



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 414-92.2016.6.25.0014 – CLASSE 32
– ROSÁRIO DO CATETE – SERGIPE

Relator: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto

Recorrente: Ministério Público Eleitoral

Recorrido: Domingos Sávio de Oliveira

Advogado: Fabiano Freire Feitosa – OAB: 3173/SE

ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. PESQUISA ELEITORAL SEM PRÉVIO REGISTRO. GRUPO DE WHATSAPP. NÃO CARACTERIZAÇÃO. COMUNICAÇÃO RESTRITA AOS VÍNCULOS DE AMIZADE. DESPROVIMENTO. INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33 DA LEI Nº 9.504/97.

1. A busca do equilíbrio entre as garantias constitucionais da liberdade de informação e a proteção da veracidade dos dados divulgados ao longo do pleito eleitoral demanda o constante redimensionamento do rigor dispensado pela Justiça Eleitoral em relação ao tema das pesquisas de opinião, com vistas a resguardar a manutenção das boas práticas democráticas.

2. Ferramentas como o WhatsApp e assemelhadas (*Telegram, Viber, Hangouts, Skype, Chaton, Line, Wechat, Groupme*) podem apresentar feições diversas, a saber, de cunho privado ou público, ao viabilizarem a interação individual ou por meio de conversas em grupos e até por videoconferências.

3. Diante dos desafios impostos por essa nova sociedade informacional, o julgador deverá aferir se houve, em cada caso, um legítimo direito de expressão e comunicação ou se, por outro lado, a informação foi veiculada com intuito de interferir no comportamento do eleitorado, se teve a aptidão para levar ao “conhecimento público” o resultado da pesquisa eleitoral e, dessa forma, interferir ou desvirtuar a legitimidade e o equilíbrio do processo eleitoral. Para tanto, poderá basear-se em alguns

elementos ou sintomas denunciadores de que a divulgação dos dados extrapolou a esfera particular, tais quais: i) uso institucional ou comercial da ferramenta digital; ii) propensão ao alastramento de informações; iii) interesses e número de participantes do grupo; iv) finalidade e nível de organização e/ou institucionalização da ferramenta; v) características dos participantes e, principalmente, do criador ou responsável pelo grupo, pela mídia ou rede social, uma vez que, a depender do seu grau de liderança ou da atuação como formador de opinião, aumenta a potencialidade da informação para atingir um público diversificado, em ambiente propício à manipulação dos interlocutores.

4. *In casu*, a dimensão atribuída ao termo “conhecimento público” não restou assentada nas premissas apresentadas pela Corte Regional, instância exauriente na análise dos fatos e provas. Contudo, não há olvidar-se a facilidade do acesso contemporâneo à tecnologia e, por consequência, à informação, nos diversos canais existentes na atualidade.

5. Recurso especial desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em negar provimento ao recurso especial eleitoral, nos termos do voto do relator.

Brasília, 6 de março de 2018.


MINISTRO TARCÍSIO VIEIRA DE CARVALHO NETO = RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhor Presidente, cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Eleitoral manejado contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe (TRE/SE) que deu provimento a recurso eleitoral e julgou improcedente a representação por divulgação, via WhatsApp, de pesquisa eleitoral sem prévio registro.

O acórdão recorrido foi assim ementado:

ELEIÇÕES 2016. RECURSO ELEITORAL. PESQUISA ELEITORAL. DIVULGAÇÃO DE PESQUISA ELEITORAL SEM PRÉVIO REGISTRO. GRUPO DE *WHATSAPP*. NÃO CARACTERIZAÇÃO. APLICATIVO DE BATE PAPO. COMUNICAÇÃO RESTRITA AOS VÍNCULOS DE AMIZADE. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO.

1. O *WhatsApp* consiste em um aplicativo de bate papo entre pessoas e, normalmente, essa comunicação está restrita aos seus vínculos de amizade e a pessoas autorizadas pelo usuário administrador do grupo.
2. Não há falar em divulgação de pesquisa eleitoral sem prévio registro realizada por meio do *WhatsApp*, uma vez que essa rede social não leva ao conhecimento geral as manifestações nela divulgadas.
3. Recurso conhecido e provido. (Fl. 67)

Nas razões do apelo especial, o Ministério Público Eleitoral apontou divergência jurisprudencial quanto ao entendimento sobre a capacidade do alcance das mensagens encaminhadas pelo WhatsApp, apto à caracterização do ilícito previsto no art. 33, § 3º, da Lei nº 9.504/97.

Em contrarrazões, o recorrido apresentou preliminares que impedem o conhecimento do recurso: a) a impossibilidade do reexame da prova em sede de apelo especial; b) ausência de violação a dispositivo legal; e c) inexistência de dissídio jurisprudencial.

No mérito, sustentou que não se pode considerar divulgação de pesquisa eleitoral em grupo de WhatsApp, em razão da visualização restrita aos seus membros.

A Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pelo provimento do recurso especial (fls. 93-97).

Na decisão de fls. 99-107, a e. Min. Luciana Guimarães Lóssio negou seguimento ao recurso especial e manteve a improcedência da representação.

Contra esta decisão o *Parquet* interpôs agravo regimental, no qual requereu maior debate do colegiado quanto à controvérsia referente a divulgação de informações nas redes digitais.

Na ocasião, o Ministério Público Eleitoral citou decisão anterior desta Corte, no sentido de que se aplica a multa do § 3º do art. 33 da Lei nº 9.504/97 em hipótese de mera divulgação da pesquisa eleitoral em redes sociais sem o cumprimento das exigências legais.

Contrarrazões às fls. 118-126.

Na decisão proferida em 23 de junho de 2017, dei provimento ao agravo regimental, exclusivamente para submeter o recurso especial a julgamento pelo Plenário, a fim de que a relevante matéria versada no presente feito seja descortinada com verticalidade maior.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): Senhor Presidente, na espécie, o Tribunal Regional reformou a sentença e, por maioria, julgou improcedente a representação, sob o fundamento de que se cuida de hipótese de mero exercício do direito individual à livre manifestação do pensamento garantido pela Constituição, e não uma divulgação de pesquisa eleitoral sem o prévio registro.

Eis a fundamentação constante no voto condutor:



A matéria atinente às pesquisas eleitorais está disciplinada no art. 33, § 3º, da Lei nº 9.504/97, e replicado no artigo 10 da Resolução TSE nº 23.453/15, que assim dispõem:

Lei nº 9.504/97

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 à multa no valor de cinquenta mil a cem mil UFIR.

