



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

REPRESENTAÇÃO (11541) 0601161-94.2017.6.00.0000 – BRASÍLIA – DISTRITO FEDERAL

Relator: Ministro Admar Gonzaga

Representante: Ministério Público Eleitoral

Representado: Luiz Inácio Lula da Silva

Advogados: Guilherme Queiroz Gonçalves - 37961/DF e outros

Representado: Google Brasil Internet Ltda.

Advogados: Eduardo Luiz Brock - 91311/SP e outros

ELEIÇÕES 2018. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. IMPROCEDÊNCIA.

1. De acordo com a jurisprudência mais recente desta Corte, cuja formação antecede à edição da Lei 13.165/2015, o mero ato de promoção pessoal, sem pedido explícito de voto, não caracteriza a propaganda eleitoral antecipada.
2. “Com o advento da Lei 13.165/2015 e a conseqüente alteração sucedida no âmbito do art. 36-A da Lei das Eleições, bem como até mesmo já considerando a evolução jurisprudencial do tema, a configuração da infração ao art. 36 da Lei 9.504/97, em face de fatos relacionados à propaganda tida por implícita, ficou substancialmente mitigada, ante a vedação apenas ao pedido explícito de votos e com permissão da menção à pré-candidatura, exposição de qualidades pessoais e até mesmo alusão a plataforma e projetos políticos (art. 36-A, I)” (REspe 85-18, rel. Min. Admar Gonzaga, *DJE* de 13.9.2017).
3. A decisão judicial que superar os permissivos legais da propaganda eleitoral, inclusive o art. 36-A da Lei 9.504/97, deve considerar os direitos à livre manifestação de pensamento e à informação e ser fundada em elementos objetivos demonstráveis nos autos, e não na subjetividade do julgador ou na intenção oculta de quem veiculou a propaganda.
4. Uma vez observadas as balizas legais, os eleitores, os candidatos, os partidos e os órgãos de imprensa têm plena liberdade de veicular atos, fatos e manifestações de cunho político, ainda que impliquem elogios ou críticas a determinada figura. A regra, em um regime democrático, é a livre circulação de ideias.
5. No caso, além de a mensagem veiculada ter consistido em ato de mera promoção pessoal, sem pedido explícito de voto, não há prova do prévio



conhecimento do beneficiado a respeito da propaganda supostamente extemporânea, o que impede a aplicação de multa.

Representação julgada improcedente.

Agravo regimental prejudicado.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em julgar improcedente o pedido formulado na representação e prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 5 de dezembro de 2017.

MINISTRO ADMAR GONZAGA - RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR ADMAR GONZAGA: Senhor Presidente, o Ministério Público Eleitoral ajuizou representação em face de Luiz Inácio Lula da Silva e de Google Brasil Internet Ltda., com pedido de tutela de urgência, em razão de propaganda antecipada, praticada supostamente pelo primeiro representado, consistente na veiculação de vídeo em *site* administrado pelo segundo representado.

Na petição inicial, o representante afirma que:

- a) a Procuradoria Regional Eleitoral do Rio de Janeiro noticiou, por meio do Ofício 110/2017, a prática de propaganda eleitoral extemporânea mediante a veiculação de vídeo em sítio eletrônico, com expressa menção às Eleições Gerais de 2018 e anúncio de eventual candidatura;
- b) *“a utilização de expressões como ‘eu to voltando’ e ‘LULA 2018’ revela a pretensão do ex-Presidente em anunciar a sua futura candidatura, bem como faz referência explícita ao pleito vindouro”* (p. 2 do documento 78.659);
- c) embora o art. 36-A da Lei 9.504/97, com a redação conferida pela Lei 13.165/2015, tenha conferido maior liberdade de manifestação a pretensos candidatos, ele objetiva evitar eventuais excessos cometidos em detrimento da igualdade na disputa eleitoral;
- d) de acordo com a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, configura propaganda eleitoral extemporânea a veiculação de mensagem que contenha pedido expresso de voto ou menção à futura candidatura e às eleições, requisitos que estão presentes no caso dos autos;
- e) *“ora, nesse contexto não se poderia chegar à conclusão diversa, pois se trata da imagem do ex-Presidente da República, vinculada a expressões como ‘eu tô voltando’ e ‘LULA 2018’, em referência expressa ao pleito vindouro, revelando a pretensão do ex-Presidente em se candidatar nas eleições de 2018. Assim, as inserções da mídia na internet tiveram por objetivo a captação de votos, de forma antecipada, o que desequilibra a campanha eleitoral próxima, atingindo a igualdade de oportunidades entre futuros candidatos”* (p. 1 do documento 78.659).

Requer a procedência da representação, com confirmação da medida liminar, a fim de que seja imposta ao primeiro representado a sanção de multa descrita no art. 36, § 3º, da Lei 9.504/97, bem como a obrigação



de não fazer, consistente na não veiculação de vídeos de conteúdo similar até o início do período eleitoral, e, ao segundo representado, obrigação de fazer, consubstanciada na imediata retirada do conteúdo impugnado, sob pena de multa.

O então relator, Ministro Henrique Neves da Silva, indeferiu o pedido de tutela de urgência (documento 78.720), determinando, ainda: i) a intimação do representado Google Brasil Internet Ltda. para que informasse os responsáveis pela veiculação dos vídeos constantes das URLs indicadas na representação e ii) a emenda da inicial pelo Ministério Público, para fins de inclusão deles no polo passivo da demanda.

Google Brasil Internet Ltda. apresentou contestação (documento 82.115), prestando informações relacionadas aos responsáveis pela veiculação dos vídeos.

A Procuradoria-Geral Eleitoral requereu (documento 122.262), então, que as empresas Claro S.A. e Telefônica Brasil S.A. fossem oficiadas para apresentar os dados pessoais dos usuários da rede, a fim de possibilitar que a inicial fosse emendada. Por meio de despacho (documento 125.319), deferi a diligência requerida.

A empresa Telefônica Brasil S.A. não ofereceu resposta ao Ofício 2772 Seproc 3/CPRO/SJD (documento 139.271).

A empresa Claro S.A. solicitou que fosse informada a data, a hora e o fuso horário de interesse na pesquisa dos IPs 177.33.59.144, 177.32.242.185 e 186.207.254.23, uma vez que “*o serial é dinâmico e pode ser utilizado por diversos usuários*” (documento 139.500).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Eleitoral pugnou pelo prosseguimento do feito sem a inclusão, no polo passivo, dos responsáveis pela veiculação da propaganda antecipada, tendo em vista a dificuldade na identificação de todos que repercutiram o vídeo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA (relator): Senhor Presidente, trata-se de representação ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral em face de Luiz Inácio Lula da Silva por suposta prática de propaganda eleitoral antecipada.

De início, examino o pedido do Ministério Público Eleitoral para que o feito prossiga, sem a inclusão no polo passivo, dos responsáveis pela veiculação da propaganda impugnada, tendo em vista a dificuldade de identificar aqueles que reproduziram os vídeos.

A representação por propaganda eleitoral antecipada não impõe a necessidade de formação de litisconsórcio necessário entre os responsáveis pelo ilícito e os seus beneficiários, conforme se extrai do art. 36, § 3º, da Lei 9.504/97.

