



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

REPRESENTAÇÃO (11541) - 0600890-28.2018.6.26.0000 - Fernandópolis - SÃO PAULO

RELATOR(A): FABIO PRIETO DE SOUZA

REPRESENTANTE: FAUSTO RUY PINATO

Advogados do(a) REPRESENTANTE: ARTHUR LUIS MENDONCA ROLLO - SP153769, LETICIA COSTA ROMANO - SP378190, CARLOS EDUARDO GOMES CALLADO MORAES - SP242953, JOAO FERNANDO LOPES DE CARVALHO - SP93989, ALBERTO LUIS MENDONCA ROLLO - SP114295, MARIA DO CARMO ALVARES DE ALMEIDA MELLO PASQUALUCCI - SP138981, LEANDRO PETRIN - SP259441, MARLON CARLOS MATIOLI SANTANA - SP227139, MARIANGELA FERREIRA CORREA TAMASO - SP200039, THAIS CRUZ MOTTA - SP388586

REPRESENTADO: EDITORA 247 LTDA., NN&A PRODUCOES JORNALISTICAS LTDA - ME, HORIA CONSULTORIA EM NEGOCIOS - EIRELI, PEDRO ZAMBARDA DE ARAUJO, LUIS NASSIF, JOSE CARLOS RIBEIRO FERREIRA

Advogados do(a) REPRESENTADO: ROBERTO TEIXEIRA - SP22823, CRISTIANO ZANIN MARTINS - SP172730, ALFREDO ERMIRIO DE ARAUJO ANDRADE - SP390453, EDUARDO RAMOS JUNIOR - SP304887, FERNANDO GOULART CARDOSO - SP324131, KAIQUE RODRIGUES DE ALMEIDA - SP396470, LUIS HENRIQUE PICHINI SANTOS - SP401945, MARIA DE LOURDES LOPES - SP77513, PAMELA TORRES VILLAR - SP406963, RODRIGO CHANES MARCOGNI - SP272493, RODRIGO GABRINHA - SP261164, ALEXIS ELIANE - SP389822, VALESKA TEIXEIRA ZANIN MARTINS - SP153720, LARISSA TEIXEIRA QUATTRINI - SP175235, ANA PAOLA HIROMI ITO - SP310585, ARI CRISPIM DOS ANJOS JUNIOR - SP256825, GABRIELA FIDELIS JAMOUL - SP340565, GUILHERME QUEIROZ GONCALVES - DF37961, GUSTAVO PFALTZGRAFF RIBEIRO - RJ189609, JULIO DE ANDRADE NETO - SP393327, LIGIA GRACIO VELOSO - DF52381, MARCELO PUCCI MAIA - SP391119

Advogados do(a) REPRESENTADO: FRANCISCO RAMOS - SP328177, CAROLINE

NARCON PIRES DE MORAES - SP345730

Advogados do(a) REPRESENTADO: FRANCISCO RAMOS - SP328177, CAROLINE
NARCON PIRES DE MORAES - SP345730

Sustentou oralmente as razões do recorrente Fausto Ruy Pinato, o Dr(a). Arthur Luis Mendonca Rollo.

Sustentou oralmente o Dr. Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, Procurador Regional Eleitoral.

EMENTA

RECURSO ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA NEGATIVA. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DA REPRESENTAÇÃO REJEITADA POR MAIORIA DE VOTOS. MÉRITO. PROPAGANDA OFENSIVA. PROVIMENTO DO RECURSO, PARA DETERMINAR A RETIRADA DA PROPAGANDA.

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo acima identificado, ACORDAM, os Juízes do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, por maioria de votos, em conhecer da representação, contra o voto do Desembargador Fábio Prieto que dela não conhece.

No mérito, ACORDAM, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, contra os votos dos Juízes Afonso Celso da Silva (Relator sorteado) e Maurício Fiorito, que lhe negam provimento.

Declara voto o Juiz Afonso Celso da Silva.

Assim decidem nos termos do voto do Desembargador Fábio Prieto (Relator designado), que adotam como parte integrante da presente decisão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Paulo Sérgio Brant de Carvalho Galizia (Presidente em exercício) e Fábio Prieto de Souza; e dos Juízes Mauricio Fiorito, Afonso Celso da Silva, Manuel Pacheco Dias Marcelino e Marcus Elidius Michelli de Almeida.

São Paulo, 29/08/2018.

FABIO PRIETO DE SOUZA

Relator designado

Documentos Selecionados

RELATÓRIO

Vistos.

Trata-se de recurso eleitoral interposto por FAUSTO RUY PINATO contra decisão monocrática que julgou improcedente a representação movida em face de EDITORA 247 LTDA. e OUTROS, cujo relatório se adota.

Pugna pela reforma do r. *decisum*, argumentando que não foi apreciado o pedido de remoção da publicação pela ocorrência de “fake news”. Afirma que o deslinde desta representação não guarda relação com o desfecho da ação cível movida pelo Sr. Mario Ye indicada na exordial.

