

Sentença em 14/09/2016 - RP Nº 45453 GILBERTO ALABY SOUBIHE FILHO

Publicado em 14/09/2016 no Publicado no Mural, vol. 17:00:00

REPRESENTAÇÃO ELEITORAL - ART. 96, LEI 9.504/97

PROCESSO N. 454-53.2016.6.26.0206

Vistos.

Trata-se de representação proposta por GILSON MENDES DE SOUZA, CRISTIAN ALVES DE GODOI e o PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA em face de GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. por PROPAGANDA IRREGULAR/NEGATIVA NA INTERNET, requerendo retirada de conteúdo em caráter liminar e aplicação de multa, identificação de IP's e processamento penal.

Em defesa apresentada tempestivamente o representado afirma que a divulgação dos vídeos não feriu nenhum preceito legal pois se fundam no direito e garantia constitucional de livre expressão do pensamento, que decisão em sentido contrário seria censura.

Em manifestação o r. Representante do Ministério Público Eleitoral manifestou-se pela improcedência da representação ante a inexistência de irregularidade nos conteúdos apresentados, ressaltando, sobretudo, o legítimo caráter democrático das manifestações do pensamento em redes sociais e legalidade da filmagem realizada em local público e aberto.

Liminar indeferida.

É a síntese.

Fundamento e decido.

A representação se funda na suposta ilegalidade de gravação e posterior veiculação de vídeo no qual um carro com adesivos de campanha do candidato Gilson Mendes e do PSDB foi filmado ao ser abastecido com cestas básicas oriundas da SEDESC - Secretaria de Cidadania e Assistência Social de Caraguatatuba, o que fundamentou a abertura de investigação no Ministério Público Eleitoral (Preparatório Eleitoral nº 42.0233.0001860/2016-1) e posterior vídeo de cumprimento de ordem judicial de busca e apreensão relacionado ao mesmo fato.

Alegam os representantes que candidatos da “oposição” não identificados fizeram veicular o vídeo com o fito de realizar propaganda negativa mediante uso de vídeo clandestino, sem autorização judicial.

Afirmam os representantes que o Art. 45, II e III da Lei 9.504/97 vedam qualquer tipo de manifestação contrária a candidatos ou partidos.

Embora o texto legal traga ainda essa excrecência jurídica, que é verdadeira afronta ao regime democrático, desde 2010 o Supremo Tribunal Federal suspendeu a norma através da ADI n. 4.451.

Não assiste razão aos representantes. De fato, não há ilegalidade na conduta dos agentes produtores e veiculadores dos vídeos que sustentem a remoção do conteúdo da internet.

Nota-se que a gravação ocorreu em via pública, à luz do dia, sem qualquer ingresso em local com controle de acesso para macular a conduta como ilegal.

Nesse sentido vasta jurisprudência dos tribunais superiores:

“1. Agravo regimental no recurso especial. Prova. Gravação de conversa ambiental. Desconhecimento por um dos interlocutores. Licitude das provas originária e derivada. Questão de direito [...] O desconhecimento da gravação de conversa por um dos interlocutores não enseja ilicitude da prova colhida, tampouco da prova testemunhal dela decorrente. 2. Prova. Gravação de conversa ambiental. Transposição de fitas cassete para CD. Mera irregularidade formal. Não incidência da teoria dos frutos da árvore envenenada. Retorno dos autos ao TRE para que proceda a novo julgamento do feito, como entender adequado. [...] A prova formalmente irregular, mas não ilícita, não justifica a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.”

(Ac. de 11.9.2008 no AgRgREspe nº 28.558, rel. Min. Joaquim Barbosa.)

“[...] Ação de impugnação de mandato eletivo. Abuso de poder econômico e político. Gravação de conversa por um dos interlocutores. Prova lícita. Determinação de retorno dos autos ao tribunal regional para novo pronunciamento de mérito. [...] A gravação de conversa, efetuada por um dos interlocutores, é prova lícita, desde que não seja, por força de lei, sigilosa (REspe nº 25.258/SP) [...]”

(Ac. de 10.4.2008 no AgRgREspe nº 28.062, rel. Min. Marcelo Ribeiro.)

“[...] Ação de impugnação de mandato eletivo. Abuso do poder político. Doação de terreno. Omissão. Acórdão. Ausência. Corrupção. Captação ilícita de votos. Configuração. Prova. Gravação ambiental. Licitude. [...] II - A gravação efetuada por um dos interlocutores que se vê envolvido em fatos que, em tese, são tidos como criminosos, é prova lícita e pode servir de elemento probatório para a notitia criminis e para a persecução criminal, desde que corroborada por outras provas produzidas em juízo. [...]”

(Ac. de 25.5.2006 no REspe no 25.822, rel. Min. Cesar Asfor Rocha.)

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 1660-34.2012.6.26.0080 - CLASSE 32 —
SEVERÍNIA—SÃO PAULO

RECURSOS ESPECIAIS. ELEIÇÕES 2012. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE
SUFRÁGIO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. LICITUDE. VIA PÚBLICA.

