



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

**AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL Nº 0601752-22.2018.6.00.0000
– DISTRITO FEDERAL (Brasília)**

Relator: Ministro Og Fernandes

Representante: Coligação O Povo Feliz de Novo (PT/PCdoB/PROS)

Advogado: Eugênio José Guilherme de Aragão e outros

Representado: Jair Messias Bolsonaro e outros

Advogada: Karina de Paula Kufa e outros

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO:

No caso vertente, a Coligação O Povo Feliz de Novo (PT/PCdoB/PROS) ajuizou, com fundamento nos arts. 14, § 9º, da CF, e 22 da LC nº 64/1990, ação de investigação judicial eleitoral por **abuso do poder econômico** contra **66 litisconsortes passivos**, inclusive Jair Messias Bolsonaro e Antônio Hamilton Martins Mourão, candidatos, respectivamente, a Presidente e Vice-Presidente da República nas eleições de 2018, e pessoas físicas, as quais seriam responsáveis por supostas condutas abusivas em favor dos primeiros representados.

Os **atos abusivos** apontados pela representante residiriam na afixação ilegal de dezenas de *outdoors* em, pelo menos, **33 municípios, distribuídos em 13 estados**, o que teria comprometido o equilíbrio do processo eleitoral por meio da aferição de dividendos eleitorais aos integrantes da chapa majoritária em detrimento dos demais players, com gravidade suficiente para ensejar a cassação dos diplomas dos beneficiários.

O eminente Relator vota pela improcedência da investigação por entender ausente a gravidade das condutas, as quais não teriam o alcance necessário para ensejar o desequilíbrio da eleição presidencial de 2018, cuja abrangência dizia respeito a **27 unidades da Federação, com 5.570 municípios**.

É o brevíssimo relatório do necessário.

Passo ao voto.

Senhor Presidente, cumprimento o sempre preciso trabalho realizado pelo relator, bem como o saúdo pelo belíssimo voto com o qual nos brindou. Gostaria, ainda assim, apenas de tecer algumas considerações atinentes à matéria que me parecem pertinentes à solução do caso concreto.

Conforme relatado, o tema com o qual nos deparamos envolve a suposta prática de **abuso do poder econômico** por meio da realização de propaganda mediante *outdoors*, prática vedada pelo art. 39, § 8º, da Lei nº 9.504/97, objeto de acaloradas discussões por ocasião das reformas introduzidas pela Lei nº 13.165/2015, as quais, a par de reduzir o período destinado às campanhas eleitorais, veio a alterar e a flexibilizar, no texto do art. 36-A da Lei das Eleições, as condutas que não caracterizariam propaganda eleitoral extemporânea, ampliando as formas de expressão permitidas antes do marco legal.

Nesse contexto e de início, importante compreender a leitura empregada em relação aos denominados atos de pré-campanha, com a compreensão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) de que a Lei nº 13.165/2015 retirou do âmbito de caracterização de propaganda antecipada a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais de pré-candidatos e outros atos, com a possibilidade de sua cobertura via internet ou outros meios de comunicação social, mas **desde que não haja pedido expresso de voto** (Rp nº 294-87/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 9.3.2017).

Essa visão mais liberal da Corte no que concerne à publicidade de pré-campanha encontra certo percalço quando o cenário fático for permeado por

uma multiplicação de atos, os quais podem enquadrar-se no conceito aberto e principiológico do abuso do poder econômico.

Nessa linha, a *“propaganda eleitoral antecipada massiva, mesmo que não implique violação explícita ao art. 36–A da Lei nº 9.504/1997, pode caracterizar ação abusiva, sob o viés econômico, a ser corrigida por meio de ação própria”* (RO nº 0601616-19/MT, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 19.12.2019).

Nesse tópico, tive a oportunidade de expor, na Rp nº 0601161-94 (Rel. Min. Admar Gonzaga, DJe de 20.3.2018), que a reiteração sistemática desses comportamentos pode caracterizar, em tese, abuso do poder a ser apurado na via adequada. Dessa forma, diante dos imperativos da transparência e da moralidade, que devem permear o debate político-eleitoral como um todo, os eventuais custos desse tipo de promoção pessoal, não qualificados como propaganda extemporânea, devem estar lastreados em documentação comprobatória, que possa ser periciada pelo Ministério Público e pelos demais órgãos de controle no momento próprio, o que ensejará reprimenda muito mais grave se comparada à prevista para as representações, inclusive sancionável com inelegibilidade (REspe nº 600227-31/PE, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 9.4.2019).

