

**MEDIDA CAUTELAR NA TUTELA PROVISÓRIA ANTECEDENTE 39
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. NUNES MARQUES
REQTE.(S)	: FERNANDO DESTITO FRANCISCHINI
REQTE.(S)	: EMERSON GIELINSKI BACIL
REQTE.(S)	: PAULO ROGERIO DO CARMO
ADV.(A/S)	: PAULO HENRIQUE BURJACK VIEIRA
ADV.(A/S)	: RAFAEL PAPINI RIBEIRO
ADV.(A/S)	: FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA
REQTE.(S)	: 17 - PARTIDO SOCIAL LIBERAL COMISSAO PROVISORIA ESTADUAL - PR
REQTE.(S)	: CASSIANO CARON SOBRAL DE JESUS
REQTE.(S)	: PARTIDO SOCIAL LIBERAL
ADV.(A/S)	: MARILDA DE PAULA SILVEIRA
ADV.(A/S)	: GUSTAVO SWAIN KFOURI
ADV.(A/S)	: FLAVIO HENRIQUE UNES PEREIRA
REQDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

DECISÃO

Fernando Destito Francischini, Cassiano Caron Sobral de Jesus, Emerson Gielinski Bacil, Paulo Rogério do Carmo, Comissão Executiva Provisória do Partido Social Liberal (PSL) no Estado do Paraná e PSL Nacional, mediante as petições/STF n. 117.771/2021, 117.905/2021, 119.612/2021 e 6.616/2022, apresentadas nos autos da ADPF 761, buscam: (i) a suspensão dos efeitos do acórdão prolatado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) no julgamento do recurso ordinário na ação de investigação judicial eleitoral (RO-AIJE) 0603975-98.2018.6.16.0000, bem assim da convocação de suplentes que ocupam vagas resultantes da cassação de mandatos de parlamentares atingidos pela decisão, com a consequente restauração da validade dos mandatos dos requerentes e das prerrogativas da bancada do PSL no contexto da Assembleia Legislativa; e (ii) a suspensão da eficácia de todas as decisões que forem proferidas e tenham relação direta com a questão veiculada no processo objetivo, até o julgamento do mérito.

TPA 39 MC / DF

Referem-se ao julgamento, pelo TSE, do RO-AIJE 0603975-98.2018.6.16.0000, que implicou a cassação do mandato do deputado estadual eleito Fernando Destito Francischini, por uso indevido dos meios de comunicação social e abuso de autoridade (Lei Complementar n. 64/1990 - Lei de Inelegibilidades -, art. 22). Ressaltam determinada a anulação dos 427.749 votos conferidos ao parlamentar, providência que ensejou a perda de mandato dos demais requerentes Cassiano Caron Sobral de Jesus, Emerson Gielinski Bacil e Paulo Rogério do Carmo e a alteração da bancada do PSL na Assembleia Legislativa.

Narram que o fato imputado a Fernando Destito Francischini consistiu na realização de *live* (transmissão ao vivo), por meio da rede social Facebook, durante o primeiro turno das eleições de 2018, na qual teria **divulgado notícias falsas acerca do sistema eletrônico de votação** e promovido **propaganda pessoal e partidária** conduta vedada pelo art. 39, § 5º, III, da Lei n. 9.504/1997. Alegam que o impacto se deu após o pleito. Apontam ofensa à liberdade de expressão e à segurança jurídica.

Frisam que o Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Paraná (TRE-PR) julgou improcedente o pedido formulado na AIJE, tendo em vista que a maioria reputou **atípica a conduta**, por falta de prova do benefício eleitoral auferido e de conduta ilícita. Salientam ter sido unânime o entendimento pela **impossibilidade de enquadrar-se as redes sociais como meio de comunicação social** e, assim, analisar seu eventual uso indevido.

Em sede de recurso ordinário interposto pelo Ministério Público Eleitoral, o TSE consignou, **na sessão de 19 de novembro de 2021**, a relevância e o **ineditismo da controvérsia** se a disseminação de fatos inverídicos relativamente ao sistema eletrônico de votação e à democracia, acarretando incerteza quanto à lisura do prélio, configura, ou não, abuso de poder político ou de autoridade, além de uso indevido dos

TPA 39 MC / DF

meios de comunicação.

As conclusões do Tribunal Superior Eleitoral a respeito dos fatos teriam sido as seguintes:

(a) enquadramento da internet gênero e das redes sociais no conceito de veículos ou meios de comunicação a que se refere o art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990;

(b) configuração de uso abusivo dos meios de comunicação;

(c) ocorrência de abuso de poder político ou autoridade, por tratar-se, à época do fato, de delegado de polícia licenciado para o exercício do cargo de deputado federal;

(d) não inserção, na esfera de proteção da liberdade de expressão e da imunidade parlamentar, da acusação direta e indireta de fraude na urna eletrônica;

(e) ausência de proteção da inviolabilidade, tendo em vista a ofensa a preceitos fundamentais;

(f) gravidade da conduta, resultante da análise do seu grau de reprovabilidade e da magnitude da influência na disputa, no que ensejado benefício próprio e a terceiros a partir do efeito multiplicador das práticas ocorridas na internet;

(g) gravidade do abuso relacionada a fatos havidos após as eleições, como os massivos dados de audiência 70 mil pessoas e, até 12 de novembro de 2018, mais de 105 mil comentários, 400 mil compartilhamentos e 6 milhões de visualizações;

(h) não incidência, no caso, do princípio da anualidade, o qual não poderia representar licença para a prática de ataques à democracia infundados.

Realçam os peticionantes os fundamentos do voto dissidente (vencido) do ministro Carlos Horbach, quais sejam:

(a) ausência de abuso de poder, em virtude de a condição funcional não constituir elemento essencial para os fatos, tampouco atrair, por si só, a configuração do abuso de poder

TPA 39 MC / DF

político ou de autoridade;

(b) ausência de impacto na vontade do eleitor e de gravidade, na medida em que se haveria de presumir ser o espectador da transmissão eleitor no Estado do Paraná, não haver exercido o voto, ter assistido ao vídeo e, a partir do conteúdo, se convencido a votar no referido candidato, em que pese parte dos números alusivos à visualização e compartilhamento da *live* dizer respeito a cidadãos de outras unidades da Federação, bem como a eleitores que, ao tempo da transmissão, já haviam votado;

(c) alteração do entendimento do TSE quanto à extensão do conceito meios de comunicação social, considerados os precedentes firmados nas AIJEs 0601968-80 e 0601771-28;

(d) virada jurisprudencial atinente à presunção do benefício político do candidato nos casos de abuso de poder.

O acórdão prolatado no RO-AIJE 0603975-98.2018.6.16.0000 foi publicado em 7 de dezembro de 2021.

Os recorrentes asseveram que houve modificação na jurisprudência daquela Corte eleitoral aplicada às Eleições 2018 no tocante a: (i) consideração das redes sociais como meio de comunicação para efeito de configuração de abuso; (ii) balizamento da gravidade da conduta para fins de impacto na legitimidade e normalidade das eleições; (iii) anulação dos votos e recálculo do quociente partidário; (iv) perda de mandato de parlamentares que não integraram a lide.

Alegam inobservância dos postulados constitucionais da legalidade; da segurança jurídica; do contraditório e ampla defesa; da soberania popular; da manutenção dos mandatos democraticamente conferidos; da anualidade; do sistema proporcional; da imunidade parlamentar; e do uso dos meios de comunicação social (CF, arts. 5º, *caput*, XXXVI e LV, 14, 15, 16, 45, 53 e 220).

Dizem violado o **princípio da anualidade eleitoral** na medida em

TPA 39 MC / DF

que se alterou a compreensão quanto à observância de novo entendimento do TSE a respeito da anulação de votos recebidos por parlamentar cujo diploma e mandato tenham sido cassados, com repercussão sobre a eleição de terceiros e a composição de bancadas no Legislativo.

Discorrem sobre os fundamentos da decisão da Corte Superior Eleitoral, que teria ensejado **prejuízo a terceiros**. Salientam que um dos parlamentares eleitos sequer foi ouvido no processo do qual resultou a perda do mandato.

Aludem à jurisprudência do Supremo no sentido do dever do magistrado de examinar as consequências imediatas e sistêmicas que seu pronunciamento produzirá na realidade social. Ressaltam que o Partido Social Liberal **perdeu quatro representantes nos quadros da Assembleia Legislativa do Paraná** e as prerrogativas decorrentes da formação da maior bancada. Pretendem ver restituídos a Fernando Destito Francischini e a Paulo Rogério do Carmo, respectivamente, os cargos de Presidente da Comissão de Constituição e Justiça e de 2º Vice-Presidente da Mesa Diretora.

Requerem, em âmbito cautelar, a atribuição de **efeito suspensivo ao recurso extraordinário**, com eficácia *ex tunc*, a fim de sustar a convocação dos suplentes que atualmente ocupam as vagas resultantes da perda dos mandatos dos parlamentares atingidos pela decisão do TSE e restaurar a validade dos mandatos obtidos pelos parlamentares Fernando Destito Francischini e Paulo Rogério do Carmo, bem assim as prerrogativas próprias da bancada parlamentar conferidas ao PSL. Buscam, ao fim, a confirmação da providência antecipatória.

Sob o ângulo do risco, destacam os **efeitos irreversíveis da supressão dos votos no processo eleitoral** e na autenticidade democrática. Mencionam **insegurança** quanto ao conteúdo das

TPA 39 MC / DF

mensagens que podem, ou não, ser veiculadas pelos candidatos.

Em 23 de fevereiro de 2022, determinei a reautuação apartada das petições, como tutela provisória antecedente (CPC, arts. 294 e 299).

Em 2 de março seguinte, os requerentes notificaram a interposição de recurso extraordinário com agravo contra o decidido pelo TSE no ROAIJE 0603975-98.2018.6.16.0000. Reiteraram o pedido de tutela de urgência (petição/STF n. 13.196/2022).

É o relatório. Decido.

A atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário reclama: (i) instauração da **jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal**, ou seja, juízo positivo de admissibilidade, consubstanciado em decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de origem; ou, sendo negativo o crivo, a **interposição de agravo** (TPA 23 AgR, ministro Marco Aurélio, *DJe* de 23 de novembro de 2020); (ii) viabilidade processual, levando em conta a **tempestividade**, o **prequestionamento** explícito e a ocorrência de **ofensa direta e imediata ao Texto Constitucional** (Pet 8.607 AgR, ministro Celso de Mello, *DJe* de 31 de agosto de 2020); (iii) **plausibilidade jurídica da postulação** de direito material deduzida; e (iv) demonstração objetiva da configuração do *periculum in mora*.

Na espécie, o Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, em 23 de fevereiro de 2022, **inadmitiu o recurso extraordinário, com pedido de efeito suspensivo**, formalizado por Fernando Destito Francischini, Cassiano Caron Sobral de Jesus, Emerson Gielinski Bacil, Paulo Rogério do Carmo e pela Comissão Executiva Provisória do Partido Social Liberal, contra o acórdão mediante o qual aquela Corte deu provimento ao recurso ordinário eleitoral (RO-El) interposto pelo Ministério Público Eleitoral (MPE) para cassar o diploma do candidato Fernando Francischini e declará-lo inelegível pelo prazo de oito anos, por uso

TPA 39 MC / DF

indevido dos meios de comunicação e abuso de autoridade, determinando a anulação, para todos os fins, dos votos a ele conferidos.

Conforme noticiado nos autos, sobreveio recurso extraordinário com agravo em 2 de março seguinte. A partir de informações colhidas no sítio eletrônico do TSE constata-se a juntada de contraminuta em 15 de março e a remessa do processo ao Supremo em 17 de março imediato. Esta Casa recebeu o recurso **ARE 1.373.504** em 21 de março último. Contudo, no mesmo dia, devolveu-o ao TSE em razão de impossibilidade técnica de processamento. Tendo sido reenviando ao Supremo, após a correção dos problemas de informática, o ARE **1.373.504** foi autuado em 06/04/2002 nesta Corte.

Reputo instaurada, portanto, a jurisdição cautelar desta Casa.

Da leitura das peças juntadas pelos agravantes, constata-se que o apelo extremo **reúne os requisitos mínimos para seu processamento e conhecimento**, a saber: cabimento (CF, art. 121, §3º), legitimidade e interesse recursal (a parte recorrente foi vencida no acórdão recorrido) e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer.

Acresce que os dispositivos constitucionais indicados como violados, sobretudo aqueles que envolvem os princípios da segurança jurídica e da anualidade eleitoral, foram **prequestionados expressamente**, o que implica o afastamento dos enunciados nº 282 e 356 da Súmula do Supremo. Tem-se alegação de **ofensa direta à Carta da República**, circunstância que não exige a prévia análise da legislação infraconstitucional.

Por fim, há na petição fundamentos expressos a respeito da existência de repercussão geral no caso em exame, formulada nos termos do art. 102, § 3º, da Lei Maior.