Esta Corte já se manifestou a respeito da questão no seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. PROPAGANDA IRREGULAR. ELEIÇÕES 2012.

1. É inviável o agravo regimental que não infirma objetivamente os fundamentos da decisão agravada e que se limita a repetir literalmente as razões dos recursos anteriores. Incidência da Súmula 182 do Superior Tribunal de Justiça.



2. Na representação por propaganda eleitoral irregular, ajuizada com fundamento na inobservância dos arts. 37, caput, e 39, § 8º, da Lei nº 9.504/97, não se exige a formação de litisconsórcio passivo necessário entre a coligação e o candidato responsável pela propaganda. Precedentes: AgR-AI nº 272-05, rel. Min. Arnaldo Versiani, DJE de 18.2.2013; AI nº 4.679, rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 3.9.2004.

3. Se o Tribunal de origem, com base em informações constantes dos autos, concluiu que houve a extrapolação do limite de 4m² na veiculação da placa e que esta foi afixada em poste de iluminação pública, a revisão de tal entendimento demandaria o reexame de fatos e provas, providência vedada em sede extraordinária, a teor das Súmulas 279 do Supremo Tribunal Federal e 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Impossibilidade de diminuição ou afastamento da sanção cominada, pois 'não é desproporcional a multa aplicada no seu valor mínimo legal' (AgR-AI nº 11.019, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE de 12.2.2010).

Agravo regimental a que se nega provimento.

(AI 323-89, rel. Min. Henrique Neves Da Silva, DJe de 21.10.2014, grifo nosso)

Na mesma linha:

PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. PUBLICAÇÃO DE ANÚNCIO.

1. O art. 43, § 2º, da Lei nº 9.504/97 estabelece a possibilidade de imposição de multa tanto aos responsáveis pelos veículos de divulgação como aos partidos, coligações e candidatos beneficiados, **o que não implica a necessidade de formação de litisconsórcio passivo.**

2. A multa prevista no citado § 2º do art. 43 pode ser aplicada aos candidatos beneficiados, não exigindo que eles tenham sido responsáveis pela veiculação da propaganda paga, na imprensa escrita, que extrapolou o limite legal.

Agravo regimental não provido.

(AI 272-05, rel. Min. Arnaldo Versiani, DJE de 18.2.2013, grifo nosso)

Desse modo, o feito pode realmente prosseguir em relação apenas ao alegado beneficiário da propaganda.

Posto isso, deve-se verificar, inicialmente, se a conduta em questão configura ou não propaganda eleitoral extemporânea.

Nos termos do art. 36, *caput*, da Lei 9.504/97, a propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 15 de agosto, sujeitando-se o responsável à divulgação da propaganda e, quando comprovado o seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$ 5.000,00 a R\$ 25.000,00, ou o equivalente ao custo da propaganda.

A jurisprudência mais recente desta Corte, firmada já sob a vigência da Lei 13.165/2015, é no sentido de que, "com a regra permissiva do art. 36-A da Lei nº 9.504, de 1997, na redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015, retirou-se do âmbito de caracterização de propaganda antecipada a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais de pré-candidatos e outros atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet, **desde que não haja pedido expresso de voto**" (RP 294-87, rel. Min. Herman Benjamin, DJE de 9.3.2017).

Tal orientação decorreu de gradativa evolução jurisprudencial, a partir de sucessivas alterações legislativas.



Com efeito, o art. 36 da Lei 9.504/97, em sua redação originária, não continha maior detalhamento a respeito dos requisitos para a caracterização da propaganda extemporânea, apenas dispoñdo acerca dos marcos temporais, da possibilidade de propaganda intrapartidária e da vedação de propaganda partidária gratuita no segundo semestre da eleição[1].

Sob a égide desse regramento, a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a propaganda extemporânea poderia se caracterizar não apenas a partir de menções diretas e ostensivas ao pleito ou à candidatura, mas também de referências indiretas ou mesmo subliminares que indicassem ser o beneficiário o mais apto ao exercício do cargo[2].

Essa concepção mais ampla levou este Tribunal a reprimir, entre outras condutas, a comparação entre administrações[3], a entrevista concedida em jornal[4], a afixação de *outdoor* com foto e nome de potencial candidato[5], a mensagem em propaganda partidária com destaque a obras e programas de governo[6], a veiculação de publicidades com mensagem de felicitação natalícia ou de ano-novo[7], a referência em peça publicitária à aprovação popular do mandatário[8] e os elogios à administração em inauguração de obra pública[9].

Nota-se que essa perspectiva ampla, por um lado, permitia à Justiça Eleitoral maior tutela da igualdade de chances – eventualmente maculada pela propaganda antecipada, ainda que de forma sutil e dissimulada –, mas, por outro, estabelecia parâmetro interpretativo extremamente elástico, subjetivo, que levava o julgador a analisar, muitas vezes sem o auxílio técnico adequado e sem lastro probatório, as implicações do engenho publicitário no subconsciente de grupo indeterminado de indivíduos (*rectius*: eleitores) e a captar como a mensagem poderia afetar emoções, desejos e opiniões abaixo do limiar da consciência.

Esse exame poderia conduzir a ambiente de severa insegurança jurídica, porquanto os eleitores, os candidatos, a imprensa e os demais atores do processo eleitoral não dispunham de elemento objetivo, aferível de plano e de forma consentânea com o rito célere do art. 96 da Lei 9.504/97, indicativo dos limites da manifestação lícita. Ao contrário, ficavam sujeitos à percepção dos órgãos da Justiça Eleitoral acerca da intenção oculta, dissimulada, subliminar de certa conduta.

Na busca de parâmetros mais seguros, foi editada a Lei 12.034/2009, na qual, entre outras alterações, foi inserido o art. 36-A na Lei 9.504/97, cuja redação à época previa apenas quatro exceções à propaganda eleitoral antecipada, a saber: i) a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, desde que não haja pedido de votos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico; ii) a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, dos planos de governos ou das alianças partidárias visando às eleições; iii) a realização de prévias partidárias e a sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; ou iv) a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se mencione a possível candidatura, ou se faça pedido de votos ou de apoio eleitoral.

Não obstante essa alteração legislativa, este Tribunal manteve em sua jurisprudência a possibilidade de inferir, a partir da análise de mensagens dissimuladas e subliminares, a intenção oculta de divulgar candidatura ao eleitorado[10].

Em seguida, o legislador editou a Lei 12.891/2013, com a ampliação das hipóteses permissivas do art. 36-A da Lei 9.504/97 e com a previsão da licitude da manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas nas redes sociais.

A partir dessa alteração legislativa, a jurisprudência deste Tribunal começou a evoluir, ainda que de forma pontual, no sentido de traçar balizas mais objetivas para a aferição da propaganda eleitoral extemporânea. Nessa linha, cito: “*Para a caracterização da propaganda eleitoral extemporânea é necessário que haja referência ao cargo, à candidatura e pedido explícito de voto*” (RESpe 3628-84, red. para o acórdão Min. Dias Toffoli, DJE de 18.9.2014, grifo nosso).



