



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 108-80.
2016.6.08.0052 – CLASSE 32 – VITÓRIA – ESPÍRITO SANTO**

Relator: Ministro Admar Gonzaga

Agravante: Maycon Gabriel Guimarães de Souza

Advogados: Marcelo Souza Nunes – OAB: 9266/ES e outros

Agravados: Coligação Vitória Precisa de Todos Nós e outro

Advogados: Rodrigo Lisbôa Corrêa – OAB: 14588/ES e outros

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PESQUISA ELEITORAL. DIVULGAÇÃO SEM PRÉVIO REGISTRO.

1. A divulgação de pesquisa eleitoral, sem prévio registro na Justiça Eleitoral, em grupo do Whatsapp, configura o ilícito previsto no art. 33, § 3º, da Lei 9.504/97.

2. Para que fique configurada a divulgação de pesquisa eleitoral, sem prévio registro na Justiça Eleitoral, nos termos do art. 33, § 3º, da Lei 9.504/97, basta que tenha sido dirigida para conhecimento público, sendo irrelevante o número de pessoas alcançado pela divulgação e sua influência no equilíbrio da disputa eleitoral.

3. O acórdão desta Corte, proferido no julgamento do REspe 74-64, rel. Min. Dias Toffoli, DJE de 15.10.2013 – no qual se assentou que a emissão de opiniões políticas em páginas pessoais de eleitores no Facebook ou no Twitter não caracteriza propaganda eleitoral –, não se aplica aos casos de pesquisa eleitoral, sem prévio registro.

Agravo regimental a que se nega provimento.

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

Brasília, 30 de maio de 2017.


MINISTRO ADMAR GONZAGA – RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhor Presidente, Maykon Gabriel Guimarães de Souza interpôs agravo regimental (fls. 253-268) contra decisão de lavra do eminente Ministro Henrique Neves da Silva, então relator, que negou seguimento ao seu recurso especial, mantendo a procedência de representação por divulgação de pesquisa eleitoral sem registro prévio, com a aplicação de multa no mínimo legal, nos termos do art. 33, § 3º, da Lei 9.504/97.

O agravante alega, em suma, que:

- a) o aresto citado na decisão agravada diz respeito a publicação realizada no perfil do candidato no Facebook – desse modo, não tem similitude com o caso dos autos, que trata de mensagem de whatsapp, com caráter restrito, como é o caso das mensagens “*in box*” do Facebook –;
- b) este Tribunal já se manifestou no sentido de que divulgação de pesquisa eleitoral sem o prévio registro por meio de mensagem “*in box*” do Facebook não configura o ilícito do art. 33 da Lei 9.504/97;
- c) a decisão agravada não levou em consideração o dissídio jurisprudencial entre o acórdão regional e precedentes do TRE/ES e desta Corte.

Requer o provimento do agravo regimental, a fim de que o recurso especial seja conhecido e provido.



VOTO

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA (relator): Senhor Presidente, o agravo regimental é tempestivo. A decisão agravada foi publicada em 5.5.2017, sexta-feira (fl. 252), e o apelo foi interposto em 10.5.2017, quarta-feira (fl. 253), por advogado habilitado nos autos (procuração à fl. 42).

Reafirmo os fundamentos da decisão agravada (fls. 246-251):

O recurso especial é tempestivo. O acórdão atinente ao julgamento dos embargos de declaração foi publicado em 27.10.2016 (fl. 186), e o apelo foi interposto em 30.10.2016 (fl. 192) por advogados habilitados nos autos (procuração à fl. 42).

O Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo manteve a procedência de representação por divulgação de pesquisa eleitoral sem prévio registro, majorando a multa imposta pelo juízo de primeiro grau para o valor mínimo legal de R\$ 53.205,00.

O recorrente alega que a prova obtida é ilícita, pois a coligação autora não comprovou a origem da informação utilizada para embasar a condenação. Aduz, assim, que somente com autorização judicial ou de quem recebeu a mensagem, esta poderia ter sido utilizada.

Sobre a questão, destaco o seguinte trecho do acórdão regional (fls. 165-166):

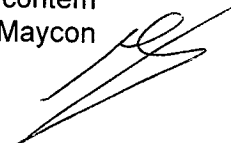
[...]

Inicialmente, passo a me manifestar acerca da alegação de ilicitude do documento que traz a conversa mantida no whatsapp, sob o argumento de que se trata de comunicação escrita que só pode ser utilizada como prova em caso de autorização judicial em razão do sigilo das comunicações telefônicas e que, no caso concreto, não se sabe como e por quem a prova foi produzida. Aponta, ainda, o recorrente julgado do STJ alicerçado em tais fundamentos.

