



JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SÃO PAULO

REPRESENTAÇÃO (11541) - Processo nº 0605136-67.2018.6.26.0000 - São Paulo - SÃO PAULO

REPRESENTANTE: ANTONIO BIAGIO VESPOLI

Advogado do(a) REPRESENTANTE: ANDRE FEITOSA ALCANTARA - SP257833

REPRESENTADO: LOURIVALDO DELFINO, GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.

Advogado do(a) REPRESENTADO:

Advogados do(a) REPRESENTADO: SOLANO DE CAMARGO - SP149754, EDUARDO LUIZ BROCK - SP91311, ANDRE ZANATTA FERNANDES DE CASTRO - SP246556, DANIEL DO AMARAL ARBIX - SP247063, MARIA ISABEL CARVALHO SICA LONGHI - SP256660, GUILHERME CARDOSO SANCHEZ - SP257385, NATALIA KUCHAR - SP287632, TAIS CRISTINA TESSER - SP221494, CAMILA GONCALVES ROSA JUNQUEIRA - SP327647, IEDA NOGUEIRA DUTRA - SP305324, LUIZ FERNANDO DA SILVA SOUSA - RJ198963, YUN KI LEE - SP131693, TAE YOUNG CHO - SP174059, RICARDO ANTONIO COUTINHO DE REZENDE - SP77963, ELIANA RAMOS SATO - SP252812, ADRIANA SEABRA ARRUDA - SP200766, PAULO VINICIUS DE CARVALHO SOARES - SP257092, ALINE MOREIRA DA COSTA - SP201329, MARCELO BRITO RODRIGUES - SP185795, ARMANDO CAETANO FERNANDES ALMEIDA JUNIOR - SP200142, FABIO ARIKI CARLOS - SP273109, FABIO RIVELLI - SP297608, CAIO MIACHON TENORIO - SP211036

Decisão Monocrática nº 26

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de representação eleitoral com pedido de direito de resposta proposta por ANTONIO BIAGIO VESPOLI em face de LOURIVALDO DELFINO e GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA – Google São Paulo, visando à retirada de vídeos postados no Youtube.

Argumentou-se que estes, todos idênticos, possuem conteúdo difamatório, atentando contra sua honra por meio de notícias falsas e imputações caluniosas.

Quanto à afirmação específica de que teria havido doação ilegal, salientou que o fato já foi apurado e esclarecido na Justiça Eleitoral.

Requereu a concessão da medida liminar para retirada dos vídeos, sob pena de multa diária, e, no mérito, pugnou pela procedência da representação, condenando-se o representado à publicação, de novo vídeo, pelo mesmo meio de comunicação, em resposta às ofensas realizadas, sob pena de crime de desobediência.

A medida liminar foi deferida (ID nº 126242).

Peticionou nos autos o GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA para noticiar o cumprimento da liminar, e apresentando também a sua contestação defendendo a improcedência da representação, pois os vídeos postados pelo representado não apresentam qualquer ilicitude e estão amparados pelos direitos e garantias constitucionais da liberdade de expressão (ID nº 129421).

Ademais, afirma que não há como ser compelido a conceder direito de resposta ao representante, pois ele não detém o controle editorial do conteúdo transmitido ou veiculado.

Decorreu *in albis* o prazo para o primeiro representado apresentar defesa (ID nº 653701).

A D. Procuradoria opinou pela procedência da representação, eis que os vídeos postados pelo primeiro representado extrapolam os limites da liberdade de expressão.

Assim, argumenta que devem ser removidos os vídeos listados na exordial, bem como ser concedido o direito de resposta.

É o relatório.

1. O primeiro representado, apesar de regularmente citado, deixou de apresentar defesa (ID nº 653701), o que acarreta o reconhecimento de sua revelia.

Observa-se, contudo, que a revelia é um estado de fato consistente na não apresentação de contestação válida, o que não se confunde com os seus efeitos, sendo o principal destes a presunção de veracidade dos fatos narrados na inicial.

Sabe-se que esta presunção é *juris tantum*, ou seja, relativa, não produzindo o mencionado efeito nos casos previstos no art. 345, do novo Código de Processo Civil, especialmente quando as alegações de fato forem inverossímeis ou estiverem em contradição com a prova constante dos autos (inciso IV).

Na hipótese *sub examine*, os fatos afirmados na inicial são incontroversos, mormente porque o representado não os negou e os vídeos revelam exatamente o que foi revelado. Contudo, cabe à Justiça Eleitoral avaliar se configurou-se ou não infração à legislação (TSE, Representação nº 2338-89.2010.6.00.0000, Rel. Min. Henrique Neves, j. 19.08.2010).

Neste sentido:

REPRESENTAÇÃO. CONDOTA VEDADA. REVELIA. CONFISSÃO FICTA. PRESUNÇÃO RELATIVA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. PROVA DOS AUTOS. RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO. NÃO DEMONSTRADA. IMPROCEDÊNCIA.