No contexto da internet, foi decidido que: “*As manifestações identificadas dos eleitores na internet, verdadeiros detentores do poder democrático, somente são passíveis de limitação quando ocorrer ofensa à honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos*” (REspe 29-49, rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJE de 5.8.2014).

Nesse último precedente, ficou assentado que “*a propaganda eleitoral antecipada por meio de manifestações dos partidos políticos ou de possíveis futuros candidatos na internet somente resta caracterizada quando há propaganda ostensiva, com pedido de voto e referência expressa à futura candidatura, ao contrário do que ocorre em relação aos outros meios de comunicação social nos quais o contexto é considerado*” (grifo nosso).

Apesar dessa nova compreensão, alguns julgados ainda previam a possibilidade de inferir a propaganda eleitoral antecipada a partir de elementos indiretos ou mesmo de mensagens subliminares[11].

Com a reforma eleitoral de 2015 (Lei 13.165/2015), além da expansão dos permissivos do art. 36-A da Lei 9.504/97, ficou expressamente consignado que “*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*” (grifo nosso), inclusive mediante a divulgação em órgãos de comunicação e na internet.

O TSE, então, voltou a discutir o tema e decidiu que, “*com a regra permissiva do art. 36-A da Lei nº 9.504, de 1997, na redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015, retirou-se do âmbito de caracterização de propaganda antecipada a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais de pré-candidatos e outros atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet, desde que não haja pedido expresso de voto*” (RP 294-87, rel. Min. Herman Benjamin, DJE de 9.3.2017). Tal entendimento foi reiterado em outras ocasiões[12], [13] e [14].

Destaco, por oportuno, a discussão travada no AgR-REspe 85-18, de minha relatoria, no qual o plenário reafirmou o entendimento de que, “*com o advento da Lei 13.165/2015 e a consequente alteração sucedida no âmbito do art. 36-A da Lei das Eleições, bem como até mesmo já considerando a evolução jurisprudencial do tema, a configuração da infração ao art. 36 da Lei 9.504/97, em face de fatos relacionados à propaganda tida por implícita, ficou substancialmente mitigada, ante a vedação apenas ao pedido explícito de votos e com permissão da menção à pré-candidatura, exposição de qualidades pessoais e até mesmo alusão a plataforma e projetos políticos (art. 36-A, I)*”.

Naquela assentada, ficou consignado expressamente que “*a aferição de propaganda eleitoral antecipada deve ser realizada a partir de dados e elementos objetivamente considerados, e não conforme intenção oculta de quem a promoveu*”.

Nesse mesmo julgamento, o Ministro Alexandre de Moraes, em brilhante voto, asseverou o seguinte:

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Senhora Presidente, eu posso adiantar o meu voto? Eu não sei quando voltarei à Corte e considero essa questão importantíssima para se pensar para a frente, porque, em artigo recente, um dos articulistas, não me lembro se da Folha de São Paulo ou da revista Veja, fazia a diferença entre Brasil-Estados Unidos, quanto à possibilidade do surgimento de novas lideranças eleitorais no Brasil. E essa é uma das normas que impede esse surgimento. E trazia o exemplo: se o ex-presidente Obama fosse brasileiro, ele nunca teria sido eleito. Porque, eleito para o Senado, ele iniciou já a sua campanha, bem antes, colocando as suas ideias, colocando o que ele pretendia para o país.

Aqui no Brasil, nos fechamos em oligarquias, chamadas partidos políticos, que somente a partir de agosto podem fazer campanha eleitoral. Ou seja, a verdadeira renovação é impossível. É sempre o mais do mesmo, porque as pessoas não se tornam conhecidas.



Independentemente dessa discussão macro, no caso, como o Ministro Admar Gonzaga bem assentou, uma mensagem no facebook, se fôssemos aplicar essa insignificância de se expor sem pedir votos, no ano que vem não teremos nenhum candidato a presidente. Porque todos os pré-candidatos já estão fazendo essa mesma campanha, tomando cuidado para não pedir votos.

Alinhado com as ponderações de Sua Excelência, entendo que as manifestações de eleitores e dos pretensos candidatos, inclusive por meio da exposição de plataformas políticas e do destaque às qualidades do candidato, são essenciais para o desenvolvimento do debate democrático e densificam os direitos constitucionais da liberdade de expressão e de informação.

Vale lembrar que a liberdade de expressão foi posta em posição preferencial no espectro de direitos humanos, conforme a previsão do art. 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, *in verbis*:

Art. 11. A livre manifestação de pensamento e opinião é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode falar, escrever, imprimir livremente, salvo quando tiver de responder ao abuso dessa liberdade nos casos previstos pela lei.

Na mesma linha, o art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe:

Art.19. Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Igualmente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada no Brasil por meio do Decreto 678/92, prevê:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

*2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, **que devem ser expressamente fixadas pela lei** e ser necessárias para assegurar:*

a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

*3. **Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos**, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.*

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.



5. *A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.* [Grifo nosso]

A Constituição da República, por seu turno, confere especial tratamento à liberdade de expressão, elevada a direito fundamental que não pode ser suprimido nem mesmo por obra do Poder Constituinte Derivado. Eis o teor da previsão constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [Grifo nosso]

Acerca desse tema, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de assentar que “a liberdade de expressão constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica” (HC 83.125, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 7.11.2003).

Destaco, por sua relevância, trecho do voto proferido pelo eminente Ministro Celso de Mello, no julgamento do AgR-AI 675.276/RJ, no qual fica assentado que o direito à livre manifestação de pensamento engloba o direito à crítica, *in verbis*:

Em caso recente, em que contendiam, por coincidência, as mesmas partes que integram a presente relação processual, esta colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, preservando a integridade do direito constitucional de crítica exercido pelo jornalista ora agravado, proferiu decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

‘LIBERDADE DE INFORMAÇÃO – DIREITO DE CRÍTICA – PRERROGATIVA POLÍTICO-JURÍDICA. DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL – MATÉRIA JORNALÍSTICA QUE EXPÕE FATOS E VEICULA OPINIÃO EM TOM DE CRÍTICA – CIRCUNSTÂNCIA QUE EXCLUÍ O INTUITO DE OFENDER – AS EXCLUDENTES ANÍMICAS COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO DO ‘ANIMUS INJURIANDI VEL DIFFAMANDI’ – AUSÊNCIA DE ILICITUDE NO COMPORTAMENTO DO PROFISSIONAL DE IMPRENSA – INOCORRÊNCIA DE ABUSO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO – CARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE, DO REGULAR EXERCÍCIO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO – O DIREITO DE CRÍTICA, QUANDO MOTIVADO POR RAZÕES DE INTERESSE COLETIVO, NÃO SE REDUZ, EM SUA EXPRESSÃO CONCRETA, À DIMENSÃO DO ABUSO DA LIBERDADE DE IMPRENSA – A QUESTÃO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO (E DO DIREITO DE CRÍTICA NELA FUNDADO) EM FACE DAS FIGURAS PÚBLICAS OU NOTÓRIAS – JURISPRUDÊNCIA – DOCTRINA, – JORNALISTA QUE FOI CONDENADO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS – INSUBSISTÊNCIA, NO CASO, DESSA CONDENAÇÃO CIVIL – IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO INDENIZATÓRIA’ – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

- A liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o



direito de informar, (b) o direito **de buscar** a informação, (c) o direito **de** opinar, (d) o direito **de** criticar.