Res. TSE nº 23.453/15

Art. 10. A divulgação de pesquisa sem o prévio registro das informações constantes do art. 1º desta resolução sujeita os responsáveis à multa no valor de R\$ 53.205,00 (cinquenta e três mil duzentos e cinco reais) a R\$ 106.410,00 (cento e seis mil quatrocentos e dez reais) (Lei nº 9.504/97, art. 33, § 3º).

Portanto, de acordo com os comandos normativos acima citados, imperativo se torna que todas as pesquisas de opinião pública relativas às eleições ou aos candidatos que disputam o pleito eleitoral, demandam registro prévio na Justiça Eleitoral para que seus resultados possam ser divulgados para o eleitorado.

Assim, mediante a rígida obediência aos critérios estabelecidos pela Resolução do Tribunal Superior Eleitoral que rege a matéria, permite-se que se faça a divulgação de pesquisa eleitoral, ressaltando que não cabendo à Justiça Eleitoral intervir nas relações travadas unicamente entre particulares, cujo âmbito de incidência não pretendeu a norma alcançar.

Voltando a situação dos autos, foram relacionados no grupo denominado “BLOG do CATETE” de *Whatsapp* as postagens contendo os seguintes termos:

“Pesquisa Eleitoral Para Prefeito de Rosário do Catete

Helinho - 22,8% Laércio Passos - 22,2% Monteirinho - 15% Indecisos 19% Nulo 21% Para Vereador 1 - Wagner Quintela 15% 2 - Elton Lima 11% 3 - Dedeu 10% 4 -Amélia Resende 9% 5 - Alex 8% 6 - Murilo 8% 7 - Delson 7% 8 - Maura 7% 9 -Maria José 6% 10 - Bito 5% 11 - Alik 4% 12 - George 3% 13 - Veto 2% 14 -Tonho1% 15-Lio 1% 16- Waltinho 1% 17-Gean1% 19-Daí 1%.

Segundo as pesquisas já estamos na frente do atual prefeito com mais de 5 pontos percentuais.

Muito obrigado e Deus abençoe a todos nós. Domingos Sávio”

Ao analisar os conteúdos das postagens acima referidas, em que pese tragam em seu bojo a divulgação dos dados da

pesquisa de forma sistematizada, contendo os nomes dos candidatos, os percentuais de intenção de votos de cada um, o número de eleitores indecisos e o quantitativo de votos nulos e branco, tudo a revelar uma pesquisa dotada de rigor técnico e metodologia científica, conclui-se que tais mensagens, tomadas como fundamento para a procedência parcial de representação em desfavor do ora recorrente, trataram-se de comunicações restritas a um grupo fechado de interlocutores, no caso o grupo "BLOG do CATETE" de *Whatsapp*. Em nenhum momento foi trazido aos autos elementos que comprovem ter o recorrente tornado públicas em algum perfil de rede social os resultados da pesquisa eleitoral impugnada, tornando-as amplamente acessíveis aos demais usuários da rede mundial de computadores.

Vê-se, portanto, ser incontroverso, na espécie, que a forma como as mensagens foram transmitidas, via grupo fechado de *Whatsapp*, não nos permite afirmar que houve a sua divulgação em outros perfis de usuários, tais como *Facebook* ou *Instagram*, tornando a divulgação pública, como requer o comando normativo contido no art. 33, *caput*, da Lei nº 9.504/97.

Nessa linha, inclusive, já decidiu o TSE, no julgamento do REspe nº 7464/RN, Relator Ministro Dias Toffoli, ocasião em que restou assentado não constituir propaganda eleitoral antecipada a veiculação de mensagem por meio do *Twitter*, por se tratar de uma conversa entre pessoas. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. DIVULGAÇÃO DE DISCURSOS PROFERIDOS EM EVENTO PARTIDÁRIO POR MEIO DO TWITTER. TWITTER É CONVERSA ENTRE PESSOAS. RESTRIÇÃO ÀS LIBERDADES DE PENSAMENTO E EXPRESSÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DA PROPAGANDA EXTEMPORÂNEA.

1. O Twitter consiste em uma conversa entre pessoas e, geralmente, essa comunicação está restrita aos seus vínculos de amizade e a pessoas autorizadas pelo usuário.

2. Impedir a divulgação de um pensamento ou opinião, mesmo que de conteúdo eleitoral, no período vedado pela legislação eleitoral, em uma rede social restrita como o Twitter, é impedir que alguém converse com outrem. Essa proibição implica violação às liberdades de pensamento e de expressão.

3. Não há falar em propaganda eleitoral realizada por meio do Twitter, uma vez que essa rede social não leva ao conhecimento geral as manifestações nela divulgadas.

4. A divulgação no Twitter de manifestação de cunho eleitoral no âmbito de evento partidário não tem o condão de caracterizar propaganda eleitoral extemporânea. 5. Recurso especial provido.

(TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 7464, Acórdão de 12/09/2013, Relator(a) Min. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 198, Data 15/10/2013, Página 30)

De igual modo, apreciando matéria atinente à divulgação de pesquisa eleitoral, via aplicativo *Whatsapp*, relatoria do eminente Juiz Fábio Cordeiro de Lima, assentou este Regional:

RECURSO ELEITORAL. ELEIÇÕES 2016. PESQUISA ELEITORAL. DIVULGAÇÃO DE PESQUISA ELEITORAL SEM REGISTRO EM GRUPO DE *WHATSAPP*. NÃO CARACTERIZAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO

1. A divulgação de pesquisa sem o prévio registro perante a justiça eleitoral sujeita os responsáveis à multa prevista no artigo 33, § 3º, da Lei nº 9.504/97.

2. O *Whatsapp* consiste em um aplicativo de bate papo entre pessoas e, normalmente, essa comunicação está restrita aos seus vínculos de amizade e a pessoas autorizadas pelo usuário-administrador do grupo.

3. Não há falar em propaganda eleitoral realizada por meio do *Whatsapp*, uma vez que essa rede social não leva ao conhecimento geral as manifestações nela divulgadas. A mera conversa em grupo restrito de *Whatsapp* sobre o desempenho de candidatos não se confunde com pesquisa eleitoral.

4. Recurso conhecido e desprovido.

(Recurso Eleitoral nº 33-72, Acórdão/TRE-SE nº 466/2016, Publicação: PSESS - Sessão Plenária, Volume 15:25, Data 17/10/2016) (grifei).

