todas as agremiações que obtiveram votos no pleito.

Isso decorre do entendimento emanado do artigo 1º da vigente Carta Magna que, ao enunciar a prevalência do Estado Democrático de Direito, apresenta como um de seus fundamentos o pluralismo político (inciso V).

Norberto Bobbio, a propósito, ensina que, na linguagem política, o pluralismo é a “concepção que propõe como modelo a sociedade composta de vários grupos ou centros de poder, mesmo que em conflito entre si, aos quais é atribuída a função de limitar, controlar e contrastar, até o ponto de eliminar, o centro do poder dominante, historicamente identificado com o Estado”.

Quer dizer, para este renomado jus-filósofo, “o Pluralismo é uma das correntes do pensamento político que sempre se opuseram e continuam a opor-se à tendência de concentração e unificação do poder, própria da formação do Estado moderno”.

A tese acima descrita foi endossada nos presentes autos pela Procuradoria Geral da República, que assim se pronunciou:

“[o] art. 1º, V, da Constituição Federal coloca o pluralismo político como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Isso significa que, no Brasil, hão de conviver vários matizes ideológicos.

Como expressão desse valor constitucional fundante, o art. 17, *caput*, da Constituição Federal prevê a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos. Não cabe, portanto, ao Estado compartimentar a sociedade e interferir no modo pelo qual ela se agrupa para a defesa de seus interesses. São as pessoas que se unem em torno de tantos quantos ideais e partidos políticos que acharem que devem.

O art. 17, *caput*, da Constituição Federal resguarda, inclusive, o pluripartidarismo. Em outras palavras: quer a Constituição que existam não um ou dois, mas vários partidos políticos. Isso para que se cumpra o propósito constituinte de construção de uma sociedade pluralista, como enunciado no preâmbulo da Carta Política de 1988.

Para superar a mera abstração e adentrar na realidade, o pluralismo político serve-se do sistema proporcional de eleição de deputados federais, estaduais e vereadores (CF, art. 45). As casas legislativas, que representam o povo, hão de, tanto quanto possível, espelhar a sociedade (doc. 62, pág. 15).

Como se sabe, a materialização do valor pluralismo político se dá por meio dos partidos políticos, porquanto estes estão “ligados ao problema da participação, ou seja, ao progressivo aumento da demanda de participação no processo de formação das decisões políticas, por parte de classes e estratos diversos da sociedade”, sendo esta ideia complementada por Anna Oppo, conforme segue:

“[...] tal demanda de participação se apresenta de modo mais intenso nos momentos das grandes transformações econômicas e sociais que abalam a ordem tradicional da sociedade e ameaçam modificar as relações do poder. É em tal situação que emergem grupos mais ou menos amplos e mais ou menos organizados que se propõem agir em prol de uma ampliação da gestão do poder público a setores da sociedade que dela ficavam excluídos ou que propõem uma estruturação política e social diferente da própria sociedade.”

A inviabilização do pluralismo político, como tem demonstrado a experiência histórica, acaba acarretando a extinção dos partidos menores ou, quando mesmo, promove uma drástica redução de sua importância, permitindo que os partidos maiores, em geral de massa, conquistem o monopólio da atividade política, instaurando, assim, uma indesejável partitocracia.

Gianfranco Pasquino alerta que a partitocracia pode ser evitada ou combatida com reformas que impeçam a perpetuação de “políticos profissionais” e estimulem a “competição incessante entre os partidos”. Confira-se:

“A circulação do pessoal político, a ruptura de esquemas ossificados e a criação de situações em que seja impossível ter uma carreira por tempo ilimitado na esfera política poderão desestimular virtuais membros da Partitocracia e tornar, por isso, menos amplo o círculo de dependentes da política. [...] O *turnover* do pessoal político só poderá constituir um dos mecanismos que contribuem para destruir ou, de algum modo, reduzir as características mais odiosas da moderna Partitocracia, se ligado a uma constante e real competição entre os partidos políticos, que reproduza, na esfera da política, as condições que se atribuem (se bem que erroneamente), na esfera econômica, à competição entre empresas e produtos e ao mercado de trabalho, ou seja, concorrência e mobilidade.”

Essa mesma percepção também é compartilhada por Robert Michels, segundo o qual uma série de fatores tem o potencial de trair o espírito e corromper as democracias, tais como

“[...] a profissionalização dos quadros partidários, a burocratização progressiva dos organismos democráticos, a gratidão das massas, a experiência empírica dos comandantes, a necessidade de estabilidade das organizações, o poder financeiro dos chefes, entre outros – acaba por contribuir para que se confirme constantemente a lei sociológica fundamental dos partidos políticos, segundo a qual a organização consiste numa potência oligárquica inserida na base democrática, que confere poder quase ilimitado aos eleitos, abafando, assim, o princípio democrático fundamental. Essa tendência à formação de aristocracias partidárias – a “lei férrea da oligarquia”.

Crítica similar foi desenvolvida por Maurice Duverger, para quem a direção dos partidos tende à oligarquização, fenômeno que dá origem a uma classe de chefes de difícil acesso, que acaba por representar um risco à consolidação democrática, haja vista que “a democracia não está ameaçada pelo regime dos partidos, mas pelo rumo contemporâneo das suas estruturas internas; o perigo não se acha na própria existência dos partidos, mas na índole militar, religiosa e totalitária que, às vezes, revestem.”

Embora os estudos de Michels e Duverger tenham sido objeto de infinitos debates na academia, o fato concreto é que dessa propensão à oligarquização decorrem variadas dificuldades. Algumas são mais singelas, como aquelas relacionadas ao desafio do rejuvenescimento dos quadros partidários; outras, mais graves, implicam crises de representatividade que podem desaguar em severas instabilidades institucionais.