A **crítica jornalística**, desse modo, **traduz** direito **impregnado** de qualificação constitucional, **plenamente oponível** aos que exercem **qualquer** atividade de interesse da coletividade em geral, **pois** o interesse social, **que legitima** o direito de criticar, **sobrepõe-se** a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, **exercentes**, ou não, de cargos oficiais.

- A **crítica** que os meios de comunicação social **dirigem as** pessoas públicas, **por mais dura e veemente** que possa ser, **deixa de sofrer**, quanto ao seu concreto exercício, **as limitações externas** que ordinariamente **resultam** dos direitos de personalidade.

- Não induz responsabilidade civil a **publicação** de matéria jornalística cujo conteúdo **divulgue** observações em caráter mordaz **ou** irônico **ou**, então, **veicule** opiniões em tom de crítica severa, dura **ou**, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas **ostentar a condição de figura pública**, investida, ou não, de autoridade governamental, **pois**, em tal contexto, a **liberdade** de crítica **qualifica-se** como verdadeira excludente anímica, **apta a afastar o intuito doloso** de ofender. **Jurisprudência. Doutrina.**

- **O Supremo Tribunal Federal tem destacado**, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a **necessidade** de preservar-se a prática da liberdade de informação, **resguardando-se**, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, **por tratar-se** de prerrogativa essencial **que se qualifica** como um dos suportes axiológicos **que conferem** legitimação material **à própria** concepção do regime democrático.

- **Mostra-se incompatível** com o pluralismo de idéias, que legitima a divergência de opiniões, **a visão** daqueles **que pretendem negar**, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), **o direito** de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. **Arbitrária**, desse modo, **e inconciliável** com a proteção constitucional da informação, **a repressão** à crítica jornalística, **pois** o Estado – inclusive seus Juízes e Tribunais – **não** dispõe de poder algum **sobre** a palavra, sobre as idéias e **sobre** as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa. **Precedentes** do Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência comparada** (Corte Européia de Direitos Humanos e Tribunal Constitucional Espanhol).’ (AI 505.595-AgR/RJ, Rel.Min. CELSO DE MELLO)

Seé certo que o direito de crítica não assume caráter absoluto, eis que inexistem, em nosso sistema constitucional, como reiteradamente proclamado por esta Suprema Corte (RTJ 173/805-810, 807-808, v.g.), direitos e garantias revestidos de natureza absoluta, não é menos exato afirmar-se que o direito de crítica encontra suporte legitimador no pluralismo político, que representa um dos fundamentos em que se apoia, constitucionalmente, o próprio Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, V).

É por tal razão, como assinala VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR (‘A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística’, p. 87/88, 1997, Editora FTD), que o reconhecimento da legitimidade do direito de crítica - que constitui ‘pressuposto do sistema democrático’ - qualifica-se, por efeito de sua natureza mesma, como verdadeira ‘garantia institucional da opinião pública’ -.



‘(...) o direito de crítica em nenhuma circunstância é ilimitável, porém adquire um caráter preferencial, desde que a crítica veiculada se refira a assunto de interesse geral, ou que tenha relevância pública, e guarde pertinência com o objeto da notícia, pois tais aspectos é que fazem a importância da crítica na formação da opinião pública.’ (grifei)

Não foi por outro motivo– e aqui rememoro anterior decisão por mim proferida nesta Suprema Corte (Pet 3.486/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) – que o Tribunal Constitucional espanhol, ao veicular as Sentenças n° 6/1981 (Rel. Juiç FRANCISCO RÚBIO LLORENTE), n° 12/1982 (Rel. Juiç LUÍS DÍEZ-PICAZO), n° 104/1986 (Rel. Juiç FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE) e n° 171/1990 (Rel. Juiç BRAVO – FERRER), pôs em destaque a necessidade essencial de preservar-se a prática da liberdade de informação, inclusive o direito de crítica que dela emana, como um dos suportes axiológicos que informam e que conferem legitimação material a própria concepção do regime democrático.

É relevante observar, ainda, que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em mais de uma ocasião, também advertiu que a limitação do direito à informação e do direito (dever) de informar, mediante (inadmissível) redução de sua prática ‘ao relato puro, objetivo e asséptico de fatos, não se mostra constitucionalmente aceitável nem compatível com o pluralismo, a tolerância (...), sem os quais não há sociedade democrática. (...)’ (Caso Handyside, Sentença do TEDH, de 07/12/1976).

Essa mesma Corte Européia de Direitos Humanos, quando do julgamento do Caso Lingens (Sentença de 08/07/1986), após assinalar que ‘a divergência subjetiva de opiniões compõe a estrutura mesma do aspecto institucional do direito à informação’, acentua que ‘a imprensa tem a incumbência, por ser essa a sua missão, de publicar informações e ideias sobre as questões que se discutem no terreno político e em outros setores de interesse público (...)’, vindo a concluir, em tal decisão, não ser aceitável a visão daqueles que pretendem negar, à imprensa, o direito de interpretar as informações e de expender as críticas pertinentes.

Não custa insistir, neste ponto, na asserção de que a Constituição da República revelou hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de ideias e de pensamento, tal como destaca, em preciso magistério, o eminente Professor ALEXANDRE DE MORAES (‘Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional’, p. 158/159, item n. 5.26, e p. 2.172, item n. 220.1, 7ª ed., 2007, Atlas).

Assim como o direito à crítica, destacado por Sua Excelência, entendo que os atos de mera promoção pessoal estão albergados pelo direito fundamental em destaque, tendo em vista o caráter dialético entre a crítica e o elogio.

Além da livre manifestação de pensamento, pedra angular de qualquer regime democrático, tem especial relevo nessa matéria o direito à informação, o qual, segundo Canotilho e Moreira, se desdobra em três níveis: (i) direito de informar: liberdade de transmitir informações a outrem, de as difundir sem impedimentos; pode também consubstanciar-se no direito ao acesso a meios para informar; (ii) direito de se informar: consiste na liberdade de recolha de informação; (iii) direito de ser informado: é a versão positiva do direito de se informar, consistindo no direito de ser mantido informado[15].

Na seara eleitoral, tais facetas do direito fundamental em destaque poderiam ser traduzidas na possibilidade de difundir informações sobre potenciais candidatos e partidos, na liberdade de buscar informações a respeito desses mesmos sujeitos (inclusive aquelas eventualmente qualificadas como desabonadoras) e no direito de ser mantido informado.



Em outros termos, eleitores, potenciais candidatos, partidos, meios de comunicação têm a faculdade, desde que observadas as vedações legais, de veicular, buscar e receber informações sobre os atores políticos, inclusive aquelas que assumam a forma, por exemplo, de críticas, comentários elogiosos, apresentação sobre eventuais propostas, prestação de contas à sociedade, investigação sobre a conduta de agentes públicos etc.

Enfim, nos termos do texto constitucional e dos documentos internacionais supracitados, toda pessoa, sem distinção de qualquer natureza, tem direito à liberdade de expressão e ao direito à informação, o qual somente pode ser limitado nos estritos termos da lei. E a lei eleitoral permite, entre outras condutas, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos, desde que não envolva **pedido explícito de voto**.