Assim, tem-se que o fato de um usuário de um grupo de amigos do aplicativo *Whatsapp* enviar uma mensagem privada, como ocorreu na hipótese dos autos, representa, na verdade, um mero exercício do direito individual à livre manifestação do pensamento garantido pela Constituição, e não uma divulgação de pesquisa eleitoral sem o prévio registro.

Nesse sentido, inclusive, foi o que decidiu o TSE, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 92667 - João Pessoa/PB, Relatora Ministra LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, que a livre manifestação do pensamento veiculada nos meios de divulgação disponíveis na *internet*, somente estará passível de limitação nos casos em que houver ofensa a honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos. Confira-se:

ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL NEGATIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESPROVIMENTO.

1. As opiniões políticas divulgadas nas novas mídias eletrônicas, sobretudo na internet, recebem proteção especial, em virtude da garantia constitucional da livre manifestação do pensamento.

2. Não sendo identificadas, no caso, ofensa à honra de terceiros, falsidade, utilização de recursos financeiros, públicos ou privados, interferência de órgãos estatais ou de pessoas jurídicas e não estando caracterizado ato ostensivo de

propaganda eleitoral, não há que se falar em propaganda eleitoral extemporânea.

3. Agravo regimental desprovido.

(Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 92667, Acórdão de 15/03/2016, Relator(a) Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 78, Data 25/04/2016, Página 39) (grifei).

Ante todo o exposto, VOTO pelo conhecimento e provimento do presente recurso, reformando a sentença, para julgar improcedente a representação. (Fls. 68-69v – grifei)

As razões trazidas no apelo especial não são aptas a modificar o acórdão regional.

As pesquisas eleitorais compõem um dos mais relevantes temas do Direito Eleitoral contemporâneo, sobretudo em razão da influência direta que exercem no comportamento dos candidatos e eleitores em geral.

Em outras palavras, no que toca aos candidatos, as pesquisas de opinião pública consubstanciam-se em eficaz instrumento de *marketing* a possibilitar o delineamento de estratégias aptas a elevarem a eficiência de uma campanha político-eleitoral.

Já sob o prisma do eleitor, a análise dos dados de uma pesquisa revela-se capaz de potencializar, em sua percepção, a utilidade de seu voto, porquanto lhe possibilita direcioná-lo em favor de candidatos mais bem colocados. A pesquisa, de fato, revela ao eleitor a expressão dos candidatos no cenário eleitoral, e, sem dúvida, consubstancia fator importante no processo da escolha dos representantes políticos.

Com propriedade invulgar, os ilustres juristas Flávio Cheim, Ludgero Liberato e Marcelo Abelha¹ Rodrigues atentam para a “**importância e o risco das pesquisas**”, em excertos doutrinários valiosos para os desafios do tema ora examinado:

O tema relativo às pesquisas é um dos mais polêmicos do Direito Eleitoral. [...] A polêmica reside em sua colisão com dois princípios fundamentais à democracia: o direito à informação e o direito à liberdade do eleitor.

[...]

¹ JORGE, Flávio Cheim. LIBERATO, Ludgero. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Curso de Direito Eleitoral. Ed. Jus PODIVM. Salvador, 2017.

O resultado das urnas dá uma radiografia perfeita sobre os pontos fortes, sobre os pontos fracos, sobre os desafios e sobre as oportunidades eleitorais.

Diante desse cenário, o que dizer de uma pesquisa que é feita em locais ou com pessoas que, historicamente, se inclinam para determinado candidato ou partido? Ou ainda, o que dizer dos resultados de uma pesquisa quando os correligionários de um determinado candidato percebem sua realização, comunicam-se entre si pelos meios de comunicações instantâneas e migram imediatamente para o local da pesquisa, forçando suas entrevistas para conferir um resultado que não reflete a realidade eleitoral? O que fazer quando muitos, movidos pelas pesquisas, deixam de votar em determinado candidato para não perderem seu voto e votam em outro apenas para fazer oposição àquele que eles não desejam que vença? O que se fazer com aqueles que votam naquele que está à frente das pesquisas eleitorais unicamente em razão desse motivo?

[...]

Sendo assim, existindo dois princípios tão importantes em jogo, devem eles ser acomodados, de forma que um sirva de limite ao outro.

Por isso, temos que a solução não passa pela proibição das pesquisas eleitorais, mas, sim, pela exigência de que elas sejam sérias, honestas, idôneas, verdadeiras, pois o conteúdo da informação que ela perpassa é decisiva para os rumos, justos ou injustos, de uma eleição.

Vale ressaltar que o § 5º do art. 33 da Lei nº 9.504/97², incluído pela Lei nº 12.891/2013, proibiu, durante o período de campanha, a realização de enquetes relacionadas ao processo eleitoral, as quais consistem apenas em levantamento informal de opiniões, sem controle de amostra, ou seja, sem o rigor técnico exigido na formulação das pesquisas eleitorais.

Trata-se de medida salutar ao evitar que, por meio de informações despidas de qualquer controle ou metodologia científica, mormente se divulgadas às vésperas da eleição, venham a influenciar o eleitor ou manipular a sua vontade ou intenção de voto de forma leviana, malferindo assim a legitimidade do processo eleitoral.

Além disso, a divulgação de pesquisa fraudulenta constitui crime, punível com detenção de seis meses a um ano e multa no valor de cinquenta mil a cem mil UFIR (Lei nº 9.504/97, art. 33, § 4º).

² Lei nº 9.504/97

Art. 33. [...]

§ 5º. É vedada, no período de campanha eleitoral, a realização de enquetes relacionadas ao processo eleitoral.



Por essas razões, é sobretudo importante assinalar o papel exercido pelas novas ferramentas interativas na disponibilização de informações ao longo do período eleitoral. Como se observa, esta espécie de informação adquire novos contornos, destituída do caráter regulatório próprio das mídias tradicionais³, de modo a se apresentar notadamente democratizada. A informação deixa de ser monopólio de poucos e passa a ser permanentemente produzida e transmitida por todos, razão pela qual seu controle também deve ser redimensionado, para dar soluções aos novos e complexos desafios da contemporaneidade jurídica.

Posta assim a questão, merece ser revisitada no âmbito deste Tribunal a controvérsia afeta à busca do equilíbrio entre as garantias constitucionais da liberdade de informação e a proteção da veracidade dos dados divulgados ao longo do pleito eleitoral, com vistas a resguardar a manutenção das boas práticas democráticas.

