



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

REPRESENTAÇÃO (11541) 0601143-73.2017.6.00.0000 – BRASÍLIA – DISTRITO FEDERAL

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Representante: Ministério Público Eleitoral

Representado: Google Brasil Internet Ltda.

Advogados: Rodrigo de Macedo Soares e Silva – OAB: 196362/SP e outros

Representado: Jair Messias Bolsonaro

Advogada: Denia Erica Gomes Ramos Magalhães – OAB: 19090/DF

REPRESENTAÇÃO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. ANÁLISE DO MÉRITO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA RELATIVA À ELEIÇÃO DE 2018. CARGO DE PRESIDENTE DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE VOTO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO E AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

1. Narra-se, na petição inicial, suposta prática de propaganda eleitoral antecipada por meio da internet.
2. Segundo a compreensão deste Tribunal, compete ao TSE, originariamente, examinar a alegação de propaganda eleitoral antecipada relativa à eleição presidencial (R-Rp 1346-31/DF, Rel. Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, publicado na sessão de 5.8.2010).
3. Não se identifica do conteúdo dos arquivos audiovisuais que acompanham a peça exordial nenhum trecho ou mensagem em que haja pedido direto ou indireto de votos. O que há, em verdade, é a exaltação das eventuais qualidades morais, pessoais, profissionais e ideológicas do Parlamentar representado, o que, nos termos da orientação prevalecente desta Corte Superior, não configura ilícito eleitoral.
4. O TSE firmou o entendimento de que o mero ato de promoção pessoal não é suficiente para a caracterização da propaganda eleitoral extemporânea, para a qual se exige pedido de voto ou referência direta ao pleito ou ao cargo em disputa. Assentou, ainda, que a aferição de propaganda eleitoral antecipada deve ser realizada a partir de dados e elementos



objetivamente considerados, e não conforme intenção oculta de quem a promoveu. Precedente: AgR-REspe 7-46/DF, Rel. Min. ADMAR GONZAGA, *DJe* 15.8.2017.

5. O grande lapso temporal existente entre a data da veiculação da suposta publicidade prematura e o início do período eleitoral – agosto de 2018 – já afastaria, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, a possibilidade de se enquadrar tal conduta no que prevê o art. 36 da Lei 9.504/97. Precedente: REC-Rp 572-93/DF, Redatora para o acórdão Min. LUCIANA LÓSSIO, publicado na sessão de 5.8.2014.

6. Julga-se improcedente o pedido formulado na Representação Eleitoral. Agravo Regimental prejudicado.

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

Brasília, 5 de dezembro de 2017.

MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO – RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Senhor Presidente, cuida-se de Representação, com pedido liminar, ajuizada pelo MPE, subscrita pelo Vice-Procurador-Geral Eleitoral, NICOLAO DINO, em desfavor de JAIR MESSIAS BOLSONARO e de GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. Aduz-se na peça, em apertada síntese, ter sido encaminhado para aquele órgão o Ofício 135/2017, da Procuradoria Regional Eleitoral no Rio de Janeiro, noticiando prática de propaganda eleitoral antecipada por meio da internet.

2. Adota-se o relatório da decisão pela qual restou apreciado o pedido liminar, *in verbis*:

2. Menciona o douto MPE representante, na petição inicial que, nas mídias em anexo, veiculadas na internet, é possível constatar que o Deputado Federal JAIR BOLSONARO foi recepcionado por apoiadores a suposta campanha política, em aeroportos, os quais fazem clara menção à sua pretensa candidatura ao pleito presidencial vindouro.

3. Sustenta que as mídias veiculadas – a partir das expressões que 2018 está muito longe, vamos para a rua a partir de agora, precisamos de homens que fazem da política uma missão e O Brasil precisa, está precisando agora, não é de Sargento nem de Coronel, está precisando é de um Capitão! Por coincidência eu sou Capitão, só coincidência – foram utilizadas para promover eventual e futura candidatura do Deputado Federal JAIR MESSIAS BOLSONARO, pois revelam a referência explícita à sua candidatura futura ao pleito de 2018.