TPA 39 MC / DF

A viabilidade processual do agravo em recurso extraordinário interposto está caracterizada, ante a presença dos pressupostos de admissibilidade.

O juízo negativo de admissibilidade pronunciado pelo Tribunal de origem não enseja, por si só, a impossibilidade da concessão da medida cautelar pertinente. O Supremo reconhece o cabimento da suspensão da eficácia de acórdão objeto de extraordinário inadmitido se, deduzido o agravo, o apelo extremo insurgir-se contra decisão que se revele incompatível com a jurisprudência desta Corte, hipótese que não consubstancia exceção aos verbetes nº 634 e 635 da Súmula do Supremo, os quais versam sobre a competência do tribunal recorrido para implementar cautelar em extraordinário que ainda não tenha sido objeto de juízo de admissibilidade na origem (ACs 1.549 MC-QO, Ministro Celso de Mello, e 1.550, Ministro Gilmar Mendes).

Em que pese haver precedentes segundo os quais a jurisdição cautelar do Supremo se inicia, em regra, caso negativo o primeiro juízo de admissibilidade do extraordinário pelo tribunal *a quo*, com o provimento do agravo interposto com o fim de afastar a inadmissão (AC 3.311 AgR, ministro Ricardo Lewandowski), esta Corte tem procedido, excepcionalmente, à concessão da pretendida tutela cautelar em circunstâncias, como as desta causa, em que demonstrada a situação de **plausibilidade jurídica** e de **perigo na demora da prestação da jurisdição constitucional**, sempre que o apelo extremo veicular matéria que se mostre, desde logo, **minimamente razoável**. Nesse sentido, por exemplo, são os seguintes precedentes:

AGRAVO INTERNO NA PETIÇÃO. PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO INADMITIDO NA ORIGEM. REQUISITOS DO ART. 995, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. ESCASSA PROBABILIDADE DE ÊXITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INDEFERIMENTO. CONSONÂNCIA

TPA 39 MC / DF

DA DECISÃO AGRAVADA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE.

1. Inviável reputar instaurada a jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal, considerado o juízo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário do autor. Precedentes.

2. A excepcional concessão de efeito suspensivo a apelo extremo inadmitido na origem depende da inequívoca conjugação dos requisitos previstos no art. 995, parágrafo único, do CPC, a saber: i) probabilidade de êxito do agravo em recurso extraordinário; e ii) risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação.

[...]

4. Agravo interno conhecido e não provido.

(Pet 9.834 AgR, Primeira Turma, ministra Rosa Weber, DJe de 21 de setembro de 2021 grifei)

AGRAVO INTERNO EM PETIÇÃO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO INADMITIDO NA ORIGEM. REQUISITOS DO ART. 995, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. ESCASSA PROBABILIDADE DE ÊXITO RECURSAL.

1. A excepcional concessão de efeito suspensivo a apelo extremo inadmitido na origem depende da inequívoca conjugação dos requisitos previstos no art. 995, parágrafo único, do CPC, a saber: i) probabilidade de êxito do agravo em recurso extraordinário; e ii) risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação.

[...]

4. Agravo interno conhecido e não provido.

(Pet 7.795, Primeira Turma, ministra Rosa Weber, DJe de 12 de abril de 2019 grifei)

No caso dos autos, tenho como plausíveis a postulação de direito material e o risco de dano grave, considerado o perigo na demora da prestação jurisdicional, conforme exponho adiante.

TPA 39 MC / DF

A) Probabilidade de êxito do agravo em recurso extraordinário

O acórdão impugnado na via extraordinária ficou assim resumido:

RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2018. DEPUTADO ESTADUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJE). USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. ABUSO DE PODER POLÍTICO E DE AUTORIDADE. ART. 22 DA LC 64/90. TRANSMISSÃO AO VIVO. REDE SOCIAL. DIA DO PLEITO. HORÁRIO DE VOTAÇÃO. FATOS NOTORIAMENTE INVERÍDICOS. SISTEMA ELETRÔNICO DE VOTAÇÃO. FRAUDES INEXISTENTES EM URNAS ELETRÔNICAS. AUDIÊNCIA DE MILHARES DE PESSOAS. MILHÕES DE COMPARTILHAMENTOS. PROMOÇÃO PESSOAL. IMUNIDADE PARLAMENTAR COMO ESCUDO PARA ATAQUES À DEMOCRACIA. IMPOSSIBILIDADE. GRAVIDADE. CASSAÇÃO DO DIPLOMA. INELEGIBILIDADE. PROVIMENTO.

1. Recurso ordinário interposto pelo Ministério Público contra acórdão prolatado pelo TRE/PR, que, por maioria de votos, julgou improcedente os pedidos em Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) proposta em desfavor de Deputado Estadual eleito pelo Paraná em 2018, afastando o abuso de poder político e o uso indevido dos meios de comunicação social (art. 22 da LC 64/90).

2. Rejeitada a preliminar de inovação recursal aduzida em contrarrazões. Os argumentos contidos no apelo apenas contrapõem a tese da Corte de origem de que a internet e as redes sociais não se enquadram como meios de comunicação.

3. A hipótese cuida de *live* transmitida ao vivo em rede social, quando em curso a votação no primeiro turno, para mais de 70 mil internautas, e que até 12/11/2018 teve mais de 105 mil comentários, 400 mil compartilhamentos e seis milhões de visualizações. O recorrido que exercia o cargo de Deputado

TPA 39 MC / DF

Federal noticiou a existência de fraudes em urnas eletrônicas e outros supostos fatos acerca do sistema eletrônico de votação.

4. Sintetizam-se as principais declarações na transmissão: (a) já identificamos duas urnas que eu digo ou são fraudadas ou adulteradas. [...], eu tô com toda a documentação aqui da própria Justiça Eleitoral; (b) nós estamos estourando isso aqui em primeira mão pro Brasil inteiro [...], urnas ou são adulteradas ou fraudadas; (c) nosso advogado acabou de confirmar [...], identificou duas urnas que eu digo adulteradas; (d) apreensão feita, duas urnas eletrônicas; (e) não vamos aceitar que uma empresa da Venezuela, que a tecnologia que a gente não tem acesso, defina a democracia no Brasil; (f) só aqui e na Venezuela tem a porcaria da urna eletrônica; (g) daqui a pouco nós vamos acompanhar [a apuração dos resultados], sem paradinha técnica, como aconteceu com a Dilma; (h) eu uso aqui a minha imunidade parlamentar, que ainda vai até janeiro, independente dessa eleição, pra trazer essa denúncia.

5. O teor do vídeo é inequívoco, residindo a controvérsia em questões de direito: legitimidade do pleito, possibilidade de enquadrar a conduta no art. 22 da LC 64/90 e gravidade dos fatos.

6. O sistema eletrônico de votação representa modelo de inegável sucesso implementado nas Eleições 1996 e internacionalmente reconhecido. O propósito dessa verdadeira revolução residiu na segurança e no sigilo do voto, sendo inúmeros os fatores que poderiam comprometer os pleitos realizados com urnas de lona, desde simples erros humanos na etapa de contagem, manipulações em benefício de candidatos e a execrável mercancia do sufrágio. Visou-se, ainda, conferir maior rapidez na apuração, o que possui especial relevância em país de dimensões continentais.

7. Esta Justiça Especializada não atua de forma sigilosa ou numa espécie de redoma na organização do pleito. Ao contrário, busca sempre soluções construtivas com os atores do processo eleitoral tendo como fim maior aperfeiçoar continuamente as eleições e consolidar o regime democrático.

TPA 39 MC / DF

8. A parceria entre órgãos institucionais de ponta na área de tecnologia, a constante busca por inovação e o contínuo diálogo com a sociedade propiciaram a plena segurança do sistema eletrônico de votação no decorrer dos últimos 25 anos, sem nenhuma prova de fraude de qualquer espécie, conforme inúmeras auditorias internas e externas e testes públicos de segurança diuturnamente noticiados pela Justiça Eleitoral.

9. Hipótese inédita submetida a esta Corte Superior é se ataques ao sistema eletrônico de votação e à democracia, disseminando fatos inverídicos e gerando incertezas acerca da lisura do pleito, em benefício de candidato, podem configurar abuso de poder político ou de autoridade quando utilizada essa prerrogativa para tal propósito e/ou uso indevido dos meios de comunicação quando redes sociais são usadas para esse fim.

10. Os arts. 1º, II e parágrafo único, e 14, § 9º, da CF/88, além dos arts. 19 e 22 da LC 64/90 revelam como bens jurídicos tutelados a paridade de armas e a lisura, a normalidade e a legitimidade das eleições. Não há margem para dúvida de que constitui ato abusivo, a atrair as sanções cabíveis, a promoção de ataques infundados ao sistema eletrônico de votação e à própria democracia, incutindo-se nos eleitores a falsa ideia de fraude em contexto no qual candidato sobrevenha como beneficiário dessa prática.

11. O abuso de poder político configura-se quando a normalidade e a legitimidade do pleito são comprometidas por atos de agentes públicos que, valendo-se de sua condição funcional, beneficiam candidaturas em manifesto desvio de finalidade. Precedentes.

12. Inviável afastar o abuso invocando-se a imunidade parlamentar como escudo. No caso de manifestações exteriores à Casa Legislativa a que pertence o parlamentar, há necessidade de verificar se as declarações foram dadas no exercício, ou em razão do exercício, do mandato parlamentar; ou seja, se o denunciado expressou suas opiniões, sobre questões relacionadas a políticas governamentais; e se essas opiniões se ativeram aos parâmetros constitucionalmente aceitos, ou se

TPA 39 MC / DF

teriam extrapolado eventuais parâmetros das imunidades materiais (voto do Min. Alexandre de Moraes no Inquérito 4.694/DF, DJE de 1º/8/2019).

13. A internet e as redes sociais enquadram-se no conceito de veículos ou meios de comunicação social a que alude o art. 22 da LC 64/90. Além de o dispositivo conter tipo aberto, a Justiça Eleitoral não pode ignorar a realidade: é notório que as Eleições 2018 representaram novo marco na forma de realizar campanhas, com claras vantagens no uso da internet pelos atores do processo eleitoral, que podem se comunicar e angariar votos de forma mais econômica, com amplo alcance e de modo personalizado mediante interação direta com os eleitores.

14. No caso, constata-se sem nenhuma dificuldade que todas as declarações do recorrido durante sua *live*, envolvendo o sistema eletrônico de votação, são absolutamente inverídicas.

15. Quanto às urnas eletrônicas de seções eleitorais do Paraná, o recorrido atribuiu-lhes a pecha de fraudadas, adulteradas e apreendidas e apontou que eu tô com toda a documentação aqui da própria Justiça Eleitoral. Todavia, (a) inexistiu apreensão, mas mera substituição por problemas pontuais; (b) além da já enfatizada segurança das urnas eletrônicas, a Corte de origem realizou auditoria antes do segundo turno na presença de técnicos da legenda do candidato e nada constatou; (c) é falsa a narrativa de que a suposta fraude estaria comprovada na documentação aqui da própria Justiça Eleitoral, não havendo nenhuma menção a esse respeito nas atas das respectivas seções.

16. No tocante à declaração de que nós não vamos aceitar que uma empresa da Venezuela, que a tecnologia que a gente não tem acesso, defina a democracia no Brasil, trata-se de inverdades refutadas inúmeras vezes: (a) sendo a Justiça Eleitoral criadora e desenvolvedora da urna eletrônica, seria no mínimo contraditório dizer que não há acesso à tecnologia de sistemas; (b) a empresa que produz as urnas não é venezuelana o que, aliás, por si só, não representaria qualquer problema se fosse verdade.

TPA 39 MC / DF

17. É falsa a afirmativa de que apenas Brasil e Venezuela empregam urnas eletrônicas. Segundo o Instituto Internacional para a Democracia e a Assistência Social, 23 países as utilizam em eleições gerais e outros 18 em pleitos regionais, incluídos Canadá, França e algumas localidades nos Estados Unidos, o que também já foi esclarecido pela Justiça Eleitoral.

18. Inexistiu fraude nas Eleições 2014. Para além das inúmeras ocasiões em que a Justiça Eleitoral cumpriu com transparência seu dever de informação, houve auditoria externa conduzida pela grei derrotada naquele pleito, nada se identificando como irregular.

19. Os dividendos angariados pelo recorrido são incontroversos. A *live* ocorreu quando a votação ainda estava aberta no Paraná, ao passo que o acesso à internet ocorre de qualquer lugar por dispositivos móveis, reiterando-se que a transmissão foi assistida por mais de 70 mil pessoas, afora os compartilhamentos do vídeo.

20. O recorrido valeu-se das falsas denúncias para se promover como uma espécie de paladino da justiça, de modo a representar eleitores inadvertidamente ludibriados que nele encontraram uma voz para ecoar incertezas sobre algo que, em verdade, jamais aconteceu. Também houve autopromoção ao mencionar que era Deputado Federal e que a imunidade parlamentar lhe permitiria expor os hipotéticos fatos.

