EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ AUXILIAR DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL NO ESTADO DA BAHIA – Relator da Representação n.º 0600083-90.2018.6.05.0000:

O **MINISTÉRIO PÚBLICO**, por sua Procuradoria Regional Eleitoral, nos autos da representação em epígrafe, ajuizada em face de **MARCOS ANTÔNIO NOVAIS**, já qualificado, vem, lastreado nos artigos 143 e 144 do Regimento Interno do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, interpor **agravo interno**, com razões anexas, visando à reforma da decisão do ilustre Relator, que indeferiu o pedido de tutela provisória.

Requer, assim, seja promovida a intimação da agravada para manifestação, submetendo-se os autos, em seguida, caso Vossa Excelência não exerça o pertinente juízo de retratação, à deliberação da Corte.

Salvador, 2 de março de 2018.

Cláudio Gusmão
Procurador Regional Eleitoral

Relator da Representação n.º 0600083-90.2018.6.05.0000

RAZÕES DO AGRAVO INTERNO

MM. Relator,

Egrégia Corte Superior,

Ilustre Procurador-Geral Eleitoral:

DA DECISÃO AGRAVADA

A Procuradoria Regional Eleitoral ajuizou representação em face do agravado, imputando-lhe a prática de propaganda eleitoral antecipada, por meio de outdoors. Ocorre que o ilustre Relator houve por indeferir o pedido de tutela provisória, em *decisum* fundamentado nos seguintes termos:

> A matéria trazida à apreciação dessa Especializada encontra-se disciplinada pela Lei n.º 9.504/97, estando o seu regramento devidamente delineado na Resolução TSE n.º 23.551/2017.
> Com efeito, a propaganda eleitoral será permitida a partir de 16 de agosto do corrente ano. Nada obstante, o art. 36-A da Lei das Eleições, com a nova redação dada pela Lei n.º 13.165/2015, permite a realização de atos que outrora poderiam ser considerados propaganda eleitoral antecipada.
> Nessa senda intelectiva, extrai-se da norma contida no aludido dispositivo legal que não configura ato ilícito a menção à pretensa candidatura, desde que não envolvam pedido explícito de voto, senão vejamos:
> *[…]*
> Na hipótese, mediante um juízo preambular e perfunctório, próprio do momento processual, *tudo leva a crer* que as fotografias carreadas aos autos não revelam a alegada prática de propaganda antecipada, porquanto inexistente qualquer pedido explícito de voto. Antes, *tudo está a indicar* que se trata de um ato de promoção pessoal, direcionado à divulgação de atos parlamentares,

próprios da atividade desenvolvida pelo representado.

Cumpre asseverar que em recente decisão, o ministro Luiz Fux assinalou que "*não se qualificam como propaganda antecipada o pedido expresso 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) 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) realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e às 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) 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) divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos; (v) manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais.*" (REPRESENTAÇÃO Nº 0600028-80.2018.6.00.0000 (PJe) - BRASÍLIA - DISTRITO FEDERAL - DJE - Diário de justiça eletrônico - 02/02/2018 - nº 25).

Ademais, há outros precedentes em que o Tribunal Superior Eleitoral sufragou o entendimento de que atos de promoção pessoal não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não contenham pedido expresso de voto, senão vejamos:

ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL DO REPRESENTADO. PROVIMENTO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. POSTAGEM EM FACEBOOK. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

1. De acordo com precedentes do Tribunal Superior Eleitoral (anteriores, inclusive, à Lei 13.165/2015), o mero ato de promoção pessoal não é suficiente para a caracterização da propaganda eleitoral extemporânea, para a qual se exige pedido expresso de voto, o que não se verifica na espécie.