4. Para o ilustre representante, de uma das mídias, transparece que o representado tinha plena ciência de toda a produção filmográfica, firmando-se, assim, como protagonista e corresponsável por sua geração.

5. Desse modo, assevera que as inserções das mídias na internet tiveram por objetivo a captação de votos, de forma antecipada, o que desequilibra a campanha eleitoral próxima, atingindo a igualdade de oportunidades entre candidatos.

6. Aponta-se, na petição inicial, a gravidade da conduta, porquanto as mídias foram veiculadas na internet por meio do portal eletrônico YouTube, com o total aproximado de 22.972 visualizações, revelando o amplo alcance social e a possibilidade de captação antecipada de votos, situação que acarreta desequilíbrio da campanha eleitoral.

7. Desse modo, alega estarem presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência antecipada, sustentando a plausibilidade da pretensão deduzida em juízo, haja vista evidente irregularidade da propaganda veiculada, ante sua extemporaneidade. Por sua vez, o periculum in mora estaria consubstanciado no fato de que conteúdo irregular continua sendo veiculado no YouTube – titularizado pelo segundo representado –, conforme consulta realizada na data de 7.3.2017, às 18h51min.

8. Requer, liminarmente, seja determinado ao segundo representado a imediata retirada dos conteúdos abaixo relacionados, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00, proporcional e suficiente à satisfação da medida, nos termos do art. 19, caput e §1º da Lei 12.965/14:

BOLSONARO 2018 Vamos Juntos!:

<https://www.Youtube.com/watch?v=P1Pjz6Gu_nU>

<<https://www.youtube.com/watch?v=PlE18KjD3AU>>

Este é o cara:

<<https://www.Youtube.com/watch?v=7olyNhe3lo8>>

Recepção emocionante de Jair Bolsonaro no Aeroporto em Minas Gerais:

<<https://www.Youtube.com/watch?v=4Kn70mgNllw>>

3. Requer, ainda:

a) a notificação dos representados, para, querendo, apresentar defesa no prazo legal;

b) o deferimento da tutela de urgência antecipada, para que seja determinada a retirada imediata do conteúdo impugnado;

c) a confirmação da tutela de urgência, para impedir a veiculação das referidas propagandas e para que o primeiro representado também se abstenha de veicular vídeos de conteúdo similar até o início do período eleitoral;

d) o regular processamento desta Representação e sua procedência, para impor ao primeiro representado a sanção prevista no art. 36, § 3º da Lei 9.504/97, bem como a obrigação de não fazer especificada no item “c”;



supra; em relação ao segundo representado, a procedência da demanda, impondo-lhe a imediata retirada dos conteúdos propagandísticos acima apontados, sob pena de multa.

4. O pedido liminar foi indeferido em decisão datada de 21.3.2017, tendo sido determinada a notificação dos representados para que apresentassem defesa. Na ocasião, consignou-se que a *referência a candidatura e a promoção pessoal dos pré-candidatos, desde que não haja pedido explícito de votos, não configura propaganda extemporânea, nos termos da nova redação dada ao art. 36-A pela Lei 13.165/2015.*

5. O MPE interpôs Agravo Regimental dessa decisão.

6. Os representados GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. e JAIR BOLSONARO, notificados para apresentar defesa e manifestação ao Agravo Regimental, pronunciaram-se nos autos.

7. É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (relator): Senhor Presidente, inicialmente, é necessário assentar a competência desta Corte Superior para conhecer da Representação Eleitoral ajuizada, que traz referência explícita a suposta propaganda eleitoral antecipada ao cargo de Presidente da República para as eleições de 2018.

2. Segundo a compreensão deste Tribunal, compete ao TSE, originariamente, examinar a alegação de propaganda eleitoral antecipada relativa à eleição presidencial (R-Rp 1346-31/DF, Rel. Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, publicado na sessão de 5.8.2010).