É bem verdade que a doutrina e a jurisprudência aludem que nenhum direito tem caráter absoluto, podendo sofrer limitações postas diretamente no próprio texto constitucional, indiretamente no texto constitucional (cláusulas de reserva explícitas) e aquelas apenas implicitamente autorizadas pela Constituição. No último caso, segundo Gilmar Mendes, a restrição é decorrência lógica da própria necessidade de convivência prática das diversas posições constitucionais[16].

Não obstante, a restrição, parta ela da lei ou do próprio Poder Judiciário, não pode afetar o núcleo essencial do direito fundamental ou ser contrária ao princípio da proporcionalidade. Como bem adverte Gilmar Mendes, citando Konrad Hesse, a proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais[17].

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 829-59, já teve a oportunidade de reconhecer a impossibilidade de nulificar ou subverter o núcleo essencial do direito fundamental. Cito, nesse sentido, trecho do voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso, *in verbis*:

Logo, tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia aberta por norma de igual hierarquia nomológica.

‘A imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento da pena privativa de liberdade’, nota MARIA LÚCIA KARAM, ‘com a vedação da progressividade em sua execução, **atinge o próprio núcleo do princípio individualizador, assim, indevidamente retirando-lhe eficácia, assim indevidamente diminuindo a razão de ser da norma constitucional que, assentada no inciso XLVI do art. 5º da Carta de 1988, o preconiza e garante**’.

Já sob este aspecto, falta, pois, legitimidade à norma inserta no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90.

Pois bem. O primeiro limite à liberdade de manifestação de pensamento está expresso no art. 5º, IV, da Constituição da República: o anonimato. Além disso, o próprio texto constitucional tutela a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando também o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X).

Além desses parâmetros constitucionais, a lei eleitoral estipula série de limitações à propaganda, como, por exemplo: a delimitação temática da propaganda partidária (art. 45 da Lei 9.096/95), a proibição de propaganda em bens públicos (art. 37 da Lei 9.504/97), a vedação do uso de *outdoors* (art. 39, § 8º, da Lei 9.504/97), a limitação de propaganda em bens particulares (art. 37, § 2º, da Lei 9.504/97), a proibição de manifestação coletiva e não silenciosa no dia da eleição (art. 39-A da Lei 9.504/97) e o repúdio ao conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, divulgado por qualquer meio (art. 58 da Lei 9.504/97).



Tais limitações decorrem de outros preceitos constitucionais, tais como o direito à igualdade, a necessária lisura das eleições, o direito à tutela da honra e da imagem, a moralidade e a impessoalidade administrativas, o direito ao meio ambiente, entre outros.

No caso da propaganda eleitoral extemporânea, os principais fundamentos para a delimitação temporal dizem respeito à igualdade entre os futuros candidatos e à limitação de gastos de campanha, bens jurídicos cuja tutela autoriza o afastamento excepcional da liberdade no debate democrático.

Entendo que, nos casos em que estiver ausente o pedido explícito de voto, esta Corte precisa adotar postura de autocontenção, sem tutelar o eleitor ou cercear o debate democrático, intervindo tão somente quando estiverem em risco esses bens jurídico-constitucionais.

De outra parte, esta Corte deve considerar, nesse período que antecede as Eleições de 2018, o conturbado momento político e econômico pelo qual o Brasil passa desde o último pleito, cenário que leva os mais variados atores, incluindo potenciais candidatos, a expressar a sua manifestação, mediante críticas, elogios, exposição de ideias, apresentação de plataformas, entre outros.

Em suma, considerado o ambiente crítico que demanda profundo debate da sociedade e gradativo amadurecimento institucional, em especial do meio político, parece-me contrassenso interpretar os arts 36 e 36-A da Lei 9.504/97 de modo a limitar a liberdade de expressão, de reprimir atos de promoção pessoal ou de certo projeto de governo, a exposição de ideias e plataformas e a veiculação de críticas, ainda que ácidas. Desde que não haja pedido de explícito de voto, a regra é a livre circulação de ideias.

Por fim, ainda a respeito desses breves marcos teóricos, é preciso considerar que, a partir da edição da Lei 13.165/2015, a duração do período de propaganda eleitoral foi drasticamente reduzida, o que, por um lado, torna as campanhas economicamente menos onerosas, mas, por outro, dificulta a disseminação das ideias dos candidatos em tempo hábil.

Diante dessa nova realidade, afigura-se salutar que os pretensos candidatos debatam as suas ideias com a sociedade, desde que por meio de ações moderadas, que não contenham pedido de voto nem se revistam do caráter de atos ostensivos de campanha. Sem esse debate mais qualificado, dificilmente haverá a renovação política que alguns tanto almejam.

Não obstante, conforme asseverei no julgamento do AgR-AI 9-24, de relatoria do eminente Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, na sessão de 29.8.2017, pretendo ter visão bem mais atenta no que se refere aos eventos próprios de campanha, grandiosos e que abrangem grande percurso, os quais afetam a importante baliza da democracia, que é a igualdade de oportunidades, pois aqueles que têm mais recursos acabam prevalecendo e tendo maior exposição.

Também seriam passíveis de apuração situações de fraude à lei, nas quais o autor da mensagem, conquanto não veicule pedido explícito de voto, vise à burla do comando legal para, por exemplo, veicular propaganda que, mesmo em período eleitoral, seria vedada. Ainda seria possível apurar, sob essa perspectiva, a propaganda massiva, repetida, que se aproxime mais de campanha eleitoral do que de divulgação de ideias.

De igual sorte, além da questão relativa à antecipação da propaganda eleitoral, seria possível, em tese, os fatos serem examinados sob o ângulo do abuso, caso venha a ser constatada situação realmente grave a ponto de acarretar a quebra de igualdade entre candidaturas.

Afinal, como já assentou esta Corte, *“ainda que não possam ser sempre e indistintamente qualificados como propaganda eleitoral, os atos de promoção pessoal, em determinadas circunstâncias, podem configurar abuso de poder econômico”* (RP 1436-39, rel. Min. Joelson Dias, PSESS em 10.8.2010).

Na mesma linha: Cta 704, rel. Min. Fernando Neves, DJ de 21.6.2002.



Por último, ante os imperativos de transparência e moralidade que devem permear o debate político-eleitoral, os eventuais custos dos atos de promoção pessoal não qualificados como propaganda extemporânea deverão estar lastreados em documentação comprobatória, passível de aferição, entre outros, pelo Ministério Público Eleitoral e pela Justiça Eleitoral.

Postas essas premissas, passo ao exame do caso concreto.

Na espécie, o Ministério Público Eleitoral imputa propaganda eleitoral antecipada em razão da veiculação de vídeo no qual o representado aparece praticando atividades, em conjunto com áudio com o seguinte teor (documento 78.660):

Pode ir armando o coreto e preparando aquele feijão preto, eu to voltando.

Põe meia dúzia de Brahma pra gelar, muda a roupa de cama, eu to voltando.

Leva o chinelo pra sala de jantar... Que é lá mesmo que a mala eu vou largar.