21. Gravidade configurada pela somatória de aspectos qualitativos e quantitativos (art. 22, XVI, da LC 64/90). O ataque ao sistema eletrônico de votação, noticiando-se fraudes que nunca ocorreram, tem repercussão nefasta na legitimidade do pleito, na estabilidade do Estado Democrático de Direito e na confiança dos eleitores nas urnas eletrônicas, utilizadas há 25 anos sem nenhuma prova de adulterações. Além disso, reitera-se a audiência de mais de 70 mil pessoas e, até 12/11/2018, mais de 400 mil compartilhamentos, 105 mil comentários e seis milhões de visualizações.

22. Na linha do parecer ministerial, a transmissão ao vivo de conteúdo em rede social, no dia da eleição, contendo

TPA 39 MC / DF

divulgação de notícia falsa e ofensiva por parlamentar federal, em prol de seu partido e de candidato, configura abuso de poder de autoridade e uso indevido de meio de comunicação, sendo grave a afronta à legitimidade e normalidade do prélio eleitoral.

23. Recurso ordinário provido para cassar o diploma do recorrido e declará-lo inelegível (art. 22, XIV, da LC 64/90), com imediata execução do aresto, independentemente de publicação, e recálculo dos quocientes eleitoral e partidário.

Os argumentos dos peticionantes voltam-se principalmente contra **modificações na jurisprudência do TSE aplicadas retroativamente**, em dezembro de 2021, às Eleições 2018, no que diz respeito aos seguintes temas:

1. consideração das redes sociais como meio de comunicação para efeito de configuração de abuso;
2. balizamento da gravidade da conduta para fins de impacto na legitimidade e normalidade das eleições;
3. anulação dos votos do candidato que teve o diploma e o mandato cassados, recálculo do quociente partidário e consequente perda de mandato de terceiros não integrantes do processo de investigação eleitoral.

Os parâmetros de controle indicados envolvem os princípios constitucionais da **legalidade**, da **segurança jurídica**, do **contraditório e ampla defesa**, da **soberania popular**, da manutenção dos mandatos democraticamente conferidos, da **anualidade**, do **sistema proporcional**, da **imunidade parlamentar** e do **uso dos meios de comunicação social** (CF, arts. 5º, *caput*, XXXVI e LV; 14; 15; 16; 45; 53; e 220).

Passo ao exame, no âmbito da cognição sumária, das alegadas ofensas ao Texto Constitucional.

TPA 39 MC / DF

A.1 Consideração das redes sociais como meio de comunicação para efeito de configuração de abuso

A Lei Complementar n. 64/1990, ao disciplinar os casos de inelegibilidade e prazos de cessação, assim dispôs no art. 22, *caput*, acerca do poder econômico, poder de autoridade e meios de comunicação social:

“Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito: [...]” (grifei)

Conforme se colhe de trecho do voto do Relator do acórdão impugnado, a compreensão adotada até as Eleições 2018 quanto à comunicação social alcançava os veículos tradicionais atinentes à televisão, ao rádio, aos jornais e às revistas:

“7. A hipótese, porém, demanda exame um pouco mais analítico, pois a conduta imputada ocorreu em live transmitida na rede social Facebook. Por isso, é necessário que se responda ao seguinte questionamento: a internet e, mais especificamente, as redes sociais enquadra-se no conceito de veículos ou meios de comunicação social a que alude o art. 22 da LC 64/90?”

A resposta, a meu sentir, é afirmativa.

Não se ignora que, tradicionalmente, o uso indevido dos meios de comunicação social está associado a veículos como a televisão, o rádio, além de jornais e revistas.

Trata-se de dedução a princípio totalmente lógica, pois o *caput* do art. 22 da Lei de Inelegibilidades conserva seu texto

TPA 39 MC / DF

originário há 31 anos, quando a internet ainda caminhava em seus primórdios nos países de primeiro mundo. Da mesma forma, ao longo de inúmeras eleições após a reabertura democrática, as campanhas eram desenvolvidas tendo como foco o rádio e a televisão em especial, haja vista a possibilidade de alcance em massa de eleitores.

Todavia, a evolução tecnológica proporcionou ao ser humano a internet e, com ela, admirável mundo novo de possibilidades, com comunicação em tempo real e alcance ainda mais expressivo face aos meios tradicionais outrora dominantes.

Ademais, no contexto eleitoral, é fato notório que as Eleições 2018 constituíram verdadeira ruptura na forma de realizar campanhas.

*Sem emitir juízo de mérito acerca das estratégias de candidatos e legendas, tenho que as últimas eleições gerais representaram **marco** que se pode denominar como **digitalização das campanhas**. As vantagens são evidentes: os atores do processo eleitoral, utilizando-se dos mais diversos instrumentos que a internet propicia, podem se comunicar e angariar votos de forma mais econômica, com alcance ainda mais amplo e de modo personalizado mediante interação direta com os eleitores.” (Grifei)*

Os vocábulos e expressões utilizados pelo Relator, ministro Luís Felipe Salomão, nesse excerto do seu voto, revelam claramente o **ineditismo da solução hermenêutica adotada pelo TSE**. O raciocínio do relator foi, em síntese, o seguinte: se as Eleições 2018 representaram ruptura e marco, é evidente que se trata, portanto, de um momento de transição no processo eleitoral; se não foram modificadas as regras para se ajustar a essa nova realidade, **deve-se então alterar a interpretação dada a elas**, particularmente no que concerne à compreensão que se tem sobre “veículos ou meios de comunicação social”.

O Relator enfatizou o impacto do ecossistema digital na comunicação política e, por conseguinte, no resultado do pleito de 2018.

TPA 39 MC / DF

Nessa esteira, ao interpretar a norma contida no art. 22 da Lei de Inelegibilidades, operou a sua **ampliação e abertura semântica**, **por analogia**, para que a expressão **meios de comunicação social** passasse a abranger também a internet e todas as tecnologias a ela associadas, em particular as chamadas redes sociais.

Essa analogia, com a devida vênia, simplifica algo muito mais complexo do que parece à primeira vista. A Rede Mundial de Computadores (*World Wide Web*), na qual rodam a maior parte das aplicabilidades da internet para o grande público, sequer existia em 1990, ano da edição da LC 64/1990 — o primeiro site da web foi ao ar em agosto de 1991. Como o legislador brasileiro de 1990 poderia tê-la previsto? Ademais, a internet, e particularmente as redes sociais, **não são um desenvolvimento natural e linear da televisão e do rádio, que possam ser absorvidos por uma interpretação analógica**. Muito diferentemente desses, na internet há uma grande liberdade para a produção de conteúdo por qualquer pessoa, a qualquer momento e em qualquer lugar, e os acessos também são praticamente ilimitados e assíncronos, sem que exista alguém com uma “chave geral” para fechar a entrada ou a difusão de novas informações. Trata-se de um **meio de comunicação disruptivo**, que tem merecido a atenção de órgãos reguladores pelo mundo afora, sem que se tenha chegado ainda a um denominador comum sobre a melhor forma de disciplinar a liberdade de expressão nesse novo ecossistema de troca de informações.

É claramente desproporcional e inadequado, com a devida vênia, por uma simples analogia judicial — aliás com eficácia retroativa —, equiparar a internet aos demais meios de comunicação.

A dúvida quanto à extensão do conceito de *meios de comunicação social* justifica-se ante a preeminência atribuída pela Constituição de 1988 à livre circulação de pensamentos, opiniões e críticas com vistas ao

TPA 39 MC / DF

fortalecimento do Estado Democrático de Direito e à pluralização do ambiente eleitoral, cabendo à Justiça Eleitoral **intervenção mínima**, em primazia à liberdade de expressão.

Outro ponto importante é que a internet está aberta a todos os candidatos. Não existe nesse meio de comunicação um mecanismo pelo qual um candidato possa impedir o outro de se exprimir. Não há uma estação difusora nas mãos de alguém. Ante os baixos custos e a facilidade da publicação de conteúdo na internet, a manifestação de um candidato não impede nem limita a manifestação de seus concorrentes. Logo, a ideia de que o meio de comunicação pode desigualar a disputa precisa ser repensada aqui em termos diferentes daqueles que estavam na base das interpretações sobre a televisão e o rádio, sob pena de a intervenção judicial vir a, ela mesma, desequilibrar o pleito em favor de candidatos que, por qualquer razão, não souberam ou não quiseram ingressar nessa nova forma de expressão comunicativa.

Uma vez ausente a tutela da igualdade de oportunidades entre candidato e partidos nos mesmos moldes da radiodifusão, o enquadramento da internet gênero e das redes sociais como meios de comunicação social para efeito de configuração de ilícito que implique inelegibilidade não é automático.

Ora, descabe presumir a natureza pública de certo perfil ou comunidade em rede social. Do contrário, adotar-se-ia interpretação manifestamente contrária e desfavorável à liberdade de expressão.

Nos termos da jurisprudência prevalecente do TSE até o pleito eleitoral de 2018, os instrumentos de comunicação social cujo uso indevido é sancionado são aqueles relativos aos órgãos de mídia e imprensa de massa devidamente autorizados a promover, ainda que de forma gratuita, a divulgação de informações à população em geral, tais como jornais, revistas e emissoras de rádio e televisão. O objetivo é a

TPA 39 MC / DF

proteção da normalidade, da legalidade e do equilíbrio da disputa eleitoral ante o poder da mídia, evitando-se a utilização abusiva com vistas ao favorecimento de determinado candidato em prejuízo dos concorrentes.

À luz dos precedentes do TSE, o uso indevido dos meios de comunicação social caracteriza-se pela exposição desproporcional de um candidato em detrimento dos demais (Respe 1-76 AgR, ministro Jorge Mussi, *DJe* de 15 de agosto de 2019; Respe 477-36, ministro Admar Gonzaga, *DJe* de 25 de setembro de 2018; RO 2.240-11 AgR, ministro Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* de 18 de dezembro de 2017; RO 4.573-27, ministro Gilmar Mendes, *DJe* de 26 de setembro de 2016; e Respe 4.709-68, ministra Nancy Andrigli, *DJe* de 20 de junho de 2012).

Com efeito, contas e perfis pessoais em redes sociais não se inseriam na concepção de comunicação social de que cuida o art. 22 da Lei de Inelegibilidades.

Não por outra razão, o ministro Luis Felipe Salomão, ao apreciar, como Relator, as AIJE 0601968-80.2018.6.00.0000 e 0601771-28.2018.6.00.0000, formalizadas contra a chapa presidencial eleita em 2018, tendo em conta o disparo em massa de mensagens de *WhatsApp* durante o período de campanha, com conteúdo desfavorável em relação ao principal adversário político, distinguiu o ineditismo da controvérsia, uma vez que a conduta imputada havia ocorrido por meio de ferramenta digital de envio de mensagens instantâneas:

Por isso, é necessário que se responda ao seguinte questionamento: **a internet e, mais especificamente, as redes sociais e aplicativos de mensagens enquadram-se no conceito de veículos ou meios de comunicação social a que alude o art. 22 da LC 64/90?**

A resposta, a meu sentir, é afirmativa.

Não se ignora que, tradicionalmente, o uso indevido dos

TPA 39 MC / DF

meios de comunicação social está associado a veículos como a televisão, o rádio, além de jornais e revistas.

Trata-se de dedução a princípio lógica, pois o caput do art. 22 da Lei de Inelegibilidades conserva seu texto originário há 31 anos, quando a internet ainda caminhava em seus primórdios nos países de primeiro mundo. Da mesma forma, ao longo de inúmeras eleições após a reabertura democrática, as campanhas eram desenvolvidas tendo como foco o rádio e a televisão em especial, haja vista a possibilidade de alcance em massa de eleitores.

Todavia, a evolução tecnológica proporcionou ao ser humano a internet e, com ela, admirável mundo novo de possibilidades, com comunicação em tempo real e alcance ainda mais expressivo face aos meios tradicionais outrora dominantes.

Ademais, no contexto eleitoral, é fato notório que as Eleições 2018 constituíram verdadeira ruptura na forma de realizar campanhas e representaram marco que se pode denominar como **digitalização das campanhas**.

[...]

Em outras palavras, ao trazer tipo aberto e se referir de modo expreso a meios de comunicação social, a Lei de Inelegibilidades permite enquadrar como ilícitas condutas praticadas por intermédio de instrumentos de comunicação de difusão em massa, dentre os quais se enquadram a toda evidência os aplicativos de mensagens instantâneas. No campo doutrinário, apesar de algumas divergências, autores como Frederico Franco Alvim perfilham da mesma compreensão aqui externada.

[...]