3. Narra-se, na petição inicial, ter sido realizada propaganda eleitoral em ofensa ao art. 36 da Lei 9.504/97, segundo o qual só se permite tal publicidade após o dia 15 de agosto do ano da eleição.

4. Consoante consignado na decisão liminar, este Tribunal Superior, no julgamento do Recurso Especial 51-24/MG, de relatoria do eminente Ministro LUIZ FUX, firmou o entendimento de que a menção a pretensa candidatura e a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos, nos termos da redação conferida ao art. 36-A pela Lei 13.165/2015, não configura propaganda extemporânea, desde que não envolva pedido explícito de voto. Por pertinente, confira-se a ementa desse julgado:

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

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

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



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

4. A ampla divulgação de ideias fora do período eleitoral propriamente dito se ancora em dois postulados fundamentais: no princípio republicano, materializado no dever de prestação de contas imposto aos agentes eleitos de difundirem atos parlamentares e seus projetos políticos à sociedade; e no direito conferido ao eleitor de acompanhar, de forma abrangente, as ideias, convicções, opiniões e plataformas políticas dos representantes eleitos e dos potenciais candidatos acerca dos mais variados temas debatidos na sociedade, de forma a orientar a formação de um juízo mais consciente e responsável, quando do exercício de seu ius suffragii.

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

(...).

7. A menção à pretensa candidatura e a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos, nos termos da redação conferida ao art. 36-A pela Lei 13.165/15, não configuram propaganda extemporânea, desde que não envolvam pedido explícito de voto.

(...).

8. Recurso Especial provido.

5. No julgamento da Rp 294-87/DF – Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 9.3.2017 –, este Tribunal Superior reafirmou aquela orientação e destacou que, com a regra permissiva do art. 36-A da Lei 9.504, de 1997, na redação dada pela Lei 13.165, de 2015, retirou-se do âmbito de caracterização de propaganda antecipada a menção a pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais de pré-candidatos e outros atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet, desde que não haja pedido expresso de voto.

6. Também no julgamento do AgR-REspe 7-46/DF, Rel. Min. ADMAR GONZAGA, DJe 15.8.2017, este Tribunal reafirmou a orientação de que o mero ato de promoção pessoal não é suficiente para a caracterização da propaganda eleitoral extemporânea, para a qual se exige pedido de voto ou referência direta ao pleito ou ao cargo em disputa e assentou, ainda, que a aferição de propaganda eleitoral antecipada deve ser realizada a partir de dados e elementos objetivamente considerados, e não conforme intenção oculta de quem a promoveu.

7. Assistindo-se aos arquivos audiovisuais que acompanham a peça exordial, não se identifica neles nenhum trecho ou mensagem em que haja pedido direto ou indireto de votos. O que há, em verdade, é a exaltação das eventuais qualidades morais, pessoais, profissionais e ideológicas do Parlamentar representado, o que, nos termos da orientação prevalecente desta Corte Superior, não configura ilícito eleitoral.

8. Não é demais destacar, por pertinente, que o grande lapso temporal existente entre a data da veiculação da suposta publicidade prematura e o início do período eleitoral – agosto de 2018 – já afastaria, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, a possibilidade de se enquadrar tal conduta no que prevê o art. 36 da Lei 9.504/97. A propósito, colaciona-se o seguinte julgado:



ELEIÇÕES 2014. RECURSO INOMINADO. REPRESENTAÇÃO. ART. 36 DA LEI 9.504/97. SUPOSTA PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. SITE NA INTERNET. PRESIDENTE DA REPÚBLICA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROVIMENTO.

1. O grande lapso temporal existente entre a data em que a suposta publicidade esteve disponível e o início do período eleitoral, julho de 2014, afasta a mácula dos arts. 36 e 57-A da Lei 9.504/97.