(...)

“2. A presunção de veracidade advinda da revelia não é absoluta, cabendo ao magistrado sopesar os fatos narrados na inicial em cotejo com as provas produzidas, a fim de formar sua livre convicção sobre o mérito da causa (art. 131 do CPC).”(TSE, Representação nº 4221-71.2010.6.00.0000, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, j. 06.10.2011).

2. A questão controvertida nos autos diz respeito à licitude ou não dos conteúdos dos vídeos postados pelo representado em seu canal no YouTube, em que faz afirmações negativas contra o candidato a deputado estadual Antonio Vespoli, pois este alega que foi violada a legislação eleitoral de regência.

Sobre esta questão o artigo 57-D, e seu §3º, da Lei das Eleições, permite a livre manifestação do pensamento, vedando o anonimato, mas permite à Justiça Eleitoral determinar a retirada de publicações que contenham agressões ou ataques a candidatos em sítios da internet, inclusive redes sociais[1]:

Assim, pela legislação em vigor, inclusive a constitucional, embora seja permitida a livre manifestação do pensamento, não são toleradas divulgações que tenham o objetivo de caluniar, difamar ou injuriar candidato a mandato eleitoral (art. 58 da Lei nº 9.504/97 e art. 243, IX do CE).

Os princípios da livre manifestação do pensamento e da liberdade de informação não se prestam a garantir divulgação de ofensas, calúnias e inverdades, durante o período eleitoral, que possuam a clara finalidade de desequilibrar a disputa eletiva, em afronta à higidez e igualdade de oportunidades que devem permear as eleições.

No caso dos autos, os vídeos postados pelo representado (os quais, anote-se, são idênticos), não se restringem à meras críticas políticas, transbordando os limites da liberdade de manifestação do pensamento, constituindo verdadeira propaganda eleitoral negativa ilícita, com ofensas à honra do candidato, contendo contêm afirmações caluniosas, difamatórias ou injuriosas.

Isso porque consta dos respectivos conteúdos, conforme bem apontou a exordial, as seguintes afirmações:

02:00 min: Esse cara é bandido! Esse cara é marginal!

03:32: Esse pilantra, canalha (...) Esse bandido político (...)

05:20: Toninho Vespoli é bandido! Bandido Político! Marginal Político.

O Colendo Tribunal Superior Eleitoral[2] já decidiu *as críticas, mesmo que veementes, fazem parte do jogo eleitoral, não ensejando, por si só, o direito de resposta, desde que não ultrapassem os limites do questionamento político e nem descambem para o*

insulto pessoal, para a imputação de delitos ou de fatos sabidamente inverídicos.

No caso dos autos, configurou-se ofensa à honra do candidato, pois que se refere a ele como “bandido”, pilantra”, “marginal”, “canalha” *descamba, à toda evidência, para o insulto pessoal e transborda os limites do mero questionamento político ou administrativo.[3]*

Além disso, há a veiculação de fato sabidamente inverídico.

Isso porque o representado afirmou que um assessor do representante, teria realizado doação ilegal, com verba de gabinete, a fim de captação ilícita de sufrágio nas últimas eleições para vereador de São Paulo.

Contudo, o próprio, em seu vídeo, afirma que este Tribunal indeferiu tal denúncia por captação ilícita de sufrágio, o que revela a veiculação de fato sabidamente inverídico.

A retirada dos vídeos, assim, é medida que se impõe.

3. Em relação ao direito de resposta, este é permitido *a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social.[4]*

Como leciona José Jairo Gomes:

O direito de resposta constitui oportunidade conferida ao ofendido para se manifestar. Sua concessão pressupõe a ocorrência de ofensa, ainda que indireta, por conceito, imagem, ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica. Nos três primeiros casos, ataca-se a honra pessoal.

(...)

Mas esses conceitos – extraídos do Código Penal – não têm aplicação rígida na esfera eleitoral. Dada a natureza de suas atividades, o código moral seguido pelo político certamente não se identifica com o da pessoa comum em sua faina diuturna. Tanto é que os direitos à privacidade, ao segredo e à intimidade sofrem acentuada redução em sua tela protetiva. Afirmações e apreciações desairosas, que, na vida privada, poderiam ofender a honra objetiva e subjetiva de pessoas, chegando até mesmo a caracterizar crime, perdem esse matiz quando empregadas no debate político-eleitoral. Assim, não são de estranhar assertivas apimentadas, críticas contundentes, denúncias constrangedoras, cobranças e questionamentos agudos. Tudo isso insere-se na dialética democrática.[5]

