



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 9-10.
2016.6.08.0053 – CLASSE 32 – SERRA – ESPÍRITO SANTO**

Relator: Ministro Luiz Fux

Agravante: Ministério Público Eleitoral

Agravado: Audifax Charles Pimentel Barcelos

Advogado: Kayo Alves Ribeiro – OAB: 11026/ES

ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA E IRREGULAR POR MEIO DE *OUTDOOR*. ART. 36-A DA LEI Nº 9.504/97. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPLÍCITO DE VOTOS. OFENSA AO ART. 39, § 8º, DA LEI Nº 9.504/97 NÃO VERIFICADA ANTE A AUSÊNCIA DA CONOTAÇÃO ELEITORAL DA PUBLICIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A *ratio essendi* subjacente ao art. 36, *caput*, da Lei das Eleições, que preconiza que a propaganda eleitoral somente será admitida após 15 de agosto do ano das eleições, é evitar, ou, ao menos, amainar a captação antecipada de votos, visando a não desequilibrar a disputa eleitoral, não vulnerar o postulado da igualdade de chances entre os candidatos e, no limite, não comprometer a própria higidez do prélio eleitoral.

2. A minirreforma eleitoral introduzida pela Lei nº 13.165/2015 amainou o conceito de propaganda eleitoral extemporânea, de modo que, nos termos do art. 36-A da Lei nº 9.504/97, “não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet”.

3. A propaganda eleitoral extemporânea caracteriza-se somente quando há o pedido explícito de votos, nos termos do art. 36-A da Lei nº 9.504/97 (AgR-REspe nº 22-26/MA, Rel. Min. Herman Benjamin,

julgado em 7.3.2017 e REspe nº 51-24/MG, de minha relatoria, PSESS em 18.10.2016).

4. *In casu*, das premissas fáticas delineadas no *decisum* regional, não se constata elementos capazes de configurar a existência de propaganda eleitoral antecipada, notadamente porque não houve pedido explícito de votos no teor da mensagem divulgada no artefato publicitário, mas somente referência à aprovação da gestão do Prefeito por boa parte da população local, informação que está albergada pelas liberdades de expressão e informação, que ostentam uma posição preferencial (*preferred position*) dentro do arquetipo constitucional das liberdades.

5. Reconhecida a ausência de conotação eleitoral da mensagem veiculada na publicidade (*ex vi* do art. 36-A da Lei das Eleições), rechaça-se, por consectário, a apuração da irregularidade do meio utilizado para divulgação, na medida em que a vedação ao uso de *outdoor* contida no art. 39, § 8º, da Lei nº 9.504/97 pressupõe a existência de propaganda eleitoral.

6. Agravo regimental desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 3 de outubro de 2017.


MINISTRO LUIZ FUX – RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, trata-se de agravo interno interposto pelo Ministério Público Eleitoral em face da decisão de fls. 425-432, mediante a qual dei provimento ao recurso especial manejado por Audifax Charles Pimentel Barcelos, para afastar sanção que lhe foi imposta, por não vislumbrar na espécie a prática de propaganda eleitoral extemporânea e irregular. Eis a síntese do pronunciamento hostilizado (fls. 425):

ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA E IRREGULAR POR MEIO DE *OUTDOOR*. ART. 36-A DA LEI Nº 9.504/97. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPLÍCITO DE VOTOS. OFENSA AO ART. 39, § 8º, DA LEI Nº 9.504/97 NÃO VERIFICADA. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

Nas razões recursais, o *Parquet* Eleitoral alega que “a ressalva do art. 36-A não inviabiliza a configuração do ilícito previsto no art. 39, § 8º, da Lei das Eleições, que [...] independe da data em que houver sido veiculado o aparato publicitário” (fls. 437).

Nessa linha, prossegue argumentando que “o legislador, ao editar o art. 1º da Lei 11.300/2006 (posteriormente modificado pela Lei 12.891/2013), resolveu acrescentar o § 8º ao art. 39 da Lei das Eleições, especificamente para vedar (de maneira absoluta) a veiculação de propaganda eleitoral por meio de *outdoor*. O legislador não previu, como requisito para configuração do ilícito, o pedido expresso de votos no texto veiculado, nem estabeleceu critérios de limitação temporal para configuração do ilícito, sendo certo que a intenção do aludido dispositivo é vedar a veiculação de qualquer propaganda com viés eleitoral em *outdoor*” (fls. 437).

Assevera, ainda, que “no caso concreto [...] não há como afastar o viés eleitoreiro do artefato publicitário questionado, mesmo porque a imagem e o nome do candidato a Prefeito de Serra/ES apresentam-se

nitidamente em preponderância no outdoor, inclusive escrito com letras em destaque: Prefeito melhor avaliado” (fls. 437).