Entre nós, esse risco é particularmente preocupante devido a outras fragilidades do Estado Democrático de Direito brasileiro, o qual, segundo Guillermo O'Donnell, pode ser melhor descrito como uma democracia delegativa do que representativa. De acordo com ele, tal condição peculiar derivaria de uma transição incompleta do autoritarismo para um sistema democrático, i.e., dotado de instituições que têm o condão de emitir decisões políticas relevantes. E complementa a análise afirmando que, ainda que duradoura, a democracia delegativa não conduz, automaticamente, a uma democracia representativa plena. Ao contrário, a democracia delegativa afigura-se distinta e, até mesmo hostil, às instituições políticas verdadeiramente democráticas.

Essa é a razão pela qual é preciso prestigiar amplamente a atividade partidária, pois apenas a plena liberdade de formação e atuação das agremiações políticas podem conferir à noção de representação o seu sentido verdadeiro. Se todo governo é oligárquico por natureza, a elite deve ser composta por pessoas do povo que se destacam por seus méritos políticos, e não por critérios de nascimento, do dinheiro ou da função. De fato, segundo Duverger

“[u]m regime sem partidos é, necessariamente, um regime conservador. Corresponde ao sufrágio censitário, ou traduz um esforço pela paralisia do sufrágio universal, impondo ao povo dirigentes que dele não emanam; está mais longe ainda da democracia que o regime dos partidos. Historicamente, os partidos nasceram quando as massas populares começaram a entrar, realmente, na vida política: formaram eles o quadro necessário que lhes permitia recrutar nessas próprias massas as suas próprias elites”.

Daí a sabedoria do constituinte brasileiro que, conforme José Afonso da Silva, explicitou na Constituição, como decorrência do princípio da soberania popular, a regra de que todo o poder emana do povo,

encontrando expressão, como regra, nos partidos políticos, por constituírem um dos “modos de realização da democracia representativa”.

E tal representatividade deve buscada estimulando-se o mais possível o pluralismo político, eliminando-se, ao máximo, quais peias que o limitem. Em preciso diagnóstico, Paulo Bonavides indica que as “cláusulas de bloqueio” (*Sperrklauseln*) “têm servido para cancelar a possibilidade de representação parlamentar dos pequenos partidos de fundo ideológico, frustrando-os na operação eleitoral e cortando-lhes a ulterior expansão, arredados que ficam de toda a participação parlamentar”, concluindo que

“[r] ecai enfim sobre as organizações partidárias com a instituição das “cláusulas de bloqueio” a ameaça de um emprego abusivo daqueles percentuais mínimos, sujeitos a majorações propositais, cujo único objetivo seria embargar as possibilidades representativas das minorias políticas. Far-se-ia assim da representação proporcional o privilégio irremediável das organizações partidárias mais fortes e em melhor harmonia com os interesses da ordem estabelecida”.

Com efeito, toda e qualquer norma que tenha por escopo restringir a pluralidade dos partidos políticos, limitando a eleição de seus representantes, notadamente no sistema proporcional, viola os fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito.

Acrescento outro aspecto que desaconselha o alijamento desses partidos, qual seja, excluir do legislativo cidadãos com altíssima densidade eleitoral em detrimento de candidatos com baixa representatividade.

Para ilustrar essa afirmação, trago à colação a seguinte situação hipotética. Digamos que em determinada eleição para a Câmara Federal o QE seja de 100 mil votos.

Após todas as fases de ocupação de cadeiras, inclusive a do 80/20, sobre uma vaga de deputado federal.

Pela atual legislação, com a interpretação dada pelo TSE, a vaga remanescente poderia, em tese, ser ocupada por parlamentar que conquistou apenas mil votos, em detrimento de candidato que, a par de ter obtido 75 mil votos, concorreu por uma grei que não alcançou 80 mil votos.

Considero, no ponto, ser inaceitável que o Supremo Tribunal Federal chame a interpretação da norma que permita tamanho desprezo ao voto, mormente em favor de candidato com baixíssima representatividade e, conforme os critérios empregados na segunda fase, pertence à agremiação já favorecida pela atual forma de cálculo.

Por essas razões impõe-se que, após a aplicação da cláusula dupla de desempenho 80/20 na segunda fase do escrutínio eleitoral, as cadeiras que eventualmente sigam desocupadas sejam distribuídas entre todos os partidos que obtiveram votos no pleito, mediante uma interpretação conforme à Constituição do § 2º do artigo 109 do CE e da regra de distribuição abrigada no inciso III do artigo 109 do CE (distribuição remanescente).

No tocante ao dispositivo legal que descreve o que denominei de “fase única de exceção”, qual seja, o artigo 111 do CE, combinado com o artigo 13 da Resolução-TSE 23.677/2021, não há como deixar de concluir que tal norma viola a Carta Magna no ponto em que trata do sistema proporcional, mais especificamente, em seu artigo 45, porquanto configura um modo subreptício e flagrantemente inconstitucional de implantar um sistema majoritário, semelhante ao conhecido “distritão”, amplamente rejeitado nos debates parlamentares nos quais se buscava implementá-lo.

A partir dessas circunstâncias, entendo que, em se caracterizando essa situação excepcionalíssima de que nenhum partido tenha obtido 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 condição, as cadeiras restantes sejam distribuídas por média, mas sem a exigência dessa cláusula de desempenho partidário, de modo a atender, às inteiras, à lógica do sistema proporcional.

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 nenhuma 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.

Isso posto, julgo parcialmente procedente as ações diretas de inconstitucionalidade 7228; 7263 e 7325 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.

Declaro, 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 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, atribuo o efeito *ex nunc* a esta decisão, de modo que surta efeitos a partir do pleito de 2024.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 07/04/2023 (09:00)