



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 110-93.
2016.6.26.0296 – CLASSE 6 – SÃO BERNARDO DO CAMPO – SÃO PAULO**

Relator: Ministro Luiz Fux

Agravante: Coligação Avança São Bernardo

Advogados: Hélio Freitas de Carvalho da Silveira – OAB: 154003/SP e outros

Agravada: Parceria Publicidade Comunicação – TV Mais ABC

Advogados: Rafael Cezar dos Santos – OAB: 342475/SP e outros

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PROPAGANDA ELEITORAL PAGA. FACEBOOK. POSIÇÃO PREFERENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS COROLÁRIOS NA SEARA ELEITORAL. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO ATACADA. DESPROVIMENTO.

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. Conquanto inexista hierarquia formal entre normas constitucionais, é possível advogar que os cânones jusfundamentais da liberdade de imprensa e de informação atuam como verdadeiros vetores interpretativos no deslinde de casos difíceis (*hard cases*).

3. A divulgação de matérias estritamente de cunho informativo e verídicas, tais como a publicação de resultado de pesquisas eleitorais devidamente registradas, não se qualifica juridicamente como propaganda eleitoral irregular, razão pela qual não incide o regime jurídico de restrição a veiculações dessa natureza contempladas na legislação eleitoral, inclusive aquela relativa à proscrição de propaganda paga.

4. No caso *sub examine*,

a) da moldura fática delineada no acórdão regional, “a publicação em comento contém imagem dos dois candidatos que então disputavam o segundo turno das eleições municipais de São Bernardo do Campo, Orlando Morando e Alex Manente, um ao lado do outro, com a seguinte mensagem título: ‘Orlando dispara no Ibope na reta final. Saiba mais: <http://tvmaisabc.com.br/orlando-dispara-no-ibope/>’ (fl. 03)”.

b) Sucede que, a despeito de a notícia ter sido veiculada por meio de *link* patrocinado na internet, não se verifica o desbordamento do seu caráter informativo, razão pela qual deve ser afastada a incidência de todo o regime jurídico de restrição às propagandas eleitorais, inclusive aquelas que proíbem a divulgação de conteúdo pago na internet.

c) Como consectário, a multa imposta deve ser afastada, com fundamento nos arts. 57-C da Lei nº 9.504/97 e 23, § 3º, da Res.-TSE nº 23.457/2015.

4. 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, 28 de novembro de 2017.

MINISTRO LUIZ FUX – RELATOR



RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, trata-se de agravo regimental interposto pela Coligação “Avança São Bernardo” contra decisão de fls. 162-168, pela qual dei provimento ao agravo e ao recurso especial eleitoral interposto por Parceria Publicidade Comunicação – TV Mais ABC para julgar improcedente a representação e afastar a multa imposta por propaganda eleitoral irregular. Eis a ementa do *decisum* agravado, *in verbis* (fls. 162):

ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL COM AGRAVO. IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA A TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO PROVIDO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO. PROPAGANDA ELEITORAL PAGA NA INTERNET. FACEBOOK. ART. 57-C DA LEI Nº 9.504/97. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA. PRESSUPOSTOS AO ADEQUADO FUNCIONAMENTO DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS. *PREFERRED POSITION* DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS COROLÁRIOS NA SEARA ELEITORAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA AFASTAR A MULTA.

Em suas razões, a Coligação “Avança São Bernardo” aduz que o Tribunal Superior Eleitoral, no exercício do poder regulamentar (art. 105 da Lei nº 9.504/97), “*equiparou propaganda eleitoral a mensagem referente ao processo eleitoral*” na redação do art. 23, § 3º, da Resolução-TSE nº 23.457/2015 (fls. 171).

Argumenta que, “*ainda que se faça o julgamento narrow e shallow (tal como sinalizado pelo Exmo. Min. Relator), o limite para tal julgamento é o conteúdo normativo do art. 23, § 3º da Res. TSE nº 23.457 que, para as eleições de 2016, foi claro ao indicar que mensagem relacionada ao pleito, ainda que proveniente de terceiro que não candidato, não pode ser impulsionada na internet por qualquer mecanismo pago*” (fls. 172).