Não lhe assiste razão.

Com efeito, no caso em apreço, o documento colacionado às fls. 07, o qual demonstra a postagem no grupo de whatsapp, não consiste em prova decorrente de apreensão de telefone ou de extração de dados realizada sem autorização judicial, a qual encontraria expresso óbice constitucional e legal.

Ao contrário, trata-se de *print screen* do grupo de conversas no whatsapp denominado "Política Capixaba", que contém diversos participantes e, entre eles, o representado Maycon Guimarães.



Logo, é certo que se tratando de grupo de uso coletivo em que é grande a probabilidade de disseminação da informação por qualquer dos integrantes do grupo e não havendo indício de que tenha ocorrido a coleta da informação a revelia da vontade de qualquer um deles, não há falar em sigilo das comunicações escritas, tampouco em prova ilícita, como faz crer o recorrente. Além disso, o *print screen* denota que foi produzido por um dos participantes do grupo, não tendo o recorrente apresentado argumentos capazes de infirmar a autenticidade do documento. Nesse sentido:

[...]

Por fim, registro que o julgado do STJ indicado pelo recorrente em muito se distancia dos fatos ora apreciados, dado que se relaciona com a extração de dados de celular, realizada sem autorização judicial, após apreensão pela polícia em flagrante delito.

[...]

Tenho como corretos os fundamentos assentados no acórdão regional.

Conforme consignado pela Corte de origem, a prova em questão consiste em print screen da conversa em que foi divulgada a pesquisa eleitoral. Com efeito, o procedimento somente poderia ter sido realizado por um dos participantes do grupo do Whatsapp.

Ademais, não há provas de que tal documento teria sido produzido ilicitamente, isto é, em decorrência de apreensão de aparelho celular ou de obtenção de dados sem prévia decisão de autoridade judicial.

Ressalte-se, ainda, que também não ficou demonstrado que a informação foi obtida contra a vontade de qualquer dos integrantes do grupo, nem contestada a sua autenticidade.

Afasto, portanto, a preliminar de ilicitude da prova.

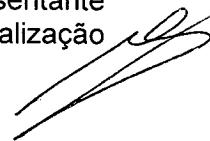
O recorrente também aponta violação ao art. 33, § 3º, da Lei 9.504/97, bem como dissenso jurisprudencial em relação a precedentes desta Corte Superior e do TRE/SE. Argumenta que as mensagens enviadas por meio de grupos fechados do Whatsapp não caracterizam a divulgação de pesquisa eleitoral sem prévio registro, pois, para tanto, seria necessária a divulgação em outros perfis ou divulgação pública, tal como no Twitter, no Facebook ou no Instagram.

Defende, ainda, que a recorrida não juntou aos autos ata notarial, a fim de demonstrar que houve de fato divulgação da pesquisa eleitoral no grupo do Whatsapp. Além disso, sustenta que não há provas de quantas pessoas participavam do grupo do Whatsapp, de quem repassou a informação à coligação recorrida nem de quem foi o responsável pela publicação.

A Corte de origem assim se manifestou sobre a matéria (fl. 167):

[...]

Os documentos juntados aos autos pelo representante correlacionam o número de telefone utilizado para a realização



da postagem e o Sr. Maycon Guimarães. De fato, os dados extraídos do facebook do Conselho Popular de Vitória indicam que o Sr. Maycon é o Diretor de Juventude do CVP e que o número de telefone é um dos contatos disponíveis pelo Conselho em sua página (fls. 09/11). Ademais, o print screen deixa claro que o autor da postagem é o Sr. Maycon (fls. 07).

Assim, os elementos presentes nos autos consistem em prova suficiente de que o representado Maycon Guimarães postou pesquisa eleitoral no whatsapp; e a ausência de ata notarial não é capaz de infirmar tal conclusão, dado que a previsão de ata notarial consiste em faculdade destinada à parte (art. 384, CPC) não sendo o único meio de prova admissível.

Também não prosperam os argumentos subsidiários de que publicação em whatsapp não pode ensejar a aplicação de multa por pesquisa não registrada, dado que se trata de publicação voltada para grupo limitado de pessoas e que não há comprovação das pessoas que receberam a publicação ou de quantas pessoas fazem parte do grupo.

Com efeito, diante de pesquisa eleitoral divulgada sem o devido registro, não é necessária a demonstração do alcance da pesquisa por meio do veículo utilizado ou das pessoas que foram atingidas, sendo irrelevante para caracterização da conduta e incidência da multa se perquirir acerca da influência da conduta no pleito.