Quero te abraçar, pode se perfumar porque eu to voltando.

Além disso, segundo o representante, “a utilização de expressões como “**eu to voltando**” e “**LULA 2018**” revela a pretensão do ex-Presidente em anunciar a sua futura candidatura, bem como faz referência explícita ao pleito vindouro”(documento 78.660).

Porém, como é de fácil percepção, a suposta menção à candidatura não foi acompanhada de pedido explícito de voto, o que, por si só, é suficiente para afastar a extemporaneidade da propaganda.

Na verdade, **a mensagem trata de mera especulação**, a qual não configura propaganda eleitoral extemporânea quando desacompanhada do pedido explícito de voto.

Ademais, não há prova do prévio conhecimento do candidato beneficiado.

Com efeito, pelo que depreende da própria inicial, a divulgação do vídeo ocorreu nas seguintes URLs:

§ <https://www.youtube.com/watch?v=15_RRinz6dE>;

§ <<https://www.youtube.com/watch?v=0fIL1YDZpLw>>; e

§ <<https://www.youtube.com/watch?v=HYG9I-Yr5xo>>.

Ao acessar a primeira URL descrita na petição (https://www.youtube.com/watch?v=15_RRinz6dE), verifica-se que o mesmo vídeo objeto da presente representação é veiculado com o título “Lula 2018, com Simone”, no canal “Conversa Afiada com Paulo Henrique Amorim”.

Da mesma forma, vídeo com conteúdo semelhante consta da segunda URL descrita na exordial (<https://www.youtube.com/watch?v=0fIL1YDZpLw>), com o título “Ele está voltando!! Versão Rock Balboa”, no canal “Mostrar Posso”.

Já da terceira URL (<https://www.youtube.com/watch?v=HYG9I-Yr5xo>), consta vídeo que, embora aparente decorrer do mesmo contexto descrito na inicial, apresenta conteúdo substancialmente diverso – referente aos benefícios da prática de atividades físicas –, no que diz respeito tanto ao conteúdo quanto aos detalhes gráficos. Além disso, foi postado pelo usuário identificado como Roberto Starck Lemos.

Apesar das várias tentativas de identificação dos responsáveis pela veiculação desses vídeos, as diligências resultaram infrutíferas, o que levou ao representante solicitar o “*prosseguimento do feito, sem a inclusão, no polo passivo, dos responsáveis pela veiculação da propaganda impugnada*” (documento 141.490).



Diante desse contexto, bem como da inexistência de prova do prévio conhecimento do representado a respeito **da veiculação do vídeo**, também não seria possível impor eventual multa, conforme jurisprudência desta Corte:

ELEIÇÕES 2006. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE SITE OFICIAL DO GOVERNO ESTADUAL PARA PROMOVER ELEITORALMENTE A FIGURA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. CONDUTA VEDADA. CONFIGURAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. PRÉVIO CONHECIMENTO. PRESUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MULTA AFASTADA. PARCIAL PROVIMENTO.

[...]

6. Nos termos do art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/97 e da jurisprudência desta Corte, a imposição de multa àquele que é beneficiado pela propaganda antecipada depende da comprovação de seu prévio conhecimento.

7. A simples circunstância de exercer a chefia do Poder Executivo Estadual, por si só, não permite a conclusão de que o primeiro recorrente teria conhecimento do teor de todas as matérias veiculadas por agência que integra a Estrutura administrativa do Estado.

8. Recurso especial parcialmente provido para afastar, tão somente, a multa prevista no art. 36, § 3º, da Lei das Eleições, aplicada ao primeiro recorrente.

(REspe 268-38, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 20.5.2015, grifo nosso.)

ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. PRÉVIO CONHECIMENTO. MULTA. PATAMAR MÍNIMO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

1. O Tribunal Regional Eleitoral, ao analisar o conjunto probatório, constatou quanto a um dos representados a prática de propaganda eleitoral antecipada consubstanciada em divulgação de matéria em site da prefeitura sobre a visita ao município de candidato ao pleito, com desvirtuamento de seu conteúdo.

2. É indispensável a comprovação do prévio conhecimento dos beneficiários para aplicação de multa por propaganda eleitoral antecipada. Precedentes.

3. É proporcional a fixação da multa em grau mínimo quando foi minimamente lesado o bem jurídico tutelado pela norma que dispõe sobre propaganda eleitoral antecipada equilíbrio entre os candidatos ao pleito.

4. Decisão agravada mantida por seus fundamentos.

5. Agravo regimental desprovido

(AgR-AI 243-84, rel. Min. Min. Gilmar Mendes, DJe de 15. 5.2015, grifo nosso.)

Por essas razões, **voto no sentido de julgar improcedente a representação ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral em face de Luiz Inácio Lula da Silva e de Google Brasil Internet Ltda., bem como de julgar prejudicado o agravo regimental interposto contra a decisão que indeferiu a liminar.**

Não obstante, determino o encaminhamento de cópia da decisão ao Ministério Público Eleitoral que, inclusive considerados eventuais fatos futuros, poderá eventualmente adotar as medidas que entender cabíveis.



VOTO

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhor Presidente, em primeiro lugar, louvo o estudo verticalizado, empreendido pelo eminente relator. Parecem-me perfeitamente adequadas as suas conclusões à luz da liberdade de expressão e dos atuais estágios doutrinário, jurisprudencial e legislativo dessa questão.

Eu me ponho inteiramente de acordo com o fato de que uma reiteração sistemática desse tipo de comportamento pode caracterizar em tese abuso do poder a ser apurado na via própria, mas, à luz do que dispõe a lei e a ordem jurídica atuais, propaganda antecipada não me parece ter ocorrido.

Eu também me ponho de acordo com a cautela sugerida pelo eminente Ministro Admar Gonzaga, no sentido de que, diante dos imperativos da transparência e da moralidade, que devem permear o debate político-eleitoral como um todo, os eventuais custos desse tipo de promoção pessoal, não qualificados como propaganda extemporânea, devam estar lastreados em documentação comprobatória, que possa ser periciada pelo Ministério Público e pelos demais órgãos de controle no momento próprio.

Com essas considerações, eu acompanho o eminente relator.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Senhores Ministros, eu tenho dúvida sobre essa questão, já manifestada na outra sessão em um caso que coincidia com a jurisprudência pacífica do Tribunal e pedi vista do voto do Ministro Jorge Mussi. Mas, neste caso, vendo a mensagem, é evidente que é pedido explícito. É claro que a legislação não o diz: “Pedir voto”. E claro que os publicitários tentarão contornar essa fórmula. Mas as expressões “Está voltando”, “2018” e coisas do tipo não deixam nenhuma dúvida, a meu ver, em relação a esse propósito.

Diante da legislação, não podemos esperar que o pedido explícito de voto se dê, expressamente, “Vote em mim”. Haverá sempre uma elaboração, até porque, se há uma especialidade que os *experts* da publicidade realmente desenvolvem, é a de trabalhar com essas sutilezas.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, abstratamente considerando, essa é uma mensagem importante que se passa: de que nós não vamos nos ater à pior interpretação, que é a literal. E ninguém vai fazer propaganda, que tenha um marqueteiro de última categoria, pedindo voto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Isso não vai ocorrer, diante da legislação. Assim, parece-me que devemos levar isso em consideração.