2. A aferição de propaganda eleitoral antecipada deve ser realizada a partir de dados e elementos

> *objetivamente considerados, e não conforme intenção oculta de quem a promoveu.*
> *3. Com o advento da Lei 13.165/2015 e a consequente alteração sucedida no âmbito do art. 36-A da Lei das Eleições, bem como até mesmo já considerando a evolução jurisprudencial do tema, a configuração da infração ao art. 36 da Lei 9.504/97, em face de fatos relacionados à propaganda tida por implícita, ficou substancialmente mitigada, ante a vedação apenas ao pedido explícito de votos e com permissão da menção à pré-candidatura, exposição de qualidades pessoais e até mesmo alusão a plataforma e projetos políticos (art. 36-A, I, da Lei 9.504/97).*
> *4. 'A propaganda eleitoral antecipada – por meio de manifestações dos partidos políticos ou de possíveis futuros candidatos na internet –, somente resta caracterizada quando há propaganda ostensiva, com pedido de voto e referência expressa à futura candidatura, ao contrário do que ocorre em relação aos outros meios de comunicação social nos quais o contexto é considerado' (REspe 239-79, rel. Min. Luciana Lóssio, DJE de 22.10.2015).*
> *Agravo regimental a que se nega provimento.*
> (AgR-REspe nº 9365/DF, Rel. Min. Admar Gonzaga, DJe de 11/9/2017);
> Nessa perspectiva, do quanto examinado, *ressalte-se que, por meio de uma disquisição superficial, tudo está a indicar* que não há qualquer ilicitude na conduta apontada na petição inicial. Em verdade, a vedação legal direciona-se, em caráter objetivo, ao expresso pedido de voto, não alcançando a mera divulgação de atos parlamentares.
> Em assim sendo, não restou configurado, pois, *o fumus boni iuris*. E estando ausente a plausibilidade do direito invocado, resta despicienda a aferição, na realidade fática, do perigo da demora, eis que a concessão da tutela de urgência reclama a presença concomitante dos pressupostos legais – o que não ocorreu na espécie.

DOS MOTIVOS QUE ENSEJAM A REFORMA DA DECISÃO DOS FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Como assinalado na peça vestibular, o **agravado**, atualmente detentor do mandato de deputado estadual, vem promovendo, por meio de outdoors instalados em pontos estratégicos do Município de Salvador, a veiculação de

mensagem sobre determinado projeto de lei de sua autoria, associada à exibição de sua própria fotografia, além do uso de símbolo e do nome pelo qual é conhecido politicamente (**Deputado Manassés**).

O simples exame do conteúdo da publicidade em tela permite concluir, estreme de dúvidas, que se trata de conduta que ostenta nítido caráter eleitoreiro, porquanto busca o **agravado**, de modo ostensivo e prematuro, alavancar sua potencial candidatura no pleito que se avizinha; configurando, assim, manifesta **propaganda eleitoral antecipada**.

Esse tipo de iniciativa, registre-se, é lamentavelmente comum nos anos eleitorais, oportunidade em que os eventuais pré-candidatos, sobretudo aqueles que já integram o ambiente político e possuem capacidade econômica, recorrem a todo tipo de expediente para atrair a atenção dos eleitores, visando única e exclusivamente a cooptar-lhes os votos.

Com efeito, embora não se olvide que é lícita a divulgação de atos parlamentares, o cenário delineado, em verdade, demonstra que, da forma como estruturada a publicidade, com exposição da sua imagem e nome em dimensões significativas por meio de equipamento com forte impacto visual e elevado custo, afixado em local de grande circulação, o real objetivo do **agravado** é apresentar-se à população em geral com propósitos marcadamente eleitorais – o que gera inevitável desequilíbrio em relação aos demais aspirantes aos mandatos que estarão em disputa nas próximas eleições.

É certo que determinados atos, ainda que de cunho político, mas sem enfoque eleitoral, não podem ser considerados, isoladamente, como propaganda antecipada, como ventilado na própria Lei das Eleições (art. 36-A).

Entretanto, essas mesmas condutas, como se dá *in casu*, poderão transmudar-se em propaganda extemporânea, quando implementadas por meio que, expressa ou dissimuladamente, busque induzir o eleitor a votar em determinado candidato. Basta, portanto, restar evidenciado o **apelo eleitoral** subjacente à publicidade[1]. Advirta-se que, para estimular psicologicamente o eleitor, a propaganda não necessita ser explícita, vez que os anúncios mais eficazes não são aqueles endereçados ao eleitor consciente, mas sim os de mensagem implícita, destinadas a agasalhar-se no subconsciente coletivo.