Ainda assim, entendo pertinente destacar voto do ilustre Presidente, o Ministro Luís Roberto Barroso, prolatado no ano de 2019 em feito relativo às Eleições 2016, na mesma linha ora propugnada:

[...] a interpretação do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90 deve ter seu sentido e alcance adaptados às inovações

TPA 39 MC / DF

tecnológicas advindas da criação da Internet, tal como já consta da redação da Resolução TSE nº 23.551/2017, que tratou da propaganda eleitoral para as eleições de 2018 e incluiu expressamente a Internet entre os meios de comunicação social. Nesse contexto, é possível, em tese, que o abuso dos meios de comunicação social ocorra pela veiculação nas diversas ferramentas virtuais disponibilizadas na Internet. (REspe 31-02/RS, redator para acórdão Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, DJE de 27/6/2019)

Em acréscimo, pontuo que tanto o c. Superior Tribunal de Justiça como a c. Suprema Corte possuem precedentes **ainda que não em matéria eleitoral** assentando que a internet é meio de comunicação [...]:

[...]

Assim, a meu juízo, a internet enquadra-se perfeitamente no conceito de meio de comunicação social e pode desaguar na conduta do art. 22 da LC 64/90 acaso presentes os demais requisitos do ilícito.

[...]

No exercício de sua função normativa, ocupou-se o TSE do tema na Resolução 23.610, de 18/12/2019, especificamente em seus artigos 29, 31 e 41, cuja redação deverá ser aprimorada e compatibilizada, considerando a entrada em vigor da LGPD.

[...]

5.5. Em resumo, diante de temática tão relevante e inédita, penso que o caso convida a Corte a fixar a tese jurídica no sentido de que a exacerbação do uso de aplicativos de mensagens instantâneas para realizar disparos em massa, promovendo desinformação, diretamente por candidato ou em seu benefício e em prejuízo de adversários políticos, pode configurar abuso do poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação social, nos termos do art. 22 da LC 64/90, a depender da gravidade da conduta, que será examinada em cada caso concreto.

(Grifei)

TPA 39 MC / DF

É evidente o ineditismo da interpretação adotada pelo TSE por ocasião do julgamento, em 28 de outubro de 2021, das referidas ações de investigação eleitoral. Essa matéria estava longe de ser pacífica naquela época, já que até hoje o tema é agitado no mundo inteiro. Não é possível afirmar, com base em nenhum método hermenêutico, que essas eram as balizas a serem observadas por ocasião do pleito ocorrido em 2018. Ninguém poderia prever, naquela eleição, quais seriam as condutas que seriam vedadas na internet, porque não havia qualquer norma ou julgado a respeito. Segundo se depreende da leitura do voto transcrito, o TSE ocupou-se da regulamentação do tema apenas em 18 de dezembro de 2018, quando publicada a Resolução n. 23.610. Ou seja, depois das eleições.

Da ata de julgamento consta a tese proposta pelo Relator e aprovada, por maioria, pelo TSE:

DECISÃO

Julgamento conjunto AIJE's 0601968-80 e 0601771-28:

O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares e julgou improcedente os pedidos formulados nas ações de investigação judicial eleitoral, nos termos do voto do Relator. Por maioria, aprovou a tese proposta pelo Relator com o seguinte teor: o uso de aplicações digitais de mensagens instantâneas visando promover disparos em massa, contendo desinformação e inverdades, em prejuízo de adversário e em benefício de candidato, pode configurar abuso de poder econômico e o uso indevido dos meios de comunicação social para os fins do art. 22, *caput* e inciso XIV da Lei Complementar 64/90 (Lei das Inelegibilidades). Vencido, quanto à aprovação da tese, o Ministro Carlos Horbach.

Votaram com o Relator os Ministros Mauro Campbell Marques, Sérgio Banhos (por fundamentação diversa), Carlos Horbach, Edson Fachin (por fundamentação diversa), Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso (Presidente).

TPA 39 MC / DF

Composição: Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente), Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Sérgio Banhos e Carlos Horbach.

Por ser verdade, firmo a presente.

Brasília, 28/10/2021.

JOÃO PAULO OLIVEIRA BARROS

Assessor-Chefe de Plenário

A tese proposta, por si só, revela a ausência de qualquer precedente conhecido. O julgamento referido acima foi concluído em 28 de outubro de 2021, mesma data da sessão em que finalizado o exame do RO-AIJE 0603975-98.2018.6.16.0000/PR, cujo acórdão, publicado em 7 de dezembro de 2021, é objeto do recurso extraordinário ora em discussão. Tanto foi assim, que o ministro Luís Roberto Barroso, então Presidente do TSE, ao votar no RO-AIJE, aludiu ao julgamento anterior:

Claramente, **nós já estabelecemos no julgamento anterior que as mídias sociais se equiparam aos meios de comunicação social para o fim de identificação do uso indevido dos meios de comunicação social**. E aqui eu tenho também a visão de que, especialmente essa fala que destacou o Ministro Alexandre de Moraes, o abuso dos meios de comunicação social ou o uso indevido dos meios de comunicação social, não teria dúvida, tive um pouco de dúvida da questão do abuso do poder político, mas aqui, esta passagem, me fez inclinar pela posição do relator e eu vou pedir vênias ao público e aos ministros para ser textual.

[...]

(Com meus grifos)

Cuida-se, portanto, de **compreensão nova**, adotada pelo TSE em virtude da evolução tecnológica e **dos fatos ocorridos na própria eleição de 2018**. Com todas as vênias, a decisão recorrida, criou uma conduta vedada *ex post facto*.

TPA 39 MC / DF

Compreendo a preocupação do TSE, e compartilho também dessas preocupações, a respeito da anomia em torno do uso da internet e tecnologia associadas no âmbito do processo eleitoral. Mas me parece que não há como criar-se uma proibição posterior aos fatos e aplicá-la retroativamente. Aqui não dependemos de maior compreensão sobre o funcionamento da internet. É questão de segurança jurídica mesmo.

Por outro lado, não podemos também demonizar a internet. É evidente que as redes sociais contribuem para o exercício da cidadania e enriquecem o debate democrático e a disputa eleitoral, dado o potencial de expressão plural de opiniões, pensamentos, crenças e modos de vida. Não cabe, sob o pretexto de proteger o Estado Democrático de Direito, violar as regras do processo eleitoral, ferindo de morte princípios constitucionais como a segurança jurídica e a anualidade.

A compreensão do TSE no sentido da equiparação das manifestações no âmbito das redes sociais às veiculadas nos meios tradicionais de mídia e imprensa, conquanto adotada em outubro de 2021, foi aplicada a ações judiciais referentes às Eleições 2018. A inovadora hermenêutica alterou significativamente o processo eleitoral e, por essa mesma razão, deveria guardar obediência ao art. 16 da Constituição Federal, de modo que alcançasse eleição a ocorrer ao menos em um ano depois da data de sua implementação. Se essa não era a diretriz vigente à época da organização do pleito de 2018, é de todo inconstitucional que nova baliza venha a ser aplicada retroativamente, mais de três anos depois de concluídas as eleições, em prejuízo de candidatos, legendas e terceiros.

A.2 Balizamento da gravidade da conduta para fins de impacto na legitimidade e normalidade das eleições

No tocante às hipóteses de uso indevido dos meios de comunicação social previstas no art. 22 da Lei de Inelegibilidades, para que se

TPA 39 MC / DF

configure o ato abusivo, por um lado, dispensa-se a potencialidade de o fato alterar o resultado do processo eleitoral e, por outro, exige-se a consideração da gravidade das circunstâncias que o caracterizam, conforme se depreende do inciso XVI do dispositivo:

“XVI - para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.”

Ou seja, por força de lei, não há nenhuma relevância em averiguar-se qualquer potencial correlação entre a realização da *live* e o resultado do pleito.

O TSE consagrou o entendimento de que a gravidade será aferida a partir do grau de reprovabilidade e da magnitude da influência na disputa, no que desequilibrada em virtude da exposição massiva de um candidato nos meios de comunicação em detrimento de outros, de modo apto a comprometer a normalidade e a legitimidade do prélio (Respe 4709-68, ministra Nancy Andrighi, *DJe* de 20 de junho de 2012).

Ademais, a atuação da Justiça Eleitoral deverá ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático, balizada pelo objetivo de fazer prevalecer a livre manifestação do pensamento e o direito à informação (Respe 926-67, ministra Luciana Lóssio, *DJe* de 25 de abril de 2016; RO 758-25 AgR, ministro Luiz Fux, *DJe* de 13 de setembro de 2017; e Respe 14-42 AgR, ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, *DJe* de 3 de dezembro de 2018).

Na esteira dos últimos precedentes do TSE, há de se analisar o grau de reprovabilidade da conduta frente à normalidade, à legalidade e ao equilíbrio da disputa eleitoral, a partir dos seguintes vetores: (i) teor da mensagem; (ii) repercussão perante o eleitorado; (iii) alcance; (iv) grau de participação do candidato no fato ou identificação entre autor e

TPA 39 MC / DF

beneficiário; e (v) financiamento da campanha com essa finalidade.

A configuração desses elementos deve ser clara e amplamente amparada em lastro probatório mínimo, uma vez que, na linha jurisprudencial, o conjunto de indícios, inclusive documentais, não se qualifica como presuntivo (AI 2-51 AgR, ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, *DJe* de 18 de junho de 2019).

Dos fatos tidos como certos pelo TSE, consta que a transmissão ao vivo em discussão alcançou 70 mil internautas, recebendo 105 mil comentários, 400 mil compartilhamentos e 6 milhões de visualizações.

Conforme exposto pelo ministro Carlos Bastide Horbach em seu voto divergente no julgamento do TSE, esses quantitativos, para efeito do art. 22 da Lei de Inelegibilidades, não devem ser analisados de forma isolada, mas à luz das balizas afetas à liberdade de expressão; à dinâmica de consumo da informação na plataforma; aos benefícios ocasionados ao candidato ou ao partido político; e aos bens jurídicos tutelados a normalidade e legalidade das eleições.

De início, cabe reiterar que os citados índices foram obtidos em 12 de novembro de 2018, mais de um mês após a transmissão ocorrida em 7 de outubro.

Quanto ao conteúdo da transmissão, a disseminação de fatos inverídicos e de ataques ao sistema eletrônico de votação e à democracia é reprovável e merece disciplina própria, por meio de lei, com vistas a resguardar-se o processo eleitoral e a formação da vontade popular. Contudo, seu enquadramento como uso indevido dos meios de comunicação a partir do art. 22 da Lei de Inelegibilidades não é automático, nem pode ser aplicado de modo retroativo.

Em que pese o teor da transmissão ao vivo em debate, não se admite

TPA 39 MC / DF

a condenação com fundamento em presunção quanto ao liame entre os fatos impugnados e o benefício eleitoral auferido pelo candidato:

ELEIÇÕES 2016. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. AIJE. ABUSO DE PODER E CONDOTA VEDADA. REEXAME DE PROVAS. NEGADO PROVIMENTO.

[...]

2. Não se admite a condenação pela prática de abuso do poder econômico ou político com fundamento em meras presunções quanto ao encadeamento dos fatos impugnados e ao benefício eleitoral auferido pelos candidatos.

3. A partir dos fatos como registrados no acórdão recorrido não é possível concluir, com grau de certeza, que os atos descritos foram graves de modo a caracterizar abuso do poder econômico ou político, não cabendo condenação por presunção.

[...]

(Respe 286-34 AgR, ministro Og Fernandes, *DJe* de 23/4/2019 – grifei)

Nesse sentido, faltam elementos mínimos aptos a comprovarem o comprometimento da disputa eleitoral em decorrência do que veiculado na transmissão. Ora, em que medida a *live*, realizada nos vinte minutos restantes destinados à votação, teve o condão de produzir resultado concreto em benefício do candidato, de modo que se permitisse aquilatar a gravidade dos fatos?

A busca pela informação na internet e, com especial ênfase, em perfis pessoais nas redes sociais, não voltados aos veículos de comunicação permanece na dependência direta da vontade e da iniciativa do eleitor (AIJE 0601862-21, ministro Og Fernandes, *DJe* de 26 de novembro de 2019). Nesse caso, a difusão de informações não é objetiva, tampouco automaticamente em massa, mas antecipada pelas características e preferências do internauta, o qual escolhe participar da transmissão realizada em perfil pessoal, ainda que público.

TPA 39 MC / DF

Portanto, o mero conteúdo da transmissão ao vivo não caracteriza a gravidade da conduta, particularmente em face da ausência de provas de qualquer liame com a normalidade e a legalidade das eleições ou com benefício auferido pelo candidato.