Assevera, ainda, que a matéria jornalística indicada traz fatos inverídicos e que ofendem a sua honra, mormente porque ele seria seu foco central, havendo violação ao direito de liberdade de expressão.

Diante, pois, da ocorrência de “fake news”, defende a procedência da representação eleitoral, nos termos do art. 57-D, §3º, da Lei nº 9.504/97, para que sejam excluídos os links mencionados na inicial.

Foram apresentadas contrarrazões pela NN&A Produções Jornalísticas Ltda. visando à manutenção do r. *decisum*, sob o argumento de que na ação cível moída pelo Sr. Mário Ye não houve o deferimento da tutela antecipada ali requerida.

Ademais, assevera que o recurso não pode ser conhecido, eis que haveria inovação recursal ao ser alegada a *fake news* e que a matéria aduzida no recurso (que o representante sofreu ofensa à sua imagem) deve ser discutida na Justiça Comum.

Além disso, argumenta-se que não houve propaganda antecipada negativa, que foi concedido o direito de resposta ao representante, como afirmado por ele próprio no recurso, devendo ser mantida a r. decisão recorrida.

A representada EDITORA 247 LTDA. também apresentou contrarrazões defendendo a manutenção da r. decisão recorrida alegando, preliminarmente, que houve inovação recursal, pois o representante não teria alegado a ocorrência de “fake news” na exordial.

No mérito, afirma que a sua conduta é atípica, pois não caracterizou propaganda antecipada negativa com pedido explícito de não voto, exercendo apenas o direito de liberdade de imprensa, com mero objetivo de informação.

É o relatório.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SÃO PAULO

GABINETE DO RELATOR FABIO PRIETO DE SOUZA

REFERÊNCIA-TRE	: 0600890-28.2018.6.26.0000
PROCEDÊNCIA	: Fernandópolis - SÃO PAULO
RELATOR	: FABIO PRIETO DE SOUZA

REPRESENTANTE: FAUSTO RUY PINATO

REPRESENTADO: EDITORA 247 LTDA., NN&A PRODUCOES JORNALISTICAS LTDA - ME, HORIA CONSULTORIA EM NEGOCIOS - EIRELI, PEDRO ZAMBARDA DE ARAUJO, LUIS NASSIF, JOSE CARLOS RIBEIRO FERREIRA

VOTO Nº 593

Suscito questão preliminar, para não conhecer da representação.

É preciso ter em conta que a **transição do modelo autoritário**, no qual haviam eleições submetidas a forte intervenção do Poder Central, inclusive, ou principalmente, através da Justiça Eleitoral, para o **Estado Democrático de Direito, da Constituição de 1.988**, deve inspirar a promoção da cidadania, do debate, da livre manifestação de pensamento.

Fora do período eleitoral, o debate público era cerceado por normas de excessiva contenção, com o propósito de limitar a livre disposição dos cidadãos, então considerados “pré-candidatos”, como se isto autorizasse a vigilância e a intervenção permanente da Justiça Eleitoral.

Cidadão é o titular do direito público subjetivo à liberdade de manifestação política, atividade essencial da vida democrática.

Se, em algum momento, talvez próximo à data das convenções partidárias, mas não necessariamente, o cidadão vai apresentar-se como “pré-candidato”, o fato não é suficiente, por si só, como regra, a justificar a intervenção da Justiça Eleitoral nos debates cívicos.

É por esta razão que, no curso dos anos, as normas eleitorais têm reconhecido a livre prática de atos de cidadania política e diminuído o círculo de intervenção da Justiça Eleitoral.

Em data recente, o legislador avançou neste sentido, com modificações profundas no artigo 36-A, da Lei Federal nº 9.504/97:

Art. 36-A. 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 e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet:

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, 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, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária;

III - a realização de prévias partidárias e a respectiva distribuição de material informativo, a divulgação dos nomes dos filiados que participarão da disputa e a realização de debates entre os pré-candidatos;

IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos;

V - a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais;

VI - a realização, a expensas de partido político, de reuniões de iniciativa da sociedade civil, de veículo ou meio de comunicação ou do próprio partido, em qualquer localidade, para divulgar ideias, objetivos e propostas partidárias.

VII - campanha de arrecadação prévia de recursos na modalidade prevista no inciso IV do § 4º do art. 23 desta Lei.

§ 1º É vedada a transmissão ao vivo por emissoras de rádio e de televisão das prévias partidárias, sem prejuízo da cobertura dos meios de comunicação social.

§ 2º Nas hipóteses dos incisos I a VI do caput, são permitidos o pedido de apoio político e a divulgação da pré-candidatura, das ações políticas desenvolvidas e das que se pretende desenvolver.

§ 3º O disposto no § 2º não se aplica aos profissionais de comunicação social no exercício da profissão.

O preceito é destinado a garantir a vida cívica. A defesa do bem comum pelos cidadãos. O proselitismo dos valores políticos, essência da vida republicana e democrática.

Afeta quem organiza “**pretensa candidatura**”, diz a lei. Talvez fosse mais fiel ao propósito constar potencial candidatura.

Como sujeito direto da eficácia da norma figura o **cidadão, na condição de pré-candidato ou não**.