Sustenta que “*o meio de imprensa pode divulgar, sem qualquer restrição, as mensagens relacionadas ao pleito que entende convenientes, mas não poderá impulsionar este conteúdo por meio de mecanismos pagos*”

disponibilizados por provedores de aplicação, sob pena de aviltar a lisura e isonomia da disputa eleitoral” (fls. 172).

Por fim, requer o provimento do agravo, para que o recurso especial de Parceria Publicidade Comunicação – TV Mais ABC seja desprovido.

Devidamente intimada, a Agravada deixou transcorrer *in albis* o prazo para contrarrazões, conforme certidão a fls. 179.

É o relatório suficiente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Senhor Presidente, *ab initio*, anoto que o agravo interposto pela Coligação “Avança São Bernardo” encontra-se tempestivo e subscrito por advogado regularmente constituído.

Contudo, os argumentos expendidos nas razões do regimental são insuficientes para ensejar a modificação do *decisum* recorrido, o qual deve ser mantido por seus próprios fundamentos, *in verbis* (164-168):

Ab initio, assento que o presente agravo merece ser conhecido, tendo em conta que foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal: a peça do agravo foi protocolada dentro do prazo legal e encontra-se assinada por advogado regularmente constituído nos autos (procuração a fls. 39 e substabelecimento a fls. 76).

Estando devidamente infirmada a decisão agravada, dou provimento ao agravo, nos termos do art. 36, § 4º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, e passo, desde logo, ao exame do recurso especial.

A controvérsia travada nos autos consiste em saber se o conteúdo divulgado na página da TV MAIS ABC na rede *Facebook* caracterizou (ou não) propaganda eleitoral paga na internet, nos termos do art. 57-C da Lei das Eleições.

Antes, porém, de analisar o mérito da questão, convém tecer algumas considerações sobre o tema.

Acentuo, inicialmente, que, em casos limítrofes envolvendo a propaganda eleitoral ou partidária, o que está em jogo é a própria liberdade de expressão, razão pela qual os equacionamentos de

controvérsias dessa natureza, por parte dessa Corte Superior Eleitoral, deverão pautar-se por algum componente de *minimalismo judicial*, importando para a jurisdição eleitoral as ponderações do Professor de Harvard Cass Sunstein (SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*).

Consectariamente, nas discussões envolvendo propaganda eleitoral, revela-se prudente, ainda consoante as lições de Sunstein (Cass R. *op.cit.*), que as decisões proferidas por esta Corte sejam *estreitas* (*narrow, i.e.*, decidindo casuisticamente as questões e sem generalizações) e *superficiais* (*shallow, i.e.*, sem acordos profundos nas fundamentações judiciais), sob pena de, no limite, tolher substancialmente o conteúdo da liberdade jusfundamental de expressão.

Neste pormenor, oportuno trazer à colação o magistério de Robert Dahl (Dahl, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Ed. UnB, 2001, p. 99 e ss), segundo o qual a caracterização de uma sociedade verdadeiramente democrática não exige apenas eleições livres, justas e frequentes, cidadania inclusiva e autonomia para as associações, como os partidos políticos, mas também, e sobretudo, respeito à liberdade de expressão e de fontes de informação diversificadas. Do contrário, amesquinha-se o livre mercado de ideias dentro de uma determinada comunidade política.

Fixadas essas premissas, esclareço que, como se verá, o equacionamento da discussão ora em debate não diz respeito ao reexame do complexo fático-probatório acostado aos autos, mas ao eventual reenquadramento jurídico dos fatos, notadamente constantes das transcrições das matérias impugnadas.

A requalificação jurídica dos fatos ocorre em momento ulterior ao exame da relação entre a prova e o fato, partindo-se da premissa de que o fato está devidamente provado. Trata-se, à evidência, de *quaestio juris*, que pode, ao menos em tese, ser objeto dos recursos excepcionais – extraordinário e especial.

In casu, o *decisum* da Corte Eleitoral de São Paulo consignou que a veiculação de mensagem relativa ao processo eleitoral está incluída na vedação de propaganda eleitoral paga na internet, prevista no art. 57-C da Lei das Eleições.