Quanto à repercussão e ao alcance, cabe reiterar o pronunciamento divergente do ministro Carlos Bastide Horbach por ocasião do julgamento do RO-AIJE no TSE:

Nesse contexto e diante do fato de que o candidato ora em julgamento disputava o pleito ao cargo de deputado estadual, **deve-se perscrutar a gama de eleitores do Estado do Paraná que, pendentes 22min para o término da votação, ainda não tinham comparecido às urnas e que, após visualizarem o conteúdo publicado nas redes sociais, alteraram sua convicção e empregaram seu voto no recorrente, sem descuidar do induzimento de conteúdo ínsito às plataformas de redes sociais, o que enseja a conclusão, não leviana, de que grande parte daqueles que visualizaram a transmissão já eram simpatizantes do candidato.**

Das vultosas cifras trazidas na inicial e reproduzidas no acórdão recorrido, **é preciso decotar as visualizações referentes a todos os demais estados brasileiros, uma vez que estas não trazem benefício pessoal para o candidato que concorre ao cargo de deputado estadual. Há de se subtrair, também, o quantitativo de pessoas que, às 16h38min, já haviam votado. Por fim, é necessário desconsiderar todos aqueles que, após as 17h, visualizaram o conteúdo.**

[...]

Logo, aferir o número de eleitores daquele estado que ainda não tinham comparecido às urnas e que receberam as informações propagadas pelo candidato é elemento indissociável da análise da gravidade no caso concreto, mesmo porque não caberia a condenação do recorrido em sede de AIJE caso o vídeo tivesse sido veiculado após as eleições, pelo

TPA 39 MC / DF

simples fato de que não seria possível afetar a normalidade e a legitimidade de um pleito já encerrado.

(Grifei)

Reputo ser inviável partir para presunções e inferências. Para se chegar à condenação por uso indevido dos meios de comunicação, seria necessário assumir que o internauta participante da *live* era eleitor no Estado do Paraná, não havia ainda votado e, tendo assistido à transmissão, convenceu-se, pelo conteúdo, a votar no candidato.

Desse modo, não cabe presumir, a partir dos dados atinentes aos comentários, compartilhamentos e visualizações obtidos no período de um mês após as Eleições 2018, o referido quantitativo do eleitorado que efetivamente tenha sido impactado pela transmissão. É possível que parcela considerável dos espectadores da *live* não consistissem em eleitores do Estado do Paraná, ou que já houvessem votado. Acresce a isso o fato de o vídeo ter sido transmitido nos últimos 22 minutos da votação, o que, por óbvio, limita significativamente o impacto no equilíbrio e na normalidade do pleito.

Se a conduta que se pretende sancionar deve ensejar desequilíbrio na disputa, parece, no mínimo, contraditório que, para a configuração da ilicitude se valha da repercussão havida após a disputa eleitoral.

As gravíssimas consequências atribuídas à configuração da utilização indevida dos meios de comunicação cassação de parlamentar eleito e declaração de inelegibilidade por oito anos requerem a demonstração de provas robustas e incontestes relativamente à quebra da normalidade e legalidade das eleições, bem como do equilíbrio na disputa (Respe 501-20, ministro Admar Gonzaga, *DJe* de 26 de junho de 2019; e Respe 397-92, ministro Henrique Neves da Silva, *DJe* de 20 de outubro de 2015).

Assim, não me parece viável concluir, de forma segura, pela

TPA 39 MC / DF

repercussão da *live* sobre eleitorado, a partir dos dados referenciados no acórdão.

No tocante ao benefício angariado pelo candidato em razão da conduta praticada, constitui passo demasiado largo afirmar que ele obteve votos ou foi eleito em virtude da transmissão ao vivo.

Ora, o recorrente Fernando Destito Francischini foi eleito com 427.749 votos, tendo sido o parlamentar entre deputados estaduais e federais mais votado no Estado. O deputado estadual que ficou em segundo lugar recebeu 147.565 votos, cerca de 35% dos votos dados ao recorrente. A votação expressiva recebida por Fernando Destito Francischini exigiu, logicamente, que cidadãos assim o escolhessem ao longo de todo o dia destinado à realização do pleito.

A vontade do eleitor do Estado do Paraná foi soberanamente manifestada de forma inequívoca, e não há elementos fáticos ou probatórios que permitam concluir que a transmissão ao vivo ocorrida nos 22 minutos restantes para o exercício do sufrágio tenha beneficiado o candidato ou, mesmo, tenha sido promovida com essa finalidade.

Tampouco se depreende da leitura do acórdão objeto do recurso extraordinário que a campanha do referido candidato tenha sido articulada, financiada ou executada com o objetivo de patrocinar o ilícito. Não há qualquer elemento ou evidência que possa estabelecer talnexo.

Portanto, em nível de cognição sumária, faltam elementos probatórios que demonstrem a manipulação midiática das redes sociais visando à quebra da isonomia, da normalidade e da legalidade das eleições. O acesso à *live* depende da vontade e da escolha do eleitor.

A caracterização da gravidade da conduta em questão dependeu de expressa inovação jurisprudencial, baseada num perigo abstrato ao

TPA 39 MC / DF

processo eleitoral, a qual melhor seria definida por ato do Poder Legislativo ou, no mínimo, se deliberada por decisão judicial, deveria se submeter ao princípio da anualidade eleitoral, ou, na pior das hipóteses, ter aplicação prospectiva, jamais podendo retroagir para alcançar fatos anteriores.

A.3 Anulação dos votos do candidato que teve o diploma e o mandato cassados, recálculo do quociente partidário e consequente perda de mandato de terceiros parlamentares que não integraram o processo de investigação eleitoral

O tema referente à destinação dos votos recebidos por candidato a cargo proporcional que veio a ter o mandato cassado por decisão publicada após a realização das eleições é recorrente no contexto do TSE. Isso porque há um aparente paradoxo em se considerarem válidos, em benefício do partido ou da coligação a que vinculado o concorrente, votos obtidos mediante ilícitos eleitorais que comprometem os bens jurídicos estampados no § 9º do art. 14 da Constituição Federal, alusivos à soberania popular, à probidade administrativa, à moralidade bem assim à normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder político e do poder econômico.

Colho das informações prestadas pelo Presidente do TSE que o debate acerca da destinação dos votos **no contexto das eleições proporcionais de 2018** foi suscitado no bojo dos recursos ordinários eleitorais de n. 0601423-89, 0601423-80 e 0601409-96, julgados em 22 de setembro de 2020. Até então, a jurisprudência do Tribunal era majoritariamente direcionada ao aproveitamento dos votos pelo respectivo partido ou coligação, com base no art. 175, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral.

Os referidos dispositivos estabelecem ressalva quanto à nulidade, para todos os efeitos, dos votos dirigidos a candidato inelegível ou não

TPA 39 MC / DF

registrado, se a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro tiver sido proferida após a eleição à qual concorreu o candidato:

Art. 175. Serão nulas as cédulas:

[...]

§ 3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados. (Renumeração do § 4º pela Lei nº 4.961, de 4.5.66)

§ 4º O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro. (Incluído pela Lei nº 7.179, de 19.12.1983)

Confirmam o entendimento consolidado pelo TSE à época das Eleições 2018, a partir das ementas referentes a acórdãos publicados no *Diário da Justiça eletrônico* entre maio de 2014 e novembro de 2017:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. RCED. CASSAÇÃO DO REGISTRO. ELEIÇÕES PROPORCIONAIS. CÔMPUTO DE VOTOS PARA A LEGENDA. ART. 175, § 4º, DO CÓDIGO ELEITORAL. NÃO PROVIMENTO.

1. Os votos obtidos por candidato, cujo registro encontrava-se deferido na data do pleito eleitoral, não são anulados, mas contados a favor da legenda pela qual o parlamentar posteriormente cassado se candidatou, por força do disposto no art. 175, § 4º, do Código Eleitoral. (Precedentes: MS nº 1394-53/MS e MS nº 4787-96/CE).

2. A norma constante do art. 16-A, parágrafo único, da Lei nº 9.504/97, introduzido pela Lei nº 12.034/2009, não afastou a aplicação do art. 175, § 4º, do Código Eleitoral, e sim inseriu na legislação eleitoral um entendimento que já havia sido adotado pela jurisprudência da Corte em julgados anteriores à vigência do referido dispositivo.

TPA 39 MC / DF

3. Agravo regimental desprovido.

(Respe 74.050 AgR, ministro Dias Toffoli, *DJe* de 6 de maio de 2014 grifei)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONDUTA VEDADA. ELEIÇÕES PROPORCIONAIS. CANDIDATO CASSADO. CÔMPUTO DE VOTOS PARA A LEGENDA. ART. 175, § 4º, DO CÓDIGO ELEITORAL. NÃO PROVIMENTO.

1. Os votos obtidos por candidato, cujo registro encontrava-se deferido na data do pleito eleitoral, não são anulados, mas contados a favor da legenda pela qual o parlamentar posteriormente cassado se candidatou, por força do disposto no art. 175, § 4º, do Código Eleitoral. (Precedentes: MS nº 1394-53/MS e MS nº 4787-96/CE).

2. A norma constante do art. 16-A, parágrafo único, da Lei nº 9.504/97, introduzido pela Lei nº 12.034/2009, não afastou a aplicação do art. 175, § 4º, do Código Eleitoral, e sim inseriu na legislação eleitoral um entendimento que já havia sido adotado pela jurisprudência da Corte em julgados anteriores à vigência do referido dispositivo.

3. Agravo regimental desprovido.

(Respe 41.658 AgR, ministro Dias Toffoli, *DJe* de 2 de junho de 2014 – grifei)

Recurso contra expedição de diploma. Cômputo dos votos. Candidato a vereador cassado. Art. 16-A da Lei nº 9.504/97. Não incidência. Aplicação do art. 175, § 4º, do Código Eleitoral.

[...]

4. Na linha da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral os votos obtidos por candidato, cujo registro encontrava-se deferido na data do pleito eleitoral, não são anulados, mas contados a favor da legenda pela qual o parlamentar posteriormente cassado se candidatou, por força do disposto no art. 175, § 4º, do Código Eleitoral. (Precedentes:

TPA 39 MC / DF

MS nº 1394-53/MS e MS nº 4787-96/CE). (AgR-RESPE nº 416-58, rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 2.6.2014). No mesmo sentido: AgR-RESPE nº 740-50, rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 3.6.2014; AgR-RESPE nº 749-18, rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 27.5.2014.

5. Agravo regimental não conhecido em relação ao Diretório Municipal do Partido Progressista (PP) e desprovido em relação a Francisco Araújo de Matos.

(Respe 1.104 AgR, ministro Henrique Neves da Silva, *DJe* de 5 de agosto de 2014 – grifei)

ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. VEREADOR ELEITO E NÃO DIPLOMADO. ANULAÇÃO DOS VOTOS PELO REGIONAL. DETERMINAÇÃO DE RECÁLCULO DO QUOCIENTE ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA DEFERIDO NA DATA DAS ELEIÇÕES. CANDIDATO A CARGO PROPORCIONAL. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. EFEITO AUTOMÁTICO. PERDA SUPERVENIENTE DA CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 175, § 3º, DO CÓDIGO ELEITORAL. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAR EXTENSIVAMENTE AS HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. CÔMPUTO DOS VOTOS CONFERIDOS AO CANDIDATO ELEITO E NÃO DIPLOMADO PARA A RESPECTIVA LEGENDA PELA QUAL CONCORREU. INTELIGÊNCIA DO ART. 175, § 4º, DO CÓDIGO ELEITORAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. DESPROVIMENTO.

1. A anulação total dos votos impõe sua contagem para a legenda partidária (nulidade parcial) incidindo nas eleições proporcionais quando os candidatos preencherem, na data do pleito, as condições de elegibilidade e não incorrerem nas causas de inelegibilidade, mas que, por força de decisão superveniente, sejam declarados inelegíveis ou tenham seu registro cancelado, após a realização da eleição a que

TPA 39 MC / DF

concorreram, ex vi do art. 175, § 4º, do Código Eleitoral.

2. *In casu*, o ora Agravado concorreu às eleições com o registro de candidatura deferido, sobrevivendo condenação criminal que suspendeu os seus direitos políticos, acarretando a nulidade dos votos a ele conferidos.

3. A despeito de terem sido considerados nulos para o candidato eleito, os votos a ele conferidos devem ser computados a favor da legenda, visto que a suspensão dos direitos políticos consubstancia condição de elegibilidade, plasmada no art. 14, § 3º, II, da Constituição da República, a qual não se insere nas hipóteses previstas no art. 175, § 3º do Código Eleitoral.

4. A exegese que melhor se coaduna com o art. 175, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral é aquela no sentido de que os votos obtidos por candidato cujo registro se encontrava deferido na data da eleição não são anulados, mas contados a favor da legenda pela qual o parlamentar posteriormente cassado ou não diplomado se candidatou, por força do disposto no art. 175, § 4º, do Código Eleitoral.

5. Agravo regimental desprovido.

(Respe 1.950 AgR, ministro Luiz Fux, DJe de 27 de setembro de 2016 – grifei)

ELEIÇÕES 2012. AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSOS ESPECIAIS ELEITORAIS. AIJE. VEREADOR. ABUSO DO PODER ECONÔMICO E CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO COMPROVADOS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. DESPROVIMENTO.

[...]