E a quem, indiretamente, contribui com “**a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos**”.

Neste período da vida cívica, a lei eleitoral não trata da disciplina do conflito de opiniões. Nem da disputa entre as facções.

Se terceiro, adversário da candidatura, pratica **atos ilícitos** em desfavor do cidadão, potencial candidato – como é o caso, em tese, da calúnia, da difamação ou da injúria -, não pode ser responsabilizado na Justiça Eleitoral, através deste instrumento processual.

A honra dos cidadãos – na vida privada ou pública – conta com a proteção do Poder Judiciário. Mas nos limites da competência judiciária.

Por outro lado, não parece possível extrair, da organização ativa da vida cívica, o que se tem considerado como propaganda eleitoral antecipada negativa.

A lei menciona “**a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos**”.

Exaltar é elevar além da posição comum. Tem conotação positiva.

Os seus antônimos são rebaixar, denegrir, depreciar, entre outros vocábulos.

Se alguém ataca o ideário ou a ação de potencial candidato, está no legítimo direito da crítica cívica.

Na hipótese de extrapolação, em tese, criminosa contra a honra, o cidadão tem acesso ao instrumento processual correlato.

De outro lado, não cabe tentar reduzir a liberdade de manifestação cívica ao suposto conceito autônomo de pedido explícito de voto.

O conceito é inexistente.

Não tem autonomia como categoria formal e lógica.

É preciso considerar o texto civilizatório da lei, não a frase ilógica isolada.

Pedido de voto permite a lei.

Se implícito, diria a interpretação restritiva da cidadania, sem uma definição do que poderia ser caracterizado, do ponto de vista **lógico**, como pedido implícito de voto.

Não há cidadania implícita, clandestina, enviesada. Ela deve ser sempre explícita, como deseja a Constituição de 1.988.

Neste sentido, inclusive, está o artigo discutido, porque permite a menção às qualidades pessoais do cidadão e a prática dos atos característicos do debate político na sociedade.

Tudo explicita, como deve ser, potencial pedido de voto, que se consolidará em uma futura e eventual candidatura a depender de muitas variáveis.

A prática e os instrumentos do debate político devem ser claros e desimpedidos.

O que se tem como cláusula restritiva ao pedido de voto, a nota da explicitude, conflita com a Constituição Federal, se prevalecer a interpretação literal.

A lei autoriza explícitos atos de cidadania, até porque o debate político **depende desta transparência e clareza.**

A adoção de parâmetro hermenêutico ilógico, indefinível, sujeita a Justiça Eleitoral a fazer uso de instrumento discricionário, sem limite racional, com potencial para causar sérios danos ao processo das escolhas democráticas.

No caso concreto, a demonstrar a inconveniência da intervenção da Justiça Eleitoral, há igual pedido de controle do debate político na Justiça Comum Estadual, **pelo mesmo fundamento.**

É certo que o debate político não pode ser feito sem o limite da civilidade. Mas o controle dos atos que lhe são próprios está sob a influência da justiça comum, **como regra**.

Destarte, não conheço da representação.

Vencido na questão preliminar, no julgamento realizado em 29 de agosto de 2018, passo à análise do mérito.

As publicações questionadas sustentam que o recorrente levou para audiência, com o Presidente da República, cidadão desqualificado como chefe da máfia chinesa em São Paulo.

O fato é grave, digno de registro público nos meios de comunicação social.

Mas precisa ser objeto de checagem cuidadosa, fundada em fonte ou documentação confiável.

Associar alguém ao comando de organização criminosa internacional configura grave ofensa à honra.

No caso concreto, nenhuma evidência foi apresentada para sustentar a publicação.

Por estes fundamentos, **REJEITADA A MATÉRIA PRELIMINAR**, no mérito, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO**, para determinar a retirada das propagandas.

Desembargador Federal Fábio Prieto de Souza

Relator Designado

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SÃO PAULO

GABINETE DO RELATOR AFONSO CELSO DA SILVA

REFERÊNCIA-TRE	: 0600890-28.2018.6.26.0000
PROCEDÊNCIA	: Fernandópolis - SÃO PAULO
RELATOR	: AFONSO CELSO DA SILVA

REPRESENTANTE: FAUSTO RUY PINATO

REPRESENTADO: EDITORA 247 LTDA., NN&A PRODUCOES JORNALISTICAS LTDA - ME, HORIA CONSULTORIA EM NEGOCIOS - EIRELI, PEDRO ZAMBARDA DE ARAUJO, LUIS NASSIF, JOSE CARLOS RIBEIRO FERREIRA

VOTO Nº 10

VOTO

1. Não prosperam as preliminares aduzidas pelas recorridas em suas contrarrazões.

Nota-se que o representante alegou a existência de suposta *fake news* na exordial diante do teor da matéria divulgada pelos representados, como se nota na página nº 08 da inicial, o que foi, inclusive, devidamente enfrentado no r. *decisum*.

Assim, não há que se falar em inovação recursal.

