



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

**AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (11527) Nº  
0601968-80.2018.6.00.0000 (PJe) – BRASÍLIA – DISTRITO FEDERAL**

**AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (11527) Nº  
0601771-28.2018.6.00.0000 (PJe) – BRASÍLIA – DISTRITO FEDERAL**

**Relator** : Ministro Luís Felipe Salomão

### **VOTO DE FUNDAMENTAÇÃO DIVERGENTE**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN:** Sr. Presidente, eminentes pares, o e. Relator colaciona verticalizado voto no qual fixa a aplicação do art. 96-B, da Lei nº 9.504/97, a ambas as demandas apresentadas para julgamento, rejeita as 7 preliminares apresentadas, tanto pela parte investigante quanto pela parte investigada e, no mérito, expõe detalhadamente o conjunto probatório que informa os autos e o subsume ao molde normativo contido no art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar nº 64/90, propondo a fixação de tese quanto ao reconhecimento da internet – e suas funcionalidades – como meio de comunicação social, e reconhecendo a gravidade da conduta analisada a partir de cinco parâmetros para, ao final, concluir pela ausência de gravidade e pela improcedência da demanda.

Permito-me essa brevíssima síntese do julgamento, adianto que acompanho a compreensão do e. Min. Relator quanto à conclusão de improcedência das demandas, contudo, há três aspectos dos autos que me encarecem externar fundamentos divergentes.

O primeiro deles consiste na intransigente defesa da plena eficácia e aplicabilidade das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5, inciso LVI, da Constituição Federal).

O tema ganha relevância quando se coteja a decisão de indeferimento de provas requeridas pela parte investigante, advindas da prova dos autos consistente em prova emprestada dos Inquéritos nº 4.781 e 4.828, ambos do Supremo Tribunal Federal, e o resultado do julgamento, calcado na ausência de provas da gravidade da conduta que serve de lastro para a improcedência da demanda.

Não se desconhece que o e. Min. Relator assenta, ao final de seu voto, que *o deferimento de quaisquer das provas propugnadas não teria o condão de produzir resultado concreto que permitisse aquilatar a gravidade dos fatos, por não guardarem liame com as circunstâncias necessárias para aferir esse requisito na espécie*. Contudo, a questão não se revela, ao meu sentir, exaurida.

Diferentemente de outras preliminares que endereçam a qualidade de determinado sujeito nos atos e fatos deduzidos em juízo, situação que pode se confundir com o mérito e permite uma análise conjunta das alegações, aqui, o pedido de prova informa o direito da parte de exercer o contraditório e ampla defesa em seu aspecto material.

Essa garantia processual importa na aptidão de a parte produzir em juízo todas as provas lícitas e possíveis, decorrentes da própria instrução processual, a serem sopesadas no julgamento do feito.

Deve o Estado-Juiz, então, decidir se a prova postulada observou o momento processual adequado, se é lícita e, também, se guarda relação de pertinência com o que a petição inicial, lida sob o prisma da teoria da asserção, deduziu em juízo.

O que não se entende possível, s.m.j., é antecipar que o resultado da prova, e não a sua relação de pertinência com o objeto da demanda, é inservível para informar ou modificar o julgamento da causa. A cautela se revela de valia para impedir a antecipação do momento em que o Estado-Juiz analisa o produto da prova produzida em juízo, do julgamento da demanda para o momento em que se define a atividade probatória.

Essa inversão, em meu entender, vai na contramão do sentido material das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e não reveste racionalidade que deve informar os julgamentos desta Justiça Especializada.

Assim, entendo que os fundamentos expostos no item 7 do voto do e. Min. Relator, referentes às provas documentais, devem guarnecer a decisão de rejeição da preliminar versada pelos investigantes porque demonstram a falta de pertinência da prova requerida com o conjunto probatório já constante nos autos e com o que se busca demonstrar em juízo.

Quanto ao pedido de provas testemunhais de Otávio Oscar Fakhoury, Ernani Fernandes Barbosa Neto, Thais Raposo Pinto do Amaral, Eduardo Nantes Bolsonaro, Carlos Nantes Bolsonaro e Michelle de Paula Firmo Reinaldo Bolsonaro, entendo que não houve nos autos a demonstração de em qual medida essas pessoas estariam envolvidas nos fatos narrados na petição inicial e escorados no início de prova material que a acompanhou, não sendo pertinente o seu deferimento.