9. No caso, a Corte Regional concluiu ter havido um grande esquema abusivo de captação ilícita de sufrágio, assentando ter ficado demonstrada a cooperação entre os candidatos a vereador com intuito específico de angariar votos de forma irregular. Para rever essas conclusões seria necessário reincursionar na seara probatória dos autos, providência vedada na via do recurso especial. Súmula nº 24/TSE.

TPA 39 MC / DF

[...]

12. **Os votos obtidos por candidato, cujo registro encontrava-se deferido na data do pleito eleitoral, não são anulados, mas contados a favor da legenda pela qual o parlamentar posteriormente cassado se candidatou, por força do disposto no art. 175, § 4º, do Código Eleitoral.**

13. Embargos de declaração de Ezilda Aparecida de Fátima dos Santos e outros recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. Agravos regimentais de Henry Manfrin Ozório Dias e outros, José Roberto Carnicer Artero, Alexandre Ezídio da Silva e do Democratas de Sabino/SP aos quais igualmente se nega provimento.

(Respe 958, ministra Luciana Lóssio, *DJe* de 2 de dezembro de 2016 – grifei)

ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA AO CARGO DE VEREADOR. DEFERIMENTO PELA CORTE REGIONAL, QUE AFASTOU A INCIDÊNCIA DA INELEGIBILIDADE PREVISTA NA ALÍNEA D DO INCISO I DO ART. 1º DA LC 64/90 AO CASO DOS AUTOS. PROCESSO DE APURAÇÃO DE ABUSO DE PODER ECONÔMICO OU POLÍTICO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE PELA JUSTIÇA ELEITORAL EM DECISÃO PROFERIDA POR ÓRGÃO COLEGIADO. PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO DEPOIS DE REALIZADAS AS ELEIÇÕES. ACÓRDÃO REGIONAL EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 30 DO TSE E 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO PARA MANTER A DECISÃO QUE DEFERIU O REGISTRO DE CANDIDATURA.

[...]

2. **Nesta Corte Superior, prevalece o entendimento de que os efeitos das decisões condenatórias exaradas por órgão colegiado, para fins de incidência de cláusula de inelegibilidade, somente são verificados após a publicação do acórdão (RO 154-29/DF, Rel. Min. HENRIQUE NEVES DA**

TPA 39 MC / DF

SILVA, publicado na sessão de 27.8.2014).

[...]

4. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(Respe 82.033 AgR, ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 14 de dezembro de 2016 – grifei)

ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA DE VEREADOR DEFERIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPUGNAÇÃO AJUIZADA PELO MPE. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE INELEGIBILIDADE DO ART. 1º, INCISO III, ALÍNEA B, ITEM 1, C.C. O INCISO VII, ALÍNEA B, DA LC 64/90. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA PELO TRE DE MINAS GERAIS. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NA ORIGEM. ILEGITIMIDADE PARA RECORRER. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 11 DO TSE. CANDIDATO AGRAVADO COM O REGISTRO DEFERIDO NO DIA DO PLEITO. AINDA QUE SE DECLARASSE SUA INELEGIBILIDADE, NÃO HAVERIA QUE SE FALAR EM NULIDADE DOS VOTOS A ELE ATRIBUÍDOS NEM EM RETOTALIZAÇÃO DO PLEITO PROPORCIONAL. HIPÓTESE EM QUE OS VOTOS SÃO COMPUTADOS EM FAVOR DA LEGENDA. INTERESSE JURÍDICO INEXISTENTE. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGOU SEGUIMENTO. ARGUMENTOS DO RECURSO INAPTOS PARA AFASTAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. A título de *obiter dictum*, nos termos do art. 175, § 40, do CE, **serão computados a favor da legenda os votos recebidos pelo candidato cujo registro encontrava-se deferido no dia do pleito, quando a decisão que declara a inelegibilidade e cassa o diploma é proferida depois de realizada a eleição.**

3. No caso em tela, o candidato agravado estava com o registro deferido no dia do pleito. Assim, ainda que se

TPA 39 MC / DF

declarasse sua inelegibilidade, nos termos do art. 1, III, b, 1, c.c. o inciso IV, alínea a, e o inciso VII, alínea b, da LC 64/90, não haveria que se falar em nulidade dos votos a ele atribuídos nem em retotalização do pleito proporcional. Nessas condições, não haveria benefício algum para a coligação agravante, a qual carece de interesse jurídico para recorrer.

4. Agravo Regimental desprovido.

(Respe 15.824 AgR, ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 24 de março de 2017 – grifei)

ELEIÇÕES 2016. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. VEREADOR. REGISTRO DE CANDIDATURA. REPRESENTAÇÃO POR CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PROCEDÊNCIA. CASSAÇÃO DO REGISTRO. CÔMPUTO DOS VOTOS. LEGENDA. POSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA PUBLICADA APÓS A DATA DO PLEITO. EXEGESE DO ART. 175, § 4º, DO CÓDIGO ELEITORAL. MÁXIMO APROVEITAMENTO DO VOTO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. PROVIMENTO.

1. O artigo 175, § 4º, do Código Eleitoral comporta exegese sistemática, e não meramente literal, dada a organicidade do direito. A remissão da norma à decisão proferida deve ser compreendida como decisão publicada, haja vista que, na esteira da jurisprudência dominante dos tribunais superiores, a publicidade do *decisum* condiciona a sua própria existência jurídica. Precedentes do STJ e do TSE.

2. O Tribunal Superior Eleitoral tem buscado, em situações razoáveis, como a dos autos, adotar a interpretação que se mostre mais obsequiosa com o postulado do máximo aproveitamento dos votos.

3. *In casu*, a sentença condenatória que implicou a cassação do registro do candidato por captação ilícita de sufrágio foi proferida em 26.9.2016 e publicada em 3.10.2016. Portanto, sua existência jurídica é posterior à data do pleito, que ocorreu em 2.10.2016, o que atrai a regra contida no § 4º do artigo 175 do CE, a qual garante o cômputo dos votos para o partido que

TPA 39 MC / DF

lançou a candidatura.

4. Recurso provido, para conceder a segurança e determinar a imediata retotalização dos votos.

(RMS 58.734, Relator o ministro Admar Gonzaga, Relator designado o ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, *DJe* de 8 de novembro de 2017 – grifei)

Cristalizada a jurisprudência, o Tribunal Superior Eleitoral editou, em 18 de dezembro de 2017, a Resolução n. 23.554, na qual dispôs sobre os atos preparatórios para as Eleições de 2018, a serem realizadas nos dias 7 (primeiro turno) e 28 (segundo turno, onde houvesse) de outubro, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto (CF, arts. 14, *caput*, 28 e 32, § 2º, c/c Lei n. 9.504/1997, arts. 1º, parágrafo único, I, e 2º, § 1º).

A matéria relativa à destinação dos votos na totalização proporcional foi regulamentada nos arts. 218 e 219 da Resolução. Note-se que a cassação do mandato de parlamentar implicaria, para todos os efeitos, a nulidade dos votos obtidos apenas se decorrente de decisão condenatória publicada antes do pleito:

Art. 218. Serão contados para a legenda os votos dados a candidato:

I cujo registro esteja deferido na data do pleito e tenha sido indeferido posteriormente (Código Eleitoral, art. 175, § 4º; e Lei nº 9.504/1997, art. 16-A, parágrafo único);

II cujo registro esteja deferido na data do pleito, porém tenha sido posteriormente cassado por decisão em ação autônoma, caso a decisão condenatória seja publicada depois das eleições;

III que concorreu sem apreciação do pedido de registro, cujo indeferimento tenha sido publicado depois das eleições.

Art. 219. Serão nulos, para todos os efeitos, inclusive para a legenda, os votos dados:

I a candidato inelegível na data do pleito (Código Eleitoral, art. 175, § 3º; e Lei nº 9.504/1997, art. 16-A);

TPA 39 MC / DF

II a candidato que, na data do pleito, esteja com o registro indeferido, ainda que o respectivo recurso esteja pendente de apreciação;

III a partido político ou coligação, bem como a seus respectivos candidatos, cujo Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários (DRAP) esteja indeferido, ainda que haja recurso pendente de apreciação;

IV a candidato que, na data do pleito, esteja com o registro deferido, porém posteriormente cassado por decisão em ação autônoma, se a decisão condenatória for publicada antes das eleições.

Parágrafo único. A validade dos votos descritos nos incisos II e III ficará condicionada ao deferimento do registro, inclusive para o cômputo para o respectivo partido político ou coligação (Lei nº 9.504/1997, art. 16-A, *caput* e parágrafo único)

Ora, a orientação do TSE para as Eleições 2018, expressa na Resolução n. 23.554/2017, sinalizava a nulidade dos votos dados a candidato que, **na data do pleito**, fosse inelegível, tivesse o registro indeferido ou cassado, por decisão condenatória já publicada. Se ocorrida a cassação mediante ato publicado **depois do pleito**, os votos deveriam ser contabilizados em favor da legenda.

O TSE manteve o entendimento durante os anos seguintes, como se depreende da leitura das ementas de acórdãos veiculados no *Diário da Justiça eletrônico* nos anos 2018 e 2019:

ELEIÇÕES 2016. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÔMPUTO DE VOTOS. LEGENDA. CANDIDATO CASSADO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. SENTENÇA PUBLICADA APÓS A DATA DO PLEITO. ARTIGO 175, § 4º, DO CÓDIGO ELEITORAL. INCIDÊNCIA NO CASO CONCRETO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO AFASTADO. ADMISSÃO COMO TERCEIRO PREJUDICADO. NULIDADE

TPA 39 MC / DF

PROCESSUAL. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO MATERIAL SEQUER DEMONSTRADO. REGRA DO ART. 219 DO CE. PRECEDENTES DO TSE. OMISSÃO. VÍCIO. ART. 1.022 DO CPC. INEXISTÊNCIA. REJEIÇÃO.

[...]

4. Conforme assentado no acórdão embargado, o artigo 175, § 4º, do Código Eleitoral comporta exegese sistemática, e não meramente literal, dada a organicidade do direito. A remissão da norma à decisão proferida deve ser compreendida como decisão publicada, haja vista que, na esteira da jurisprudência dominante dos tribunais superiores, a publicidade do *decisum* condiciona a sua própria existência jurídica. Precedentes do STJ e do TSE.

5. A incidência da exceção contida no § 4º do artigo 175 do CE se aplica tanto às situações de indeferimento do registro de candidatura quanto àquelas atinentes à sua cassação por cometimento de ilícito. A tese divergente contida em voto vencido não constitui omissão a ser sanada na via dos aclaratórios, uma vez afastada pela maioria.

[...]

7. Embargos de declaração de Fernando Rachas Ribeiro e do Partido do Movimento Democrático Brasileiro conhecidos e rejeitados.

(RMS 58.734 ED, ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, *DJe* de 20 de fevereiro de 2018)

RECURSOS ESPECIAIS. ELEIÇÕES 2016. VEREADORES. PREFEITO. VICE-PREFEITO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJE). ART. 22 DA LC 64/90. FRAUDE. COTA DE GÊNERO. ART. 10, § 3º, DA LEI 9.504/97.

[...]

CASSAÇÃO. TOTALIDADE DAS CANDIDATURAS DAS DUAS COLIGAÇÕES. LEGISLAÇÃO. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA.

[...]

11. O círculo vicioso não se afasta com a glosa apenas

TPA 39 MC / DF

parcial, pois a negativa dos registros após a data do pleito implica o aproveitamento dos votos em favor das legendas (art. 175, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral), evidenciando-se, mais uma vez, o inquestionável benefício auferido com a fraude.

12. A adoção de critérios diversos ocasionaria casuísmo incompatível com o regime democrático.

[...]

INELEGIBILIDADE. NATUREZA PERSONALÍSSIMA. PARCIAL PROVIMENTO.

[...]

CASSAÇÃO. DIPLOMAS. PREFEITA E VICE-PREFEITO. AUSÊNCIA. REPERCUSSÃO. SÚMULA 24/TSE.

[...]

CONCLUSÃO. MANUTENÇÃO. PERDA. REGISTROS. VEREADORES. EXTENSÃO. INELEGIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA. CHAPA MAJORITÁRIA.

17. Recursos especiais dos candidatos ao cargo de vereador pelas coligações Compromisso com Valença I e II desprovidos, mantendo-se cassados os seus registros, e recurso da Coligação Nossa União É com o Povo parcialmente provido para impor inelegibilidade a Leonardo Nogueira e Antônio Gomes da Rocha, subsistindo a improcedência quanto aos vencedores do pleito majoritário, revogando-se a liminar e executando-se o aresto logo após a publicação (precedentes).

(Respe 19.392, ministro Jorge Mussi, *DJe* de 4 de outubro de 2019)

A modificação da jurisprudência veio a ocorrer no julgamento, em 22 de setembro de 2020, dos RO-Els 0601423-89, 0601423-80 e 0601409-96.