Vejamos excertos do julgado (fls. 86-88):

'A publicação em comentário, contém imagem dos dois candidatos que então disputavam o segundo turno das eleições municipais de São Bernardo do Campo, Orlando Morando e Alex Manente, um ao lado do outro, com a seguinte mensagem título:

'Orlando dispara no Ibope na reta final. Saiba mais: <http://tvmaisabc.com.br/orlando-dispara-no-ibope/>' (fl. 03).

[...]

Pois bem.

No caso em testilha, restou incontroverso que a atividade da recorrente é meramente jornalística, e como tal pode, resguardada pela liberdade de imprensa, noticiar e debater os

acontecimentos de interesse da sociedade, desde que sem conotação propagandística, violação da isonomia ou promoção de candidatura, atribuindo interesse jornalístico diverso aos candidatos, conforme a expressão de cada um no cenário político contemporâneo. Deve-se vedar, é certo, o excesso, o desvirtuamento, o que restou configurado na hipótese em comento.

Com efeito, malgrado não se verificar a ocorrência de propaganda eleitoral propriamente dita, constata-se tratar de evidente mensagem relativa ao processo eleitoral impulsionada mediante *link* patrocinado, que é vedado, conforme preceituam os dispositivos supratranscritos.

Como ressaltado pela ilustre sentenciante, 'apesar da publicação realizada pela representada não ser considerada propaganda eleitoral, a mera divulgação de mensagens relativas ao processo eleitoral também não pode ser efetuada de forma paga, em razão da proibição contida no artigo 23, § 3º, da Resolução 23.457/2015 do TSE' (fl. 46).

Insta destacar que, no caso em testilha, não há que se falar em matéria essencialmente jornalística-informativa, visto que possui cristalina conotação eleitoral, pois faz alusão a suposta pesquisa eleitoral que demonstrava que o candidato Orlando Morando estava 'disparado' na frente do adversário.

Ora, verifica-se que a chamada da publicação, que é o meio como os usuários daquela rede social visualizam as postagens e são atraídos a 'curti-la', 'comenta-la' ou 'compartilhá-la', não possui qualquer especificação ou dado acerca da referida pesquisa, o que se esperaria de uma matéria com conotação jornalística'.

Da moldura fática delineada no acórdão vergastado, verifico que o teor da matéria veiculada cinge-se a expor a vantagem de determinado candidato na disputa eleitoral. O fato de a notícia conter a palavra "dispara" não permite concluir que houve propaganda realizada em prol daquele candidato, benefício ou mesmo pedido de votos.

Tanto é assim que o próprio magistrado de 1º grau e o Regional reconheceram que não houve propaganda eleitoral irregular, mas, sim, 'a mera divulgação de mensagens relativas ao processo eleitoral', a qual estaria incluída na vedação do art. 57-C da Lei das Eleições.

Com efeito, o conteúdo divulgado, *concessa venia*, não denota manifesto favorecimento político direcionado a uma das partes na disputa eleitoral, capaz de afetar o equilíbrio do pleito eleitoral.

Nesse contexto, realço que o direito à crítica, quando ancorado em razões de interesse público coletivo, se situa inobjetavelmente no âmbito de proteção da liberdade de expressão. Como bem advérte o decano da Suprema Corte, Ministro Celso de Mello, '*no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se intolerável a repressão estatal ao pensamento, ainda mais quando a crítica – por mais dura que seja – revele-se inspirada pelo interesse*

coletivo e decorra da prática legítima, (...) de uma liberdade pública de extração eminentemente constitucional (CF, art. 5º, IV) (STF, Segunda Turma, AI-AgR nº 690.841/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 5.8.2011).

Nessa linha de raciocínio, destaco que, em um ambiente verdadeiramente democrático, as liberdades de expressão, de imprensa e de informação ostentam, ao menos a meu sentir, *posições preferenciais (preferred position)*. Deveras, a liberdade de expressão e seus corolários liberdade de imprensa e de informação consubstanciam pressupostos ao adequado funcionamento das instituições democráticas, reclamando, para a sua concretização, a existência da livre circulação de ideias no espaço público.