Ademais, a divulgação de dados através de grupos coletivos no whatsapp possui ampla abrangência tanto em relação aos participantes do grupo, que recebem tais mensagens diretamente em seus smartphones de uso pessoal, quanto em relação a terceiros, tendo em conta a possibilidade real de se replicar a mensagem para diversos outros destinatários, de modo que, a meu ver, é incontestável a similaridade do uso do whatsapp com outras redes sociais, tais como o facebook e twitter.

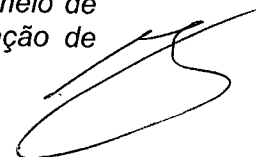
Não se pode olvidar que, ao contrário do que afirma o recorrente, o TSE já evoluiu seu entendimento acerca da possibilidade de se configurar propaganda eleitoral em redes sociais, possuindo, ainda, precedentes aplicando multa pela divulgação de pesquisa eleitoral sem registro no facebook. Confira-se:

[...]

O TRE/ES afirmou, portanto, que ficou comprovado nos autos que: i) o recorrente foi o autor da postagem; ii) houve a divulgação de pesquisa eleitoral que não havia sido registrada previamente perante a Justiça Eleitoral; iii) a ausência de ata notarial não é capaz de afastar tal conclusão.

Tais conclusões, portanto, não podem ser alteradas sem novo exame das provas dos autos, o que é inviável a teor do Verbete Sumular 24 desta Corte.

Quanto ao argumento de que as mensagens enviadas por meio de grupos fechados do Whatsapp não caracterizam a divulgação de



pesquisa eleitoral sem prévio registro, destaco o teor do art. 33, § 3º, da Lei 9.504/97, em que consta vedação em sentido diverso (verbis):

Art. 33. As entidades e empresas que realizarem pesquisas de opinião pública relativas às eleições ou aos candidatos, para conhecimento público, são obrigadas, para cada pesquisa, a registrar, junto à Justiça Eleitoral, até cinco dias antes da divulgação, as seguintes informações:

[...]

§ 3º A divulgação de pesquisa sem o prévio registro das informações de que trata este artigo sujeita os responsáveis a multa no valor de cinquenta mil a cem mil UFIR.

Conforme bem assentado pela Corte de origem, o dispositivo citado dispõe que, para a incidência da multa, é suficiente a divulgação da pesquisa sem que tenha sido anteriormente registrada perante a Justiça Eleitoral. Não estabelece, portanto, a necessidade de que a pesquisa tenha sido divulgada para um grande número de pessoas, nem de que tal conduta tenha tido influência no equilíbrio da disputa eleitoral. Basta que tenha sido dirigida para conhecimento público, o que significa dizer que veiculada para atingir um grupo de pessoas, ainda que numericamente indeterminado.

O recorrente também aponta dissídio jurisprudencial em relação ao acórdão desta Corte, proferido no julgamento do REspe 74-64, rel. Min. Dias Toffoli, DJE de 15.10.2013. Argumenta que, naquele caso, este Tribunal teria firmado o entendimento de que, nas redes sociais, como o Twitter, não há falar em propaganda eleitoral, uma vez que essa rede não leva ao conhecimento geral as manifestações nela divulgadas.

Todavia, tal precedente não se aplica à espécie, pois, aqui, o que se discute não é o debate democrático em páginas pessoais de eleitores no Facebook ou no Twitter, que, segundo esta Corte, não caracteriza propaganda eleitoral.

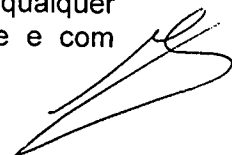
Trata-se de divulgação de pesquisa eleitoral, sem prévio registro, situação que não se confunde com a emissão de opiniões políticas pelos eleitores nas redes sociais.

A respeito da questão, destaco o seguinte julgado deste Tribunal:

ELEIÇÕES 2012. DIVULGAÇÃO DE PESQUISA. AUSÊNCIA DE REGISTRO. LEI Nº 9.504/97. ART. 33, § 3º. FACEBOOK. PÁGINA PESSOAL DO CANDIDATO. ENQUETE. MULTA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADA.

1. Não há semelhança fática entre o acórdão recorrido e o precedente que envolvia a reprodução, em páginas pessoais de eleitores, de dados previamente divulgados por institutos de pesquisa, o que, em si, não caracteriza irregularidade eleitoral, mas mero debate democrático protegido pela liberdade de expressão do pensamento.