No caso vertente, o Ministério Público Eleitoral se insurgiu contra a decisão do Tribunal de origem ao argumento de que não busca o revolvimento de fatos ou provas, mas a sua correta reavaliação jurídica. Ademais, sustentou que a decisão vergastada vai de encontro ao posicionamento de outros Tribunais Regionais, *“que ou não exigem a demonstração da capacidade de alcance do meio utilizado, ou vislumbram no WhatsApp potencial para tornar seu conteúdo acessível e visível a um número indeterminado de indivíduos [...]”* (Fl. 75)

Conquanto assista razão ao Ministério Público Eleitoral no que tange ao rigor dispensado pela Justiça Eleitoral em relação ao tema das pesquisas de opinião, é de ponderar-se, primeiramente, o âmbito de incidência alcançado pela norma que pretende ver aplicada.

³ Aline Osório bem acentua o novo paradigma da comunicação advindo com as mídias digitais: “As novas mídias constituem, assim, veículos de comunicação muito diferentes das mídias tradicionais. Elas são marcadas pela interatividade, pela descentralização, pelo funcionamento em tempo real, pela transposição de fronteiras territoriais, pela arquitetura flexível e aberta e pelos baixos custos de acesso. No mundo virtual, não há escassez de espaços de publicação, não há empresas concessionárias, nem há transmissão forçada das mensagens aos internautas. Todas essas características tornam os sistemas regulatórios aplicáveis às mídias tradicionais, em boa medida, inadequados para as redes.” (OSORIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 336-337)

Nessa esteira, entendo que a dimensão atribuída ao termo “conhecimento público”, inscrito no art. 33 da Lei nº 9.504/97⁴, o qual se traduz, em outras palavras, na capacidade de alcance do conteúdo da mensagem, deve, no caso concreto, ser analisada com base nas premissas apresentadas pela Corte Regional, instância exauriente na análise dos fatos e provas. Contudo, não há olvidar-se a facilidade do acesso contemporâneo à tecnologia e, por consequência, à informação, nos diversos canais existentes na atualidade.

Com efeito, ferramentas como o WhatsApp e assemelhadas (*telegram, viber, hangouts, skype, chaton, line, wechat, groupme*) podem apresentar feições diversas, a saber, de cunho privado ou público, ao viabilizarem a interação individual ou por meio de conversas em grupos e até videoconferências.

Por essa razão, não se pode atribuir caráter absoluto, com presunção *jure et de jure*, ao uso do aplicativo de mensagens WhatsApp a fim de se caracterizar, como de conhecimento público, informações referentes à intenção de voto. Efetivamente, há de se perquirir se a informação divulgada extrapolou os limites de um grupo fechado de interlocutores, o que, no âmbito deste Tribunal, em sede de apelo especial em sentido estrito, só se revela crível a partir das premissas fáticas salientadas pelo Tribunal de origem.

A esse respeito, cumpre mencionar que a controvérsia foi objeto de exame em recentes julgados no âmbito desta Corte, de relatoria dos e. Ministros Admar Gonzaga⁵ e Napoleão Nunes Maia Filho⁶. No entanto, registro quanto ao primeiro, que a procedência da representação foi mantida a

⁴ 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:

[...]

⁵ 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.

(AgR-Respe nº 108-80/ES, Rel. Min. Admar Gonzaga, julgado em 30.5.2017)

⁶ Decisão monocrática no REspe nº 15-36/PR.

partir da premissa regional de que a pesquisa em apreço fora divulgada em grupo de uso coletivo, ou seja, de conhecimento público. Já no segundo, julgado monocraticamente pelo e. Min. Napoleão Maia em 28.3.2017, manteve-se a improcedência da representação e consignou-se que, naquele caso, as premissas fáticas constantes do acórdão regional foram de que “[...] *a mensagem com estatística relacionada às candidaturas da eleição municipal de Toledo/PR manteve-se restrita ao grupo do Whatsapp e de que não houve divulgação ao público em geral*”.

No caso em discussão, vejo como irretocável o apontamento da Corte de origem, ao assinalar que a penalidade transcrita no § 3º do artigo 33 da Lei nº 9.504/97⁷ não alcança relações travadas entre particulares. Em outras palavras, há de se resguardar o direito à livre manifestação do pensamento garantido pela Constituição da República, sob pena de írrita intervenção na esfera privada dos indivíduos.

Sublinho que tal entendimento encontra-se em consonância com o decidido no REspe nº 74-64, já mencionado pela e. Ministra Luciana Lóssio. Com efeito, a adoção de um excessivo rigor em relação a esta modalidade de comunicação implicaria ofensa ao texto Constitucional, por violação às liberdades de pensamento e expressão, as quais constituem direitos fundamentais dos indivíduos.

Conquanto a verificação do ilícito eleitoral deva ser verificada caso a caso, diante dos elementos coligidos aos autos, proponho algumas balizas a fim de nortear a interpretação do art. 33 da Lei nº 9.504/97, no intuito de conferir maior objetividade e segurança jurídica às decisões judiciais que envolvam esse intrincado “mundo novo” criado pelas modernas tecnologias.

No tocante à divulgação das pesquisas eleitorais, o que se protege é a liberdade do eleitor e a correlata veracidade das informações, as quais devem refletir, dentro de critérios técnicos, a “opinião pública” relativa a

⁷ Lei nº 9.504/97

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.

eleições ou candidatos, exigindo-se o registro, tão somente aquelas pesquisas destinadas ao conhecimento público, vale dizer, aquelas que serão divulgadas por meios de comunicação de massa, que tenham alcance assemelhado aos veículos tradicionais como rádio, televisão, jornais e revistas, ou, ainda que, com alcance menor, visem a atingir um número indeterminado de pessoas.

Esse aspecto é examinado na obra de Marco Iten, intitulada *"Internet para Eleições e Mandatos"*⁸, em que o autor lança a seguinte indagação: *"Comunicação de Massa. De massa?"*, e então passa a traçar um panorama histórico acerca dos meios de comunicação, assinalando a queda brusca de audiência das emissoras de rádio e televisão a partir da década de 80, com deslocamento do público para os canais por assinatura, de conteúdos pagos.