2. Na espécie, a criação do sítio eletrônico e o conteúdo nele veiculado espelhava apenas um sentimento particular com a finalidade de angariar apoio a uma ideia de candidatura, e não, propriamente, postular votos para um candidato que jamais afirmou pretender lançar-se como tal.

3. Recurso inominado provido. Representação julgada improcedente (REC-Rp 572-93/DF, Redatora para o acórdão Min. LUCIANA LÓSSIO, DJe 5.8.2014).

9. Pelo exposto, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC/2015, julga-se improcedente o pedido formulado na Representação Eleitoral e prejudicado o Agravo Regimental.

10. É o voto.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhor Presidente, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

RP (11541) nº 0601143-73.2017.6.00.0000/DF. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Representante: Ministério Público Eleitoral. Representado: Google Brasil Internet LTDA. (Advogados: Rodrigo de Macedo Soares e Silva – OAB: 196362/SP e outros). Representado: Jair Messias Bolsonaro (Advogada: Denia Erica Gomes Ramos Magalhães – OAB: 19090/DF).

Usou da palavra pelo representante, Ministério Público Eleitoral, o Dr. Humberto Jacques de Medeiros.

Decisão: Após o voto do relator, julgando improcedente o pedido formulado na representação e prejudicado o agravo regimental, pediu vista o Ministro Admar Gonzaga.

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

SESSÃO DE 21.9.2017.

VOTO-VISTA



O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhor Presidente, trata-se de representação, com pedido de liminar, proposta pelo Ministério Público Eleitoral (documento 81.023) em desfavor de Jair Messias Bolsonaro e de Google Brasil Internet Ltda., em razão de propaganda antecipada praticada supostamente pelo primeiro representado, consistente na veiculação de vídeo em *site* administrado pelo segundo representado.

O eminente relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, denegou a concessão de medida liminar por meio da decisão de 21.3.2017 (documento 78.955).

Na sessão de 21.9.2017, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho julgou improcedente o pedido formulado na representação e prejudicado o agravo regimental, sob os seguintes fundamentos:

a) no julgamento do REspe 51-24, de relatoria do Ministro Luiz Fux, esta Corte Superior firmou entendimento de que a menção a pretensa candidatura e a exaltação de qualidades pessoais de pré-candidatos não caracteriza propaganda antecipada desde que não haja pedido explícito de voto;

b) mediante o julgamento da RP 194-87, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, foi reafirmada tal orientação, visto que a redação dada pela Lei 13.165/2015 ao art. 36-A da Lei 9.504/97 retirou da configuração de propaganda extemporânea a menção a pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais de pré-candidatos e outros atos, os quais poderão ser transmitidos por meios de comunicação social, inclusive a internet, desde que não envolva pedido expresso de voto;

c) as mídias que acompanham a peça inicial não trazem nenhum trecho ou mensagem em que haja pedido direto ou indireto de votos;

d) o grande lapso de tempo entre a suposta publicidade prematura e o início do período eleitoral afastaria de imediato a possibilidade de tal conduta ser enquadrada no disposto no art. 36 da Lei 9.504/97, conforme a jurisprudência desta Corte Superior.

Pedi vista dos autos e, após examiná-los, trago-os para a continuidade do julgamento.

Os fatos estão minuciosamente expostos no voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator, razão por que passo direto ao mérito.

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

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

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

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

Com efeito, o art. 36 da Lei 9.504/97, em sua redação originária, não continha maior detalhamento a respeito dos requisitos para a caracterização da propaganda extemporânea, apenas dispondo



acerca dos marcos temporais, da possibilidade de propaganda intrapartidária e da vedação de propaganda partidária gratuita no segundo semestre da eleição[1].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nesse último precedente, ficou assentado que “*a propaganda eleitoral antecipada por meio de manifestações dos partidos políticos ou de possíveis futuros candidatos na internet somente resta caracterizada*”



quando há propaganda ostensiva, com pedido de voto e referência expressa à futura candidatura, ao contrário do que ocorre em relação aos outros meios de comunicação social nos quais o contexto é considerado” (grifo nosso).