2. O acórdão regional, no presente caso, revela situação diversa em que a divulgação dos percentuais de intenção de votos foi veiculada na página do candidato, sem qualquer esclarecimento de que se tratava de mera enquete e com



acréscimo de dados relativos à margem de erro e o título de “pesquisa eleitoral” não contidos na notícia veiculada pela imprensa escrita.

3. O candidato, como titular da página, é responsável por seu conteúdo e, como tal, responde por material postado por terceiro quando demonstrada a sua ciência prévia e concordância com a divulgação.

4. Responde pela multa do art. 33, § 3º, quem divulga resultado de pesquisa que não tenha sido previamente registrada na Justiça Eleitoral.

Recurso a que se nega provimento.

(REspe 354-79, rel. Min. Henrique Neves, DJE de 12.9.2014.)

No precedente, que dizia respeito à divulgação de pesquisa eleitoral, sem prévio registro, em página pessoal do candidato no Facebook, o eminente relator, Ministro Henrique Neves, ressaltou que “o fato de a divulgação ter ocorrido por intermédio da página do candidato no Facebook não retira a ilicitude da divulgação da pesquisa sem o prévio registro na Justiça Eleitoral, cuja obrigatoriedade está estampada no caput do art. 33 da Lei nº 9.504/97 e alcança qualquer meio de propagação da informação”.

É aplicável, portanto, na espécie, o entendimento consolidado no Verbete Sumular 30 do TSE.

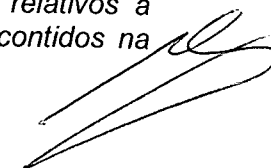
O agravante argumenta que o precedente citado na decisão agravada não se assemelha ao caso dos autos, pois diz respeito a divulgação de pesquisa eleitoral em perfil do Facebook, diferentemente do que ocorreu na espécie, em que houve a divulgação em conversa no Whatsapp.

Eis a ementa do julgado citado na decisão agravada:

ELEIÇÕES 2012. DIVULGAÇÃO DE PESQUISA. AUSÊNCIA DE REGISTRO. LEI Nº 9.504/97. ART. 33, § 3º. FACEBOOK. PÁGINA PESSOAL DO CANDIDATO. ENQUETE. MULTA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADA.

1. Não há semelhança fática entre o acórdão recorrido e o precedente que envolvia a reprodução, em páginas pessoais de eleitores, de dados previamente divulgados por institutos de pesquisa, o que, em si, não caracteriza irregularidade eleitoral, mas mero debate democrático protegido pela liberdade de expressão do pensamento.

2. O acórdão regional, no presente caso, revela situação diversa em que a divulgação dos percentuais de intenção de votos foi veiculada na página do candidato, sem qualquer esclarecimento de que se tratava de mera enquete e com acréscimo de dados relativos à margem de erro e o título de “pesquisa eleitoral” não contidos na notícia veiculada pela imprensa escrita.



3. O candidato, como titular da página, é responsável por seu conteúdo e, como tal, responde por material postado por terceiro quando demonstrada a sua ciência prévia e concordância com a divulgação.

4. Responde pela multa do art. 33, § 3º, quem divulga resultado de pesquisa que não tenha sido previamente registrada na Justiça Eleitoral.

Recurso a que se nega provimento.

(REspe 354-79, rel. Min. Henrique Neves, DJE de 12.9.2014.)

Em que pesem os argumentos do agravante, o entendimento firmado no julgado acima citado se aplica à espécie, pois também se refere a caso em que houve divulgação de pesquisa eleitoral sem prévio registro para um grupo indeterminado de pessoas.

Na ocasião, o relator, Ministro Henrique Neves, ressaltou que a ilicitude de pesquisa sem o prévio registro na Justiça Eleitoral alcança qualquer meio de propagação de informação. No caso em análise, o meio de propagação utilizado foi a rede social Whatsapp.

O agravante, contudo, reitera a alegação de divergência jurisprudencial, citando precedente do TRE/ES e o acórdão proferido por esta Corte, no julgamento do AgR-REspe 346-94, rel. Min. Luciana Lóssio, DJE de 9.9.2014. Defende que a conversa no Whatsapp se assemelha às mensagens "in box" trocadas no Facebook, que, segundo esta Corte, não caracterizariam o ilícito previsto no art. 33, § 3º, da Lei 9.504/97.