VOTO (vencido)



O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Senhor Presidente, eu concordo inteiramente com as observações que Vossa Excelência acaba de fazer.

Há um pequeno detalhe que me chama a atenção. É que não há, em nenhum momento, a fala do provável pré-candidato, ele não se dirige a ninguém, nem pedindo voto, nem fazendo apologia de si próprio, como também não há nenhum indicativo, como bem disse o eminente relator, de que o pretense pré-candidato sabia dessas coisas que estavam sendo apresentadas, embora possamos inferir que ele sabia.

Eu penso que é mais importante esse julgamento para o futuro do que propriamente para esta causa. Devemos sinalizar no sentido que Vossa Excelência indicou.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Eu fico com a impressão de que é algo explícito.

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Se Vossa Excelência me permite, faço uma pequena observação. O Professor Umberto Eco nos ensina que, quando se aprecia qualquer obra de arte, há duas posturas ou duas visões possíveis, uma antropocêntrica, que é em relação à pessoa que produziu, e outra operocêntrica, que é a obra que saiu realmente da cabeça privilegiada do autor.

No caso, parece-me que a obra tinha essa finalidade, pois, do contrário, não tinha razão para ser exibida.

Eu participo do pensamento de Vossa Excelência. Penso que é preciso, realmente, sinalizar para que essas coisas sejam inibidas, senão haverá uma espécie de torrente incontrolável de artifícios, de artimanhas, de escapatórias, o que não é bom para a democracia, nem para o pleito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): O Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, inclusive, falou da questão – que também o Ministro Admar infere – relacionada aos gastos. Daqui a pouco estaremos discutindo também possível abuso de poder econômico nesse contexto, nessa fase pré-eleitoral, com todas as consequências e com repercussão sobre a própria autoridade do Tribunal Superior Eleitoral.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI: Senhor Presidente, na espécie, parece-me que se trata de mera promoção pessoal, sem o pedido expresso, como ouvimos, aqui, de voto, e não havendo, como disse o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, prévio conhecimento do beneficiado a respeito da propaganda supostamente extemporânea, razão por que estou acompanhando o voto do eminente relator, julgando improcedente a representação.

VOTO (vencido)



O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, há uma máxima que é consagrada em todos os instrumentos processuais que é *notorium non eget probatione*, ou seja, os fatos notórios independem de prova. Todos nós sabemos que o protagonista dessa participação midiática é o candidato. Qualquer criança sabe disso, aliás, como Vossa Excelência diz, até as pedras sabem.

Pois bem, se o vídeo se limitasse à demonstração de aptidão física, eu até concederia verossimilhança ao que o eminente advogado sustentou: que o representado estava se recuperando de uma doença – e somos solidários em relação a isso.

Mas “Eu estou voltando”, “2018”. Por que não “2020”? Estou voltando amanhã. Estou voltando em 2018, porque é o ano das eleições. E, evidentemente, aqui tivemos uma propaganda eleitoral antecipada.

Concordo, inclusive, com a mensagem que Vossa Excelência sugere para que todos tenham conhecimento.

Voto pela procedência.

MATÉRIA DE FATO

O DOUTOR GUILHERME QUEIROZ GONÇALVES (advogado) Senhor Presidente, uma questão de fato, para esclarecer. O vídeo com a música *Estou Voltando* foi editado e publicado no YouTube por terceiros. Não é o canal oficial utilizado pela assessoria do representado.

MATÉRIA DE FATO

O DOUTOR HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS (vice-procurador-geral eleitoral): Pela ordem, Senhor Presidente. A representação do Ministério Público afirma que no filme consta um *frame* dando crédito ao Instituto Lula, o que afasta a hipótese de absoluto desconhecimento e de inocência do candidato em relação ao tema.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, compartilho da preocupação de que o Tribunal Superior Eleitoral deve orientar e tomar posição firme a respeito do tema.

Tenho também manifestado meu entendimento quanto à interpretação do dispositivo legal, que agora condiciona a propaganda ao pedido expresso de voto. E não preciso recorrer à semiologia, à semiótica, para compreender que as mensagens, as comunicações entre os humanos, fazem-se não só pelos vocábulos, pelos fonemas, mas pelas imagens, pelos sons.

Compreendo tudo isso. Compreendo também que há hipóteses em que é totalmente desnecessário o pedido de “Vote em mim” para que se entenda expresso ou explícito o pedido de voto.



Mas, neste caso, com todo o respeito às compreensões contrárias, louvo o relator por ter pedido que fosse projetado o vídeo, porque a minha sensação foi bem diferente. Vendo o vídeo, não o compreendi como pedido de “Vote em mim em 2018”, e sim como a comunicação: “Eu estou vivo”. Ele está lá fazendo exercícios. Foi como senti a propaganda.

Na verdade, isso se deu dentro de um contexto, motivo pelo qual, pedindo vênias a Vossa Excelência, acompanho o eminente relator. E sugiro que sempre se traga o vídeo. Pelo menos para mim, ele foi decisivo, hoje, para o meu convencimento.

VOTO (vencido)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Senhores Ministros, eu peço vênias ao relator e aos que o seguiram para acompanhar o voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Penso que estamos diante de um caso com forte simbolismo, e isso certamente vai refletir e um precedente vai marcar as próximas tentativas. Por isso é importante que estabeleçamos balizas.

O relator, pelo menos, traz a ideia de que pode haver interação e isso pode contaminar todo o processo.

É grande a responsabilidade deste Tribunal, para não permitir um tipo de vale-tudo. Porque, se nós formos, de fato, aguardar o pedido explícito de voto... Há muito tempo existe a ideia da *merchandising* – assistimos a um filme ou novela em que vemos um carro que é usado, ou situações específicas que são indutoras de um tipo de propaganda: “Consuma”, “Compre” e coisas do tipo.

É evidente que a publicidade brasileira está entre as melhores do mundo e a publicidade política igualmente, que se beneficia muito dessa *expertise*.

Certamente não veremos em todos os filmetes que vão aparecer, doravante, pedido de voto. Serão situações muito charmosas e sensíveis, mas precisamos estar atentos, porque os desdobramentos que podem advir de uma decisão como essa podem estimular a percepção de que quem quiser pode fazer tudo. Então, podemos ter sérios problemas em face da própria credibilidade da legislação e daquele que deve ser o guardião da legislação, inclusive no que diz respeito à igualdade de chance.

Portanto, eu peço todas as vênias ao relator para acompanhar o voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho e o do Ministro Luiz Fux nesse sentido, porque me parece grande a responsabilidade deste Tribunal e é importante que façamos esforço de fixar uma diretiva, pois pedido explícito de voto não é “Vote em mim”, é mais do que isso e será muito mais recôndito, mais escamoteado. É natural que os candidatos se pautem por essa orientação. Os advogados não vão permitir, muito menos os seus conselheiros publicitários.

Portanto, parece-me grande a responsabilidade do Tribunal no que diz respeito a essa matéria.

[1] Art. 36 da Lei 9.504/97 (redação original) – A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição.