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

Com a reforma eleitoral de 2015 (Lei 13.165/2015), além da expansão dos permissivos do art. 36-A da Lei 9.504/97, ficou expressamente consignado que “**não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos**” (grifo nosso), inclusive mediante a divulgação em órgãos de comunicação e na internet.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]



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

Acerca desse tema, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de assentar que “a liberdade de expressão constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica” (HC 831-25, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 7.11.2003).

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

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

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

- A liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar (d) o direito de criticar.

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

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

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



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

- **Mostra-se incompatível** com o pluralismo de idéias, que legitima a divergência de opiniões, **a visão** daqueles **que pretendem negar**, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), **o direito** de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. **Arbitrária**, desse modo, **e inconciliável** com a proteção constitucional da informação, **a repressão** à crítica jornalística, **pois** o Estado – inclusive seus Juízes e Tribunais – **não** dispõe de poder algum **sobre** a palavra, sobre as idéias **e sobre** as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa. **Precedentes** do Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência comparada** (Corte Européia de Direitos Humanos e Tribunal Constitucional Espanhol).¹ (AI 505.595-AgR/RJ, Rel.Min. CELSO DE MELLO)

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

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

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

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

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

Essa **mesma** Corte Européia de Direitos Humanos, **quando do julgamento do Caso Lingens** (Sentença de 08 /07/1986) , **após assinalar que 'a divergência** subjetiva de opiniões **compõe** a estrutura mesma do aspecto institucional do direito à informação', **acentua** que **'a imprensa tem a incumbência**, por ser essa a sua missão, **de publicar** informações **e idéias** sobre as questões que se discutem no terreno político **e em outros setores de**



interesse público (...); vindo a concluir, em tal decisão, não ser aceitável a visão daqueles que pretendem negar, à imprensa, o direito de interpretar as informações e de expender as críticas pertinentes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

'A imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento da pena privativa de liberdade', nota MARIA LÚCIA KARAM, 'com a vedação da progressividade em sua execução, **atinge o próprio núcleo do princípio**



individualizador, assim, indevidamente retirando-lhe eficácia, assim indevidamente diminuindo a razão de ser da norma constitucional que, assentada no inciso XLVI do art. 5º da Carta de 1988, o preconiza e garante¹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nesse particular, ressalto que as ideias do representado, apesar de ocupar mandato parlamentar, não são conhecidas por grande parte do eleitorado, nem mesmo por aqueles que declaram ter a intenção de votar nele em eventual candidatura presidencial^[18], circunstância que só corrobora a necessidade de se permitir o livre debate, desde que observadas a Constituição e as demais leis.

Em resumo, proponho os seguintes critérios para a análise da caracterização da propaganda extemporânea no presente caso, que é o primeiro alusivo à campanha presidencial de 2018:

- 1) seguindo a evolução legislativa e jurisprudencial a respeito do tema, a propaganda eleitoral antecipada somente se caracteriza quando existente pedido expresso de voto;



2) atos de mera promoção pessoal, elogios, críticas, exposição de ideias, menção à possível candidatura, entrevistas, entre outros atos sem pedido de voto, não são suficientes para ensejar a extemporaneidade da propaganda;

3) uma vez observadas as balizas legais, os eleitores, os candidatos, os partidos e os órgãos de imprensa têm plena liberdade de veicular atos, fatos e manifestações de cunho político, ainda que impliquem elogios ou críticas a determinada figura;

4) em princípio, não cabe ao juiz, à míngua de pedido expresso de voto, perscrutar a intenção oculta de quem veiculou a propaganda;