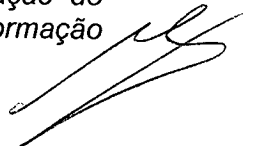
Eis a ementa do precedente invocado:

ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. PESQUISA ELEITORAL. DIVULGAÇÃO SEM PRÉVIO REGISTRO. FACEBOOK. INOCORRÊNCIA. COMUNICAÇÃO RESTRITA. DOIS INTERLOCUTORES. LIBERDADES DE PENSAMENTO E EXPRESSÃO. RESTRIÇÃO. PESQUISA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DESPROVIMENTO.

1. A mera comunicação restrita entre dois interlocutores, realizada por meio do facebook não caracteriza divulgação de pesquisa eleitoral sem o prévio registro.

2. Na espécie, a forma como a mensagem foi transmitida inbox não nos permite afirmar que houve a sua publicação em inúmeros perfis de usuários do facebook, tampouco sua divulgação pública.

3. A teor da jurisprudência desta Corte, a livre manifestação do pensamento veiculada, nos meios de divulgação de informação



disponíveis na Internet, somente estará passível de limitação nos casos em que houver ofensa a honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos.

4. *Agravo regimental não provido.*

(REspe 346-94, rel. Min. Luciana Lóssio, DJE de 9.9.2014, grifo nosso.)

Verifica-se, portanto, que o julgado invocado pelo agravante diz respeito a conversa entre dois interlocutores somente, transmitida “in box” no Facebook. Nesse caso, conforme bem asseverado pela relatora, não é possível afirmar que houve sua divulgação.

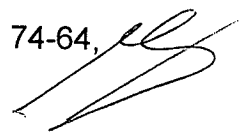
No caso dos autos, contudo, a pesquisa foi efetivamente divulgada, pois postada em um grupo do Whatsapp, conforme se verifica do seguinte trecho do acórdão regional (fl. 164):

*No caso dos autos, restou incontroverso que Maycon Guimarães **postou mensagem no grupo do aplicativo whatsapp** denominado “Política Capixaba”, contendo imagem em que aparece o resultado de uma pesquisa de intenção de votos para Prefeito de Vitória e que tal pesquisa não fora previamente registrada junto a Justiça Eleitoral em descumprimento ao disposto no art. 33 da Lei 9504/97. [Grifo nosso.]*

Não se tratou, assim, da conversa privada entre duas pessoas, mas de postagem pública, em grupo que, segundo o TRE/ES, “*contém diversos participantes e, entre eles, o representado Maycon Guimarães*” (fl. 166). A Corte Regional também consignou que a pesquisa foi divulgada em “*grupo de uso coletivo*” (fl. 166).

Ademais, reitero que o art. 33, § 3º, da Lei 9.504/97 dispõe que, para a incidência da multa, é suficiente a divulgação da pesquisa sem que tenha sido anteriormente registrada perante a Justiça Eleitoral. Não estabelece, portanto, a necessidade de que a pesquisa tenha sido divulgada para um grande número de pessoas, nem de que tal conduta tenha tido influência no equilíbrio da disputa eleitoral. Basta que tenha sido dirigida para conhecimento público, o que significa dizer que veiculada para atingir um grupo de pessoas, ainda que numericamente indeterminado.

O recorrente também aponta dissídio jurisprudencial em relação ao acórdão desta Corte, proferido no julgamento do REspe 74-64,

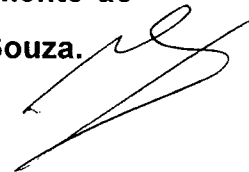


rel. Min. Dias Toffoli, *DJE* de 15.10.2013. Argumenta que, naquele caso, este Tribunal teria firmado o entendimento de que, nas redes sociais, como o Twitter, não há falar em propaganda eleitoral, uma vez que essa rede não leva ao conhecimento geral as manifestações nela divulgadas.

Entretanto, conforme assentado na decisão agravada, o que se discutiu naquele julgamento foi a possibilidade de debate em páginas pessoais de eleitores no Facebook ou no Twitter, e não a divulgação de pesquisa sem prévio registro na Justiça Eleitoral.

Reitero, portanto, que não ficou configurada a divergência jurisprudencial alegada pelo agravante.

Por essas razões, **voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental interposto por Maycon Gabriel Guimarães de Souza.**



EXTRATO DA ATA

AgR-REspe nº 108-80.2016.6.08.0052/ES. Relator: Ministro Admar Gonzaga. Agravante: Maycon Gabriel Guimarães de Souza (Advogados: Marcelo Souza Nunes – OAB: 9266/ES e outros). Agravados: Coligação Vitória Precisa de Todos Nós e outro (Advogados: Rodrigo Lisboa Corrêa – OAB: 14588/ES e outros).

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, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral em exercício, Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

SESSÃO DE 30.5.2017.