Concluo esse primeiro ponto por acompanhar o e. Min. Relator quanto à rejeição da preliminar de cerceamento de defesa apresentada pelos investigantes, rejeitando a fundamentação por ele colacionada a julgamento, nos termos acima expostos, e adotando fundamentos autônomos e suficientes para a solução da questão.

O segundo tópico que entendo desafiar maior verticalização é a fixação de cinco critérios preponderantes para a aferição da gravidade dos atos de abuso consistentes do uso indevido dos meios de comunicação social existentes na internet, a saber: *(a) teor das mensagens e, nesse contexto, se continham propaganda negativa ou informações efetivamente inverídicas; (b) de que forma o conteúdo repercutiu perante o eleitorado; (c) alcance do ilícito em termos de mensagens veiculadas; (d) grau de participação dos candidatos nos fatos; (e) se a campanha foi financiada por empresas com essa finalidade* (p. 44).

Manifesto concordância com a fixação da tese proposta, *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*, porém deixo de acompanhar os critérios de aferição da gravidade, como propostos.

.Sem embargo da utilização dos critérios no caso concreto como vetores de construção da decisão judicial, tenho que esse elenco de fatores não deve servir de paradigma para a solução dessa espécie de demandas.

Observe-se, por exemplo, em relação ao item (a), que a veiculação de propaganda negativa é lícita quando reveste crítica cáustica, feroz e impiedosa, inclusive em meios de comunicação social como a rádio e a TV durante o período de horário eleitoral gratuito. Ademais, a adoção do advérbio “efetivamente” como qualificador do significante inverídico pode conduzir tanto à um excesso de discricionariedade do Estado-Juiz, especialmente em campo jurisdicional no qual se busca a construção de certeza, quanto à um possível esvaziamento do significado da afirmação a ser construído no caso concreto.

Passando ao item (b), extrai-se de seu propósito o delineamento de prova, em princípio, impossível. Compreender como determinado conteúdo de propaganda eleitoral impactou o receptor da mensagem é prova que exigiria o conhecimento do completo contexto de descoberta que informa a decisão do eleitor em votar, ou não votar, em um candidato, tarefa que beira, inclusive, o inadmissível risco de violar o segredo do sufrágio.

Acrescente-se, ainda, que a presunção de que determinado conteúdo é indevido e somente pode impactar o eleitor de forma prejudicial transpõe a todos a métrica moral do julgador e descarta a compreensão da realidade construída por cada ser humano e, também, a

sua possibilidade de entender válida narrativas distintas daquela esposada pelo julgador. Assim, a prova é, de todo, impossível.

O terceiro critério proposto carece, igualmente, de ajustes, na medida em que o alcance das mensagens iguala a condição de receptor da mensagem eletrônica à condição de leitor da mensagem e, ainda, deixa de valorar a condição, defendida na jurisprudência desta Corte Superior, de cidadão informado e apto a formar os próprios pensamentos em relação à propaganda eleitoral.

Aborda-se, também, a indeterminação do conceito de “grau de participação” dos candidatos no fato e qual é a medida que separa o candidato que deve ser sancionado pelo Estado-Juiz e qual não é. Em todos os casos já se mede a participação do candidato como condição para a imposição das graves sanções previstas na Lei Complementar nº 64/90, de modo que o que se carece é o critério concreto de mensuração.

Por fim, e sempre renovando minhas vênias ao e. Min. Relator, e a todos que compartilham de sua compreensão, em relação ao financiamento da campanha por empresas com a finalidade de divulgação em massa de mensagens, deve-se rememorar que, há muito, o Supremo Tribunal Federal pacificou a questão em território nacional quanto à vedação de doações de empresas para campanhas eleitorais, logo, qualquer forma de financiamento de campanha derivado de empresas é, *ipso facto et iure*, ilícito e eivado de gravidade.

