



Número: **0600005-92.2019.6.16.0182**

Classe: **RECURSO CRIMINAL**

Órgão julgador colegiado: **Colegiado do Tribunal Regional Eleitoral**

Órgão julgador: **Relatoria Dr. Thiago Paiva dos Santos**

Última distribuição : **06/01/2020**

Valor da causa: **R\$ 0,00**

Processo referência: **0600005-92.2019.6.16.0182**

Assuntos: **Calúnia na Propaganda Eleitoral**

Objeto do processo: **Da decisão proferida na Ação Penal n.º 81-68.2019.6.16.0182 instaurada em face de Sandro Dias Gonçalves que rejeitou a denúncia ao primeiro fato narrado, dos delitos tipificados no art. 39, § 5º, inciso II, da Lei nº 9504/97, sob o entendimento de que o aplicativo Whatsapp não é considerado mídia social e as mensagens ali divulgadas, ainda que tenham aparência de propaganda eleitoral, se realizadas em grupo fechado, devem ser entendidas como conversas de natureza privada, em especial porque congrega pessoas com determinados interesses próprios sob controle de um Administrador de Grupo, dentro de um contexto de privacidade e associação comum.. (Ação Penal proposta pelo Ministério Público Eleitoral em face de Sandro Dias Gonçalves, pela prática, em tese, dos delitos tipificados no art. 39, § 5º, inciso II, da Lei nº 9504/97, vez que: a) o recorrido publicou conteúdo em grupo do aplicativo Whatsapp no dia da eleição do ano de 2018, de forma dolosa; b) que o recorrido publicou conteúdo de natureza de propaganda eleitoral no dia da eleição, bem como impulsionou anteriormente, mediante uso do Facebook, outras 07 vezes conteúdos semelhantes. (Ref: Notícia de Fato Criminal nº 1-25.000.01258/2019; IPL nº 0634/2019-4-SR/PF/PR, Inquérito Policial Eleitoral nº 80-83.2019.6.16.0182).**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **NÃO**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
Ministério Público Eleitoral (RECORRENTE)			
SANDRO DIAS GONCALVES (RECORRIDO)		MOISES LIMA DA TRINDADE (ADVOGADO)	
Procurador Regional Eleitoral1 (FISCAL DA LEI)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
7525016	07/04/2020 19:22	Acórdão	Acórdão



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO PARANÁ

ACÓRDÃO Nº 55.996

RECURSO CRIMINAL 0600005-92.2019.6.16.0182 – Campo Magro – PARANÁ

Relator: THIAGO PAIVA DOS SANTOS

RECORRENTE: Ministério Público Eleitoral

RECORRIDO: SANDRO DIAS GONCALVES

ADVOGADO: MOISES LIMA DA TRINDADE - OAB/PR69619

FISCAL DA LEI: Procurador Regional Eleitoral1

EMENTA - PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO MOVIDO CONTRA RECEBIMENTO PARCIAL DA DENÚNCIA. BOCA DE URNA. WHATSAPP. POSSIBILIDADE, EM TESE. REJEIÇÃO PREMATURA DA DENÚNCIA NO PONTO. IMPEDIMENTO DO MAGISTRADO PROLATOR DA DECISÃO RECORRIDA PARA A CONTINUIDADE DO PROCESSO. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Em tese, é possível a realização do tipo objetivo do crime de boca de urna por meio do WhatsApp e, em decorrência, é prematura a rejeição da denúncia antes da instrução probatória apenas com base em suposta inaptidão do aplicativo para a prática delituosa. Precedentes.
2. A manifestação do magistrado por ocasião da rejeição parcial da denúncia quanto à questão de fundo não o impede de prosseguir no julgamento da causa, por se encontrar na mesma instância. Precedentes.
3. Recurso em sentido estrito conhecido e parcialmente provido.

DECISÃO

À unanimidade de votos a Corte conheceu do recurso, e, no mérito, por maioria, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Curitiba, 06/04/2020

RELATOR(A) THIAGO PAIVA DOS SANTOS



RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Eleitoral da 182ª Zona Eleitoral de Campo Largo - PR em face da decisão interlocutória que rejeitou parcialmente a denúncia.

Em síntese, o órgão acusador afirma que ofereceu denúncia em face de Sandro Dias Gonçalves pela prática, em tese, dos delitos tipificados no art. 39, § 5º, inciso II, da Lei nº 9.504/97 por pelo menos oito vezes, mas que o juízo eleitoral a rejeitou quanto a um dos fatos por entender que o aplicativo WhatsApp não é considerado mídia social e que as mensagens ali divulgadas, ainda que tenham aparência de propaganda eleitoral, se realizadas em grupo fechado, devem ser entendidas como conversas de natureza privada.

Identificada a formação incompleta do instrumento, foi determinada a baixa dos autos à primeira instância para complementação (id. 6562166), o que foi atendido (id. 6835516).

No seu parecer (id. 7124716), a Procuradoria Regional Eleitoral manifestou-se pela conhecimento e parcial provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente: RATIFICO a medida adotada pela Seção de Autuação e Distribuição deste Regional (id. 6897966), por meio da qual atribuiu aos documentos contidos nos id. 6834816 e 6835616 o segredo de Justiça, liberando a visualização apenas para as partes, o Defensor Dativo e a Procuradoria Regional Eleitoral. Anoto que tais documentos contêm dados pessoais de pessoas que não são parte no processo, de sorte que sua proteção é amparada pelo inciso III do artigo 189 do CPC.