Ademais, como afirmei no julgamento da Rp nº 0601888-34/DF (Rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, DJe de 3.3.2020), a inclusão de pré-candidatos no polo passivo das representações por propaganda irregular demanda a demonstração de indícios suficientes do prévio conhecimento do beneficiário acerca dos fatos, raciocínio que se ancora na Teoria da Asserção (Rp nº 1600-62/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 10.3.2016) bem como na leitura do teor do art. 40-B da Lei das Eleições, expresso ao exigir *“prova da autoria ou do prévio conhecimento do beneficiário, caso este não seja por ela responsável”*.

Portanto, há de se concluir que o instrumento processual adequado ao qual foi feita alusão para o deslinde da questão é justamente a ação de investigação judicial eleitoral, uma vez que sua abertura demanda apenas a *“indicação de provas, indícios e circunstâncias da suposta prática ilícita, não sendo exigível prova pré-constituída dos fatos alegados”* (RO nº 1588-36/RO, Rel. Min.

João Otávio de Noronha, DJe de 24.11.2015), por isso não seria equivocado afirmar que tínhamos um encontro marcado com a matéria que aqui se expõe.

Com enfoque na temática atinente à propaganda em si, rememoro que, para as eleições de 2018 e seguintes, o TSE passou a entender que a veiculação de atos de pré-campanha em meios proibidos para o período de campanha eleitoral, independentemente da existência de pedido explícito de voto, configura ilícito eleitoral.

No julgamento do REspe nº 0600227-31/PE, *leading case* acerca da matéria, prevaleceu, pela maioria de 4 a 3, a orientação perfilhada no voto do Ministro Edson Fachin, relator do feito. Eis a ementa do acórdão:

ELEIÇÕES 2018. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ATOS DE PRÉ-CAMPANHA. DIVULGAÇÃO DE MENSAGEM DE APOIO A CANDIDATO. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPLÍCITO DE VOTO. UTILIZAÇÃO DE *OUTDOORS*. MEIO INIDÔNEO. INTERPRETAÇÃO LÓGICA DO SISTEMA ELEITORAL. APLICABILIDADE DAS RESTRIÇÕES IMPOSTAS À PROPAGANDA ELEITORAL AOS ATOS DE PRÉ-CAMPANHA. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE APONTAM PARA A CIÊNCIA DO CANDIDATO SOBRE AS PROPAGANDAS. RECURSO PROVIDO.

1. A realização de propaganda, quando desacompanhada de pedido explícito e direto de votos, não enseja irregularidade *per se*.
2. A interpretação do sistema de propaganda eleitoral aponta ser incompatível a realização de atos de pré-campanha que extrapolem os limites de forma e meio impostos aos atos de campanha eleitoral, sob pena de se permitir desequilíbrio entre os competidores em razão do início precoce da campanha ou em virtude de majorada exposição em razão do uso desmedido de meios de comunicação vedados no período crítico.
3. A despeito da licitude da exaltação de qualidades próprias para o exercício de mandato ou a divulgação de plataformas de campanha ou planos de governo, resta caracterizado o ilícito eleitoral quando o veículo de manifestação se dá pela utilização de formas proscritas durante o período oficial de propaganda.

4. As circunstâncias fáticas, do caso ora examinado, de maciço uso de *outdoors* em diversos Municípios e de expressa menção ao nome do candidato permitem concluir a sua ciência dos atos de pré-campanha, conforme exigência do art. 36, § 3º, da Lei das Eleições.

5. A realização de atos de pré-campanha por meio de *outdoors* importa em ofensa ao art. 39, § 8º, da Lei nº 9.504/97 e desafia a imposição da multa, independentemente da existência de pedido explícito de voto.

6. Recurso especial eleitoral provido.

(REspe nº 0600227-31/PE, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 1º.7.2019)

Naquela assentada, integrei a corrente vencida formada pelos Ministros Jorge Mussi e Luís Roberto Barroso no sentido de manter, também para as eleições de 2018, a jurisprudência que havia sido firmada para as eleições de 2016. O Ministro Edson Fachin foi acompanhado pela Ministra Rosa Weber e pelos Ministros Og Fernandes e Admar Gonzaga.