Quanto aos veículos impressos, o autor assinala que *"no Brasil e em todo o mundo, estão amplamente comprometidos com a Internet"* e que *"necessitam da porta de entrada eletrônica, de seus sites, para a atração de leitores assinantes e de novos leitores"* (op. Cit. Pág. 108), além de abordar as fortes limitações da legislação eleitoral acerca das mídias eletrônicas tradicionais – rádio e televisão – o que conduz as campanhas, cada vez mais, ao ambiente virtual das "mídias alternativas".

Destaca, ainda, que a internet constitui ferramenta essencial para a **"ampliação do número de pessoas"** que podem ser abordadas pela mensagem política, direta ou subliminar, e pontua que:

A Internet já rivaliza com a Mídia TV no processo de exploração da imagem pública de candidatos e políticos. E por quê? Porque é infinitamente mais barata e mais acessível. Ter o seu candidato numa TV aberta, com audiência de milhões de telespectadores, não é tarefa fácil ou barata. [...]

Em outras palavras, diante dessa nova sociedade informacional, sobretudo dos novos parâmetros introduzidos pela EC nº 36, de 2002, que acrescentou o § 3º ao art. 222 da CF⁹, instituindo a figura da

⁸ ITEN, Marcos. *Internet para Eleições e Mandatos*. Exterior Editora, São Paulo, 2010. Pg. 106.

⁹ CF
Art. 222. [...]



“comunicação social eletrônica”, não há como desconsiderar, *a priori*, as novas mídias digitais – blogs, *WhatsApp*, *Facebook*, *Youtube* e assemelhadas – do conceito de comunicação social, pois tudo irá depender, no exame do caso concreto, de quem foi o emissor da mensagem - seria um potencial “*formador de opinião*”? -, do público-alvo a ser atingido e do potencial de alastramento das informações veiculadas por meio de cada ferramenta.

Suponha-se um *blog*, *twitter* ou grupo de *Whatsapp* encabeçado por um formador de opinião, por exemplo, artista, apresentador de rádio ou televisão, líder religioso, comunitário ou acadêmico, ou até mesmo um “*Youtuber*” que já tenha conquistado notoriedade, que venha a divulgar sondagem, enquete ou pesquisa em que seu candidato figure em posição de vantagem. Fica clara, nesse contexto, a potencialidade da informação para atingir um público diversificado, susceptível às ideias transmitidas por aquele que exerça alguma liderança, em ambiente propício à manipulação dos interlocutores.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, valho-me de estudo feito na obra “Opinião Pública e Comportamento Político”¹⁰, na qual se abordam o poder e a influência exercida por determinados “líderes de opinião” que atuam fora dos meios de comunicação de massa tradicionais, mas operam como comunicadores sociais:

Mesmo sem os instrumentos da difusão de massa, que são restritos a um número reduzido de integrantes da sociedade, em todo grupo social há pessoas particularmente ativas e capazes de se expressar. Elas são mais sensíveis do que os demais integrantes do grupo e mais interessadas em se manifestar em momentos considerados politicamente importantes. Sendo assim, um papel importante do líder horizontal é a mediação entre os meios de comunicação de massa e os cidadãos comuns, não tão interessados e centrais para receber informações e participar do debate público.

[...]

Como definido por Luiz Beltrão (1973), esse líder de opinião horizontal é um comunicador social no sistema de comunicação e formação de opiniões populares. Ele interage com os liderados a partir das informações que recebe e processa de outros espaços

§ 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

¹⁰ CERVI. Emerson Urizzi. Opinião Pública e Comportamento Político. Ed. IBPEX. Curitiba, 2010. Págs. 85-91.

sociais. Com isso, o líder de opinião passa a mediar a recepção de mensagens midiáticas, que circulam nas organizações sociais, mas que não atingem diretamente todos os receptores. Ainda que recebam os conteúdos diretamente da mídia, o público precisa, na maioria das vezes, de referenciais com os quais possa se identificar socialmente e buscar auxílio na interpretação de códigos não totalmente adaptados à realidade de cada grupo social. Cabe ao líder de opinião horizontal a transformação das mensagens transmitidas pela mídia para as condições de recepção local. Por isso, eles ganham importância como agentes formadores de percepções sobre os conteúdos, além de apropriá-los e aceitá-los.

[...]

Se os meios de comunicação de massa e os líderes de opinião verticais têm um papel relevante na difusão de informações sociais, eles não são os únicos atores no sistema de produção de opinião pública. Além dos meios institucionalizados para o debate público, existem outros atores envolvidos nesse processo, não institucionais. Os líderes de opinião horizontais não podem ser desconsiderados na formação da opinião pública por dois motivos principais. Primeiro, para que exista comunicação efetiva, o emissor da mensagem e o receptor precisam possuir uma experiência social e cultural comum. Quanto mais distante a experiência social dos atores envolvidos no processo de comunicação, menor a identificação entre eles, o que reduz a eficácia dos resultados da comunicação. Segundo, além da identificação entre emissor e receptor, para que exista uma comunicação efetiva, é preciso que ambos tenham a mesma disposição de se comunicar e produzir condições para a geração de opinião pública.

Citem-se alguns tipos bem comuns de grupos no WhatsApp: torcedores de futebol, de amigos de escola, trabalho ou faculdade, bem como grupos familiares, religiosos, ativistas, acadêmicos, culturais, entre outros. Em quaisquer deles podemos ter líderes de opinião, ou, simplesmente, o que as teorias sociológicas chamam de atores “desinteressados”, sem aptidão para influenciar no comportamento político de seus pares.

Outro ponto que pode nortear a aplicação dos preceitos eleitorais: o uso do *WhatsApp* é institucional ou comercial, com propensão ao alastramento de informações? Em outras palavras, o grupo tem por finalidade difundir determinado conteúdo?

Qual é o número de participantes do grupo? Quais são os seus interesses? Restringem-se a um bate-papo entre conhecidos ou, pelo contrário, possuem algum nível de organização, voltado para fins políticos ou sociais?

Diante dos desafios impostos por esse novo mundo digital, o julgador deverá aferir se houve, em cada caso, um legítimo direito de expressão e comunicação ou se, por outro lado, a informação foi veiculada com intuito de interferir no comportamento do eleitorado, se teve a aptidão para levar ao “conhecimento público” o resultado da pesquisa eleitoral e, dessa forma, interferir ou desvirtuar a legitimidade e o equilíbrio do processo eleitoral. Para tanto, poderá basear-se em alguns elementos ou sintomas denunciadores de que a divulgação dos dados extrapolou a esfera particular, tais quais: i) uso institucional ou comercial da ferramenta digital; ii) propensão ao alastramento de informações; iii) interesses e número de participantes do grupo; iv) finalidade e nível de organização e/ou institucionalização da ferramenta; v) características dos participantes e, principalmente, do criador ou responsável pelo grupo, pela mídia ou rede social, uma vez que, a depender do seu grau de liderança ou da atuação como formador de opinião, aumenta a potencialidade da informação para atingir um público diversificado, em ambiente propício à manipulação dos interlocutores.