Ademais, não obstante o fato de o representante ter, em tese, o direito subjetivo de requerer indenização por eventuais danos morais perante à Justiça Comum, sob argumento de que os fatos narrados na matéria jornalística ofenderiam a sua imagem, a ele também é dada a possibilidade de apresentar representação eleitoral visando à remoção de determinada matéria que poderia eventualmente caracterizar propaganda eleitoral antecipada negativa, como ele procedeu *in casu*.

2. Consoante mencionado na decisão monocrática proferida, mister se faz, antes da análise específica do caso *sub examine*, se trazer à colação algumas premissas a respeito da propaganda eleitoral antecipada negativa[1].

2.1. Propaganda antecipada.

A propaganda dita antecipada é aquela realizada fora do período eleitoral.

A fase da pré-campanha recebeu tratamento específico do legislador, havendo atenuação do que pode ser considerado como propaganda eleitoral extemporânea ante o que dispõe o art. 36-A da Lei das Eleições, segundo o qual a publicidade que não possua explícito pedido de voto não a configura.

O art. 36 da Lei de Eleições (Lei nº 9.504/97) prevê que a propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 15 de agosto do ano da eleição, mas o ordenamento jurídico pátrio não fixa, exatamente, a data em que dita propaganda antecipada pode ser tida por configurada.

José Jairo Gomes entende que o marco inicial para o controle da propaganda antecipada seria o mês de janeiro do ano das eleições, pois antes disto inexistiria lesão relevante ao bem jurídico protegido pela norma (Direito Eleitoral, Ed. Atlas, 13ª edição, 2017, p. 498/501).

Luiz Marcio Pereira e Rodrigo Molinaro, por seu turno, indicam que, apesar de existirem decisões dissidentes, o TSE vem julgando ser irrelevante a distância temporal entre o ato de propaganda e a data de convenções ou da própria eleição (Propaganda Política, Questões práticas relevantes e temas controvertidos da propaganda eleitoral, Renovar, 2014, p. 91), que também parece ter sido a orientação do TSE na Consulta 559/DF, rel. Min. Costa Porto, j. 18.11.99.

Seja como for, as publicações a serem analisados estão, em virtude de serem recentes, inequivocamente, sujeitos à análise desta Justiça especializada, pelo menos no que diz respeito ao requisito temporal.

O porquê desta atuação foi revelado pelo Ministro Luiz Fux, em julgamento do E. Tribunal Superior Eleitoral:

“A ratio essendi subjacente à vedação legal é evitar, ou, ao menos, amainar a captação antecipada de votos, o que poderia desequilibrar a disputa eleitoral, vulnerar o postulado da igualdade de chances entre os candidatos e, no limite, comprometer a própria higidez do prélio eleitoral” (AgR-AI nº 260-55.2014.6.19.0000-RJ, j. 16.04.2015).

2.2. Propaganda negativa.

Por outro giro, a propaganda eleitoral antecipada pode ser positiva ou, como se alega no caso dos autos, negativa. Nesta, o objetivo é desqualificar determinado pré-candidato, divulgando argumentos ou fatos que o desabonem e induzam os eleitores a não sufragarem seu nome nas urnas.

A propósito:

“Todavia, além da propaganda eleitoral positiva que busca enaltecer o pretense candidato, tem-se a propaganda eleitoral negativa que busca angariar votos depreciando a imagem ou atributos do adversário. Nesse contexto, é de suma relevância o papel desempenhado pela Justiça Eleitoral, fiscalizando a origem e a veracidade da informação veiculada por candidatos e partidos políticos, punindo os responsáveis por veiculação das fake news, construindo um processo eleitoral seguro e verdadeiramente democrático” (Juliana Sampaio de Araújo e Livia Maria de Sousa, in Tratado de Direito Eleitoral, Tomo 4, Propaganda Eleitoral, Ed. Fórum, 2018, p. 138).

Ademais, salienta Dorival Renato Pavan:

“Infelizmente, o que ocorre no Brasil é que o candidato não se utiliza da propaganda eleitoral para demonstrar ao eleitor as razões pelas quais merece ser eleito, mas sim, na maioria dos casos, para denegrir ou tentar denegrir a imagem do candidato concorrente, desviando-se da conduta ética e moral que deveria marcar suas ações, as quais deveriam ser pautadas na pretensão de se utilizar da propaganda eleitoral como instrumento apto e eficaz para criar uma imagem positiva de sua candidatura no seio do eleitorado.” (Comentários à minirreforma eleitoral. São Paulo: Ed. Pillares, 2017, p. 86).

Não se olvida, aqui, a importância da divulgação da informação sobre os pré-candidatos, e o direito de realizá-la, em virtude da garantia constitucional da livre manifestação do pensamento, a qual, contudo, estará passível de limitação nos casos em que houver ofensa à honra de terceiros ou divulgação de fatos

sabidamente inverídicos (TSE, AgRegRESPE nº 204014, j. 10.11.2015, rel. Min. Luciana Lóssio).

Se assim o é, deve haver obediência à verdade e compromisso com a seriedade, para que não ocorra a veiculação de informações que não correspondam à verdade, aptas a atingir a dignidade e a reputação de determinado candidato, ou pré-candidato.