Admissibilidade

Os autos foram entregues em vista ao Recorrente no dia 10/10/2019, quinta-feira, sendo o recurso protocolado em Cartório no dia 15/10/2019 (id. 6835816). Sendo de cinco dias o prazo correspondente (artigo 586, *caput*, do CPP), o recurso é tempestivo.

Presentes as demais condições de admissibilidade, mormente a adequação (artigo 581, inciso I, do CPP), conheço do recurso e passo à sua apreciação.

Mérito



Insurge-se o Ministério Público Eleitoral atuante junto à 182ª Zona Eleitoral de Campo Largo quanto à decisão interlocutória do Juízo respectivo, por meio da qual foi rejeitada parcialmente a denúncia, especificamente quanto ao primeiro fato nela descrito. Na hipótese de provimento, postula a designação de outro magistrado para sua apreciação, por entender que o prolator da decisão recorrida pronunciou-se sobre a questão de direito, incidindo na causa de impedimento do artigo 252, inciso III, do CPP.

Extrai-se da denúncia (id. 6835566):

F a t o

0 1

"Em 07.10.2018 às 07h33min, através do aplicativo WhatsApp, na cidade de Campo Magro/PR, o denunciado SANDRO DIAS GONÇALVES, dolosamente e consciente da reprovabilidade de sua conduta, publicou novo conteúdo no dia da eleição de 2018, no grupo de WhatsApp nominado "Vila Semente" os números dos candidatos 9090 para Deputado Federal, 35123 para Deputado Estadual, 288 para 1º Senador, 191 para 2º Senador, 11 para Governador e 17 para Presidente da República, com a frase "Esses são meus candidatos se alguém quiser me acompanhar. Deputado Federal e Estadual estão investindo em nosso Município".

Ao rejeitar a denúncia quanto a esse fato (id. 6835666), o Juízo *a quo* asseverou que:

Em exame perfunctório e de acordo com o já decidido pelo TSE: *"6. As mensagens enviadas por meio do aplicativo Whatsapp não são abertas ao público, a exemplo de redes sociais como o Facebook e o Instagram. A comunicação é de natureza privada e fica restrita aos interlocutores ou a um grupo limitado de pessoas, como ocorreu na hipótese dos autos, o que justifica, à luz da proporcionalidade em sentido estrito, a prevalência da liberdade comunicativa ou de expressão. 7. Considerada a posição preferencial da liberdade de expressão no Estado democrático brasileiro, não caracteriza a propaganda eleitoral extemporânea porquanto o pedido de votos realizado pela recorrente em ambiente restrito do aplicativo Whatsapp não objetivou o público em geral, a acaso macular a igualdade de oportunidade entre os candidatos, mas apenas os integrantes daquele grupo, enquanto conversa circunscrita aos seus usuários, alcançada, nesta medida, pelo exercício legítimo da liberdade de expressão. 8. Consignada pelo Tribunal de origem a possibilidade em abstrato de eventual "viralização" instantânea das mensagens veiculadas pela recorrente, ausente, contudo, informações concretas, com sólido embasamento probatório, resultando fragilizada a afirmação, que não pode se amparar em conjecturas e presunções. (RE 0000133-51.2016.6.25.0010 RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 13351 - ITABAIANINHA - SE Acórdão de 07/05/2019 Relator(a) M i n . R o s a W e b e r) "*

Logo, conforme entendimento do TSE, o aplicativo Whatsapp não é considerado mídia social e as mensagens ali divulgadas, ainda que tenham aparência de propaganda eleitoral, se realizadas em grupo fechado, devem ser entendidas como conversas de natureza privada, em especial porque congrega pessoas com determinados interesses próprios sob controle de um "Administrador de Grupo", dentro de um contexto de privacidade e associação comum. Porquanto, REJEITO a denúncia quanto à narrativa do PRIMEIRO FATO, conforme acima



explanado e nos termos do artigo 358 do Código Eleitoral, no qual a denúncia deve ser rejeitada quando o fato não constituir crime.

O precedente invocado pelo magistrado na sua decisão, ao contrário de confirmar a tese recorrida, expressamente a afasta. No item "8" da sua ementa, consta que a rejeição da possibilidade de viralização da mensagem pelo WhatsApp se deu ante à ausência de *"informações concretas, com sólido embasamento probatório"*.

Ora, em análise prefacial, realizada antes da instrução probatória, não é razoável afastar a possibilidade de algo vir a ser provado - no caso, que houve a distribuição de propaganda no dia das eleições.

Ao contrário do entendimento sufragado na decisão guerreada, em tese é possível a realização do tipo objetivo do crime de boca de urna por meio do WhatsApp, estabelecido no artigo 39, § 5º, inciso II, da Lei nº 9.504/97. Esse dispositivo é assim redigido:

Art. 39. A realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral, em recinto aberto ou fechado, não depende de licença da polícia.
(. . .)