Além da patente natureza eleitoral, ainda que dissimulada, da iniciativa propagandística do representado, tem-se que, nos termos do artigo 39, §8°, da Lei n.° 9.504/97, a **utilização do *outdoor* para esse fim é absolutamente proibida**. Vejamos:

> Art. 39 […]
>
> § 8°. É vedada a propaganda eleitoral mediante **outdoors**, inclusive eletrônicos, sujeitando-se a empresa responsável, os partidos, as coligações e os candidatos à imediata retirada da propaganda irregular e ao pagamento de multa no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Obviamente que não se mostra razoável admitir o uso na fase de pré-campanha, mesmo que para supostamente promover a divulgação de atos parlamentares, de um equipamento publicitário não autorizado no próprio período regular de campanha e que implica, máxime diante do seu alto custo, grave violação à isonomia que deve pautar as contendas eleitorais.

A propósito do tema, vejamos a recente decisão proferida pela ilustre desembargadora CARMEM LÚCIA SANTOS

1MADRUGA, Sidney Pessoa. Propaganda eleitoral. Espécies. Propaganda antecipada. Propaganda na Internet. In: RAMOS, André de Carvalho (org.). *Temas de Direito Eleitoral no Século XXI*. Brasília: ESMPU, 2012, p. 366.

PINHEIRO, juíza auxiliar dessa Corte, nos autos da Representação n.º 0600057-92.2018.6.05.0000:

> Examinando os autos, verifica-se da exordial em cotejo com os documentos nela acostados, que a propaganda veiculada pelo representado é questionada sob dois aspectos: propaganda antecipada negativa do atual Governador do Estado e propaganda antecipada positiva de deputado estadual, veiculada por *outdoors*.
> […]
> De outro vértice, quanto à mensagem específica do representado, que se utiliza de *slogan* de campanha, *prima facie*, verifica-se a intenção eleitoreira, porquanto, ainda que não haja pedido expresso de votos, denota-se a subliminar referência à eleição vindoura, considerando ainda o contexto global da propaganda ao tecer críticas ao atual governo. Esta linha de raciocínio encontra-se estampada no excerto abaixo:
> Segundo entendimento reiterado desta Corte Superior, em representação por propaganda eleitoral antecipada, como no caso, **o pedido expresso de voto não é condição necessária à sua configuração, tendo em vista a possibilidade de a irregularidade ser aferida por outros elementos ligados ao contexto**. (TSE, Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 18234, Acórdão de 25/06/2015, Relator(a) Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Publicação: DJE – Diário de Justiça Eletrônico, Data 24/09/2015).
> O quadro que se delineia, portanto, aponta para a plausibilidade da tese jurídica invocada na exordial, no particular da propaganda pessoal do representado, levada a cabo por meio de artefato proibido para uso eleitoral, com potencial para provocar desequilíbrio de oportunidades no pleito, haja vista que somente a partir do dia 15 de agosto da eleição vindoura é que é autorizada a realização de propaganda eleitoral (art. 36 da Lei n. 9.504/97).
> No que tange ao *periculum in mora*, inegável que a continuidade da veiculação da propaganda até o julgamento definitivo da representação pode causar prejuízos irreparáveis, haja vista os seus efeitos em relação aos demais candidatos.
> **Diante do exposto, defiro, em parte, a tutela de urgência postulada, para o fim de determinar ao representado que adote, no prazo de 48 horas, contadas a partir da ciência desta decisão, as providências indispensáveis para que ocorra a completa retirada do material publicitário apontado na peça inicial. Em caso de**

> **descumprimento, serão aplicadas as medidas legais cabíveis.[…]**

Outro não é o entendimento dos Tribunais Eleitorais, inclusive desse egrégio Regional, ao enfrentar questões análogas verificadas no último pleito:

> **Recurso. Representação. Propaganda extemporânea. Outdoors. Veiculação de mensagem de felicitação. Caráter eleitoreiro. Configuração. Prévio conhecimento. Aplicação de multa.**
> 1. Constitui propaganda eleitoral extemporânea a veiculação de outdoors contendo mensagem com caráter eleitoreiro, em desacordo com o disposto nos arts. 36 e 36-A, caput, da Lei n. 9.504/97;
> 2.Recurso a que se nega provimento. (TRE/BA. RECURSO ELEITORAL N° 50-30.2016.6.05.0127 - CLASSE 30. ACÓRDÃO N° 884/2017, de 24.8.2017. Relator: Juiz Paulo Roberto Lyrio Pimenta)
>
> Recurso eleitoral. Representação. Propaganda eleitoral antecipada. Faixas e outdoors. Claro propósito propagandístico. Notória pré-candidatura. Mensagem subliminar. Vilipêndio ao princípio da isonomia. Desprovimento.
> 1. **A propaganda eleitoral realizada antes do dia 16 de agosto de 2016 revela-se antecipada**, nos termos do art. 1° da Res. TSE n° 23.457/2015;
> 2. **A propaganda por meio de outdoors encontra-se vedada pelo art. 20 da Res. TSE n° 23.457/2015**;
> 3. **A propaganda enfocada, realizada por meio de faixas e outdoors, configurou-se antecipada, eis que o contexto em que inserida demonstrou a intenção de passar a mensagem de que o recorrente seria o mais apto a ocupar a chefia do executivo municipal**, já que poderia continuar promovendo mudanças em benefício da população e da cidade;
> 4. Recurso a que se nega provimento. (RECURSO ELEITORAL n 1402, ACÓRDÃO n 1043 de 22/09/2016, Relator(a) FÁBIO ALEXSANDRO COSTA BASTOS, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 29/09/2016)
> RECURSO ELEITORAL. PROPANGADA EXTEMPORÂNEA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. ULTRAPASSADA. OUTDOOR. FELICITAÇÕES. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEGISLAÇÃO ELEITORAL. REALIZAÇÃO DE DESPESA ANTECIPADA. VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 36 DA LEI N. 9.504/97. REDUÇÃO DA MULTA. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.
> 1. Preliminar de ilegitimidade passiva: alegação de ausência de prova do prévio conhecimento se confunde com o mérito. Preliminar rejeita.

> 2. **Apesar das novas regras eleitorais terem ampliado os atos de pré-campanha (art. 36-A da Lei n.° 9.504/97), os abusos não podem ser tolerados, devendo a Justiça Eleitoral coibi-los, de modo a prevenir o desequilíbrio entre os concorrentes ao pleito.**
> 3. Não se pode deixar de aplicar ao caso a interpretação sistemática dos dispositivos que tratam de propaganda eleitoral e suas vedações.
> 4. **Deve-se considerar a natureza subliminar e o alcance da mensagem, o tratamento simétrico que deve ser ofertado a atos de pré-campanha e campanha propriamente dita (meio de publicidade vedado no período permitido de campanha), a injusta desigualdade gerada por meios de propaganda eleitoral antecipada, bem como realização de gastos de efetiva campanha política sem a devida fiscalização pelos órgãos competentes.**
> 5. No caso dos autos resta comprovada que **a referida propaganda enquadra-se como extemporânea, afinal nos atos relativos ao período de pré-campanha, relacionados taxativamente pelo art. 36-A da Lei das Eleições, não foi mencionada a possibilidade de utilização de outdoors.**
> 6. Recurso provido parcialmente, para reduzir a multa no seu patamar mínimo, nos termos do art. 36, § 3°, da Lei n.° 9.504/97.(Recurso Eleitoral n 13106, ACÓRDÃO de 22/11/2016, Relator(a) JOSÉ HENRIQUE COELHO DIAS DA SILVA, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 22/11/2016)

Vejamos, pois oportuna, a motivação invocada no voto do condutor do acórdão do Recurso Eleitoral 50-30.2016.6.05.0127, da lavra do ilustre Juiz Paulo Pimenta, chancelada por unanimidade:

> "[…] Não bastasse toda a promoção subliminar das qualidades e virtudes que tornariam o recorrente o candidato ideal, verifica-se, ainda, que ao lado de cada mensagem, há uma fotografia do recorrente em destacado tamanho, num claro propósito de relacionar a sua imagem àquele perfil de homem familiar, experiente e capacitado, merecedor, portanto, do voto do eleitorado.
> Por mais que o recorrente se esforce na tentativa de convencer esta Corte de que o objetivo de seus familiares com a veiculação das aludidas mensagens foi meramente o de lhe felicitar pela passagem do seu aniversário, a conotação eleitoreira da conduta salta aos olhos, sobretudo quando se confina que, de fato, houve posterior