Conforme ensinam Diogo Rais, Daniel Falcão, André Zonaro Giacchetta e Pamela Meneguetti:

“A legislação eleitoral não definiu o que é propaganda eleitoral negativa, porém adotou duas formas em seu sistema eleitoral e, conforme organizado por Steibel (2007, p. 153), a primeira determina a necessidade de controle do nível de informação em campanhas eleitorais, atribuindo ao Estado uma função de controle por eventual desequilíbrio nas informações disponibilizadas.

A segunda refere-se a atribuir a uma autoridade judiciária a competência de poder realizar esse controle de desequilíbrio e determinar quais informações são ‘puras ou corretas’ para estar no cenário de debate político (STEIBEL, 2007, p. 53).” (Direito Eleitoral Digital. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 67-68).

O direito à informação, bem como o direito à livre manifestação do pensamento, como de resto os demais princípios constitucionais, não são absolutos. Devem, sempre, ser sopesados com outras prescrições inseridas na Carta Magna, como a intimidade, a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade, levando-se em consideração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Vale destacar que *“a liberdade de expressão está intimamente ligada à elaboração e divulgação de propaganda política, tanto que, respeitadas as balizas legais, é livre a formulação do conteúdo propagandístico”* (Juliana Sampaio de Araújo e Livia Maria de Sousa, in Tratado de Direito Eleitoral, Tomo 4, Propaganda Eleitoral, Ed. Fórum, 2018, p. 136).

Não é por outra razão que se tem decidido que a mera veiculação de críticas a determinado candidato, desde que respeitados os princípios acima mencionados, não deve ser caracterizada como propaganda eleitoral irregular.

Neste sentido:

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” (TSE, AgRgRESPE nº 92667, rel. Min. Luciana Lóssio, DJE 25.04.2016).

Anote-se que os agentes públicos, justamente pelo exercício de funções públicas, estão sujeitos a um maior número de críticas por parte da sociedade e da imprensa.

Neste sentido já decidiu o STF:

“Não se pode desconhecer que a liberdade de imprensa, enquanto projeto da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, 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 e (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. É por tal razão que a crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, por mais acerba, dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações que ordinariamente resultam dos direitos-de personalidade”(AI nº 505595/RJ, relator Ministro Celso de Mello, DJE de 23/11/09).

E como assevera José Jairo Gomes:

“Dada a natureza de suas atividades, o código moral seguido pelo político certamente não se identifica com o da pessoa comum em sua faina diuturna. Tanto é que os direitos à privacidade, ao segredo e à intimidade sofrem acentuada redução em sua tela protetiva. Afirmarções e apreciações desairosas, que, na vida privada, poderiam ofender a honra objetiva e subjetiva de pessoas, chegando até mesmo a caracterizar crime, perdem esse matiz quando empregadas no debate político-eleitoral. Assim, não são de estranhar assertivas apimentadas, críticas contundentes, denúncias constrangedoras, cobranças e questionamentos agudos. Tudo isso insere-se na dialética democrática” (Direito Eleitoral, Ed. Atlas, 13ª edição, 2017, p. 587/588).

Contudo, embora seja reconhecida a liberdade de manifestação, não se configurando como delito o mero exercício do direito à informação ou à crítica, veda-se no ordenamento jurídico pátrio o exercício abusivo de direito.

A divulgação de propaganda antes do período permitido pelo art. 36 da Lei 9.504/97 contendo imagem ofensiva à honra e à dignidade de pré-candidato configura propaganda eleitoral negativa extemporânea. O pluralismo político, a livre manifestação do pensamento, a liberdade de imprensa e o direito de crítica não encerram direitos ou garantias de caráter absoluto, atraindo a sanção da lei eleitoral no caso de ofensa a outros direitos, tal como o de personalidade. (AgR-REspe nº 20626, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.03.2015).

No mesmo diapasão já decidiu esta Corte,

“RECURSO ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA NEGATIVA. PRÉ-CANDIDATO A PREFEITO. PROCEDÊNCIA. POSTAGEM DE VÍDEO NA REDE SOCIAL FACEBOOK, COM TEOR OFENSIVO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA NEGATIVA CARACTERIZADA. RECURSO DESPROVIDO” (TRE, Recurso Eleitoral nº 76-04.2016.6.26.0237, rel. Juiz L. G. Costa Wagner, j. 07.02.2017).

“RECURSO ELEITORAL. ELEIÇÕES 2016. PROPAGANDA ELEITORAL NEGATIVA ANTECIPADA. REDE SOCIAL – FACEBOOK. PRÉ-CANDIDATO AO CARGO DE PREFEITO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. CRIAÇÃO DE UM PERFIL ANÔNIMO E FALSO NO FACEBOOK PARA DIVULGAÇÃO DE MENSAGENS COM OBJETIVO DE DENEGRIR A IMAGEM DO PRÉ-CANDIDATO E INFLUENCIAR ELEITORES. PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA NEGATIVA CARACTERIZADA. RECURSO DESPROVIDO.” (Recurso Eleitoral nº 2-64.2016.26.0296, rel. Juiz Marcus Elidius, j. 09.03.2017).