§ 5º **Constituem crimes, no dia da eleição**, puníveis com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de cinco mil a quinze mil UFIR:
(. . .)

II - a arregimentação de eleitor ou **a propaganda de boca de urna**; (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006)

III - **a divulgação de qualquer espécie de propaganda** de partidos políticos ou **de seus candidatos**. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

IV - **a publicação de novos conteúdos** ou o impulsionamento de conteúdos **nas aplicações de internet de que trata o art. 57-B desta Lei**, podendo ser mantidos em funcionamento as aplicações e os conteúdos publicados anteriormente. (Incluído dada pela Lei nº 13.488, de 2017)

O TRE/GO, ao apreciar situação similar à ventilada nos presentes, assim decidiu:

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. IMPUTAÇÃO À PACIENTE DA PRÁTICA DOS CRIMES ELEITORAIS DESCRITOS NO ART. 39, § 5º, INCISOS II E III, DA LEI 9.504, DE 30 DE SETEMBRO DE 1997. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRETENSÃO À INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Paciente denunciada pela prática, em tese, dos crimes descritos no Art. 39, § 5º, incisos II e III, da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei 9.504, Lei Eleitoral ou Lei das Eleições), em concurso formal. Código Penal (CP), Art. 70. **Hipótese em que a Paciente enviou, no dia do pleito, por meio do aplicativo WhatsApp Messenger, propaganda eleitoral (nomes dos candidatos e respectivos números) com pedido expresso de votos.**
2. *Habeas corpus* cujo pedido visa ao trancamento de ação penal sob o fundamento da incidência do princípio da consunção e da atipicidade da conduta.
3. Somente é possível a análise da consunção, em *habeas corpus*, quando "a discussão seja eminentemente jurídica, prescindindo do exame aprofundado de provas." (STF, HC 84702.) Hipótese em que o exame da ocorrência, ou não, da consunção, demanda o "exame



aprofundado de provas" (STF, HC 84702), dado que é necessário apreciar não apenas a mensagem enviada pela Paciente, mas, também, o depoimento das testemunhas arroladas pelo Ministério Público Eleitoral (MPE).

4. **O TSE, em caso virtualmente idêntico ao presente**, no qual "o paciente, vereador do Município de Palmital/SP, enviou, 'no dia da eleição, 112 mensagens - SMS, com os seguintes dizeres: 'Bom dia, hoje é dia de 13.123 Confirma Abraço'", **decidiu que "não constitui fato evidentemente atípico, para fins de apuração do delito previsto no art. 39, § 5º, III, da Lei das Eleições, o envio de mensagens de texto, em aparelhos telefônicos, via SMS, no dia da eleição."** (TSE, RHC nº 2797.)

5. Ordem de habeas corpus denegada. [TRE/GO, HC 391696, rel. Leão Aparecido Alves, DJE 03/12/2014, não destacado no original]

Como deflui da leitura do texto legal, são igualmente tipificadas como ilícitos penais, se realizadas no dia das eleições, uma série de condutas - dentre as quais a propaganda de boca de urna, a divulgação de qualquer espécie de propaganda e a publicação de novos conteúdos *"nas aplicações de que trata o art. 57-B"* da Lei das Eleições.

Dentre as aplicações de internet descritas no artigo 57-B tem-se, no seu inciso IV, *"blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de internet assemelhadas"*, sendo que o WhatsApp é, a toda evidência, espécie de aplicação de mensagens instantâneas.

Com isso, ainda que se admitisse que aplicativos de mensagens instantâneas, como o WhatsApp, não seriam aptos à prática do crime de boca de urna - tese que norteou a decisão do Juízo *a quo* -, restariam ainda outras figuras típicas possivelmente aplicáveis à espécie - no caso, a divulgação de propaganda e/ou a publicação de novos conteúdos no dia da eleição.

Em suma, considerando que o Réu se defende dos fatos que lhe são imputados e não da qualificação legal que lhes é atribuída provisoriamente pelo Autor, mostra-se prematura a rejeição da denúncia tal como procedida em primeiro grau, razão pela qual a insurgência é de ser acolhida, no ponto.

Todavia, não se sustenta a pretensão de que seja designado outro magistrado para apreciar esta ação penal, ao fundamento de que, como já houve manifestação quanto à matéria de fundo pelo prolator da decisão recorrida o mesmo estaria impedido de participar do julgamento.

Como precisamente pontuado pela nobre representante da Procuradoria Regional Eleitoral (id. 7124716), *"o Supremo Tribunal Federal tem orientado o seu entendimento no sentido de que as causas impeditivas do exercício da jurisdição são taxativas"*.

Portanto, o fato de o magistrado ter proferido decisão interlocutória contrária às pretensões do Recorrente é insuficiente para incidir em qualquer das causas de impedimento, descritas taxativamente no artigo 252 do CPP nos seguintes termos:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:
I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público,



autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;
II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;
III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito,
s o b r e a q u e s t ã o ;
IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

A argumentação brandida nas razões recursais segundo a qual o magistrado, ao pronunciar-se sobre a matéria de fundo - dizendo, no caso, que o WhatsApp não seria meio apto à veiculação de propaganda e, por isso, não permite a incidência no crime de boca de urna - teria incidido na hipótese do inciso III do artigo 252 do CPP não procede, pois uma eventual e futura sentença será proferida na mesma instância, não em outra.