Pleiteia, ao final, o provimento do agravo interno, para que o recurso especial de Audifax Charles Pimentel Barcelos seja desprovido.

O Agravado apresentou contrarrazões a fls. 442-448.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Senhor Presidente, o presente agravo interno foi interposto tempestivamente pelo órgão ministerial, de modo que dele conheço.

Passando à análise das razões recursais, verifico que os argumentos expendidos no agravo não possuem aptidão para ensejar a modificação do *decisum* hostilizado, o qual deve ser mantido por seus próprios fundamentos, *in verbis* (fls. 428-432):

A contenda gira em torno da configuração (ou não) de propaganda eleitoral antecipada e irregular realizada por meio de outdoor.

Antes, porém, de analisar o caso concreto, convém esclarecer que o art. 36, *caput*, da Lei das Eleições preconiza que a propaganda eleitoral somente é admitida após 15 de agosto do ano das eleições. A *ratio essendi* subjacente à vedação legal é evitar, ou, ao menos, amainar a captação antecipada de votos, o que poderia desequilibrar a disputa eleitoral, vulnerar o postulado da igualdade de chances entre os candidatos e, no limite, comprometer a própria higidez do prélio eleitoral.

A minirreforma eleitoral introduzida pela Lei nº 13.165/2015 amainou o conceito de propaganda eleitoral extemporânea, de modo que, nos termos do art. 36-A da Lei nº 9.504/97, “*não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet*”.

Antes da referida alteração legal, este Tribunal Superior consolidara o entendimento de que haveria propaganda eleitoral antecipada ou extemporânea quando, ainda que subliminarmente ou implicitamente, sem o pedido expresso de voto, se levasse ao

conhecimento do público em geral plataformas, propostas e intenções políticas, se fizesse menção à pré-candidatura, a eleições vindouras e/ou se veiculasse a ideia de que o emissor/beneficiário da propaganda seria a pessoa mais bem preparada para exercer mandato eletivo.

Entretanto, diante da nova realidade normativa inserida pela Lei nº 13.165/2015, tal compreensão não mais prospera. Com efeito, a menção à pretensa candidatura e a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos, nos termos da redação conferida ao art. 36-A pela Lei nº 13.165/2015, não configuram propaganda extemporânea, desde que não envolvam pedido explícito de voto.

Nessa esteira já se fixou orientação desta Corte Superior nos feitos referentes às eleições de 2016. Confira-se:

ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA (LEI DAS ELEIÇÕES, ART. 36-A). DIVULGAÇÃO DE MENSAGEM EM FACEBOOK. ENALTECIMENTO DE PARTIDO POLÍTICO. MENÇÃO À POSSÍVEL CANDIDATURA. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPLÍCITO DE VOTOS. NÃO CONFIGURAÇÃO. LEGÍTIMO EXERCÍCIO DA LIBERDADE JUSFUNDAMENTAL DE INFORMAÇÃO. ULTRAJE À LEGISLAÇÃO ELEITORAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. A liberdade de expressão reclama proteção reforçada, não apenas por encerrar direito moral do indivíduo, mas também por consubstanciar valor fundamental e requisito de funcionamento em um Estado Democrático de Direito, motivo por que o direito de expressar-se – e suas exteriorizações (informação e de imprensa) – ostenta uma posição preferencial (*preferred position*) dentro do arquétipo constitucional das liberdades.

2. A proeminência da liberdade de expressão deve ser trasladada para o processo político-eleitoral, mormente porque os cidadãos devem ser informados da variedade e riqueza de assuntos respeitantes a eventuais candidatos, bem como das ações parlamentares praticadas pelos detentores de mandato eletivo (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016 - prelo).

3. A *ratio essendi* subjacente ao art. 36, caput, da Lei das Eleições, que preconiza que a propaganda eleitoral somente será admitida após 15 de agosto do ano das eleições, é evitar, ou, ao menos, amainar a captação antecipada de votos, visando a não desequilibrar a disputa eleitoral, vulnerar o postulado da igualdade de chances entre os candidatos e, no limite, comprometer a própria higidez do prélio eleitoral.

4. A ampla divulgação de ideias fora do período eleitoral propriamente dito se ancora em dois postulados fundamentais: no princípio republicano, materializado no dever de prestação de contas imposto aos agentes eleitos de difundirem atos parlamentares e seus projetos políticos à sociedade; e no

direito conferido ao eleitor de acompanhar, de forma abrangente, as ideias, convicções, opiniões e plataformas políticas dos representantes eleitos e dos potenciais candidatos acerca dos mais variados temas debatidos na sociedade, de forma a orientar a formação de um juízo mais consciente e responsável, quando do exercício de seu *ius suffragii*.

