

**REFERENDO NA 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**

**VOTO-VOGAL**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN:** O Ministério Público Eleitoral ajuizou ação de investigação judicial eleitoral (AIJE) contra Fernando Destito Franschini, o qual foi eleito deputado estadual pelo Estado do Paraná, em 2018. Foram lhe imputados o uso indevido de meio de comunicação e abuso de autoridade. No dia e durante o curso da votação, o então candidato fez transmissão - "live"- em rede social, na qual divulgou notícias falsas e inverídicas a respeito da lisura do sistema eletrônico de votação, além de realizar propaganda pessoal e partidária.

Os pedidos foram julgados improcedentes pelo Tribunal Regional Eleitoral por falta de provas de sua finalidade eleitoreira. O Ministério Público interpôs recurso ordinário, o qual foi provido pelo Tribunal Superior Eleitoral, por maioria de seis ministros a um. Como consequência, foi declarada a inelegibilidade de Fernando Destito Franschini, pelo período de oito anos, e foram anulados, para todos os efeitos, os votos por ele recebidos.

## TPA 39 MC-REF / DF

Em face da decisão do TSE foi interposto recurso extraordinário por Fernando Destito Franscichini, Cassiano Caron Sobral de Jesus, Emerson Bacil, Paulo Rogério do Carmo e a Comissão Executiva Provisória do Partido Social Liberal (PSL), estes na condição de terceiros prejudicados. A Presidência do TSE não admitiu o recurso extraordinário afirmando a falta de prequestionamento da violação ao art. 5º, LV e 45 da Constituição, em relação ao direito de terceiros atingidos pela anulação dos votos atribuídos ao deputado Fernando Destito Franschini, bem como explicitou que o acórdão recorrido decidiu com base nos arts. 19 e 22 da Lei Complementar nº 64/1990.

Contra a decisão do Extraordinário foi interposto agravo, no qual, segundo o Ministério Público Eleitoral alega-se:

que o acórdão recorrido violou de forma direta o art. 16 da Constituição, ao alterar a jurisprudência do TSE relacionada a quatro diferentes temas<sup>1</sup>. Alega que a análise da violação à regra da anualidade eleitoral não depende de exame de legislação infraconstitucional, demandando apenas a verificação de efetiva viragem jurisprudencial. Sustenta ter ocorrido ofensa direta ao art. 14, §§ 9º e 10, ao art. 55, V, bem como ao art. 121, § 4º, IV, da Constituição, dada a inexistência de abuso de poder político, já que a manifestação do candidato fora proferida restando apenas 22 minutos para o encerramento da votação, o que evidenciaria a falta de gravidade da conduta. Argumenta não ter sido enfrentada a arguição de inconstitucionalidade do art. 22, XIV, da LC 64/90, relacionada à inclusão do “uso abusivo dos meios de comunicação” como hipótese de cassação. Afirma que o acórdão também violou diretamente o art. 220 da Constituição, contrariando a decisão proferida na ADPF 130, ao considerar que uma transmissão de cunho orgânico realizada em rede social<sup>2</sup> estaria incluída no conceito de meios de comunicação social. Diz que o acórdão do TSE infringiu os arts. 53 e 55 da Constituição, por ter desconsiderado a imunidade parlamentar do candidato agravante. Nesse ponto, argumenta que o conteúdo da

transmissão tem a ver com a função fiscalizatória de parlamentar federal, e não com a temática de campanha. Acrescenta que, ao assentar o abuso de poder político em virtude de o candidato ter-se utilizado de seu cargo de Delegado Federal (licenciado) para divulgar informações falsas, o acórdão enfrenta o art. 5º, IV e XXXIX, da Constituição. Argui que, se a intenção do candidato ao mencionar seu cargo fosse emprestar credibilidade ao seu discurso, estaria ao abrigo da garantia da livre manifestação do pensamento, não podendo ser impedido de apresentar ao eleitor uma convicção pessoal, útil à avaliação dos ouvintes. Diz que a reprimenda configura imposição de pena sem previsão legal. Alega que a cassação de mandatos parlamentares sem que os titulares tenham integrado a lide destoaria dos arts. 5º, LV, e 45 da Constituição, atentando contra o contraditório, a proporcionalidade e a autenticidade das eleições. Postula efeito suspensivo, com base no art. 1.029, § 5º, do CPC e, subsidiariamente, no art. 26-C da Lei Complementar 64/90.