Pontua-se não se desconhecer a existência de julgados dissonantes quanto ao tema, mas a jurisprudência hegemônica dos tribunais superiores converge no sentido defendido. Invocam-se, por todos, os seguintes precedentes:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS-CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. IMPROVIMENTO. (. . .)

4. Código de Processo Penal, art. 252, III. Impedimento do juiz e do promotor eleitoral. A instância penal somente se instaura com o recebimento da denúncia; não houve, por conseguinte, *in casu*, dupla atuação por parte do juiz eleitoral. Quanto ao promotor, este não desempenhou seu mister na fase pré-processual da representação. Recurso improvido, determinando o prosseguimento da ação penal. [TSE, RHC 42/SP, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 24/05/2002]

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. FURTO. SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO SINGULAR. DESNECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CABÍVEL O CONHECIMENTO DO WRIT. IMPARCIALIDADE NÃO DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. HABEAS CORPUS CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O agravo regimental em matéria penal deve ser trazido para julgamento em mesa, independentemente da sua inclusão em pauta ou de prévia intimação das partes, nos termos dos arts. 159, inciso IV, e 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

2. A regra do art. 252, inciso III, do Código de Processo Penal não admite interpretação ampliativa, razão pela qual **não há impedimento do Magistrado que atuou anteriormente no feito, porém, na mesma instância.**

3. Não está configurada, no caso, qualquer situação que poderia ensejar a suspeição do Magistrado singular, pois não foi mencionado, pela Corte local, eventual vínculo estabelecido entre o Juiz e as Partes (amigo íntimo, inimigo capital, parente) ou entre o Juiz e a questão discutida no processo.

4. O art. 36, inciso III, da Lei Orgânica da Magistratura, mencionado no aresto impugnado, não pode ser utilizado para declarar a suspeição do Juiz de primeiro grau, que em nenhum momento se manifestou por qualquer meio de comunicação de massa.

5. "Hipótese em que o Tribunal de origem, ao concluir pela suspeição do Magistrado prolator da decisão de rejeição da denúncia por já ter externado 'o seu posicionamento sobre o mérito da imputação', incorreu em interpretação extensiva da legislação de regência, criando, assim, nova causa de impedimento não prevista em lei, o que não deve prosperar" (HC 478.645/RJ,



Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2019, DJe 04/06/2019).
6. Agravo regimental provido para conhecer da impetração. Ordem de habeas corpus concedida para afastar a declaração de suspeição do Juiz Titular da 37.ª Vara Criminal da Capital / RJ .

[STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 457696/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 27/08/2019, não destacado no original]

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO E IMPEDIMENTO. ART. 252 DO CPP. ROL TAXATIVO. ATUAÇÃO DO MESMO JUIZ EM AÇÕES CIVIL E PENAL. POSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA QUEBRA DE IMPARCIALIDADE. REVOLVIMENTO DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. A jurisprudência deste Sodalício consolidou-se no sentido de que o rol de situações de impedimento previsto no art. 252 do Código de Processo Penal possui natureza taxativa, não podendo ser interpretado de maneira extensiva.

2. Inviável se estender a aplicação do mencionado dispositivo legal aos casos em que o mesmo juiz conhece, no mesmo grau de jurisdição, da causa no âmbito de ação civil pública e ação penal, pois não se está diante de um magistrado atuando em "outra instância" .

3. No caso dos autos, o fato de a juíza, na origem, ter proferido liminar em ação de natureza cível desfavorável ao recorrente não a torna impedida, pois há a necessidade de se comprovar qualquer circunstância que traga real dúvida quanto à imparcialidade do juízo.

4. O reconhecimento da suspeição na via do apelo nobre constitui-se em revolvimento de conteúdo fático-probatório, uma vez que as instâncias ordinárias concluíram pela ausência de elementos a indicar a quebra da imparcialidade da magistrada atuante no feito, razão pela qual o pleito contido no apelo nobre esbarra no óbice previsto na Súmula n. 7 do STJ.

5. Agravo regimental desprovido.

[STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1409854/RS, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 01/08/2017, não destacado no original]

Assim, sendo certo que o magistrado que proferiu a decisão recorrida conheceu do feito na mesma instância em que atuará enquanto durar sua designação atual para a Justiça Eleitoral e que o rol de causas de impedimento é taxativo, o pedido não guarda condições mínimas de acolhimento.

CONCLUSÃO

Forte na fundamentação expendida, conheço do Recurso em Sentido Estrito e dou-lhe parcial provimento para, reformando a decisão recorrida, RECEBER A DENÚNCIA quanto ao "Fato 1" nela descrito.

Quanto ao segredo de Justiça atribuído aos documentos contidos nos id. 6834816 e 6835616, anoto que deve ser mantido mesmo após o presente julgamento, pelos motivos já declinados em sede preliminar.

THIAGO PAIVA DOS SANTOS

Relator



VOTO DIVERGENTE

Com a devida vênia, registro que ousou divergir do d. relator, para negar provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Eleitoral, em virtude da atipicidade da conduta descrita no “Fato 1” da denúncia.