5. A propaganda eleitoral extemporânea consubstancia, para assim ser caracterizada, ato atentatório à isonomia de chances, à higidez do pleito e à moralidade que devem presidir a competição eleitoral, de maneira que, não ocorrendo *in concreto* qualquer ultraje a essa axiologia subjacente, a mensagem veiculada encerrará livre e legítima forma de exteriorizar seu pensamento dentro dos limites tolerados pelas regras do jogo democrático.

6. O limite temporal às propagandas eleitorais encontra lastro no princípio da igualdade de oportunidades entre partidos e candidatos, de forma a maximizar três objetivos principais: (i) assegurar a todos os competidores um mesmo prazo para realizarem as atividades de captação de voto, (ii) mitigar o efeito da (inobjetável) assimetria de recursos econômicos na viabilidade das campanhas, no afã de combater a plutocratização sobre os resultados dos pleitos; e (iii) impedir que determinados competidores extraíam vantagens indevidas de seus cargos ou de seu acesso aos grandes veículos de mídia, antecipando, em consequência, a disputa eleitoral (OSORIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 127-128 - prelo).

7. A menção à pretensa candidatura e a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos, nos termos da redação conferida ao art. 36-A pela Lei nº 13.165/2015, não configuram propaganda extemporânea, desde que não envolvam pedido explícito de voto.

[...]

9. Recurso especial provido.

(REspe nº 5124/MG, de minha relatoria, PSESS em 18/10/2016).

In casu, o TRE/ES, debruçando-se sobre o conteúdo fático-probatório dos autos, manteve a condenação do Recorrente pela prática de propaganda irregular com base nos seguintes fundamentos (fls. 347-349):

No caso dos autos, não há dúvidas de que se tratou de exibição de outdoor, na cidade da Serra/ES, contendo a mensagem Prefeito Melhor Avaliado (51,5%). É da Serra, da Rede, Audifax, bem como a foto do representado em grande proporção (fls. 30/32).

Assim, a meu ver, não há como acolher a alegação dos recorrentes de que se tratava de propaganda partidária. Embora apareça o nome, o número e a logomarca do partido Rede 18 no canto inferior direito do artefato, a imagem e o

nome do candidato a Prefeito da Serra/ES apresentam-se nitidamente em preponderância no *outdoor* inclusive escrito com letras em destaque Prefeito Melhor Avaliado.

[...]

Logo, ao contrário do que alegam os recorrentes, não há falar que o início da proibição se dá em 15/08/2016. Ora, se durante a campanha eleitoral o candidato não pode usar *outdoor*, com muito mais razão não poderá fazê-lo no momento em que nem é permitido pedir votos.

Quanto à alegação dos recorrentes de que não restou provada a condição de beneficiário direto, reluzente e concreto do candidato Audifax, uma vez que não tece conhecimento do ato, diante da grandiosidade do município que possui mais de 400.000 habitantes, registro que o *outdoor* foi colocado em uma das principais vias de circulação do município, não sendo crível que o candidato não tivesse tomado conhecimento da sua existência, mesmo porque, confirme se infere dos documentos colacionados aos autos, o candidato foi o único beneficiário da veiculação.

Logo, não é razoável que o partido faça propaganda, por meio de artefato dessa natureza, no qual, frise-se, o representado Audifax aparece como sendo o único exposto sem o prévio conhecimento do beneficiário, razão pela qual cabível a aplicação do disposto no § 2º do art. 20 da Resolução TSE nº 23.457/2015, o qual prevê que para a caracterização da responsabilidade do candidato basta a existência de circunstâncias que demonstrem o seu prévio conhecimento.

Das premissas fáticas delineadas no *decisum* regional, verifico que na publicidade impugnada não constaram elementos capazes de configurar a existência de propaganda eleitoral extemporânea. Isso porque não houve pedido expresso de votos no teor da mensagem divulgada do artefato publicitário, mas somente referência à aprovação da gestão do Prefeito por boa parte da população local, informação que está albergada pelas liberdades de expressão e informação, que ostentam uma posição preferencial (*preferred position*) dentro do arquétipo constitucional das liberdades.

Nesse contexto, realço que a proeminência da liberdade de expressão deve ser trasladada para o processo político-eleitoral, mormente porque os cidadãos devem ser informados da variedade e riqueza de assuntos respeitantes a eventuais candidatos, bem como das ações parlamentares praticadas pelos detentores de mandato eletivo (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016 – prelo).