5) o afastamento da ressalva de que trata o art. 36-A da Lei 9.504/97, que permite, entre outras manifestações, a menção à pretensa candidatura e a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos, demanda exame aprofundado do caso e fundamentação qualificada pelo órgão julgador, calcada em uma das hipóteses de superação da lei, a saber [19]:

- i. inconstitucionalidade;
- ii. resolução de antinomias;
- iii. interpretação conforme a Constituição;
- iv. nulidade parcial sem redução de texto;
- v. declaração de inconstitucionalidade com redução de texto;
- vi. superação de uma regra em favor de um princípio;

6) a decisão judicial que superar os permissivos legais da propaganda deve considerar os direitos à livre manifestação de pensamento e à informação e ser fundada em elementos objetivos demonstráveis nos autos, e não na subjetividade do julgador.

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

Também seriam passíveis de apuração situações de fraude à lei, nas quais o autor da mensagem, conquanto não veicule pedido expresso de voto, vise à burla do comando legal para, por exemplo, veicular propaganda que, mesmo em período eleitoral, seria vedada.

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

Postas essas premissas, passo ao exame do caso concreto.

No caso, conforme relatado no voto do eminente relator, o Ministério Público Eleitoral impugna a veiculação de vídeo na internet, anteriormente gravado por simpatizantes do representado e alegadamente com a ciência deste, no qual se verifica o uso de expressões de exaltação de sua figura, a exemplo de: “*2018 está muito longe, vamos para a rua a partir de agora*”, “*precisamos de homens que fazem da política uma missão*” e “*o Brasil precisa, está precisando agora, não é de sargento nem de coronel, está precisando é de um capitão! Por coincidência eu sou capitão, só coincidência*”.



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

Por essas razões, com esse acréscimo de fundamentação, acompanho o eminente relator e voto no sentido de julgar improcedente o pedido da representação ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral em face de Jair Messias Bolsonaro e de Google Brasil Internet Ltda.

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

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

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

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

[2] Confirmam-se, entre muitos outros:

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

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

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

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

Recurso não conhecido.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

[10] Cito, por exemplo:

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

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

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

3. Agravo regimental desprovido.

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

Representação. Propaganda eleitoral antecipada.

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

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

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

Agravo regimental não provido.

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

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

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

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



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

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

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

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

[18] Em levantamento feito pelo Jornal Valor Econômico, foi constatada aparente desconexão entre as ideias do representado e as de seus potenciais eleitores. Em certo trecho da reportagem, há o seguinte esclarecimento: “A desconexão entre o que Bolsonaro diz e o que esses seus simpatizantes pensam nesse caso específico resume bem parte das conclusões da pesquisa, promovida para tentar entender o que passa pela cabeça dos adeptos do deputado. São pessoas que enxergam Bolsonaro como uma figura positiva, mas que não conhecem bem suas posições e, mais importante, não conhecem bem suas posições e, mais importante, não se abalam quando constatam que suas próprias opiniões em alguns temas não combinam com a do parlamentar” (Cf. < <http://www.valor.com.br/politica/4992164/eleitor-de-bolsonaro-nao-leva-suas-opinioes-ao-pe-da-letra-diz-estudo>>. Acesso em 3.10.2017).

[19] STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?**. <Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>, acesso em 2 de outubro de 2017.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI: Senhor Presidente, eu acompanho o voto do eminente relator, pela improcedência do pedido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhor Presidente, acompanho o relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, acompanho o relator.

VOTO (vencido)



A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, neste caso, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho entende que não há propaganda antecipada. Interessante, porque, casualmente, em mim, este vídeo produziu a sensação inversa.

Porque no outro vídeo, eu entendi que, em função de um contexto, se dizia “estou voltando”. E neste, usam-se todos os fatos relativos a 2014 para fazer uma propaganda contrária. E o vídeo foi lançado agora.

Eu, realmente, estou preocupada com o tema. Penso que o Tribunal tem de se posicionar. E no caso anterior, eu reafirmo, para mim, a mensagem que passou, não foi no sentido de propaganda eleitoral “estou vivo”, num contexto amplo em que tudo se coloca. Neste específico, eu tenho dificuldade de não ver propaganda antecipada.