Daí que a exteriorização de opiniões, sejam elas favoráveis ou desfavoráveis, faz parte do processo democrático, não podendo, bem por isso, ser afastada, sob pena de amesquinhá-lo e, no limite, comprometer a liberdade de expressão, legitimada e legitimadora do ideário de democracia.

Frise-se, por oportuno, que, no Direito Eleitoral, o caráter dialético imanente às disputas político-elitorais exige maior deferência à liberdade de expressão e de pensamento. Neste cenário, recomenda-se a mínima intervenção do Judiciário nas manifestações e críticas próprias do embate político, sob pena de se tolher substancialmente o conteúdo da liberdade de expressão.

Destarte, nesse panorama, reputo que a Recorrente não infringiu o disposto no art. 57-C da Lei das Eleições, devendo, bem por isso, ser afastada a sanção imposta pela instância regional.

Ex positis, dou provimento ao recurso especial, com base no art. 36, § 7º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, para reformar o acórdão regional, a fim de julgar improcedente a Representação Eleitoral e afastar a multa dela decorrente.

Reitero que o *telos* subjacente à norma inserta no art. 57-C da Lei nº 9.504/1997, reproduzida no art. 23 da Res.-TSE nº 23.457/2015, é evitar o abuso do poder econômico por meio de divulgação de conteúdo patrocinado na internet que possa favorecer e conseqüentemente desequilibrar a disputa eleitoral.

Não obstante uma leitura apressada e literal do § 3º do art. 23¹ da mencionada Resolução possa levar à conclusão de que qualquer veiculação de notícia referente ao processo eleitoral é vedada, não se pode

¹ Res.-TSE nº 23.457/2015. Art. 23. Na Internet é vedada a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga (Lei nº 9.504/1997, *caput*).

[...]

§ 3º A divulgação de propaganda e de mensagens relativas ao processo eleitoral, inclusive quando proveniente de eleitor, não pode ser impulsionada por mecanismos ou serviços que, mediante remuneração paga aos provedores de serviços, potencializem o alcance e a divulgação da informação para atingir usuários que, normalmente, não teria acesso ao seu conteúdo.

dissociar a sua interpretação do *caput* do artigo no qual está inserido. A conduta que a norma em comento visa coibir é a propaganda eleitoral paga na Internet, abrangendo não somente a propaganda explícita por meio de pedido de votos, mas também toda a divulgação de informação tendenciosa e desleal que, por meio do poder econômico, possa afetar a isonomia entre os candidatos e desequilibrar o pleito.

Nessa toada, reitero o que já assentado na decisão agravada, no sentido de que a exteriorização de informações e opiniões, por meio da imprensa, faz parte do processo democrático, não podendo, bem por isso, ser afastada, sob pena de amesquinhá-lo e, no limite, comprometer a liberdade de expressão, legitimadora do ideário de democracia.

Nesse mesmo sentido:

ELEIÇÕES 2016. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECISÃO INDIVIDUAL. RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. LINK PATROCINADO EM FACEBOOK. NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 57-C DA LEI 9.054/97. NÃO INCIDÊNCIA.

[...].

3. Na linha da jurisprudência deste Tribunal Superior, a proibição da propaganda paga na internet com base no art. 57-C da Lei 9.504/97 somente incide quando a publicação tenha conotação eleitoral, referindo-se a vedação à proibição de propaganda eleitoral no curso da campanha.

[...].

Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(REspe nº 31-17/SP, Rel. Min. Admar Gonzaga, DJe de 14.11.2017).

Ex positis, nego provimento ao agravo.

É como voto.

Retifique-se a classe processual.

EXTRATO DA ATA

AgR-REspe nº 110-93.2016.6.26.0296/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Agravante: Coligação Avança São Bernardo (Advogados: Hélio Freitas de Carvalho da Silveira – OAB: 154003/SP e outros). Agravada: Parceria Publicidade Comunicação – TV Mais Abc (Advogados: Rafael Cezar dos Santos – OAB: 342475/SP e outros).

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

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 28.11.2017.