> concretização de sua candidatura ao cargo de vereador (fl. 120).
> Aqui, o fato de a confecção das propagandas ser atribuída a familiares não tem o condão de elidir a ilicitude da conduta uma vez que a configuração da propaganda eleitoral antecipada independe da participação direta do pré-candidato beneficiado, bastando o seu prévio conhecimento.
> Além disso, o fato de a divulgação haver ocorrido anteriormente às prévias partidárias, em vez de obstar a caracterização do ilícito, reforça-o, pois demonstra a disposição do recorrente em antecipar, ao máximo, o lançamento do seu nome como candidato.
> Não se pode ser desconsiderado, também, de que se trata de propaganda levada a cabo por meio de artefato — o outdoor — vedado para uso eleitoral mesmo no período em que a propaganda eleitoral é permitida.
> Ora, seria ingenuidade crer que os pré-candidatos, cientes da vedação de veiculação de propaganda contendo pedido explícito de votos, violassem o sistema legal de maneira direta. Ao revés, o que se observa em períodos como este é o uso de mecanismos indiretos — mas não menos explícitos — de se apresentar antecipadamente ao eleitor como candidato e pedir-lhe o voto."

Cumpre reiterar que o escopo da lei eleitoral, ao estabelecer regras para o exercício da propaganda, é notadamente assegurar a isonomia entre os candidatos, conferindo-lhes as mesmas oportunidades com vistas a manter o equilíbrio da disputa. Busca-se, pois, evitar que aqueles com maior capacidade financeira e poder político, ou que contem com apoio de terceiros nesse campo, sejam beneficiados.

Não por outro motivo, advirta-se, dentro de uma interpretação sistemática do nosso ordenamento, em que se prestigia obviamente as normas de hierarquia superior (Constituição Federal e Lei Complementar n.º 64/90), o Tribunal Superior Eleitoral, ao editar a Resolução n.º 23.457/2015, que tratou da propaganda eleitoral para as eleições 2016, contemplou disposição específica, não presente nos normativos anteriores, nos seguintes termos:

> Art. 6º […]

> § 2º Sem prejuízo das sanções pecuniárias específicas, os atos de propaganda eleitoral que importem em **abuso do poder econômico, abuso do poder político ou uso indevido dos meios de comunicação social, independentemente do momento de sua realização ou verificação**, poderão ser examinados na forma e para os fins previstos no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

Do cabimento da medida liminar/tutela provisória

É manifesta a ilicitude da propaganda ora noticiada, quer seja pelo seu conteúdo quer pelo meio utilizado, a evidenciar a presença do *fumus boni juris*, bem como da necessidade de adoção de providências urgentes visando a cessar a conduta, sob pena de perenizar seus efeitos deletérios – o que caracteriza o *periculum in mora.*

Na espécie, com efeito, a documentação que instrui a presente exordial, mais do que mera probabilidade, revela a existência de **prova inequívoca do direito ora postulado.** De igual sorte, **é patente o receio de dano, na hipótese de a tutela jurisdicional não ser deferida imediatamente, com a manutenção da situação ofensiva à legislação e que afeta, enquanto subsistir, a legitimidade da disputa eleitoral.** Ademais, **a medida vindicada não implica consequências de caráter irreversível.**

O cenário ora delineado, portanto, autoriza a concessão antecipada de tutela provisória, tanto pelo seu caráter de urgência como de evidência, nos termos dos artigos **294 a 311 do CPC/2015**, *in verbis*:

> Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.
> […]
> Art. 300. **A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano** ou o risco ao resultado útil do processo.
> […]
> 2º—A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.
> § 3º—A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

> Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.
> Art. 311. **A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:**
> […]
> IV - **a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor**, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Da conclusão

Isto posto, requer o MINISTÉRIO PÚBLICO a reforma da decisão, a fim de, liminarmente, **conceder-se tutela provisória no sentido de determinar ao agravado que promova a retirada, no prazo de 48 horas, dos artefatos publicitários** – fixando-se, para garantir a efetividade da ordem, multa diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais) pelo eventual descumprimento da obrigação.

Salvador, 2 de março de 2018.

Cláudio Gusmão

Procurador Regional Eleitoral