

‘Caso Francischini’ opõe Direito Sancionador e segurança jurídica

06/06/2022

A necessidade de conferir segurança jurídica ao processo eleitoral pode limitar o poder sancionador da Justiça, diante de condutas inéditas praticadas pelas redes sociais para ameaçar a democracia?

Reprodução



Quando fez *live* para atacar urnas, candidato não tinha como saber que isso era ilícito

Esse é o cerne da discussão no caso de Fernando Francischini (PSL-PR), o primeiro parlamentar brasileiro [cassado por espalhar fake news](#). O ilícito foi cometido em uma *live* feita no Facebook em 2018, no dia em que ele foi eleito deputado estadual paranaense.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal terá sessão extraordinária virtual nesta terça-feira (7/6) para analisar um recurso contra a decisão do ministro Nunes Marques de devolver o mandato ao parlamentar. Também nesta terça, a [2ª Turma da corte julgará o caso](#).

Francischini foi cassado com base no artigo 22 da Lei Complementar 64/1990. Para puni-lo, o TSE, [pela primeira vez](#), incluiu as redes sociais como "meio de comunicação social", cujo abuso leva à perda do mandato e à pena de inelegibilidade por oito anos.

O acórdão foi suspenso por [decisão do ministro Nunes Marques](#), do Supremo Tribunal Federal, para quem a inovação jurisprudencial foi impertinente.

Até 2018, meios de comunicação social eram rádio, TV e jornais. A inclusão das redes sociais nesse rol seria melhor definida pelo Poder Legislativo. Se feita pelo Judiciário, deveria se submeter à anualidade eleitoral.

Esse princípio consta do artigo 16 da Constituição Federal, segundo o qual a lei que alterar o processo eleitoral não pode ser aplicada à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

Em 2013, o STF estendeu seu uso para as decisões do TSE, no sentido de evitar que elas sejam imediatamente aplicadas quando, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), implicarem mudança de jurisprudência.

Sendo assim, se ao abrir a *live* para atacar as urnas eletrônicas e a democracia Francischini não sabia que havia a hipótese de praticar abuso dos meios de comunicação social, torná-lo o primeiro exemplo disso ofende a segurança jurídica?

Marcelo Camargo/Agência Brasil



Para cassar Francischini, TSE incluiu redes sociais como meio de comunicação social
Marcelo Camargo/Agência Brasil

Jurisprudência inédita

Para o constitucionalista e colunista da **ConJur Lenio Streck**, a resposta é não. Isso porque o princípio da anualidade se aplica à legislação eleitoral que altera processo legislativo de maneira geral. "Não há nada que obste a decisão do TSE sobre o caso Francischini. O TSE não está legislando. Está aplicando Direito Sancionador", afirma ele.

O eleitoralista **Fernando Neisser** destaca que a anualidade não é oponível ao caso, pois foi a primeira vez que o TSE se debruçou sobre o tema. Não há precedentes indicando que redes sociais não se enquadram como meios de comunicação social, motivo pelo qual não se identifica a viragem jurisprudencial.

"Estamos vivendo um momento de ineditismo, em que essa questão aconteceu pela primeira vez. Ela precisa ser enfrentada. E ao fazê-lo, o TSE é absolutamente livre para dar seu primeiro entendimento, com aplicação imediata. Não há violação ao artigo 16 da Constituição".

A advogada eleitoralista **Gabriela Shizue Soares de Araujo** também destacou a ausência de alteração no processo eleitoral, uma vez que o artigo 22 da LC 64/1990 desde antes prevê a utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social — o inciso VIX foi incluído pela Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010).

"Em 2018, era perfeitamente compreensível a todas as candidatas e candidatos que o abuso também era repreensível se realizado pela internet, tanto quanto no rádio ou televisão. O que houve foi um aperfeiçoamento ou mera atualização da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral em cima de uma lei pré-existente", afirmou ela.

Nelson Jr./SCO/STF



Para o ministro Nunes Marques, inovação deveria se submeter a princípio da anualidade
Nelson Jr./SCO/STF

Poder sancionador

Essa orientação não é unânime entre os especialistas consultados pela **ConJur**. Para a advogada **Marina Morais**, o TSE claramente mudou sua jurisprudência ao julgar o caso de Francischini. E, quando é assim, opinou a eleitoralista, não é

incomum que a corte determine no acórdão que a posição só seja válida a partir das eleições seguintes.