3. Das publicações impugnadas nestes autos.

Na hipótese específica em exame, extrai-se da análise das publicações ocorridas que o representante teria sido responsabilizado por ter levado até o Presidente Michel Temer o Sr. Mário Yê Sui Yong, que seria apontado como chefe da máfia chinesa com sede em São Paulo, conhecido como “Cabeça de Dragão”.

Através dos documentos anexados, teria o representante comprovado que tal notícia não é verdadeira, pois o Sr. Mario Ye é representante de associação civil de chineses “Associação Chinesa do Brasil” e não é processado pelo que se lhe imputa nas veiculações ocorridas.

3.1. Se bem lidas as publicações impugnadas, há de se concluir que, em nenhuma delas, há o pedido explícito de não voto.

Com efeito, não obstante exista referência ao fato do ora representante ter levado ao encontro do Presidente Michel Temer aquele que, supostamente, seria o chefe da máfia chinesa em São Paulo, o fato objetivo é que, em nenhuma das publicações, se formulou aceno ou recomendação para que não se votasse no representante ou em outro candidato

Segundo José Jairo Gomes *“a propaganda negativa tem por fulcro o menoscabo ou a desqualificação dos candidatos oponentes, sugerindo que não detém os adornos morais ou a aptidão necessária à investidura em cargo eletivo. Os fatos que a embasam podem ser total ou parcialmente verdadeiros, e até mesmo falsos”* (Direito Eleitoral, Ed. Atlas, 13ª edição, 2017, p. 494).

E, como asseveram Juliana Sampaio de Araújo e Lívia Maria de Sousa, para a configuração da propaganda negativa explícita deve estar presente a recomendação para que não se vote em determinado candidato:

“A propaganda ainda pode ser positiva, e essa é a regra, quanto tem por conteúdo exprimir os pontos de vista positivos do partido ou do candidato e de que tais são as melhores opções para a sociedade; como negativa, no caso de contrapropaganda, que busca realçar aspectos negativos do partido ou do candidato, e de que tais não teriam condições de desempenhar o cargo eletivo. Tanto em um como em outra, deve estar presente o pedido de voto ou a recomendação para que não se vote em determinado candidato ou partido político.

Ponto tormentoso dentro da propaganda antecipada é a ausência de data para o início da incidência de punição pela propaganda eleitoral antecipada, dando margem para que se levante dúvidas sobre a irregularidade na propaganda eleitoral realizada há mais de um ano antes da eleição. Contudo, deve-se ter certo bom senso para o exame da questão, sob pena de qualquer manifestação, positiva ou negativa, em qualquer período, configurar propaganda antecipada, portanto, tal prazo pode ser entendido como no ano da eleição, já que o desiderato de propaganda eleitoral irregular é influir no voto” (in Tratado de Direito Eleitoral, Tomo 4, Propaganda Eleitoral, Ed. Fórum, 2018, p. 134 – destaques não constam do original).

O art. 36-A da Lei nº 9.504/97 estipula, expressamente, que *“Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam **pedido explícito de voto**...”* (grifei).

Explicando o alcance da expressão *“pedido explícito de voto”* José Jairo Gomes nos ensina:

“Nota-se que a regra do artigo 36-A apenas veda o ‘pedido explícito de voto’ (caput). Pedido explícito, aqui, não se restringe ao pedido escrito, podendo também ser compreendido como aquele evidenciado pela forma, características ou técnica empregada na comunicação. Para ser explícito o pedido, não é preciso que se diga ‘peço o seu voto’, ‘quero o seu voto’, ‘vote em mim’, ‘vote em fulano’. Até porque, nem mesmo na propaganda eleitoral regular esses modos de comunicar são normalmente empregados. Para ser explícito o pedido,

basta que o propósito de pedir o voto ressaia claramente da forma, da técnica de comunicação empregada, do conjunto da peça considerada e das circunstâncias em que o evento ocorre” (Direito Eleitoral, Ed. Atlas, 14ª edição, 2018, p. 542).

Destarte, diante das lições aqui trazidas, conclui-se que a recomendação em não votar configura explícita propaganda antecipada negativa, o que, contudo, inorreu no caso *sub examine*, eis que sequer se faz menção nas publicações ao fato do representante ser ou não candidato a algum cargo eletivo, ainda que para reeleição.

Assim, nesta seara eleitoral, dada a desvinculação com o pleito pelas razões apontadas, não poderia se considerar que as veiculações configurem propaganda eleitoral antecipada negativa.

3.2. Por outro prisma, deve ser consignado que a divulgação de notícia, no exercício do direito à liberdade de expressão e de informação, que não extrapole seus respectivos limites, também não caracteriza propaganda eleitoral extemporânea negativa, ou mesmo *fake news*.