Ainda que se admitisse que o financiamento fosse feito por empresários, ou seja, pelas pessoas físicas que exercem atividade profissional de natureza empresarial, a doação não é, em si, ilícita, desde que observados os limites legais e a necessária informação à Justiça Eleitoral na prestação de contas.

Acrescente-se, também, que a eventual descoberta de financiamento oculto de campanhas indicaria conduta proscrita pelo art. 30-A, da Lei das Eleições e, nessa medida, já guarda gravidade qualitativa inerente à violação da norma e os aspectos quantitativos dos recursos e

seu emprego não guardam relação, em si, com a empresa contratada para a divulgação do conteúdo da propaganda eleitoral.

Dessa forma, entendo que o quinto critério também não constitui elemento apto a nortear a análise da gravidade da conduta.

Não subscrevo, portanto, a adoção dos critérios expostos como norteadores da atividade jurisdicional de mensuração da gravidade de atos de abuso de poder consistentes no uso indevido de meios de comunicação por meio da internet. Não subscrevo, igualmente, que tais critérios possam vir a informar julgamentos presentes e futuros desta Justiça Especializada porque os entendo insuficientes e inadequados para a finalidade que se propõem.

No caso dos autos, não se extrai do conjunto probatório indicações seguras de que as violações dos termos de uso da plataforma WhatsApp indicadas nos autos estão relacionadas ao envio massivo de mensagens em favor dos ora investigados, tampouco há demonstração efetiva de seu envolvimento ou conhecimento das condutas, ou mesmo dos demais investigados, sendo negativo o juízo quanto à gravidade concreta da conduta.

Por estes fundamentos, rejeitada a análise feita pelo e. Min. Relator, entendo que o julgamento de mérito das Ações de Investigação Judicial Eleitoral deve ser pela improcedência.

O terceiro aspecto que deve ser reforçado nessa manifestação, e desde já renovo minha *venia* a todos pelo seu alongado, é quanto ao papel essencial da Justiça Eleitoral como garantidora da normalidade e legitimidade das eleições, mesmo diante dos inovadores desafios tecnológicos que se apresentam.

É conhecido o descompasso entre os avanços tecnológicos empregados em campanhas eleitorais e os marcos normativos que regem a atuação do Estado-Juiz em matéria eleitoral. Entretanto, isso não significa que eventuais condutas que se valem desse descompasso estão além do campo de atuação do Poder Judiciário.

Ao contrário, traduz a ideia de que a construção do Direito é perene, sempre renovada e espelhada na realidade social. Informa o dever de todos os magistrados de entenderem que a interpretação do Direito e da Constituição Federal é tarefa hercúlea e que não deve se ater apenas ao texto sintético da lei, mas sim ao conjunto normativo que emana da leitura integrada de toda a teoria política cerzida no tecido social que emana, e que corporifica, o ordenamento jurídico.

A busca pela vantagem eleitoral por meio da exploração de brechas normativas e de novas realidades tecnológicas é a marca da má-fé e do desrespeito pelas regras democráticas que estruturam toda a República e suas Instituições. Essas condutas não são, tampouco, serão toleradas pelo Poder Judiciário.

A atenção à realidade social instaurada no país a partir de 2018 permitiu à Justiça Eleitoral que se organizasse e preparasse para o enfrentamento célere e eficaz do desafio eleitoral que se anuncia, seja no campo dos meios tradicionais de propaganda, seja no campo das propagandas realizadas na internet, por todas as suas plataformas.

Este Tribunal Superior Eleitoral cumprirá com a sua missão constitucional de administrar as eleições e de prevenir e inibir as tentativas de violar a normalidade e legitimidade das eleições, por quaisquer meios empregados por candidatos ou terceiros. Cumprirá, igualmente, com o dever de impor sanções a todos que violarem o processo eleitoral democrático e igualitário, ainda que isso contrarie a maioria dos votos sufragados nas seguras urnas eletrônicas em outubro de 2022.

Em conclusão, Sr. Presidente, não subscrevo pontualmente as fundamentações expostas pelo e. Min. Relator, mas lhe acompanho na conclusão de seu voto pela improcedência das demandas, adotando os fundamentos aqui expostos.

É como voto.