"E é aqui que está a intersecção entre a decisão do ministro Kássio e o Direito Sancionador: a aplicação de norma punitiva está sujeita aos princípios constitucionais do Direito Sancionador em geral, especialmente a tipicidade, a lesividade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Não se pode punir por algo que não fosse antes previsto ou mesmo aceito como típico e antijurídico", defende ela.

Na decisão monocrática, o ministro Nunes Marques destacou que o acórdão do TSE erodiu a segurança jurídica, a soberania popular e a anualidade eleitoral. Contestou, inclusive, o enquadramento do Facebook como meio de comunicação social, com o argumento de que ele não pode ser automático, nem aplicado de forma retroativa.

"A decisão resguarda a segurança jurídica e a anualidade, sem retirar o poder sancionatório do TSE, que poderá ser plenamente aplicado no pleito de 2022, em que 'o recado já foi dado' e os candidatos podem se comportar partindo de um conhecimento prévio sobre a posição do tribunal, o que não foi o caso do Francischini", ressalta Marina Morais.

Dorivan Marinho/SCO/STF



Uso do artigo 16 para balizar mudança do TSE foi admitido pelo STF em 2013
Dorivan Marinho/SCO/STF

A origem

Apesar de o artigo 16 da Constituição se dedicar às leis que alteram o processo eleitoral, sua extensão para balizar a mudança de jurisprudência do TSE foi feita pelo Supremo Tribunal Federal em 2013, no julgamento do RE 637.485, de relatoria do ministro Gilmar Mendes.

O julgamento atacou acórdão do TSE no qual a corte mudou radicalmente sua jurisprudência no caso dos prefeitos itinerantes — aqueles que, depois de dois mandatos consecutivos, mudavam o título para cidade vizinha para concorrer novamente nas eleições municipais seguintes.

A conduta foi tolerada até dezembro de 2018. No período de diplomação daquele ano, o TSE mudou a posição para entender que a transferência de domicílio eleitoral serviria para fraudar o artigo 14, parágrafo 5º, da Constituição Federal, norma que permite apenas uma reeleição para os chefes do Executivo.

O STF aprovou a interpretação, mas entendeu que o TSE deveria adotar cautela nas viragens jurisprudenciais, pois tais mudanças têm efeito normativo, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos e partidos políticos.

"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", concluiu o acórdão.

Reprodução



Decisão do TSE foi claro aviso aos candidatos sobre postura nas redes sociais
Reprodução

Diferenciação

Gabriela Shizue Soares de Araujo destaca outros julgados do STF sobre anualidade eleitoral que reforçam a diferenciação do caso de Francischini.

Na ADI 3.741, quando julgou constitucional a Lei da Ficha Limpa, o STF estabeleceu que o artigo 16 da Constituição só é ferido quando há rompimento da igualdade entre os partidos e candidatos, deformação que afaste a normalidade do pleito ou alteração casuística.

Já a ADPF 738 tratou da decisão do TSE de [fixar cotas para negros](#) no financiamento público e na exposição na propaganda eleitoral gratuita no rádio e na TV. A corte eleitoral, naquele caso, se preocupou com a anualidade: entendeu que as cotas [só seriam obrigatórias para 2022](#).

Foi o próprio STF que, provocado pelo Psol, decidiu [adiantar já para 2020](#) a mudança nas regras. E ao fazê-lo, entendeu que o TSE não havia promovido qualquer inovação nas normas relativas ao processo eleitoral.

Já Fernando Neisser aponta para outro ponto de diferenciação: a posição do TSE no "caso Francischini" foi inédita também porque definiu que o abuso eleitoral acontece não apenas quando visa a desequilibrar a disputa entre os candidatos — o que não aconteceu —, mas também quando ataca a própria normalidade do processo eleitoral enquanto sistema democrático.

Ele afirma ainda que a decisão do ministro Nunes Marques não apaga o recado enviado pelo TSE. "Não há dúvida de que esse obstáculo do artigo 16 da Constituição não existe para 2022. Os atores do jogo eleitoral estão absolutamente avisados que isso não vai ser tolerado. E a decisão não deveria fazer com que haja dúvida quanto isso".

TPA 39
MS 38.599

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-jun-06/francischini-opoe-direito-sancionador-seguranca-juridica-2/>