4. Nos termos da atual jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento de um deles e sem a prévia autorização judicial, é prova ilícita e não se presta à comprovação do ilícito eleitoral, porquanto é violadora da intimidade. Precedentes: REspe nº 344-26, rei. Mm. Marco Aurélio, DJe de 28.11.2012; AgR-RO nº 2614-70, rei. Mm. Luciana Lóssio, DJe de 7.4.2014; REspe nº 577-90, rei. Mm. Henrique Neves, DJe de 5.5.2014; AgR-REspe nº 924-40, rei. Mm. João Otávio de Noronha, DJe de 21.10.2014.

REspe nº 1 660-34.2012.6.26.008015 p 2

5. Diversa é a situação em que a gravação registra fato que ocorreu à luz do dia, em local público desprovido de qualquer controle de acesso, pois, nesse caso, não há violação à intimidade ou quebra da expectativa de privacidade. A gravação obtida nessas circunstâncias deve ser reputada como prova lícita que não depende de prévia autorização judicial para sua captação.

Como bem salientou o Ministério Público Eleitoral é nas manifestações negativas que o direito à livre manifestação do pensamento deve ser protegido, já que “elogios e bajulações não costumam ser coibidas” e que “eventuais interesses escusos ou eleitoreiros dos responsáveis pela gravação - os quais não foram demonstrados cabalmente - não interferem na legalidade ou ilegalidade do vídeo impugnado”.

Nesse sentido é de se destacar pacífica jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral sobre a coerência com o regime democrático das manifestações em redes sociais por eleitores ou candidatos, ainda que desagradem terceiros.

Neste sentido:

“[...] Propaganda eleitoral. Horário eleitoral gratuito. Fato sabidamente inverídico. 1. A mensagem, para ser qualificada como sabidamente inverídica, deve conter inverdade flagrante que não apresente controvérsias. 2. Não é possível transformar o pedido de resposta em processo investigatório com intuito de comprovar a veracidade das versões controversas sustentadas pelas parte. 3. Pedido de resposta julgado improcedente.”

(Ac. de 26.10.2010 na Rp nº 367516, rel. Min. Henrique Neves.)

“Representação. Propaganda eleitoral. Horário gratuito. Pedido de resposta. Programas oficiais. Comparação entre governos. Crítica política. Não configuração. Afirmção sabidamente inverídica. Distorção da realidade. Fatos e números facilmente apuráveis. Deferimento. A propaganda eleitoral gratuita que se limita a discutir a extensão ou importância de programas oficiais, comparando realizações entre governos, configura mera crítica política, que não autoriza o deferimento de pedido de resposta. É sabidamente inverídica a afirmação que atribui a candidato adversário o comando de privatização de empresa, ocorrida durante governo do qual não participou. Mensagem que, no caso específico dos autos, falseia a verdade, relativamente a fatos e números facilmente apuráveis, e configura, portanto, afirmação sabidamente inverídica para os fins do disposto no art. 58 da Lei nº 9.504/97. Pedido parcialmente deferido.”
(Ac. de 19.10.2010 no Rp nº 347691, rel. Min. Joelson Dias.)

“Representação. Pedido de resposta. Horário eleitoral gratuito. Atuação de governante. Política de privatizações. Crítica. Impessoalidade. Fatos. Interpretação legítima. Notícias divulgadas na imprensa. Simples comentário. Indeferimento. Não enseja direito de resposta a crítica genérica, impessoal, dirigida ao modo de atuação de governante, na condução de política de privatização, que resulte de interpretação legítima dos fatos ocorridos à época ou de simples comentário de notícias divulgadas na imprensa. [...]”
(Ac. de 20.10.2010 no Rp nº 351236, rel. Min. Joelson Dias.)

“[...]. Propaganda eleitoral. Direto de resposta. Fato sabidamente inverídico. Referências ao comportamento do candidato em gestões passadas não configuram fundamento para concessão do direito de resposta. Representação julgada improcedente.”
(Ac. de 19.10.2010 no Rp nº 353312, rel. Min. Henrique Neves.)

“Representação. Propaganda eleitoral. Horário gratuito. Pedido de resposta. Candidato. Associação. Partido político. Correligionário. Crítica política. Ofensa. Não configuração. A mensagem veiculada em propaganda eleitoral gratuita não alusiva ao caráter do candidato, apenas o associando ao seu partido político e a correligionário, configura mera crítica política, que desautoriza o deferimento de pedido de resposta por alegada afirmação ofensiva.”
(Ac. de 13.10.2010 na Rp nº 344049, rel. Min. Joelson Dias.)

“Representação. Propaganda eleitoral. Horário gratuito. Pedido de resposta. Reajuste de tarifas de energia. Competência. Comparação entre governos. Ênfase. Crítica política. Afirmção sabidamente inverídica. Não comprovação. Precedentes. Hipótese em que a representante não se desincumbiu do ônus de provar que a afirmação, relativa a reajuste de tarifas de energia, seja

sabidamente inverídica. A afirmação feita durante propaganda eleitoral gratuita, ainda que com maior ênfase no tocante ao período de comparação entre governos, atribuindo a candidato responsabilidade pelo reajuste de tarifa de energia, consubstancia mera crítica política, não se enquadrando nas hipóteses do art. 58 da Lei nº 9.504/97. Recurso a que se nega provimento.”