Como advertem Diogo Rais, Daniel Falcão, André Z. Giacchetta e Pamela Meneguetti, em livro coordenado pelo primeiro, não é fácil a definição de *fake news*. Ora se apresentam como se fosse uma notícia falsa, ora como reportagem deficiente ou parcial, ora como agressão a alguém ou a alguma ideologia.

E asseveram os autores que *fake news* seriam:

... notícias falsas, mas que parecem verdadeiras.

Elas são enganosas, se revestem de diversos artifícios para enganar o leitor buscando sua curiosidade e difusão daquele conteúdo. Não é uma ficção, é mentira revestida de artifícios que lhe conferem aparência de verdade sendo capaz de produzir danos” (Direito Digital Eleitoral, autores citados, Revista dos Tribunais, 2018, p. 68/69).

Em oportunidade anterior, o professor Diogo Rais já havia afirmado que *“Fake news é um termo novo, mas é um problema velho. É um problema muito semelhante ao trote e ao boato”*. *“Fake News não é uma mentira, é uma mentira que parece verdade. É uma forma de enganar as pessoas. Acho que o principal elemento que diferencia ela é isso”* (matéria realizada por Felipe Amorim, disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/01/11/justica-eleitoral-pode-punir-quem-publicar-fake-news-em-redes-sociais.htm>; acesso em 15.08.2018).

Neste mesmo diapasão, traz-se à colação a lição Guilherme Barcelos:

Tal e qual demonstrado no curso do texto, sabidamente inverídico é um fato notoriamente mentiroso, despido de controvérsias acerca da sua não veracidade. Percebeu-se, pois, que a doutrina converge na conceituação do que seria um fato sabidamente inverídico veiculado no contexto eleitoral – seja na propaganda eleitoral propriamente dita, seja nos diversos órgãos de comunicação social (jornais impressos ou internet, p. ex.). Sabidamente inverídico, dessa maneira, é um fato notoriamente mentiroso, aquele que não admite controvérsias acerca da sua veracidade, cuja veiculação, diga-se de passagem, foi realizada por aquele sujeito sabedor da dita inverdade.

A expressão “fato sabidamente inverídico” ou “conceito, imagem ou afirmação sabidamente inverídica” aparece na legislação eleitoral lato sensu em duas oportunidades, ao menos. A primeira, é como causa de pedir do chamado direito de resposta, tal e qual o artigo 58

da Lei nº 9504/97 (Lei Geral das Eleições). E a segunda é no artigo 323 do Código Eleitoral brasileiro, a partir de um crime eleitoral devidamente tipificado no ordenamento jurídico nacional.

Já jurisprudência eleitoral sedimentada a partir da interpretação do que seria um fato sabidamente inverídico no universo das eleições, especialmente a partir da cadeia decisória historicamente consolidada no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, é no sentido de que a expressão em voga, ao devido reconhecimento, demandará sempre a veiculação de uma inverdade flagrante, que não apresente controvérsias; mas, mais do que isso, demandará igualmente que a flagrante inverdade precitada abarque tons de ofensa pessoal, seja ao candidato, ao partido ou a coligação (Tratado de Direito Eleitoral, Ed. Fórum, 2018, p. 415).

Na hipótese em análise, não se pode concluir que as afirmações levadas a cabo configuram fato sabidamente inverídico, sendo, pois, inaplicável o art. 57-D, §7º, da Lei nº 9.504/97.

Exsurge da consideração das provas produzidas que, pelo menos no que toca à seara eleitoral, embora as matérias possam conter imprecisões e mesmo fatos supostamente inverídicos, estes dizem respeito a pessoa que não o representante, não constituindo publicidade eleitoral negativa, além do que não se pode afastar-se, *hit et nunc*, as afirmações relacionadas à pessoa que foi levada à presença do Presidente Michel Temer.

No processo movido pelo Sr. Mario Ye Sui Yong, que tramita na esfera cível[2], a liminar que pretendia a retirada da rede mundial de computadores das notícias que o apontam como membro de organização criminosa foi negada (decisão datada de 29.06.2018), que restou mantida, pelo menos em análise prévia realizada pelo eminente relator, no agravo de instrumento interposto[3], o que, por si só, demonstra a controvérsia existente.

Não se pode olvidar que, nesta seara, o TSE assentou desde há muito que “*a mensagem, para ser qualificada como sabidamente inverídica, deve conter inverdade flagrante que não apresente controvérsias. Não é possível transformar o pedido de resposta em processo investigatório com intuito de comprovar a veracidade das versões controversas sustentadas pelas partes*” (Representação nº 367516 – rel. Min. Henrique Neves – j. 26.10.2010).

Justamente com base em precedentes como o acima transcrito, alusivos ao direito de resposta, além de outros citados, foi que Guilherme Marcelos asseverou:

Tal e qual demonstrado no curso do texto, sabidamente inverídico é um fato notoriamente mentiroso, despido de controvérsias acerca da sua não veracidade. Percebeu-se, pois, que a doutrina converge na conceituação do que seria um fato sabidamente inverídico veiculado no contexto eleitoral – seja na propaganda eleitoral propriamente dita, seja nos diversos órgãos de comunicação social (jornais impressos ou internet, p. ex.). Sabidamente inverídico, dessa maneira, é um fato notoriamente mentiroso, aquele que não admite controvérsias acerca da sua veracidade, cuja veiculação, diga-se de passagem, foi realizada por aquele sujeito sabedor da dita inverdade.