Não se trata, portanto, de restringir ou fulminar o debate democrático, nem tampouco de abalar os pilares da liberdade de comunicação e expressão, mas de conciliar tais postulados com os da legitimidade e normalidade do pleito, valores indissociáveis do processo eleitoral, mesmo porque já se decidiu por diversas vezes, neste Tribunal, que não há liberdades ou garantias absolutas (Nesse sentido: REspe nº 100-70/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* de 7.10.2016; REspe nº 84-28/MA, Rel. Min. Luciana Lóssio, *DJe* de 18.3.2015 e AI nº 42-24/PR, Rel. Min. Castro Meira, *DJe* de 14.10.2013).

Feitas essas considerações, a título de avançar, um pouco mais, sobre esse universo em construção que envolve as relações digitais disciplinadas pelo Direito Eleitoral, verifica-se do contexto probatório descrito no voto condutor do acórdão ora recorrido que a comunicação se restringiu a um grupo fechado de interlocutores, na hipótese, denominado “BLOG DO CATETE”, sem qualquer potencial para aumentar a propagação dos dados veiculados na pesquisa.



Assim, não prospera a alegação ministerial acerca da capacidade difusora do grupo em testilha, uma vez que pugna pela análise da moldura fático-probatória constante do voto vencido, para que sejam modificadas as conclusões enunciadas pela maioria dos membros do Tribunal de origem, o que não é admitido em sede de recurso especial segundo a jurisprudência desta Corte (ED-REspe nº 263-01/CE, *DJe* de 17.2.2010, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Registre-se ainda que, embora a nova sistemática no CPC admita que o voto vencido integre o acórdão, é preciso conferir a exata medida de sua interpretação, no sentido de afastar os fatos que são contrários ao voto condutor, consoante se observa nos autos, em que o voto vencido trata o contexto fático-probatório de forma diversa do voto condutor. Nesse sentido, segundo jurisprudência desta Corte, somente *“a moldura fática dos votos vencidos integra o acórdão quando não colidir com a descrição contida nos votos condutores”* (REspe nº 736-46/BA, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* de 13.6.2016 – grifei).

Portanto, diante do contexto probatório descrito no voto condutor do acórdão regional, não há como ser atendida a pretensão recursal, sob pena do revolvimento de fatos e provas, o que é inadmissível em recurso especial (Súmula nº 24/TSE).

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso especial.**

É como voto.



PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhores Ministros, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 414-92.2016.6.25.0014/SE. Relator: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorrido: Domingos Sávio de Oliveira (Advogado: Fabiano Freire Feitosa – OAB: 3173/SE).

Decisão: Após o voto do relator, negando provimento ao recurso especial eleitoral, antecipou o pedido de vista o Ministro Luiz Fux.

Composição: Ministros Luiz Fux (vice-presidente no exercício da presidência), Rosa Weber, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Gilmar Mendes.

Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Nicolao Dino.

SESSÃO DE 15.8.2017.



VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhores Ministros, cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Eleitoral contra acórdão do TRE/SE que deu provimento a recurso eleitoral interposto por Domingos Sávio de Oliveira, candidato a Vice-Prefeito do Município de Rosário do Catete/SE nas Eleições de 2016, para julgar improcedente a representação por divulgação de pesquisa eleitoral, por meio da rede social WhatsApp, sem o prévio registro nesta justiça especializada.

Nas razões do recurso especial (fls. 72-78), o *Parquet* Eleitoral, com arrimo no art. 276, I, *b*, do Código Eleitoral, suscita divergência jurisprudencial entre o *decisum* hostilizado e os acórdãos do TRE/PB, TRE/ES e do TRE/PE.

Argumenta, em suma, que os acórdãos paradigmas “*ou não exigem a demonstração da capacidade de alcance do meio utilizado ou vislumbram no Whatsapp potencial para tornar seu conteúdo acessível e visível a um número indeterminado de indivíduos*” (fls. 75).

Ao final, pugna pelo provimento do apelo nobre para reformar o acórdão regional e julgar procedente a representação, aplicando ao recorrido multa no valor de R\$ 53.205,00 (cinquenta e três mil, duzentos e cinco reais).

O Presidente do TRE/SE admitiu o recurso especial, ante a configuração de dissídio jurisprudencial entre o acórdão recorrido e os paradigmas invocados (fls. 79-80v.).

A Procuradoria-Geral Eleitoral manifestou-se pelo provimento do recurso especial (fls. 93-97).

A e. Ministra Luciana Lóssio, relatora à época, negou seguimento ao recurso especial, mantendo a improcedência da representação (fls. 99-107).

Contra aquela decisão, foi interposto agravo regimental pelo MPE (fls. 110-115), no qual reitera as mesmas razões elencadas em seu recurso especial. Afirma que a controvérsia dos autos exige “*maior debate*

pelo Colegiado, tendo em vista que, em outras oportunidades, o TSE já se posicionou no sentido de que a mera divulgação da pesquisa eleitoral em redes sociais sem o cumprimento das exigências legais atrai a multa do art. 33, §3º, da Lei nº 9.504/97” (fls. 114).

Contrarrazões às fls. 118-126.

Na decisão de fls. 130-133, o então Ministro Relator Tarcisio Vieira de Carvalho Neto deu provimento ao agravo regimental exclusivamente para submeter o apelo especial a julgamento pelo Plenário do TSE.

Após o voto do eminente Relator, pedi vista dos autos para melhor exame do caso.

Amadurecidas minhas reflexões, trago-as à apreciação dos demais pares.

A questão controvertida que motivou o pedido de vista consiste em definir se a veiculação de “*pesquisa de opinião de votos*” em grupo fechado de WhatsApp representaria um mero exercício à livre manifestação do pensamento garantido pela Constituição Federal ou divulgação de pesquisa eleitoral sem o prévio registro.