(Ac. de 29.9.2010 no R-Rp nº 287840, rel. Min. Joelson Dias.)

“Representação. Propaganda eleitoral. Horário gratuito. Pedido de resposta. Atuação política de candidato. Crítica. Possibilidade. Ofensa. Afirmação sabidamente inverídica. Não comprovação. Além da apresentação de ideias e propostas, a exploração de aspectos supostamente negativos da atuação política de determinado candidato também é legítima na propaganda eleitoral gratuita, inclusive porque a crítica é salutar à democracia e é necessária para formação do convencimento do eleitor. Ainda que questione a aptidão de candidato para o exercício do cargo postulado, a propaganda eleitoral que não resvala para a ofensa nem divulga afirmação sabidamente inverídica configura mera crítica política e não revela, portanto, os requisitos para a concessão de direito de resposta. Recurso a que se nega provimento.”

(Ac. de 29.9.2010 no R-Rp nº 297710, rel. Min. Joelson Dias.)

A proteção a livre manifestação do pensamento é garantia constitucional e a exaltação de ânimos é característica dos processos eleitorais, de forma que nenhum vídeo ou manifestação acostada aos autos foge ao caráter democrático que deve marcar a escolha dos representantes dos poderes da república.

Embora o direito a livre manifestação do pensamento seja limitado pelo direito à honra e imagem, sabe-se que a pessoa pública tem a abrangência desses direitos relativizada no tocante ao exercício destas atividades públicas. De modo diverso seria, por óbvio, se as postagens se referissem a aspectos pessoais ou domésticos de sua vida, onde a proteção constitucional é mais ampla.

Nesse sentido:

O homem público é foco de atenções de todos os seguimentos da sociedade, sujeitando-se, por esta razão, a críticas em face de sua atuação no exercício da função pública inerente ao cargo ocupado. Contudo, as críticas deverão de ser articuladas de maneira a não ofender os direitos da personalidade do criticado, sob pena de, inversamente, caracterizar ilícito e danos morais, responsabilizando-se civilmente, então, o ofensor pelos atos praticados”. (AC n. 2005.024223-2, de Orleans, Primeira Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Rel. Joel Dias Figueira Júnior, j. em 25.03.2008).

ACÓRDÃO N. 28336

RECURSO ELEITORAL Nº 209-65.2012.6.24.0003

PROPAGANDA ELEITORAL - INTERNET - VÍDEO

DEPRECIATIVO DO PRIMEIRO RECORRIDO POSTADO NO YOUTUBE -
QUESTIONAMENTOS A HOMEM PÚBLICO QUE SÃO INERENTES À LIBERDADE DE
MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO - PROVIMENTO DOS RECURSOS.

Um homem público, que se expõe ao juízo popular, como Prefeito ou como candidato, estará invariavelmente submetido a conceitos depreciativos. Isso nem sempre virá de maneira elegante, como um debate entre cavalheiros. É claro que não se defende a autorização para a mera agressão, a ofensa à honra, como se tratasse de uma guerra que justificaria tudo. A enunciação negativa, entretanto, quase sempre estará associada a tom mais áspero, a uma contundência que dificilmente surgiria em manifestação feita pessoal e diretamente. A internet possibilita, pelo anonimato, o recrudescimento de sentimentos menos nobres. Só que o destinatário haverá de suportar também esses compreensíveis excessos, que mesmo não sendo ideais, são uma decorrência da valentia que a rede propicia.

Recursos conhecidos e providos.

De todo modo a dignidade da pessoa humana já é tutelada pelo Código Penal, que criminaliza as ofensas à honra caracterizadoras de calúnia, de injúria e de difamação, e pelo Código Eleitoral.

Ademais, durante o período eleitoral, a liberdade de expressão deve ser ainda maior, haja vista ser o momento em que o cidadão mais precisa de plenitude de informação e opiniões, favoráveis ou não, a um ou outro candidato.

De modo que se aplica ao caso o art. 220 da CRFB que garante a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não podendo sofrer restrição, observado o disposto na Constituição.

Reforça ainda ao prescrever que nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV, vedando, por fim, toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Deve-se dar ainda destaque ao art. 13 da Lei 12.965/2014, que afasta a responsabilidade do provedor de internet pelo conteúdo de terceiros, o que se aplica ao caso com as devidas adaptações interpretativas.

Isto posto, JULGO IMPROCEDENTE a representação, nos termos do Art. 96, §7º da Lei 9.504/97, ante a regularidade e legalidade da filmagem e da veiculação dos vídeos, reflexo natural do vigoroso regime democrático vigente no país.

Cg, 14/09/2016

PRIC.

GILBERTO ALABY SOUBIHE FILHO

Juiz Eleitoral