No mesmo diapasão *“é certo que os conceitos de calúnia, injúria e difamação não devem ter aplicação rígida na esfera eleitoral, já que o homem público deve estar sujeito a críticas, com a conseqüente diminuição da esfera de proteção de seus direitos da personalidade. Nas circunstâncias excepcionais de abusos e excessos, no entanto, é que*

se insere o direito de resposta, como o remédio cabível para restabelecer os princípios da informação e da veracidade que regem a propaganda eleitoral, com o objetivo de assegurar a legitimidade das eleições”.[6]

Portanto, a concessão de tal direito deverá ocorrer somente em situações excepcionais, que fogem à regra do embate político, cujo cabimento, como já se decidiu: *“exige não somente que a afirmação veiculada tenha caráter inverídico, mas também se exige que a inveracidade seja evidente”.[7]*

No mesmo diapasão se pronunciou o C. Tribunal Superior Eleitoral a mensagem, para ser qualificada como sabidamente inverídica, deve conter inverdade flagrante que não apresente controvérsias. Não é possível transformar o pedido de resposta em processo investigatório com intuito de comprovar a veracidade das versões controversas sustentadas pelas partes.[8]

Entre as hipóteses autorizadoras de tal pedido, importante discorrer sobre o fato sabidamente inverídico.

Sobre o tema, Guilherme Barcelos ensina que *“sabidamente inverídico é um fato notoriamente mentiroso, despido de controvérsias acerca da sua não veracidade”.[9]*

E citando Rodrigo López Zílio, o mencionado autor ainda assevera que *“para o deferimento do direito de resposta e/ou par a procedência de eventual ação penal, ‘não basta apenas veicular afirmação de caráter inverídico, porquanto a lei exige um plus – vedando a afirmação ‘sabidamente’ inverídica”.[10]*

A concessão, pois, do direito de resposta só deve ocorrer quando se tratar de fato sabidamente inverídico, ou seja, que tal inveracidade seja evidente, reconhecível de plano. Caso haja alguma controvérsia quanto a este particular, de rigor o indeferimento do pleito, inclusive para que não ocorra o engessamento do debate eleitoral, essencial para a democracia[11]

Vale anotar, por fim, que ao provedor de conteúdo não pode ser imposta a obrigação de divulgação do direito de resposta, o que deve ser feito pelo usuário da página/perfil que veiculou a ofensa.

Sobre o tema: *“nesse sentido, antes mesmo da minirreforma, a Justiça Eleitoral, inclusive o próprio TSE, já vinha reconhecendo a impossibilidade de se impor ao provedor de aplicação da internet a obrigação de acessar o perfil do usuário responsável pela postagem reputada ofensiva para inserir o texto da resposta pretendida pelo ofensor”* (Direito eleitoral digital, Diogo Rais, coordenador, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 134).

E como já decidiu o C. TSE

“Eleições 2010. Propaganda Eleitoral. Twitter. Direito de resposta. Sítios de mensagens instantâneas e assemelhados. Possibilidade jurídica.

1. O Twitter se insere no conceito de “sítios de mensagens instantâneas e assemelhados”, previsto no art. 57-B da Lei 9.504/97, e é alcançado pela referência a “qualquer veículo de comunicação social” contida

no art. 58 da Lei das Eleições.

2. O direito de resposta em razão de mensagem postada no Twitter é cabível. Relevância de o detentor da página ser coordenador de comunicação de campanha eleitoral.

3. Deferido o direito de resposta, o próprio usuário, exercendo o controle de conteúdo que detém sobre a sua página no Twitter, deve postar o texto da resposta.

4. Direito de resposta concedido.” (Representação nº 3618-95.2010, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, j. 29.10.2010).

Portanto, no caso dos autos, o direito de resposta há de ser concedido, na medida em que não apenas houve ofensa à honra, como veiculou-se fato a respeito do candidato que não é verídico, como acima se consignou.

4. Ante o exposto, **julgo procedente** a representação, confirmando a liminar concedida, para:

a) determinar que o representado LOURIVALDO DELFINO se abstenha de veicular novamente, e retire, em definitivo, do seu canal do YouTube os vídeos constantes das seguintes URLs, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00:

<https://www.youtube.com/watch?v=yaLPoYR3Z3o&list=UU6qYu4BtHkUeshDRDoe07Kg&index=18>

https://www.youtube.com/watch?v=bLokytLRw_o&list=UU6qYu4BtHkUeshDRDoe07Kg&index=16

<https://www.youtube.com/watch?v=Qo1QynHbJI8&list=UU6qYu4BtHkUeshDRDoe07Kg&index=15>

<https://www.youtube.com/watch?v=KRtjYVxfetE&list=UU6qYu4BtHkUeshDRDoe07Kg&index=13>

https://www.youtube.com/watch?v=_x35NvIz2Z8&list=UU6qYu4BtHkUeshDRDoe07Kg&index=12