Isso porque considero que a exegese a ser aplicada ao caso é aquela que exclui a possibilidade da prática do crime previsto pelo artigo 39, §5º, IV, da Lei nº. 9.504/97, por meio da plataforma Whatsapp, na medida em que, nos termos da jurisprudência do e. TSE, as mensagens enviadas pelo aplicativo Whatsapp não são abertas ao público, não se equiparando às redes sociais, tais como Facebook e Instagram.

Nesse sentido, cito o seguinte julgado:

ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA. PROCEDÊNCIA PARCIAL NA ORIGEM. CONDENAÇÃO EM MULTA NO MÍNIMO LEGAL. VEICULAÇÃO DE MENSAGENS NO APLICATIVO WHATSAPP CONTENDO PEDIDO DE VOTOS. AMBIENTE RESTRITO. CONVERSA CIRCUNSCRITA AOS USUÁRIOS DO GRUPO. IGUALDADE DE OPORTUNIDADE ENTRE OS CANDIDATOS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO. CONFLITO ENTRE BENS JURÍDICOS. “VIRALIZAÇÃO”. FRAGILIDADE DA TESE. AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS. POSIÇÃO PREFERENCIAL DA LIBERDADE COMUNICATIVA OU DE EXPRESSÃO E OPINIÃO. PROVIMENTO.

(...)

6. As mensagens enviadas por meio do aplicativo Whatsapp não são abertas ao público, a exemplo de redes sociais como o Facebook e o Instagram. A comunicação é de natureza privada e fica restrita aos interlocutores ou a um grupo limitado de pessoas, como ocorreu na hipótese dos autos, o que justifica, à luz da proporcionalidade em sentido estrito, a prevalência da liberdade comunicativa ou de expressão.

(...)

Recurso especial eleitoral a que se dá provimento para julgar improcedente a representação por propaganda eleitoral extemporânea e, por conseguinte, afastar a sanção de multa aplicada na origem.

(TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 13351, Acórdão, Relator(a) Min. Rosa Weber, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 157, Data 15/08/2019, Página 51/52)

Portanto, considerando que artigo 39, §5º, IV, da Lei nº. 9.504/97 faz referência a aplicações de internet, entendo que o mero envio de mensagem pelo Whatsapp não caracteriza o crime imputado ao recorrido, não merecendo reforma a decisão que rejeitou a denúncia nesse ponto.



De todo modo, apenas a título argumentativo, caso se admitisse como típico o fato, penso que haveria, aparentemente, continuidade delitiva associada ao fato dois, não sendo, em tese, caso de concurso de crimes.

Outrossim, da análise o conteúdo da mensagem enviada, verifico que não houve divulgação de qualquer espécie de propaganda de partido político ou de candidato, o que afasta também a existência do delito previsto no artigo 39, §5º, III, da Lei nº. 9.504/97.

Com efeito, as mensagens objurgadas contêm apenas foto de colinha com os números dos candidatos a “Deputado Federal - 9090, Deputado Estadual - 35123, 1º Senador - 288, 2º Senador - 191, Governador – 11, e Presidente da República – 17”, seguida da frase "Esses são meus candidatos se alguém quiser me acompanhar. Deputado Federal e Estadual estão investindo em nosso Município" (id. 6474166).

Portanto, verifica-se que não houve propriamente propaganda eleitoral, mas somente divulgação de preferência pessoal do eleitor, o que constitui exercício do direito à livre manifestação do pensamento.

Importante ressaltar que não se constata nas mensagens encaminhadas pelo recorrido qualquer tentativa de cooptação do eleitorado ou de abuso do direito de expressão, o que constitui requisito indispensável para que haja a subsunção do fato à norma em comento.

Nesse ponto, anoto, ainda, que o ordenamento jurídico permite a manifestação individual e silenciosa de preferência do eleitor, nos termos do artigo 39-A da Lei nº. 9.504/97, conduta que, a meu ver, se assemelha à atribuída ao recorrido, não havendo, portanto, qualquer imputação de fato punível no particular.

Nesse contexto, voto pelo desprovimento do presente Recurso em Sentido Estrito.

Curitiba, 06 de Abril de 2020.

**LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO – DESEMBARGADOR FEDERAL
NO TRE/PR**

VOTO CONVERGENTE

Trata-se de Recurso apresentado pelo Ministério Público Eleitoral contra decisão que rejeitou a denúncia no que se refere ao primeiro fato narrado, dos delitos tipificados no art. 39, § 5º, inciso II, da Lei nº 9504/97, sob o entendimento de que o aplicativo Whatsapp não é considerado mídia social e as mensagens ali divulgadas, ainda que tenham aparência de propaganda eleitoral, se realizadas em grupo fechado, devem ser entendidas como conversas de natureza privada, em especial porque congrega pessoas com determinados interesses próprios sob controle de um Administrador de Grupo, dentro de um contexto de privacidade e associação comum.

Alega o Parquet, que o réu Sandro Dias, publicou no dia do pleito eleitoral de 2018, no grupo de aplicativo whatsapp denominado “Vila Semente” o número e nome dos candidatos de sua preferência, com a



seguinte frase: “*Esses são meus candidatos se alguém quiser me acompanhar. Deputado Federal e Estadual estão investindo em nosso município*”. O comportamento descrito estaria, em tese, tipificado no art. 39, §5º, inciso II, da Lei 9.504/97.