Mas, se todos estiverem de acordo que não há, como no sentido de nós fixarmos esse critério, eu não vou abrir uma divergência. Porque eu realmente não compreendi. E fui absolutamente sincera quando votei, no sentido do vídeo, da mensagem que chegou a mim.

VOTO (vencido)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Senhores Ministros, eu vou votar, em relação aos dois casos, no sentido da procedência da representação.

Eu penso que fica evidente que há, inclusive, um clima de campanha, e é esse o contexto em que se coloca. Como também, no outro caso, como o Ministro Luiz Fux já ressaltou, não há nenhuma dúvida de que se está voltando para 2018.

A questão, na verdade, tem relevância não por causa dos casos em si, mas para analisar os desdobramentos. Porque vamos pautar, de alguma forma, a orientação. Certamente, outros casos virão ao Tribunal, mas é preciso que tenhamos a consciência de que irão elaborar mensagens que se tornarão frequentes, especialmente na internet. Claro e indubitavelmente, ferindo essa sutileza de que não há pedido explícito de voto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: No presente caso, conforme destacou a Ministra Rosa Weber, havia aspectos negativos da outra campanha.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): E, claro, o posicionamento de alguém que é bem recebido pelo público. Penso não haver aqui nenhuma dúvida com relação a isso.

Essa questão de pedido explícito de voto é algo preconceituoso, porque não envolve a linguagem dos mudos.

Mas, em suma, este é o primeiro caso de relevância para as eleições de 2018, mas pedindo todas as vênias à maioria que se formou, voto no sentido da procedência da representação, por entender que teremos de fazer a leitura implícita do pedido explícito de voto. A não ser em caso muito escrachado, muito difícil de ocorrer, não haverá essa ideia do “vote em mim”, de que “eu sou candidato” ou coisas do tipo. Com certeza, haverá as versões elaboradas, mas que funcionam como campanha eleitoral. Talvez fosse bom que tivéssemos assessoria de peritos para ter essa sensibilidade, quer dizer, como que essa propaganda, essa mensagem penetra, afeta?

ESCLARECIMENTO



A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, há uma propaganda subliminar, inclusive, que nós, como leigos, teríamos dificuldade em detectar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Sim. E que pode morar sutilmente, inclusive, nas cores, nas imagens, no fundo que se utiliza com o jogo de letras. Por exemplo, o “não”, neste caso, chama muita atenção com grande destaque.

Em suma, essa é a decisão do Tribunal. Eu só gostaria de deixar essa mensagem, porque me parece grande a responsabilidade.

É bem verdade, nós temos uma jurisprudência muito vasta no sentido do pedido claro de voto. E temos também de distinguir situações de quem tenta se consolidar como candidato. Ninguém é candidato em segredo. Essa é a linha limítima que temos dificuldade. Quem eventualmente tem de passar por uma convenção, tem de convencer os seus correligionários de que a sua candidatura é viável e também ganhar visibilidade e eventuais pontos nas pesquisas. E isso não se faz de casa ou de forma secreta.

De modo que considero importante que nós tenhamos consciência – é o primeiro caso – das implicações desse julgado e de outros que venham a ocorrer.

EXTRATO DA ATA

RP (11541) nº 0601143-73.2017.6.00.0000/DF. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Representante: Ministério Público Eleitoral. Representado: Google Brasil Internet Ltda. (Advogados: Rodrigo de Macedo Soares e Silva – OAB: 196362/SP e outros). Representado: Jair Messias Bolsonaro (Advogada: Denia Erica Gomes Ramos Magalhães – OAB: 19090/DF).

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na representação e prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do relator. Vencida a Ministra Rosa Weber e o Ministro Gilmar Mendes.

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

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

SESSÃO DE 5.12.2017.