A expressão “fato sabidamente inverídico” ou “conceito, imagem ou afirmação sabidamente inverídica” aparece na legislação eleitoral lato sensu em duas oportunidades, ao menos. A primeira, é como causa de pedir do chamado direito de resposta, tal e qual o artigo 58 da Lei nº 9504/97 (Lei Geral das Eleições). E a segunda é no artigo 323 do Código Eleitoral brasileiro, a partir de um crime eleitoral devidamente tipificado no ordenamento jurídico nacional.

Já jurisprudência eleitoral sedimentada a partir da interpretação do que seria um fato sabidamente inverídico no universo das eleições, especialmente a partir da cadeia decisória historicamente consolidada no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, é no sentido de que a expressão em voga, ao devido reconhecimento, demandará sempre a veiculação de uma inverdade flagrante, que não apresente controvérsias; mas, mais do que isso, demandará igualmente que a flagrante inverdade precitada abarque tons de ofensa pessoal, seja ao candidato, ao partido ou a coligação. (O DIREITO ELEITORAL EM TEMPOS DE FAKE NEWS: O QUE É ISTO, UM FATO SABIDAMENTE INVERÍDICO?, Tratado de Direito Eleitoral, Ed. Fórum, Tomo 4, p. 415).

O mesmo raciocínio se aplica à presente representação, na medida em que a seara para que seja buscada a realidade ou não da afirmação feita em relação ao Sr. Mario Ye, que tangencialmente atingiu o ora representante, não é a eleitoral, pois aqui não há que se admitir dilação probatória para que se defina se as informações jornalísticas divulgadas são totalmente, parcialmente ou totalmente inverídicas.

O fato concreto é que, estando a discussão sendo realizada na seara adequada, não pode haver a certeza sobre ser o fato sabidamente inverídico, pelo menos neste momento, e inobstante possa lograr êxito a ação em trâmite na esfera cível pelo Sr. Mario Ye.

Há que se reproduzir a cirúrgica observação realizada pelo Ministério Público Eleitoral, em sua manifestação, que bem resume as razões para não acolhimento do pleito formulado na exordial:

No caso concreto, consoante verifica-se do teor das notícias, a reportagem inicial cingiu-se a relatar informações derivadas de um encontro entre o Sr. Mario Se Yong e o Presidente da República, tendo sido o representante o intermediário. Inclusive o representante também não nega conhecer o indivíduo referido, o que descaracteriza a alegação de se tratar de informações veiculadas com o único intuito de denegrir sua imagem.

Ademais, a questão daquele indivíduo – Mario Yong - estar envolvido ou não com qualquer ilícito, ou eventual mácula à sua imagem está sendo discutida em ação própria, cuja liminar foi indeferida. Contudo, entendemos que não há que se falar em propaganda antecipada negativa o simples fato de se noticiar o encontro entre ele e o representante, mesmo que tangencialmente atingido pelas notícias, não tendo havido qualquer pedido para não votarem no mesmo.

Assim, as notícias não se constituem, de per si, em informações inverídicas, razão pela qual não se enquadram na exigência legal, que determina ser a informação veiculada de pronto inverídica, atraindo, para sua configuração, uma densidade bastante forte que a qualifique como mentira (ID 55164, fls. 03).

Conclui-se, assim, que apenas é permitida a limitação da manifestação de pensamento quando esta violar a honra de terceiros, evitando a influência indevida na opinião pública e do eleitorado.

Neste sentido asseveram Juliana Sampaio de Araújo e Lívia Maria de Sousa:

“É certo que há muita relatividade no próprio conceito da verdade e que a divulgação parcial de fatos que interessam a determinado candidato pode resultar num conhecimento distorcido da situação real e deturpar a vontade do eleitor, razão pela qual assume relevância a origem da informação, o responsável pela veiculação da notícia, bem como o controle exercido pela justiça eleitoral como forma de extirpar do processo eleitoral as fake news, permitindo ao eleitor a tomada de decisão com a mais ampla informação disponível e verídica” (in Tratado de Direito Eleitoral, Tomo 4, Propaganda Eleitoral, Ed. Fórum, 2018, p. 137).

Diante do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

AFONSO CELSO DA SILVA

Relator

(assinado digitalmente)

[1] Decisão monocrática proferida na Representação nº 0600801-05.2018.6.26.0000

[2] 11ª Vara Cível de São Paulo, Processo nº 1067938-59.2018.8.26.0100.

[3] 10ª Câmara de Direito Privado do TJSP, AI 2134475-29.2018.8.26.0000.

Assinado eletronicamente por: **FABIO PRIETO DE SOUZA**

30/08/2018 19:01:22

<https://pje.tre-sp.jus.br:8443/pje-web/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

ID do documento: **122107**



18083017400242100000000120667

IMPRIMIR

GERAR PDF