De leitura dos fatos narrados, já se verifica que a conduta não pode ser enquadrada no inciso II, §5º, do artigo 39, como propaganda de boca de urna, visto que, não ficou demonstrado, que o delito teria sido praticado junto ou em área próxima aos locais de votação.

Contudo, a conduta típica imputada ao réu, amolda-se ao inciso III, §5º, do artigo 39 da Lei das Eleições, melhor dizendo, ao publicar referida mensagem, incorreu na vedação de “*divulgação de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos*”, no dia do pleito eleitoral.

Destaco que o Tribunal Superior Eleitoral já considerou possível, teoricamente, que o envio de mensagens de texto por telefones celulares (SMS), no dia da eleição, se enquadraria na conduta descrita no artigo 39, § 5º, III, da Lei das Eleições.

O Tribunal entendia que a propaganda dissipada por meio de mensagem eletrônicas, entre celulares não era considerados um fato necessariamente atípico, não sendo suficiente para o subsidiar o indeferimento da exordial ou mesmo o trancamento de ação penal, já que, para tanto, haveria a necessidade de instauração e instrução da ação penal para se saber qual o conteúdo e alcance da informação.

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. ART. 39, § 5º, III, DA LEI Nº

9.504/97. TRANCAMENTO. ATIPICIDADE. INDÍCIOS.

IMPOSSIBILIDADE.

1. É intempestivo o recurso ordinário em habeas corpus interposto após o tríduo legal. Todavia, é possível a análise das questões expostas no apelo, em face da possibilidade de concessão de ofício do habeas corpus, por flagrante ilegalidade ou abuso de poder. Precedentes do TSE e do STJ.

2. A aceitação da transação penal não prejudica a impetração de habeas corpus que pretende o trancamento de ação penal, por atipicidade.

Precedentes do STJ e do STF.

3. O trancamento de ação penal na via do habeas corpus é medida excepcional, somente admitida quando se constata, de plano, a imputação de fato atípico, a ausência de indícios de autoria e de materialidade do delito ou, ainda, a extinção da punibilidade.

4. Não constitui fato evidentemente atípico, para fins de apuração do delito

previsto no art. 39, § 5º, III, da Lei das Eleições, o envio de mensagens de

texto, em aparelhos telefônicos, via SMS, no dia da eleição.

5. Recurso não conhecido.

(RHC n. 2797, Rel. Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, DJE 17.09.2013;



Logo, entende o TSE, ser plenamente possível, pelo menos em tese, considerar que o envio de mensagens de texto via celular ("sms") no dia das eleições é crime, previsto no artigo 39, §5º, III, da Lei nº 9.504/97.

Igualmente, colaciono acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de Goiás, que negou *habeas corpus* com pedido de trancamento de ação penal, devido ao afastamento da alegação de que o envio, via telefone, de mensagem de propaganda eleitoral, no dia da eleição, seria conduta atípica:

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. IMPUTAÇÃO À PACIENTE DA PRÁTICA DOS CRIMES ELEITORAIS DESCRITOS NO ART. 39, § 5º, INCISOS II E III, DA LEI 9.504, DE 30 DE SETEMBRO DE 1997. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRETENSÃO À INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Paciente denunciada pela prática, em tese, dos crimes descritos no Art. 39, § 5º, incisos II e III, da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei 9.504, Lei Eleitoral ou Lei das Eleições), em concurso formal. Código Penal (CP), Art. 70. Hipótese em que a Paciente enviou, no dia do pleito, por meio do aplicativo WhatsApp Messenger, propaganda eleitoral (nomes dos candidatos e respectivos números) com pedido expresso de votos.

2. Habeas corpus cujo pedido visa ao trancamento de ação penal sob o fundamento da incidência do princípio da consunção e da atipicidade da conduta.

3. Somente é possível a análise da consunção, em habeas corpus, quando "a discussão seja eminentemente jurídica, prescindindo do exame aprofundado de provas." (STF, HC 84702.) Hipótese em que o exame da ocorrência, ou não, da consunção, demanda o "exame aprofundado de provas" (STF, HC 84702), dado que é necessário apreciar não apenas a mensagem enviada pela Paciente, mas, também, o depoimento das testemunhas arroladas pelo Ministério Público Eleitoral (MPE).

4. O TSE, em caso virtualmente idêntico ao presente, no qual "o paciente, vereador do Município de Palmital/SP, enviou, no dia da eleição, 112 mensagens - SMS, com os seguintes dizeres: 'Bom dia, hoje é dia de 13.123 Confirma Abraço'", decidiu que "não constitui fato evidentemente atípico, para fins de apuração do delito previsto no art. 39, § 5º, III, da Lei das Eleições, o envio de mensagens de texto, em aparelhos telefônicos, via SMS, no dia da eleição." (TSE, RHC nº 2797.)