Ainda, conforme o *Parquet*:

*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 atravessaram petições no Supremo Tribunal Federal, diretamente nos autos da ADPF 761, de relatoria do Ministro Nunes Marques, requerendo a suspensão do acórdão proferido pelo TSE no ROE1 0603975-98.2018.6.16.0000.*

Em 22 de fevereiro de 2022, em Despacho (e-DOC 176 na ADPF nº 761 e e-DOC 15 do presente processo), o e. Relator, Ministro Nunes Marques, determinou o reatuação das petições em processos apartados e a classificação delas como tutelas provisórias antecedentes. Os requerentes noticiaram a interposição do recurso extraordinário com agravo contra a decisão proferida no ROAIJE 0603975-98.2018.6.16.0000 e

## TPA 39 MC-REF / DF

reiteraram o pedido de tutela de urgência (petição/STF n. 13.196/2022).

Em decisão monocrática, o eminente Ministro relator deferiu parcialmente o pedido formulado, reconhecendo o risco de dano grave diante do perigo da demora e a plausibilidade na postulação de direito material. Suspendeu com eficácia *ex nunc* o acórdão exarado pelo TSE, por conseguinte foi restaurada a validade dos mandatos dos requerentes e as prerrogativas das respectivas bancadas na Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Restaram preservadas as situações jurídicas consolidadas e a validade de todos os atos praticados pelos parlamentares diplomados com a retotalização dos votos.

É o breve relatório dos fatos. Antes de me manifestar sobre a confirmação da tutela provisória concedida, gostaria de proceder alguns esclarecimentos de natureza processual.

### I) esclarecimentos processuais

A presente tutela provisória antecedente foi distribuída por prevenção ao e. Ministro Nunes Marques, que é o relator da ADPF nº 761 ajuizada pelo Democratas e pelo PSDB em face do acórdão do TSE que cassou o deputado estadual Targino Machado (DEM-BA), por abuso de poder econômico.

Em 16 de abril de 2021, o Ministro Relator havia indeferido liminarmente a ADPF nº 761, por violação ao requisito de subsidiariedade (e-DOC 13 na ADPR nº 761). Não obstante, em 03 de dezembro de 2021, houve reconsideração do indeferimento para instruir o feito, com a determinação de que as petições apresentadas na ADPF fossem autuadas em apartado.

Em 23 de fevereiro de 2022, foi distribuído ao e. Ministro Nunes Marques, também por prevenção, o ARE 1.373.504, no qual se pleiteia efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário, o qual foi autuado como a presente TPA 39.

Feito tais esclarecimentos, passo a análise da **matéria em dois pontos.**

## 1. Incompetência da 2ª Turma

Primeiro, entendo que há incompetência da turma para apresentar a presente tutela antecipada antecedente.

Ajuizada a ADPF nº 761 poderia haver a concessão da medida cautelar monocrática nessa ação, a qual produziria efeitos mais amplos e constituiria como meio adequado para se decidir a controvérsia sobre eventual violação a preceito fundamental.

Assim, a partir de abril de 2021, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal poderia apreciar a liminar concedida **de modo a assegurar a segurança jurídica**, seja pela confirmação ou denegação da liminar concedida. De modo que seria assegurado o direito fundamental à tutela célere e efetiva e evitar-se-iam decisões conflitantes.

Todavia, naquela oportunidade, entendeu o e. Relator que a ADPF era meio inadequado para o fim que se objetivava por violação ao requisito da subsidiariedade. Posteriormente, em dezembro de 2021, a decisão liminar foi reconsiderada e no dia 02 de junho último, foi concedida tutela provisória, a qual, na minha compreensão, busca assegurar os mesmos efeitos do pedido pleiteado na ADPF nº 761.