Antes, porém, convém transcrever do acórdão regional o teor da suposta pesquisa eleitoral postada no grupo denominado “BLOG DO CATETE” de WhatsApp (fls. 68v):

Pesquisa Eleitoral Para Prefeito de Rosário do Catete

Helinho - 22,8% Laércio Passos - 22,2% Monteirinho - 15% Indecisos 19% Nulo 21% Para Vereador 1 - Wagner Quintela 15% 2 - Elton Lima 11% 3 - Dedeu 10% 4 -Amélia Resende 9% 5 - Alex 8% 6 - Murilo 8% 7 - Delson 7% 8 - Maura 7% 9 -Maria José 6% 10 - Bito 5% 11 - Alik 4% 12 - George 3% 13 - Veto 2% 14 -Tonho1% 15-Lio 1% 16-Waltinho 1% 17-Gean1% 19-Daí 1%.

Segundo as pesquisas já estamos na frente do atual prefeito com mais de 5 pontos percentuais.

Muito obrigado e Deus abençoe a todos nós. Domingos Sávio.

Da análise do arcabouço probatório dos autos, o TRE/SE entendeu que, na espécie, o fato de as mensagens veiculadas com estatísticas da eleição municipal de Rosário do Catete/SE terem ficado restritas ao grupo

fechado de Whatsapp não configuraria pesquisa eleitoral não registrada, porquanto não tiveram o condão de levar ao conhecimento geral as manifestações nela divulgadas, tratando-se apenas de mero exercício do direito individual à livre manifestação do pensamento garantido pela Constituição.

Em seguida, na análise do recurso especial interposto contra aquela decisão, a Ministra Relatora à época, Luciana Lóssio, entendeu que o mesmo raciocínio utilizado por este Tribunal em relação ao Twitter deveria ser aplicado ao WhatsApp, *“em razão de o aplicativo de conversas consistir, do mesmo modo, em meio de comunicação entre usuários que possuem vínculos entre si, ou que exigem a aprovação do administrador para que ingresse no grupo, cuja possibilidade de estabelecer a comunicação entre os usuários, inclusive, é muito mais restrita, pela exigência do conhecimento do número de telefone do usuário”* (fls. 107).

O Ministro Relator Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, ao levar tal controvérsia a julgamento pelo Plenário desta Casa, realçou em seu voto que não se pode atribuir presunção *jure et de jure* ao uso do aplicativo WhatsApp a fim de se caracterizar, como de conhecimento público, informações referentes à intenção de voto. Concluiu no sentido da necessidade de se perquirir, caso a caso, se a informação divulgada extrapolou os limites do grupo fechado, o qual somente é crível no âmbito deste Tribunal, a partir das premissas fáticas assentadas pelo Tribunal de origem.

Diante desse quadro, concluiu não ser possível alterar o que assentado pelo Regional sergipano, sem o revolvimento dos fatos e das provas constantes dos autos, a teor da Súmula nº 24/TSE. Afirmou ser irretorquível que se deva resguardar o direito à livre manifestação do pensamento, não alcançando a penalidade prevista no § 3º do artigo 33 da Lei nº 9.504/97 as relações travadas entre particulares.

Por pertinente, transcrevo os seguintes excertos constantes do seu voto condutor: *“Diante dos desafios impostos por esse novo mundo digital, o julgador deverá aferir se houve, em cada caso, um legítimo direito de expressão e comunicação ou se, por outro lado, a informação foi veiculada*

com intuito de interferir no comportamento do eleitorado, se teve a aptidão para levar ao “conhecimento público” o resultado da pesquisa eleitoral e, dessa forma, interferir ou desvirtuar a legitimidade e o equilíbrio do processo eleitoral. Para tanto, poderá basear-se em alguns elementos ou sintomas denunciadores de que a divulgação dos dados extrapolou a esfera particular, tais quais: i) uso institucional ou comercial da ferramenta digital; ii) propensão ao alastramento de informações; iii) interesses e número de participantes do grupo; iv) finalidade e nível de organização e/ou institucionalização da ferramenta; v) características dos participantes e, principalmente, do criador ou responsável pelo grupo, pela mídia ou rede social, uma vez que, a depender do seu grau de liderança ou da atuação como formador de opinião, aumenta a potencialidade da informação para atingir um público diversificado, em ambiente propício à manipulação dos interlocutores”.

Assim, conquanto o MPE sustente que o acórdão regional vai de encontro ao posicionamento dos Tribunais Regionais da Paraíba, do Espírito Santo e de Pernambuco, que *“ou não exigem a demonstração da capacidade de alcance do meio utilizado ou vislumbram no Whatsapp potencial para tornar seu conteúdo acessível e visível a um número indeterminado de indivíduos”* (fls. 75), a matéria discutida nestes autos, especificamente quanto ao aplicativo WhatsApp, somente foi objeto de exame em recente julgado no âmbito desta Corte, de relatoria do e. Ministro Admar Gonzaga¹¹, o qual julgou procedente a representação a partir da premissa regional de que a pesquisa eleitoral fora divulgada em grupo de uso coletivo, ou seja, de conhecimento público.

Não obstante, em decisão monocrática o e. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho¹² julgou improcedente representação semelhante, sob o

¹¹ 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.

(AgR-REspe nº 108-80/ES, Rel. Min. Admar Gonzaga, julgado em 30.5.2017)

¹² Decisão monocrática no REspe nº 15-36/PR.

fundamento de que as mensagens contendo prognósticos sobre o resultado da eleição mantiveram-se restritas a grupo fechado, não havendo divulgação ao público em geral, conforme as premissas fáticas constantes do acórdão regional, como é a hipótese destes autos.

De fato, conforme bem consignou o e. Relator em seu voto, a existência de uma informação levada ao “conhecimento público” é requisito essencial para a configuração do ilícito inculcado no art. 33 da Lei nº 9.504/97, havendo de ser analisada no caso concreto, com base nas premissas assentadas pela Corte Regional, instância exauriente na análise dos fatos e das provas.

Nesse contexto, não houve, *in casu*, a necessária subsunção da conduta do recorrido à norma sancionadora que, como tal, deve ser interpretada de forma estrita e à luz de sua razão substancial, que se destina a evitar a massificação, isto é, a divulgação massiva e irrestrita de prognósticos de sondagem elaborados à margem das providências constantes do marco jurídico que permite a sindicalização de sua fiabilidade técnico-científica.