5. Ordem de habeas corpus denegada.

(HABEAS CORPUS n 391696, ACÓRDÃO n 15431/2014 de 01/12/2014, Relator(aqwe) LEÃO APARECIDO ALVES, Publicação: DJ - Diário de justiça, Tomo 269, Data 3/12/2014, Página 2/3)

Assim, percebe-se que o entendimento dos Tribunais, era no sentido de que a proibição da divulgação de propaganda eleitoral, no dia da eleição, abarcaria um sentido amplo e irrestrito, não havendo prévia análise da quantidade numérica dos atingidos ou das peculiaridades do destinatário da mensagem, ou seja, não há salvaguarda à incidência da norma penal.

A Lei nº 12.034/2009 trouxe a possibilidade de veiculação de propaganda eleitoral durante a campanha eleitoral pela internet:



Art. 57-B. A propaganda eleitoral na internet poderá ser realizada nas seguintes formas:

I - em sítio do candidato, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País;

II - em sítio do partido ou da coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País;

III - por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação;

IV - por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de internet assemelhadas cujo conteúdo seja gerado ou editado por:

a) candidatos, partidos ou coligações; ou

b) qualquer pessoa natural, desde que não contrate impulsionamento de conteúdos.

O TSE quando do julgamento do RESPE n. 699-59.2012.626.0156, de relatoria da Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, considerou que no dia da eleição como não há “[...] *uma regra excepcional que autorize - como ocorre com a internet – o envio de mensagens de texto via telefone celular, a conduta, em princípio, mostra-se abrangida pela proibição do artigo 39 , § 5º, III, da Lei das Eleições.*”:

Ademais, não se aplica à propaganda eleitoral na internet a limitação temporal geral prevista no art. 240 do Código Eleitoral, que suspende os atos de propaganda nas 48 horas anteriores ao pleito, nos termos do art. 7º da Lei 12.034/2009:

Art. 7º Não se aplica a vedação constante do parágrafo único do art. 240 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, à propaganda eleitoral veiculada gratuitamente na internet, no sítio eleitoral, blog, sítio interativo ou social, ou outros meios eletrônicos de comunicação do candidato, ou no sítio do partido ou coligação, nas formas previstas no art. 57-B da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Essas regras, entretanto, não tratam da divulgação de propaganda pela internet, mas de envio de mensagens de texto entre aparelhos telefônicos. Significa dizer que, não havendo uma regra excepcional que autorize - como ocorre com a internet – o envio de mensagens de texto via telefone celular, a conduta, em princípio, mostra-se abrangida pela proibição do artigo 39 , § 5º, III, da Lei das Eleições.

Com a evolução dos recursos tecnológicos, foi acrescido à Lei nº 9504, pela Lei nº 13.488, de 2017, dispositivo que permite TSE regulamentar, de acordo com o cenário, as ferramentas tecnológicas existentes em cada pleito eleitoral.

Art. 57-J. O Tribunal Superior Eleitoral regulamentará o disposto nos arts. 57-A a 57-I desta Lei de acordo com o cenário e as ferramentas tecnológicas existentes em cada momento



eleitoral e promoverá, para os veículos, partidos e demais entidades interessadas, a formulação e a ampla divulgação de regras de boas práticas relativas a campanhas eleitorais na internet.

Nesse sentido, o preceito legal contido no art. 28, § 2º, da Resolução-TSE nº 23.551/2017 estabelece que "[...] *as mensagens eletrônicas enviadas consensualmente por pessoa natural, de forma privada ou em grupos restritos de participantes, não se submetem ao caput deste artigo e às normas sobre propaganda eleitoral previstas nesta resolução*".

Embora tenham entendidos os tribunais que *o envio de mensagens de texto via telefone celular no dia da eleição, configura, em tese, ato antijurídico, este mesmo órgãos julgadores passaram a entender que mensagens enviada por meio do aplicativo de mensagem "whatsapp", não se submetem as regras sobre propaganda eleitoral.*

ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA. PROCEDÊNCIA PARCIAL NA ORIGEM. CONDENAÇÃO EM MULTA NO MÍNIMO LEGAL. VEICULAÇÃO DE MENSAGENS NO APLICATIVO WHATSAPP CONTENDO PEDIDO DE VOTOS. AMBIENTE RESTRITO. CONVERSA CIRCUNSCRITA AOS USUÁRIOS DO GRUPO. IGUALDADE DE OPORTUNIDADE ENTRE OS CANDIDATOS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO. CONFLITO ENTRE BENS JURÍDICOS. "VIRALIZAÇÃO". FRAGILIDADE DA TESE. AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS. POSIÇÃO PREFERENCIAL DA LIBERDADE COMUNICATIVA OU DE EXPRESSÃO E OPINIÃO. PROVIMENTO. Histórico da demanda

1. ...

.

.

6. *As mensagens enviadas por meio do aplicativo Whatsapp não são abertas ao público, a exemplo de redes sociais como o Facebook e o Instagram. A comunicação é de natureza privada e fica restrita aos interlocutores ou a um grupo limitado de pessoas, como ocorreu na hipótese dos autos, o que justifica, à luz da proporcionalidade em sentido estrito, a prevalência da liberdade comunicativa ou de expressão.*

7. *Considerada a posição preferencial da liberdade de expressão no Estado democrático brasileiro, não caracterizada a propaganda eleitoral extemporânea porquanto o pedido de votos realizado pela recorrente em ambiente restrito do aplicativo Whatsapp não objetivou o público em geral, a acaso macular a igualdade de oportunidade entre os candidatos, mas apenas os integrantes daquele grupo, enquanto conversa circunscrita aos seus usuários, alcançada, nesta medida, pelo exercício legítimo da liberdade de expressão.*

8. ...