Entendo que, no presente caso, a tutela antecipada antecedente em verdade possui a mesma natureza da medida cautelar pleiteada na ADPF nº 761. Por isso, há, *por força de lei*, a **necessidade de referendo da liminar pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, conforme o art. 5º, §1º, da Lei nº 9.882/99. Portanto, deve esta turma encaminhar a apreciação ao Plenário do Supremo Tribunal Federal.**

Se esse entendimento não for acolhido pela maioria da turma, passo a apreciação do referendo à tutela provisória concedida.

## 2. Apreciação da tutela provisória antecedente

Reconhecida a competência desta turma para apreciar a tutela provisória concedida, e, com todo respeito ao e. Min. Relator, entendo, quanto ao mérito, que **não deve haver a confirmação da tutela**

**concedida.**

Em **síntese**, o Ministro Nunes Marques concedeu a liminar tendo em vista a **probabilidade de êxito do agravo em recurso extraordinário, a qual não vislumbro**. Decidiu o e. Relator com base na violação direta à Constituição, mormente das regras e dos 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).

Em meu modo de ver, a decisão proferida restabelece o mandato parlamentar com todas suas implicações para fins internos à Assembleia Legislativa, bem assim em relação às demais consequências eleitorais.

**Todavia, peço vênia, para entender que a decisão do TSE está correta e adequada à ordem jurídica.** O recurso extraordinário não foi admitido no TSE, diante da falta de plausibilidade das alegações. Nesse sentido, correta a decisão do e. Ministro Roberto Barroso, à época presidente do TSE, porquanto da leitura do acórdão impugnado, o exame da violação dos artigos 14, § 9º, 53, 220 e 16 da CRFB demandariam a análise da legislação infraconstitucional.

Ademais, a questão do quociente eleitoral não foi debatida no acórdão, portanto não houve o indispensável prequestionamento da matéria. Daí porque, o agravo que viabiliza o conhecimento do recurso extraordinário **não pode sequer ser provido**.

Ainda, no que diz respeito aos requisitos autorizadores da concessão da tutela provisória, entendo que tais pressupostos não se fazem presentes. Não me parece plausível a alegação de violação aos direitos violados após a confirmação da condenação no TSE e da denegação do recurso extraordinário.

Em relação ao perigo da demora, divirjo do e. Min. Relator, pois em sua decisão há afirmação de que a consequência da decisão do TSE, o refazimento do cálculo do quociente, é um dos motivos que podem gerar dano irreparável. Ao lado desse argumento, parte-se do pressuposto de

que, além de ser provido o recurso extraordinário, haverá o julgamento definitivo da ADPF 761 poderá resultar na satisfação da pretensão dos recorrentes (à p. 58 da decisão da tutela antecipada). Com a máxima vênia, ambas as premissas não se sustentam. Inclusive, o que ocorre é o inverso.

Ao conceder a tutela provisória monocrática, o e. Relator modificou o *status quo* e superou a decisão por ampla maioria da Corte Eleitoral. Aquela decisão promoveu a mudança de um *status quo*, **que era estável até 02 de junho de 2022**. Se o agravo e o recurso extraordinário não forem providos e a ADPF 761 não for julgada definitivamente haverá grave perigo na demora em sentido inverso, podendo se tornar estável uma situação fática que poderá ser revertida ao final, no julgamento de mérito. Ao meu modo de ver, verifico justamente o perigo do dano inverso, e, por isso, não há perigo da demora para a concessão da tutela provisória. Logo, não vislumbro probabilidade do êxito do recorrente, mais uma razão pela qual a tutela deve ser negada.

Além disso, há outras razões materiais e robustas para, com toda vênia, não manter a tutela concedida. Os diversos recursos interpostos e a presente tutela concedida fundamentam-se, principalmente, nas regras constitucionais da segurança jurídica e da anualidade eleitoral (art. 5º, *caput*, XXXIV e art. 16, da CF).