Na oportunidade, foi estabelecida a distinção: o aproveitamento dos votos obtidos por parlamentar que teve o mandato cassado em favor da agremiação partidária (Código Eleitoral, art. 174, § 4º) se restringiria aos casos nos quais a candidatura não ensejasse dúvida nem suspeita sobre a retidão da vontade externada pelo eleitorado.

TPA 39 MC / DF

Essa hipótese não contemplaria, por conseguinte, a falsidade, a fraude, a coação, o abuso, o desvio de poder e demais ilícitos previstos nos arts. 222 e 237 do Código Eleitoral que tenham o condão de comprometer o elemento volitivo da escolha política popular. Nessas circunstâncias, a cassação do mandato ou do diploma levaria à anulação dos votos dados ao candidato e ao refazimento dos cálculos relativos aos quocientes eleitoral e partidário.

Tal entendimento tem por base as normas versadas nos arts. 222 e 237 do Código Eleitoral, insertas no Capítulo IV Nulidades da Votação, tomadas como especiais em relação àquela do art. 175, § 4º, do mesmo diploma, por disciplinarem situações de nulidade de votos resultantes da ocorrência de condutas vedadas de primeira grandeza. Atendem para o teor dos dispositivos:

Art. 222. É também anulável a votação, quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o Art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei.

Art. 237. A interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos.

§ 1º O eleitor é parte legítima para denunciar os culpados e promover-lhes a responsabilidade, e a nenhum servidor público. Inclusive de autarquia, de entidade paraestatal e de sociedade de economia mista, será lícito negar ou retardar ato de ofício tendente a esse fim.

§ 2º Qualquer eleitor ou partido político poderá se dirigir ao Corregedor Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, e pedir abertura de investigação para apurar uso indevido do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade, em benefício de candidato ou de partido político.

§ 3º O Corregedor, verificada a seriedade da denúncia procederá ou mandará proceder a investigações, regendo-se estas, no que lhes fôr aplicável, pela Lei nº 1.579 de 18 de março

TPA 39 MC / DF

de 1952.

O entendimento firmado parte da contradição que reside em preservar juridicamente válidos, para qualquer efeito, os votos que teriam maculado o processo eleitoral realizado à luz das regras relativas ao sistema proporcional.

Ora, é evidente que se trata de uma virada na compreensão do Tribunal, uma vez que o juízo de nulidade dos votos em pleito proporcional guardava conexão com o critério temporal, isto é, à publicação da decisão condenatória de cassação do mandato antes ou depois da eleição.

Em que pese ter sido modificada a jurisprudência, o Relator, ministro Edson Fachin, levando em conta a segurança jurídica e as normas contidas na Resolução n. 23.554/2017, direcionada às Eleições 2018, pronunciou-se no sentido da aplicação para o futuro, ou seja, apenas a partir do pleito eleitoral de 2020. O ministro Tarcísio Vieira de Carvalho, ao acompanhar o Relator, destacou que, nada obstante a torpeza da destinação de votos a partidos e coligações que se beneficiaram de conduta ilícita, não se deve proceder à alteração do entendimento para o passado, considerada a jurisprudência consolidada e a resolução em vigor, a não ser que se contrariasse, para além dos postulados alusivos à confiança e à previsibilidade, o art. 16 da Constituição de 1988, que encerra o princípio da anualidade eleitoral:

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 de sua vigência.

Prevaleceu, contudo, a divergência inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes no tocante à eficácia da decisão. Sua Excelência consignou que o abuso de poder e a compra de votos temas abordados na ocasião implicam o desvirtuamento da votação obtida pelo candidato e,

TPA 39 MC / DF

em se tratando de eleição proporcional, pelo partido respectivo, de modo a comprometer e prejudicar os demais concorrentes e, ao fim e ao cabo, o próprio processo eleitoral. A configuração da conduta vedada daria ensejo à nulidade da votação captada ilicitamente, nos termos dos arts. 222 e 237 do Código Eleitoral. O eminente Ministro concluiu que a contabilização desses votos em favor do partido ao qual vinculado o candidato resultaria em ofensa à moralidade, à normalidade e à legalidade das eleições. Acompanham Sua Excelência os eminentes ministros Luís Felipe Salomão, Mauro Campbell, Sérgio Banhos e, sob ângulo exclusivamente processual, o ministro Roberto Barroso.

Na sessão de 13 de outubro de 2020 (21 dias depois do julgamento anterior), o TSE teve oportunidade de apreciar novamente a matéria, a partir do RO-El 0603900-65. Na origem da controvérsia, cujo pano de fundo era as eleições de 2018, o Tribunal Regional Eleitoral do Estado da Bahia, julgando improcedente o pedido formulado em ação de investigação judicial eleitoral, proclamara não configurada, por ausência de provas do beneficiamento eleitoreiro e da finalidade de angariar votos, conduta ilícita consubstanciada na prestação de atendimentos de saúde gratuitos por pré-candidato. Formalizado o recurso ordinário eleitoral contra o ato, o Tribunal Superior, dando provimento ao recurso do Ministério Público Eleitoral, afastou a aplicação da Resolução n. 23.557/2017 editada para as Eleições 2018 e reformou a decisão impugnada, para reconhecer a ocorrência de abuso de poder econômico e determinar a cassação do mandato do Deputado, com a imposição das sanções de inelegibilidade e nulidade dos votos recebidos e o envio de ofício ao Tribunal Regional Eleitoral da Bahia para proceder a nova totalização.

No que tange à destinação dos votos obtidos, o Relator, ministro Sérgio Banhos, remetendo à ótica recentemente adotada pelo Tribunal, votou pela anulação, de modo que fosse impedida a contagem em benefício da legenda. Aludiu ao fato de o princípio da proteção da

TPA 39 MC / DF

confiança fundar-se na boa-fé recíproca, exigindo-se a justa e legítima expectativa do jurisdicionado. Votaram no mesmo sentido os ministros Alexandre de Moraes, Luís Felipe Salomão e Mauro Campbell.

A corrente minoritária, formada pelos ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Tarcísio Vieira de Carvalho, consignou o caráter inovador da compreensão que afasta a incidência do art. 219, IV, da Resolução/TSE n. 23.554/2017, no que aplicável não a processos relativos a eleições já realizadas, mas às futuras.

Concluído o julgamento do recurso ordinário eleitoral em tela, o acórdão foi publicado no *Diário da Justiça eletrônico* de 22 de novembro de 2020.

A matéria voltou à apreciação do TSE no RE 0603975-98, cujo julgamento, em 19 de novembro de 2021, resultou no acórdão impugnado no recurso extraordinário em discussão. Conforme relatado, o Tribunal Superior determinou a cassação do diploma do deputado estadual Fernando Destito Francischini, a declaração de inelegibilidade por oito anos e a nova totalização dos votos da eleição para o cargo, computando-se os votos dados ao parlamentar como anulados.

Ora, se foi editada uma resolução fruto de audiências públicas e debates no Tribunal, é evidente que o TSE optou por uma solução jurisprudencial a orientar a atuação, no contexto das Eleições 2018, de candidatos, de partidos, de coligações e da própria Justiça Eleitoral. Conquanto não se tratasse de norma legal, a Resolução/TSE n. 23.554/2017 era o parâmetro, o padrão, a regra posta e direcionada à estabilização de expectativas dos agentes envolvidos no processo eleitoral.

Para que o TSE pudesse adotar novo posicionamento, tal como fez, seria preciso afastar a aplicação da resolução por ele mesmo editada.

TPA 39 MC / DF

Ante o afastamento, no caso concreto, da regra contida na Resolução/TSE n. 23.554/2017 para as Eleições 2018, a qual norteou a atuação de candidatos e dos Tribunais Regionais Eleitorais de todo o País, verifica-se o desequilíbrio no processo eleitoral, considerados os demais parlamentares que se submeteram ao padrão anterior.

Para evitar essa situação e garantir a segurança jurídica em relação às regras eleitorais, o legislador constituinte inseriu, no Texto Constitucional, o art. 16, que consagra o princípio da anterioridade eleitoral, tido como preceito fundamental ao Estado Democrático de Direito.

Bem examinados os autos, não é possível afastar-se do entendimento de que havia uma orientação do TSE a ser observada nas Eleições 2018. A modificação do posicionamento foi revelada nos recursos ordinários eleitorais 0601403-89, 06021423-80, 0601409-96, 0603900-65 e 0603975-98, julgados em setembro e outubro de 2020 e em novembro de 2021, de dois a três anos depois do pleito eleitoral de 2018.

Tendo em vista a regra constante no art. 175, § 4º, do Código Eleitoral e no art. 219, IV, da Resolução/TSE n. 23.554/2017, verifica-se a inexistência de norma **anterior às Eleições 2018** que orientasse a atuação da Justiça Eleitoral em relação à nulidade dos votos conferidos a candidato que viesse a ter o registro cassado por decisão publicada posteriormente ao pleito. Por outro lado, nessa hipótese, havia norma expressa a revelar padrão a ser seguido naquelas eleições, no sentido do aproveitamento dos votos em favor da legenda. **Trata-se de inequívoco marco normativo que não só estabelecia as regras do jogo como também garantia a cidadãos, candidatos, partidos e coligações a ciência do que esperar quanto à contabilização dos votos. Desse modo, a aplicação retroativa fere de morte as garantias fundamentais relativas à proteção da confiança do jurisdicionado e à segurança jurídica do processo eleitoral.**

TPA 39 MC / DF

A questão concernente à tensão e aparente incongruência entre a regra do art. 175, § 4º, do Código Eleitoral e a dos arts. 222 e 237 do mesmo diploma só foi estabilizada pelo Tribunal quando editada a Resolução n. 23.611, de 19 de dezembro de 2019, que disciplinou o processo eleitoral de 2020. O art. 198 nela contido previu a nulidade dos votos direcionados a candidato que disputasse eleições proporcionais e tivesse o registro cassado em ação autônoma, independentemente do momento em que proferida a decisão de cassação:

Art. 198. Serão computados como anulados *sub judice* os votos dados a candidato cujo registro:

I no dia da eleição, se encontre:

a) indeferido, cancelado ou não conhecido por decisão ainda objeto de recurso, salvo se já proferida decisão colegiada pelo Tribunal Superior Eleitoral;

b) cassado, em ação autônoma, por decisão contra a qual tenha sido interposto recurso com efeito suspensivo (Código Eleitoral, arts. 222, 237 e 257, § 2º).

II após a eleição, venha a ser:

a) não conhecido, nos termos da alínea a do inciso I;

b) cassado, nos termos da alínea b do inciso I.

[...]

§ 2º O cômputo dos votos referidos no *caput* e no § 1º desse artigo passará a anulado em caráter definitivo se:

I a decisão de indeferimento, cancelamento ou não conhecimento do registro transitar em julgado ou for confirmada por decisão colegiada do Tribunal Superior Eleitoral, ainda que objeto de recurso;

II a decisão de cassação do registro transitar em julgado ou adquirir eficácia em função da cessação ou revogação do efeito suspensivo.

§ 3º A divulgação dos resultados dará publicidade ao número de votos referidos neste artigo, mas não serão eles considerados no cálculo dos percentuais obtidos por cada concorrente ao pleito proporcional.

TPA 39 MC / DF

§ 4º Na divulgação, será devidamente informada a situação *sub judice* dos votos e o condicionamento de sua validade à reversão da decisão desfavorável ao candidato ou legenda por tribunal eleitoral.

§ 5º A situação *sub judice* dos votos anulados não impede a distribuição das vagas, na forma estabelecida na Seção II do Capítulo I do Título I desta Resolução, considerando-se para os cálculos os votos referidos no art. 196 e os votos de legenda em situação equivalente.

(Grifei)

Buscando regulamentar as Eleições 2022, o TSE promulgou a Resolução n. 23.677, de 16 de dezembro de 2021, cujos arts. 20 e 23 assim dispõem sobre a destinação dos votos na totalização:

Art. 20. No momento da totalização, serão computados como válidos os votos dados a candidata ou a candidato cujo registro se encontre em uma das seguintes situações:

I deferido por decisão transitada em julgado;

II deferido por decisão ainda objeto de recurso;

III não apreciado pela Justiça Eleitoral, inclusive em decorrência de substituição da candidatura ou anulação de convenção.

§ 1º O cômputo como válido do voto dado à candidata ou ao candidato pressupõe o deferimento ou a pendência de apreciação do DRAP.

§ 2º No caso dos incisos II e III do *caput* deste artigo, vindo a candidata ou o candidato a ter seu registro indeferido ou cancelado após a realização da eleição, os votos serão contados para a legenda pela qual concorreu.