Acórdão, Relator(a) Min. Rosa Weber, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 157, Data 15/08/2019, Página 51/52)

De igual modo, apreciando matéria atinente à divulgação de pesquisa eleitoral, via aplicativo *Whatsapp*, relatoria do Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, assentou o TSE:



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

1. ...

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

.

.

5. Recurso especial desprovido.

(Recurso Especial Eleitoral nº 41492, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 197, Data 02/10/2018, Página 9-10)

Dessa forma, tem entendido o TSE que a divulgação de conteúdo eleitoral (propaganda ou pesquisas não registradas) **em grupo fechado** de whatsapp, não pode sofrer quaisquer tipo de sanção, por parte da Justiça Eleitoral, por tratar-se de “app” de bate papo entre indivíduos ligados por algum vínculo profissional, familiar ou de amizade.

Esse também é o entendimento do nosso Tribunal.

EMENTA: RECURSO ELEITORAL - REPRESENTAÇÃO - ELEIÇÕES 2016 - DIVULGAÇÃO IRREGULAR DE ENQUETE/PESQUISA ELEITORAL POR MEIO DE FACEBOOK E WHATSAPP. DIVULGAÇÃO NÃO CONFIGURADA PELO WHATSAPP. MENSAGEM DE CARÁTER PRIVADO. DIVULGAÇÃO NO FACEBOOK SEM CARÁTER DE PESQUISA OU ENQUETE. REPRESENTAÇÃO IMPROCEDENTE - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. No caso concreto não restou comprovada que a mensagem enviada pelo Whatsapp foi efetivamente divulgada ao público em geral, não ultrapassando a esfera do interlocutor e somente um grupo privado.

2. Recurso conhecido e improvido.

(RECURSO ELEITORAL n 35160, ACÓRDÃO n 52611 de 22/11/2016, Relator PAULO AFONSO DA MOTTA RIBEIRO, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 28/11/2016)

Além do que, ferramenta de comunicação como whatsapp e telegram, podem ostentar aspectos variados, tenham eles aspectos de natureza Pública ou Privada. Desse modo não se pode afirmar



que toda mensagem divulgada por estes aplicativos tenham ou não alcance além dos membros que fazer parte do grupo de discussão. Na instrução do processo o juiz necessita aferir se a informação superou os limites de um grupo de discussão, em tese fechado.

Nos presentes autos não restou comprovado, diante da ausência de instrução processual, se o grupo denominado “Vila Semente” era de cunho publico ou privado. Nem mesmo foi apreciado o alcance da mensagem e se esta teve a capacidade de interferir na escolha dos candidatos, pelos moradores da comunidade onde a mensagem foi disseminada.

É de conhecimento de todos que existem, na internet, inúmeros grupo de whatsapp, que não necessitam de autorização de seu criador ou gestor para que novos integrantes façam parte, bastando um simples clique sobre o link para participar das discussões ali debatidas

Nessa linha de raciocínio, cito o Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, que no julgamento do RESP 41492, foi além, enumerou requisitos que devam ser observados para averiguar se o comentário realizado junto a esses grupos digitais foi usado para interferir ou deturpar o processo eleitoral:

Para tanto, poderá basear-se em alguns elementos ou sintomas denunciadores de que a divulgação dos dados extrapolou a esfera particular, tais quais:

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

Assim, voto com o relator visto considerar prematura a rejeição da denúncia pelos motivos acima expostos, pois há que se verificar a abrangência e a influência dessa manifestação colocada no grupo de whatsapp, se faz necessário receber a denúncia e instruir dos autos para efetivamente se chegar a uma conclusão.

Meu voto é com o relator.

ROGÉRIO DE ASSIS

EXTRATO DA ATA

RECURSO CRIMINAL Nº 0600005-92.2019.6.16.0182 - Campo Magro - PARANÁ - RELATOR: DR. THIAGO PAIVA DOS SANTOS - RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL - RECORRIDO: SANDRO DIAS GONCALVES - Advogado do(a) RECORRIDO: MOISES LIMA DA TRINDADE - PR69619.

DECISÃO

À unanimidade de votos a Corte conheceu do recurso, e, no mérito, por maioria, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator. Declarou voto vencido o Desembargador Luiz Fernando Wowk. Declarou voto o Juiz Rogério de Assis.



Presidência do Excelentíssimo Senhor Desembargador Tito Campos de Paula. Participaram do julgamento os Eminentíssimos Julgadores: Desembargador Vitor Roberto Silva, Desembargador Luiz Fernando Wowk Penteado, Rogério de Assis, Carlos Alberto Costa Ritzmann, Thiago Paiva dos Santos e Roberto Ribas Tavararo - Substituto em exercício. Presente a Procuradora Regional Eleitoral, Eloísa Helena Machado.

SESSÃO DE 06.04.2020.