§ 1º Ao postulante a candidatura a cargo eletivo é permitida a realização, na quinzena anterior à escolha pelo partido, de propaganda intrapartidária com vista à indicação de seu nome, vedado o uso de rádio, televisão e *outdoor*.



§ 2º No segundo semestre do ano da eleição, não será veiculada a propaganda partidária gratuita prevista em lei nem permitido qualquer tipo de propaganda política paga no rádio e na televisão.

§ 3º A violação do disposto neste artigo sujeitará o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário, à multa no valor de vinte mil a cinquenta mil UFIR ou equivalente ao custo da propaganda, se este for maior.

[2] Confirmam-se, entre muitos outros:

Propaganda eleitoral antecipada. Art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/97. Multa. Mensagem de agradecimento. Jornal. Caracterização.

1. A fim de verificar a existência de propaganda subliminar, com propósito eleitoral, não deve ser observado tão-somente o texto dessa propaganda, mas também outras circunstâncias, tais como imagens, fotografias, meios, número e alcance da divulgação.

2. Hipótese em que as circunstâncias registradas no acórdão recorrido trazem clara mensagem de ação política, em que se destaca a aptidão do beneficiário da propaganda para exercício de função pública.

3. Reexame de matéria fática. Impossibilidade. Dissenso jurisprudencial. Ausência.

Recurso não conhecido.

(REspe 19.905, rel. Min. Fernando Neves, *DJ* de 22.8.2003, grifo nosso.)

Agravo regimental. Recurso especial. Representação. Propaganda eleitoral extemporânea. Distribuição. Tabela. Copa do mundo. Decisão regional. Configuração. Infração. Art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/97. Reexame. Fatos e provas.

Impossibilidade. Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal. Incidência.

1. Configura-se propaganda eleitoral extemporânea quando se evidencia a intenção de revelar ao eleitorado, mesmo que de forma dissimulada, o cargo político almejado, ação política pretendida, além dos méritos habilitantes do candidato para o exercício da função.

(REspe 261-73, rel. Min. Caputo Bastos, *DJ* de 19.12.2006, grifo nosso.)

[3] REspe 19.331, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 7.12.2001.

[4] REspe 21.656, rel. Min. Peçanha Martins, *DJ* de 15.10.2004.

[5] AgR-REspe 26.065, rel. Min. José Delgado, *DJ* de 24.10.2006.

[6] AgR-REspe 26.196, rel. Min. Gerardo Grossi, *DJ* de 13.12.2006.

[7] AgR-AI 7.271, rel. Min. Gerardo Grossi, *DJ* de 2.5.2007.

[8] ED-AI 10.010, rel. Min. Arnaldo Versiani, *DJe* de 1º.2.2010.

[9] AgR-REspe 29.202, rel. Min. Felix Fischer, *DJe* de 14.4.2010.

[10] Cito, por exemplo:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. CONFIGURAÇÃO. NÃO PROVIMENTO.



1. A Súmula nº 182/STJ incide no agravo de instrumento interposto pelo agravante, pois este não infirmou o fundamento da decisão regional que negou seguimento ao recurso especial, limitando-se a repetir os argumentos do especial.

2. A jurisprudência deste Tribunal já se firmou no sentido de que configura propaganda eleitoral antecipada qualquer manifestação que, previamente aos três meses anteriores ao pleito e fora das exceções previstas no artigo 36-A da Lei nº 9.504/97, leve ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura ao futuro pleito ou as razões que levem a inferir que o beneficiário seja o mais apto para a função pública. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.

(AI 35-72, rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 17.10.2013.)

Representação. Propaganda eleitoral antecipada.

1. Configura propaganda antecipada a manifestação, ainda que dissimulada ou subliminar, que leve ao conhecimento geral a candidatura, a ação política que se pretende desenvolver ou as razões que façam inferir ser o beneficiário o mais apto para a função pública.

2. Para examinar a alegação do agravante de que a sua fala não teve o intuito de promover sua própria figura, mas de informar, e rever a conclusão da Corte de origem de que, no caso, ficou configurada a propaganda eleitoral antecipada, seria necessário o reexame de fatos e provas, vedado em sede de recurso especial, a teor da Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal.

3. A multa fixada dentro dos limites legais não ofende os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Agravo regimental não provido.

(REspe 3904-62, rel. Min. Arnaldo Versiani, *DJe* de 16.11.2012.)

[11] AgR-REspe 521-91, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* de 4.8.2015; RP 590-80, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* de 25.8.2014; e AgR-REspe 2140-41, rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* de 28.2.2014.

[12] Nessa linha: “*De acordo com o atual entendimento deste Tribunal Superior, desde que inexistente pedido expresso de votos, a menção à possível candidatura, acompanhada da divulgação do número com o qual pretende concorrer o pré-candidato em rede social (Facebook), não configura propaganda eleitoral antecipada*” (AgR-REspe 37-93, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* de 29.5.2017).

[13] Igualmente: “*Com o advento da Lei 13.165/2015 e a consequente alteração sucedida no âmbito do art. 36-A da Lei das Eleições, bem como até mesmo já considerando a evolução jurisprudencial do tema, a configuração da infração ao art. 36 da Lei 9.504/97, em face de fatos relacionados à propaganda tida por implícita, ficou substancialmente mitigada, ante a vedação apenas ao pedido explícito de votos e com permissão da menção à pré-candidatura, exposição de qualidades pessoais e até mesmo alusão a plataforma e projetos políticos (art. 36-A, I, da Lei 9.504/97)*” (AgR-REspe 93-65, rel. Min. Admar Gonzaga, *DJe* de 11.9.2017).

[14] Cito, por fim: “*Embora possa ser facilmente depreendida pelas expressões e frases utilizadas nos brindes e camisetas a intenção de promover a reeleição do agravado, essa forma de propaganda dissimulada não encontra vedação na norma*” (AgR-REspe 12-06, rel. Min. Admar Gonzaga, *DJe* de 19.9.2017).

[15] CANOTILHO, José J. Gomes e MOREIRA, Vital. Apud REBELO, Maria da Glória Carvalho. **A Responsabilidade Civil pela Informação Transmitida pela Televisão**. Lisboa: LEX, 1998, p. 35.



[16] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 210.

[17] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.* p. 214.

EXTRATO DA ATA

RP (11541) nº 0601161-94.2017.6.00.0000/DF. Relator: Ministro Admar Gonzaga. Representante: Ministério Público Eleitoral. Representado: Luiz Inácio Lula da Silva (Advogados: Guilherme Queiroz Gonçalves – 37961/DF e outros). Representado: Google Brasil Internet Ltda. (Advogados: Eduardo Luiz Brock – 91311/SP e outros).

Usaram da palavra, pelo representado Luiz Inácio Lula da Silva, o Dr. Guilherme Queiroz Gonçalves e, pelo Ministério Público Eleitoral, o Doutor Humberto Jacques de Medeiros.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na representação e prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do relator. Vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux e Napoleão Nunes Maia Filho.

Composição: Ministros Gilmar Mendes (presidente), Luiz Fux, Rosa Weber, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto.

Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

SESSÃO DE 5.12.2017.*

* Sem revisão das notas de julgamento do Ministro Jorge Mussi.