§ 3º A cassação do registro de candidatura, em ação autônoma, não altera o cômputo dos votos como válidos, nos termos dos incisos I a III do *caput* deste artigo, enquanto não esgotada a instância ordinária ou, finda esta, se houver sido concedido efeito suspensivo ao recurso (Código Eleitoral, art. 257, § 2º)

TPA 39 MC / DF

Art. 23. O cômputo dos votos da candidata ou do candidato passará imediatamente a anulado em caráter definitivo se, após a eleição:

I a decisão de indeferimento, cancelamento ou não conhecimento do registro transitar em julgado ou for confirmada por decisão colegiada do TSE, ainda que objeto de recurso;

II a decisão de cassação do registro, proferida em ação autônoma, transitar em julgado ou adquirir eficácia em função da cessação ou revogação do efeito suspensivo.

Assim, penso que deve prevalecer a **confiança legítima dos participantes das Eleições 2018** quanto à incidência da regra prevista na Resolução/TSE n. 23.554/2017. Seu afastamento pelo Tribunal Superior Eleitoral, conquanto possível, não poderia aplicar-se a pleito já ocorrido. A alteração de regra atinente ao processo eleitoral, nos termos do art. 16 da Constituição de 1988, não se aplica à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

A decisão do TSE pela anulação dos votos dados ao candidato Fernando Destito Francischini impactou diretamente a composição da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná e das respectivas bancadas, levando à perda dos mandatos de outros três deputados estaduais eleitos.

A perda de mandato de quatro deputados estaduais é significativa e merece ser ponderada. Três deles não eram parte no processo de investigação eleitoral que resultou na cassação do deputado eleito em primeiro lugar, mas perderam seus mandatos em decorrência da retotalização realizada no contexto do sistema proporcional. Essa circunstância só vem reforçar a necessidade de se observar o princípio da anualidade, a fim de preservar a ordem pública e a vontade soberana do eleitorado manifestada na eleição.

TPA 39 MC / DF

Uma vez modificada a jurisprudência para não se aproveitarem os votos em benefício da legenda, a decisão do TSE adotada em 2021 provocou sérias repercussões no resultado das eleições ocorridas em 2018 no Estado do Paraná.

B) Observância, no âmbito do Direito Eleitoral, dos princípios constitucionais da isonomia, da segurança jurídica e da anualidade eleitoral (CF, arts. 5º, *caput*, XXXVI, e 16)

Esta Corte há de resguardar os preceitos fundamentais alusivos à isonomia, à segurança jurídica, à proteção da confiança e à anualidade eleitoral, de modo a garantir a igualdade de chances, a boa-fé dos cidadãos e o devido processo legal eleitoral. Essas são barreiras intransponíveis contra alterações normativas e jurisprudenciais que possam manipular ou deformar o processo eleitoral, bem assim atingir o equilíbrio e a isonomia da participação no pleito eleitoral.

No campo do direito eleitoral, há de se conferir as mesmas condições e oportunidades a todos os candidatos. O princípio da isonomia pressupõe igual aplicação das normas àqueles que preencham iguais condições, bem assim sua aplicação desigual, justificadamente, conforme sejam desiguais as condições.

A observância da isonomia durante o processo eleitoral de 2018 no Estado do Paraná foi fiscalizada pela Justiça Eleitoral segundo parâmetros e balizas estabelecidas em atos normativos (Resoluções/TSE n. 23.551 e 23.554, ambas de 2017).

Evidentemente, é lícito ao poder público modificar seu comportamento, disciplina normativa ou padrão decisório, desde que apresente motivação apta a afastar suspeita de atuação contrária aos padrões éticos da boa-fé e do tratamento isonômico.

TPA 39 MC / DF

Assim, fixada diretriz em determinado ato normativo de alcance geral, não é possível afastá-la em um único caso concreto. Por força do princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos, corolário dos postulados constitucionais da isonomia, impessoalidade e legalidade, o poder público deve, antes, proceder à revogação do ato, a fim de, por conseguinte, aplicar a mudança de parâmetro à situação individual e concreta.

Se ele tem competência regulamentar na matéria, possui também o poder de revogar, anular ou modificar a disciplina pela via geral e abstrata. Uma vez existente solução para a hipótese em debate mediante a adoção de critério inserido em norma, a derrogação da regra no caso particular constitui violação grave do tratamento isonômico, imparcial e impessoal constitucionalmente garantido a todos.

O afastamento de normas jurídicas em demandas subjetivas e concretas não somente vulnera a confiança do cidadão no poder público como também conduz à configuração de situações e decisões arbitrárias, que ferem princípios basilares do processo eleitoral.

Vale reforçar: a segurança jurídica é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, destinada a assegurar a observância do ordenamento normativo, a estabilidade das relações jurídicas e a confiança nos atos do poder público, vinculando-se, assim, à própria noção de dignidade da pessoa humana, no que possibilitado ao indivíduo elaborar projetos de vida e buscar sua realização.

Para evitar situações como a ora em debate e garantir tão cara segurança jurídica em relação às regras eleitorais, o legislador constituinte inseriu, no Texto Constitucional, dispositivo que consagra o princípio da anterioridade eleitoral, tido como preceito fundamental (art. 16).

TPA 39 MC / DF

No julgamento do RE 637.485, Relator o ministro Gilmar Mendes, *DJe* de 25 de maio de 2013, o Supremo concluiu que a modificação jurisprudencial na seara eleitoral não tem aplicabilidade imediata. Isto é, surtirá efeitos no pleito eleitoral posterior. Desse modo, cabe ao Judiciário priorizar a temperança, a ponderação das consequências da decisão, mediante a adoção de técnica que melhor traduza o postulado da segurança jurídica na forma da anterioridade eleitoral.

Ao examinar a aplicabilidade às Eleições 2010 da Lei da Ficha Limpa Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, por meio da qual previstos casos de inelegibilidade e prazos de cessação, esta Corte fixou interpretação quanto ao princípio da anterioridade eleitoral preconizado no art. 16 da Carta da República. Na ocasião, concluiu ser garantia constitucional (i) do devido processo legal eleitoral, (ii) da igualdade de chances e (iii) das minorias (RE 633.703, ministro Gilmar Mendes). Sua aplicação independe de considerações sobre a moralidade da legislação e constitui barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria ou do poder público bem assim contra alterações capazes de atingir a igualdade de participação no processo eleitoral.

De acordo com o dispositivo, na redação dada pela Emenda de nº 4/1993, a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando, porém, à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. O preceito visa evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e deformação do processo eleitoral e a adaptação do sistema eleitoral em virtude de inovações legislativas sem que os participantes tenham tempo hábil para isso (ADI 354, ministro Octavio Gallotti, *DJ* de 12 de fevereiro de 1993).

Ressalte-se que o termo “lei” utilizado no art. 16 não deve ser

TPA 39 MC / DF

interpretado de maneira estrita. Por isso, o Supremo firmou jurisprudência no sentido de aplicar-se o princípio da anterioridade não só a leis propriamente ditas, mas a qualquer alteração das regras eleitorais.

Ainda, por meio da Emenda Constitucional nº 52, de 8 de março de 2006, o legislador constituinte derivado, disciplinando as coligações eleitorais, estabeleceu, no art. 1º, a regra da não obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal. A despeito de seu art. 2º prever a aplicação da emenda às Eleições 2002, esta Corte, ao apreciar a ADI 3.685, da relatoria da ministra Ellen Gracie, *DJ* de 10 de agosto de 2006, atribuiu interpretação conforme à Constituição, a fim de determinar que a inovação versada no art. 1º apenas incidisse após decorrido um ano da data da sua vigência.

Ao examinar o RE 637.485, ministro Gilmar Mendes, *DJe* de 21 de maio de 2013, o Supremo assentou a submissão da jurisprudência do TSE ao princípio da anterioridade. Eis trecho da respectiva ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. REELEIÇÃO. PREFEITO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 14, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA.

[...]

II. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. ANTERIORIDADE ELEITORAL. NECESSIDADE DE AJUSTE DOS EFEITOS DA DECISÃO. 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**

TPA 39 MC / DF

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. [...] Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior.

[...]

Nessa esteira, há de admitir-se a submissão dos efeitos de viragem jurisprudencial do TSE ao princípio da anterioridade eleitoral.

Bem examinados os autos, o quadro é indicativo da plausibilidade da tese sustentada pelos requerentes. Entendo, ao menos em juízo típico de cognição sumária, que a interpretação adotada pelo Tribunal

TPA 39 MC / DF

Superior importa em erosão do conteúdo substantivo dos preceitos relativos à segurança jurídica, à soberania popular e à anualidade eleitoral (CF, arts. 5º, XXXVI e LV, 14 e 16).

C) Risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação

Por fim, reputo caracterizada, objetivamente, situação configuradora do *periculum in mora*, visto que os mandatos parlamentares estão em curso e, no segundo semestre deste ano, haverá a renovação da legislatura. Deve-se resguardar a segurança jurídica e a escolha eleitoral, levando em conta o risco à estabilidade institucional e à ordem pública passível de ocorrer ante a aplicação retroativa da nova interpretação adotada pelo TSE na matéria.

Não se mostra razoável que se aguarde até o julgamento definitivo do recurso extraordinário, com a prolação do acórdão, para que se obtenha a tutela jurisdicional perseguida.

Persiste, principalmente, interesse na determinação de retotalização com base na regra prevista para as Eleições 2018, a fim de que, por meio do recálculo dos quocientes dos partidos afetados, seja restabelecida a composição da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná.

Ora, nos termos dos arts. 46 e 47, § 3º, da Lei n. 9.504/1997, a definição dos membros da Casa Legislativa e do número de cadeiras preenchidas por partido político a partir das Eleições 2018 é critério mais que relevante essencial na apuração das cotas individuais do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, do Fundo Partidário e do tempo de propaganda partidária a ser realizada nas emissoras de rádio e televisão.

Pois bem. Ante a proximidade das Eleições 2022, é evidente o risco de dano de difícil ou impossível reparação. Nos termos da Resolução/TSE

TPA 39 MC / DF

n. 23.674/2021, 20 de julho é a data a ser considerada para o cálculo da representatividade na Casa Legislativa a repercutir na divisão do tempo destinado à propaganda no horário eleitoral gratuito.

Assim, mostra-se urgente a apreciação do pedido cautelar no recurso extraordinário em discussão. É dizer, pronunciando-se o Supremo quanto à matéria, será definido o número de representantes eleitos por agremiação para a composição da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná nas Eleições 2018, o que, naturalmente, impactará as Eleições 2022.

Vale ressaltar a existência de processo objetivo de minha relatoria ADPF 761 relacionado ao tema da viragem jurisprudencial do TSE quanto à destinação dos votos obtidos por candidato a cargo proporcional que veio a ter o mandato cassado por decisão publicada após a realização das eleições, em virtude de ilícitos eleitorais que comprometem os bens jurídicos estampados no § 9º do art. 14 da Constituição Federal alusivos, como já consignado, à soberania popular, à probidade administrativa, à moralidade bem assim à normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder político e do poder econômico.

Tendo em vista a natureza da decisão desta Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade a produzir eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CF, art. 102, § 2º), o julgamento definitivo da ADPF 761 poderá, eventualmente, resultar na satisfação da pretensão dos recorrentes.

Em homenagem aos postulados da segurança jurídica fundamento maior desta decisão e do excepcional interesse público, de um lado, e, de outro, em atenção à boa-fé dos parlamentares beneficiados pela retotalização efetivada pelo Tribunal Regional Eleitoral do Paraná e com o objetivo de evitar cenário de incerteza, prejudicial ao funcionamento das

TPA 39 MC / DF

instituições, penso ser caso de conferir eficácia *ex nunc* ao pronunciamento e resguardar situações jurídicas consolidadas, preservando-se a validade de todos os atos praticados pelos parlamentares diplomados em virtude da retotalização dos votos realizada (ADI 3.552 ED, ministro Roberto Barroso, *DJe* de 11 de fevereiro de 2019; e ADI 5.111, ministro Dias Toffoli, *DJe* de 3 de dezembro de 2018).

Deve-se prestigiar, até o deslinde da questão constitucional, a soberania popular (CF, art. 1º, parágrafo único), permitindo-se ao candidato eleito com 52,26% dos votos o exercício do mandato.

Entendo, portanto, que deve ser afastada a incidência, no tocante às Eleições 2018, do posicionamento firmado pelo TSE no julgamento do RO-El 0603975-98.2018.6.16.0000.

Dispositivo

Do exposto, defiro, em parte, o pedido formulado, para suspender, com eficácia *ex nunc*, os efeitos do acórdão mediante o qual o Tribunal Superior Eleitoral, provendo o RO-AIJE 0603975-98.2018.6.16.0000, com a consequente restauração da validade dos mandatos dos requerentes e das prerrogativas de sua bancada no contexto da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná preservando-se as situações jurídicas consolidadas e a validade de todos os atos praticados pelos parlamentares diplomados ante a retotalização dos votos realizada.

4. Comunique-se aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Paraná e da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná.

TPA 39 MC / DF

5. Publique-se.

Brasília, 2 de junho de 2022.

Ministro NUNES MARQUES

Relator