Todavia, entendo não ser possível compreender as regras, princípios, e, sobretudo, os direitos fundamentais fora do contexto no qual eles são exercidos e realizados. Cabe a esta Corte a guarda da Constituição (art. 102, CF), o *enforcement* de seus dispositivos e o compromisso com a máxima força normativa do seu conjunto, especialmente das regras que asseguram direitos fundamentais e protegem o regime democrático.

Portanto, há que se ter redobrada cautela com os argumentos que, a pretexto de afirmar a força normativa de suas normas, realizam práticas *desconstituintes*, enfraquecendo a democracia e erodindo as regras do regime republicano, o qual, como se sabe, é um regime de liberdade com responsabilidades.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal

reconhece que a Constituição de 1988 constituiu um regime democrático robusto, no qual deve haver ampla participação, debates robustos de ideias, de dissensos e de de deliberação. Em tal regime é de responsabilidade de todos os cidadãos, e, sobretudo, dos agentes públicos, zelarem pela efetiva promoção de uma sociedade, como prevista na Constituição, livre, justa e solidária. Nesta sociedade, desenhada pela Constituição, o amplo exercício das liberdades constitucionais deve ser sempre levada a efeito com a responsabilidade, como, aliás, deve ser em uma República.

As alegações de violação a segurança jurídica e de violação à liberdade de expressão no caso, parecem-me implausíveis e partem de uma premissa que reputo equivocada. Não é possível tomá-las como fundamento para a concessão da presente tutela antecipada, uma vez que tomam como pressuposto o fato de que o então candidato estaria promovendo mais um discurso e não um ataque ao sistema eletrônico de votação, ao regular andamento do processo eleitoral, ao livre exercício da soberania popular, enfim, à democracia.

Tal prática viola o pressuposto básico da democracia, segundo o qual, há acordo sobre as regras do jogo político. Tal pressuposto é inerente ao regime democrático. Não obstante, o constituinte positivou-o no art. 17 da Constituição ao exigir que os partidos políticos respeitem o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana. Subjaz a tal regra constitucional que não pode o partido político, muito menos o candidato ou agente político eleito, agir contra a democracia, tampouco pode invocar normas constitucionais e direitos fundamentais para erodir a democracia constitucional brasileira.

Isto posto, parece-me evidente que não há direito fundamental há que se prosperar alegação de violação a direito fundamental em nome da propagação de discurso contrário à democracia. O silêncio deste Supremo Tribunal Federal diante de tal prática, ao meu modo de ver, configuraria em grave omissão inconstitucional e em descumprimento de suas nobres atribuições.

A existência de um debate livre e robusto de ideais, ainda que



## TPA 39 MC-REF / DF

intenso e tenso, não compreende o salvo conduto para agir, falar ou escrever afirmações notoriamente, sabidamente falsas ou que só visam tumultuar o processo eleitoral.

Assim, às vezes é necessário repetir o óbvio, não existe direito fundamental a atacar à democracia a pretexto de se exercer qualquer liberdade, especialmente a liberdade de expressão. A lealdade à Constituição e ao regime democrático é devida a todos, sobretudo aos agentes públicos que só podem agir respeitando-a. Não se deve confundir o livre debate público de ideias e a livre disputa eleitoral com a autorização para disseminar desinformação, preconceitos e ataques à democracia.

Além disso, cumpre ressaltar que o próprio STF há tempos vem reconhecendo a importância da *internet* e, em especial, das redes sociais, para o equilíbrio do debate eleitoral, portanto, tratando-se de debate instalado no Supremo Tribunal Federal e na Corte Eleitoral, não há que se falar em inovação e ineditismo da decisão do TSE. Não é de hoje que lá e aqui, que se afirma que não há liberdade de expressão, nem imunidade parlamentar, que ampare a disseminação de informações falsas. Não há que se falar, portanto, com a devida vênia, em inovação jurisprudencial a respeito dessas temáticas.

### DISPOSITIVO

Por isso, por todas as razões acima expostas, divirjo do e. Relator, não reconheço plausibilidade nas alegações aduzidas, portanto indefiro o pedido postulado e não confirmo a tutela antecipada concedida.