A compreensão adotada nesse precedente guiou o julgamento do AgR-REspe nº 0603077-80/GO, também de relatoria do Ministro Edson Fachin, no qual esta Corte assentou que a veiculação de mensagem de felicitação alusiva a data comemorativa com o nome do pretense candidato, dissociado de elemento do qual se depreenda essa condição ou a relação ao pleito, não caracteriza ato de pré-campanha. Confira-se:

ELEIÇÕES 2018. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. PERÍODO DE PRÉ-CAMPANHA. DIVULGAÇÃO DE MENSAGEM DE FELICITAÇÃO E DE NOME. UTILIZAÇÃO DE *OUTDOOR*. VIÉS ELEITORAL. INEXISTÊNCIA. INDIFERENTE ELEITORAL. REVALORAÇÃO JURÍDICA. FATOS DELINEADOS NO ACÓRDÃO REGIONAL. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO ENUNCIADO DE SÚMULA Nº 24/TSE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

2. A compreensão firmada por este Tribunal, para as eleições de 2018, é no sentido de que a realização de atos de pré-campanha por meio de *outdoors* importa em ofensa ao art. 39, § 8º, da Lei

no 9.504/97 e desafia a imposição da multa, independentemente da existência de pedido explícito de voto. Precedente.

3. Ainda na linha desse entendimento, tem-se que os atos publicitários desprovidos de viés eleitoral consistem em “indiferentes eleitorais”, que se situam fora da alçada desta Justiça Especializada e, justamente por isso, não se submetem às proscricções da legislação eleitoral.

4. No caso, extrai-se das premissas emolduradas no acórdão que o agravado veiculou por meio de *outdoor*, que ficou exposto pelo período de dois meses próximos às eleições, **mensagem de felicitações relativa ao dia das mães à população, na qual constava seu nome, mas não havia pedido explícito de votos.**

5. **As aludidas circunstâncias são insuficientes para denotar o caráter eleitoral da publicidade, visto que a veiculação de congratulação relativa à data comemorativa e do nome do pretense candidato, dissociado de elemento do qual se depreenda essa condição ou a relação ao pleito, não evidencia ato de pré-campanha.**

Agravo interno a que se nega provimento.

(AgR-REspe nº 0603077-80/GO, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 3.10.2019 grifei)

É, portanto, possível organizar a sequência encadeada de compreensões sobre a matéria na linha 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, **tornou-se possível a menção à pretensa candidatura, inclusive com a exaltação das qualidades pessoais de pré-candidatos**, bem como a prática de demais atos correlatos, **desde que não haja pedido expresso de voto**. Por outro lado, impõe-se a necessidade de analisar o veículo de manifestação da mensagem, de forma que resta caracterizado o ilícito eleitoral quando forem empregadas formas proscritas, com a ressalva de que os atos publicitários desprovidos de viés eleitoral consistem em “indiferentes eleitorais”, que se situam fora da alçada desta Justiça Especializada e, justamente por isso, não se submetem às proscricções da legislação eleitoral.

Toda essa construção encontra respaldo em diversos precedentes desta Casa, em especial no julgamento do AgR-AI no 9-24/SP (Rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, DJe de 26.6.2018), ocasião em que foram fixados alguns

critérios para identificação de observância dos limites legais para a propaganda no período pré-eleitoral:

Vistos em conjunto, esses critérios, caso aceitos, ensejariam o seguinte quadro:

(a) o pedido explícito de votos, entendido em termos estritos, caracteriza a realização de propaganda antecipada irregular, independentemente da forma utilizada ou da existência de dispêndio de recursos’;

(b) os atos publicitários não eleitorais, assim entendidos aqueles sem qualquer conteúdo direta ou indiretamente relacionados com a disputa, consistem em “indiferentes eleitorais”, situando-se, portanto, fora da alçada desta Justiça Especializada;

(c) o uso de elementos classicamente reconhecidos como caracterizadores de propaganda, desacompanhado de pedido explícito e direto de votos, não enseja irregularidade *per se*; todavia, a opção pela exaltação de qualidades próprias para o exercício de mandato, assim como a divulgação de plataformas de campanha ou planos de governo acarreta, sobretudo quando a forma de manifestação possua uma expressão econômica minimamente relevante, os seguintes ônus e exigências: (i) impossibilidade de utilização de formas proscritas durante o período oficial de propaganda (outdoor, brindes, etc.); e (ii) respeito ao alcance das possibilidades do pré-candidato médio.