Da leitura do conteúdo das mensagens veiculadas no grupo de WhatsApp, conquanto se verifique que se trata de divulgação pormenorizada de estatística de votos para Prefeito do Município de Rosário do Catete/SE, com robustez suficiente a caracterizar pesquisa eleitoral dotada de rigor técnico que, para sua validade, deveria ter sido previamente registrada nesta Justiça Eleitoral, o TRE/SE, da análise dos fatos e das provas constantes dos autos, concluiu que ditas mensagens não foram dirigidas para conhecimento público, ficando restritas aos limites do grupo do WhatsApp “Blog do Catete”.

Quanto ao ponto, do quadro fático delineado no acórdão regional, qual seja, não ter havido lastro probatório nos autos de que o recorrido tenha realizado ampla divulgação das mensagens divulgadas, tampouco dado publicidade para além do aplicativo, conclui-se que alterar a decisão do Tribunal de origem mostra-se inviável, porquanto demandaria a incursão no acervo fático-probatório dos autos, medida incabível em sede de recurso especial (Súmula nº 24/TSE).

Feitas as devidas considerações, em verdade, a hipótese dos autos representa um mero exercício do direito individual à livre manifestação do pensamento garantido pela Constituição Federal, não havendo que se falar em divulgação de pesquisa eleitoral sem prévio registro, ante a ausência do requisito “conhecimento público”, consectário lógico para a configuração da ilicitude constante do art. 33 da Lei nº 9.504/97.

Além do mais, frise-se, por oportuno, que no Direito Eleitoral o caráter dialético imanente às disputas político-eleitorais exige maior deferência à liberdade de expressão e de pensamento. Neste cenário, recomenda-se a intervenção mínima do Judiciário nas manifestações próprias do embate eleitoral, sob pena de se tolher substancialmente o conteúdo da liberdade de expressão. Deveras, a Justiça Eleitoral deve se abster de tentar impedir “*que os indivíduos decidam quais informações entendem relevantes para a formação de suas convicções políticas*”, notadamente porque toda visão paternalista, nesse campo, revela-se “*intrinsecamente incompatível com a democracia, uma vez que nega aos indivíduos a autonomia fundamental à própria ideia de autogoverno e de soberania popular, tratando-lhes como ‘eternas crianças imaturas’*” (OSORIO, Aline. *Direito Eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum 2017, p. 221, com referência ao parecer de Sepúlveda Pertence, na qualidade de Procurador-Geral Eleitoral, nos Mandados de Segurança nº 984, 997 e 1.008, de 26.10.1988).

No âmbito político-eleitoral, a meu sentir, essa proeminência da liberdade de expressão deve ser trasladada por óbvias razões: os cidadãos devem ser informados da variedade e riqueza de assuntos respeitantes a eventuais candidatos, bem como das ações parlamentares praticadas pelos detentores de mandato eletivo, sem que isso implique, em linha de princípio, violação às normas que regulam a comunicação social (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 116-119).

No campo da comunicação política, pois, a livre circulação de ideias e opiniões deve prosperar, em definitivo, porque a democracia se desenvolve sob a crença no valor do diálogo e sob a premissa de que os

sujeitos participantes gozam de uma certa capacidade intelectual para tomar parte, em condições de igualdade, das circunstâncias relativas aos assuntos que conclamam uma atenção comum (PERROUX, citado por BURGUERA AMEAVE. *Democracia electoral: comunicación y poder*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2013, p. 33).

Nesse passo, a importância da liberdade de expressão para os fins do processo democrático é frequentemente salientada pela jurisprudência internacional, valendo mencionar, entre tantos, os casos Ricardo Canese vs. Paraguai¹³ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004), Lingens vs. Áustria, Mathieu-Mohin e Clerfayt vs. Bélgica e Partido Comunista Unido da Turquia vs. Turquia¹⁴ (Corte Europea de Derechos Humanos, 1986, 1987 e 1998, respectivamente), todos em favor da livre circulação de ideias como premissa básica para a condução do processo democrático.

Na esteira desses julgados, cumpre às cortes eleitorais o papel de assegurar a máxima amplitude do debate, somente intervindo em hipóteses estritas e excepcionais, quando as atividades de comunicação representem, sem margem para dúvidas, riscos concretos para a autodeterminação na formação da opinião eleitoral ou, em última instância, para a própria integridade da disputa. A extensão desses riscos, claro, responde proporcionalmente à grandeza do raio de alcance das mensagens propagadas, sendo, de consequência, mínima quando circunscrita a uma base diminuta e particular, o que ocorre na espécie.

¹³ "El Tribunal considera indispensable que se proteja y garantice el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político que precede a las elecciones de las autoridades estatales que gobernarán un Estado. La formación de la voluntad colectiva mediante el ejercicio del sufragio individual se nutre de las diferentes opciones que presentan los partidos políticos a través de los candidatos que los representan. El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar. En este sentido, el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de pensamiento y de expresión se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen entre sí" (CIDH - Ricardo Canese vs. Paraguai, 2004).

¹⁴ "Las elecciones libres y la libertad de expresión, particularmente la libertad de debate político, forman juntas el cimiento de cualquier sistema democrático (Cfr. sentencia del caso Lingens c. Austria de 8 de julio 1986, Serie A no. 103, p. 26, párrs. 41-42). Los dos derechos están interrelacionados y se refuerzan el uno al otro: por ejemplo, como ha indicado la Corte en el pasado, la libertad de expresión es una de las "condiciones" necesarias para "asegurar la libre expresión de opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo" (ver la sentencia mencionada más arriba del caso Mathieu-Mohin y Clerfayt, p. 24, párr. 54). Por esta razón[,] es particularmente importante que las opiniones y la información de toda clase puedan circular libremente en el período que antecede a las elecciones" (CEDH - Partido Comunista Unido da Turquia vs. Turquia, 1988).

Ex positis, acompanho integralmente o voto do Ministro Relator Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, para negar provimento ao recurso especial, mantendo o acórdão regional que julgou pela improcedência da representação interposta por suposta divulgação de pesquisa eleitoral, por meio da rede social WhatsApp, sem o prévio registro nesta justiça eleitoral.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 414-92.2016.6.25.0014/SE. Relator: Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorrido: Domingos Sávio de Oliveira (Advogado: Fabiano Freire Feitosa – OAB: 3173/SE).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial eleitoral, nos termos do voto do relator.

Composição: Ministros Luiz Fux (presidente), Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e Sérgio Banhos.

Vice-Procurador-Geral Eleitoral em exercício: Luciano Mariz Maia.

SESSÃO DE 6.3.2018.