Reconhecida a regularidade do conteúdo veiculado no *outdoor* (i.e. a ausência de conotação eleitoral da mensagem, *ex vi* do art. 36-A da Lei das Eleições), cumpre rechaçar, por consectário, a incidência do art. 39, § 8º, da Lei nº 9.504/97 ao caso *sub examine*, na medida em que a vedação constante no aludido dispositivo pressupõe a existência de propaganda eleitoral. Vejamos:

Art. 39. A realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral, em recinto aberto ou fechado, não depende de licença da polícia.

§ 8º É vedada a propaganda eleitoral mediante **outdoors**, inclusive eletrônicos, sujeitando-se a empresa responsável, os partidos, as coligações e os candidatos à imediata retirada da propaganda irregular e ao pagamento de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Portanto, a despeito de a mensagem ter sido veiculada por meio da *outdoor*, não incide, na espécie, o óbice previsto no artigo *supra*, porquanto descaracterizado o cunho eleitoral da publicidade analisada.

Ex positis, dou provimento ao recurso especial, com base no art. 36, § 7º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, para afastar a sanção aplicada ao Recorrente.

Reitero que a hodierna jurisprudência perfilhada por este Tribunal Superior para as eleições de 2016, diante da nova realidade normativa inserida pela Lei nº 13.165/2015, é no sentido de que a propaganda eleitoral extemporânea caracteriza-se somente quanto há o pedido explícito de votos, nos termos do art. 36-A da Lei nº 9.504/97. Com efeito, à luz desse dispositivo legal, a alusão à pretensa candidatura e a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos não configuram propaganda eleitoral extemporânea, desde que não envolvam pedido explícito de voto (AgR-REspe nº 22-26/MA, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 7.3.2017 e REspe nº 51-24/MG, de minha relatoria, PSESS em 18.10.2016).

No caso *sub examine*, das premissas constantes do aresto regional, não se verificam elementos capazes de configurar a existência de propaganda eleitoral extemporânea, notadamente porque não houve pedido explícito de votos no teor da mensagem divulgada no artefato publicitário, mas somente referência à aprovação da gestão do Prefeito por boa parte da população local, informação que está albergada pelas liberdades de expressão e informação, que ostentam uma posição preferencial (*preferred position*) dentro do arquétipo constitucional das liberdades.

Nessa esteira, realço, por oportuno, que a alusão a gestões, com enaltecimento de obras, projetos e feitos não desborda do limite da liberdade de expressão e de informação – podendo caracterizar, inclusive,

prestação de contas à sociedade –, não configurando, bem por isso, publicidade eleitoral antecipada.

Reconhecida, portanto, a ausência de conotação eleitoral da mensagem veiculada na publicidade impugnada (*ex vi* do art. 36-A da Lei das Eleições), é descabida, via de consequência, a apuração da irregularidade do meio utilizado para divulgação, na medida em que a vedação ao uso de *outdoor* contida no art. 39, § 8º, da Lei nº 9.504/97 pressupõe a existência de propaganda eleitoral, conforme se extrai da leitura do dispositivo, *verbis*:

Art. 39. A realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral, em recinto aberto ou fechado, não depende de licença da polícia.

§ 8º É vedada a **propaganda eleitoral** mediante outdoors, inclusive eletrônicos, sujeitando-se a empresa responsável, os partidos, as coligações e os candidatos à imediata retirada da propaganda irregular e ao pagamento de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Diante disso, reafirmo que, a despeito de a mensagem ter sido veiculada por meio de *outdoor*, não incide, na espécie, o óbice previsto no artigo *supra*, porquanto descaracterizado o cunho eleitoral da publicidade analisada.

Consentâneo a esse entendimento firmou-se o precedente AgR-REspe nº 7-40/ES deste Tribunal Superior, em que o relator, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, consignou que, “*se é livre de dúvida que a mensagem destacada no acórdão regional não possui conotação eleitoral nos termos da nova redação do art. 36-A da Lei das Eleições, então, por uma questão lógica de causa e efeito, não incide a proibição contida no § 8º do art. 39 da Lei 9.504/97*” (AgR-REspe nº 7-40/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 15.8.2017).

Ex positis, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

AgR-REspe nº 9-10.2016.6.08.0053/ES. Relator: Ministro Luiz Fux. Agravante: Ministério Público Eleitoral. Agravado: Audifax Charles Pimentel Barcelos (Advogado: Kayo Alves Ribeiro – OAB: 11026/ES).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes a Ministra Rosa Weber, os Ministros Luiz Fux, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Humberto Jacques de Medeiros.

SESSÃO DE 3.10.2017.