Dessa forma, cria-se, com estrito respeito aos arranjos constitucional e legal, um quadro propício à máxima efetivação de todas as garantias fundamentais envolvidas: liberdade de expressão, direito à informação, igualdade (substancial) de oportunidades, e competitividade das eleições.

Traçadas essas balizas acerca do atual panorama legislativo e doutrinário que abrangem o tormentoso tema da propaganda eleitoral extemporânea, reitero que a conduta ora investigada deve ser examinada sob a ótica do abuso do poder econômico, o qual, na linha da jurisprudência desta Corte, se configura “**por emprego desproporcional de recursos patrimoniais, públicos ou de fonte privada, vindo a comprometer valores essenciais a eleições democráticas e isentas**” (AgR-RO 804483, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 05.04.2018).

Feitas essas considerações, destaco que, **no caso concreto**, os representados admitiram a colocação de alguns *outdoors*, mas aduziram que a prática ocorreu sem prévio conhecimento dos candidatos, como bem expôs o relator em seu voto, verificando-se, ainda, que alguns agiram em período muito anterior às eleições (no segundo semestre de 2017).

Não existe, portanto, nos autos, prova suficiente acerca de um engenho padronizado atribuível a equipe de campanha, com a replicação de uma mesma conduta, circunstâncias que afastam o requisito da gravidade e, por consequência, a caracterização do abuso do poder econômico.

Importante notar ainda, como precisamente o fez o relator, que não há clareza quanto à quantidade, abrangência territorial e período de exposição dos outdoors. Some-se a tal situação processual o fato de o caso versar sobre eleições presidenciais, o que demanda o proporcional ajuste do calibre afeto à avaliação da gravidade.

A propósito, a orientação firmada na remansosa jurisprudência desta Corte é de que, para a configuração do abuso, necessário aferir se foram vulnerados os bens jurídicos tutelados pelo art. 14, § 9º, da CF, quais sejam, a normalidade e a legitimidade das eleições, quadro que não ficou retratado na hipótese dos autos. Nesse sentido, elucidativo o seguinte precedente:

ELEIÇÕES 2018. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. *OUTDOOR*. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A vedação ao uso abusivo do poder econômico, prevista no art. 22 da LC nº 64/90, visa a tutelar a igualdade de oportunidades entre os candidatos e o livre exercício do direito de sufrágio a fim de salvaguardar a normalidade e a legitimidade das eleições.

2. A despeito da inexistência de parâmetros objetivos, a aferição da gravidade é balizada pela vulneração dos bens jurídicos tutelados pela norma.

3. Para configuração do abuso de poder, faz-se mister a comprovação da gravidade das circunstâncias do caso concreto suscetível a adelgaçar a igualdade de chances na disputa eleitoral. Precedentes.

4. Conforme jurisprudência deste Tribunal, o abuso do poder econômico "configura-se por emprego desproporcional de recursos patrimoniais, públicos ou de fonte privada, vindo a comprometer valores essenciais a eleições democráticas e isentas" (AgR-RO 8044-83, Rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* de 5.4.2018 e REspe nº 114/MG, Rel. Min. Admar Gonzaga, *DJe* de 25.2.2019).

5. No caso vertente, de eleições para deputado federal e em Município sede de Unidade da Federação, **a colocação de número inexpressivo de *outdoors* pelo agravado, no período pré-eleitoral, conquanto revele a prática irregular de propaganda eleitoral antecipada, não se reveste de gravidade suficiente para macular a legitimidade e a isonomia do pleito pela indevida influência do poder econômico.**

6. Agravo a que se nega provimento.

(RO nº 060251885/PA, Rel. Min. Edson Fachin, *DJE* de 18.03.2020).

Nessa linha, considerada a circunscrição nacional do pleito de 2018, que abrangia 27 unidades da Federação e 5.570 municípios e o fato de ter ocorrido a instalação de *outdoors* em um número relativamente reduzido de municípios, forçoso concluir pela ausência de gravidade na espécie e, conseqüentemente, do alegado abuso.

Ante o exposto, acompanho o relator e julgo improcedente a ação de investigação judicial eleitoral.

É como voto.