<https://www.youtube.com/watch?v=GV0GJ4v399w&list=UU6qYu4BtHkUeshDRDoe07Kg&index=11>

<https://www.youtube.com/watch?v=8zDUjhYCun8&list=UU6qYu4BtHkUeshDRDoe07Kg&index=10>

<https://www.youtube.com/watch?v=CYSFZpWsuQA&list=UU6qYu4BtHkUeshDRDoe07Kg&index=9>

<https://www.youtube.com/watch?v=LJLqYw6xyp0&list=UU6qYu4BtHkUeshDRDoe07Kg&index=8>

<https://www.youtube.com/watch?v=Ws1aVSyXSio&list=UU6qYu4BtHkUeshDRDoe07Kg&index=7>

<https://www.youtube.com/watch?v=LrHvaa4i5sc&list=UU6qYu4BtHkUeshDRDoe07Kg&index=6>

<https://www.youtube.com/watch?v=Pis5tg3Y53k&list=UU6qYu4BtHkUeshDRDoe07Kg&index=5>

<https://www.youtube.com/watch?v=9galeM4qJyc&list=UU6qYu4BtHkUeshDRDoe07Kg&index=4>

<https://www.youtube.com/watch?v=0XK11QtdVZ4&list=UU6qYu4BtHkUeshDRDoe07Kg&index=3>

https://www.youtube.com/watch?v=N_xsTKkS0co&list=UU6qYu4BtHkUeshDRDoe07Kg&index=2;

b) determinar ao GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA a remoção das URLs acima mencionadas, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 acaso sejam elas reativadas dentro do período previsto na legislação eleitoral;

c) defiro o exercício do direito de resposta ao representante, que deverá ser veiculado pelo representado LOURIVALDO DELFINO no seu canal do YouTube em até 48 (quarenta e oito) horas após a entrega da mídia ao representado, nos termos do art. 15, IV, “c” da Resolução nº 23.547/17 do TSE.

Considerando que o conteúdo constante das URLs acima listadas ficaram disponíveis por 10 (dez) dias, de 15.08.2018 a 25.08.2018, a resposta do representante deverá permanecer na página do representado por pelo menos 20 (vinte) dias, nos termos do art. 15, IV, “d” da Resolução nº 23.547/17 do TSE, devendo a mensagem ser postada em caráter público, sem a restrição de visualização ou determinados usuários.

Esclareça-se, ainda, que o direito deverá ser exercido nos limites desta decisão, ou seja, estritamente para que o candidato representante esclareça as informações aqui questionadas.

Acaso transite em julgado esta decisão, o representante deverá juntar aos autos o vídeo de resposta, bem como sua mídia digital, referente ao período constante no vídeo ofensor que ensejou a resposta aqui deferida. Assim, tendo em vista o tempo em que o primeiro representado utilizou para veicular as informações aqui tratadas como ofensivas e sabidamente inverídicas, o vídeo de resposta deverá conter, no máximo, três minutos.

Por fim, o não cumprimento da determinação sujeitará o representado LOURIVALDO DELFINO ao pagamento da multa prevista no art. 19 da Resolução nº 23.547/17 do TSE (art. 58, §8º, da Lei nº 9.504/97), em seu patamar mínimo.

P.R.I.C.

São Paulo, 1 de setembro de 2018.

AFONSO CELSO DA SILVA
Juiz Auxiliar da Propaganda Eleitoral

(assinado digitalmente)

[1] Art. 57-D. É livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral, por meio da rede mundial de computadores - internet, assegurado o direito de resposta, nos termos das alíneas a, b e c do inciso IV do § 3º do art. 58 e do 58-A, e por outros meios de comunicação interpessoal mediante mensagem eletrônica.

§ 3º. Sem prejuízo das sanções civis e criminais aplicáveis ao responsável, a Justiça Eleitoral poderá determinar, por solicitação do ofendido, a retirada de publicações que contenham agressões ou ataques a candidatos em sítios da internet, inclusive redes sociais.

[2] (TSE, Repres nº 1279-27.2014.6.00.0000. rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. J. 23.09.2014).

[3] (TSE. Respe nº 26.777. rel. Min. Carlos Ayres Britto. J. 26.10.2006).

[4] art. 58 da Lei de Eleições.

[5] Direito Eleitoral, Ed. Atlas, 13ª edição, 2017, p. 587/588.

[6] Direito eleitoral digital, Diogo Rais, coordenador, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 131.

[7] TRE-SP, Recurso Eleitoral nº 16-90.2016.6.26.0379, rel. Marli Ferreira, j. 13.09.2016.

[8] Representação nº 367.516, rel. Min. Henrique Neves, j. 26.10.2010.

[9] Tratado de Direito Eleitoral, Tomo 4, Propaganda Eleitoral, Ed. Fórum, 2018, p. 404.

[10] Ob. cit., p. 409

[11] TSE, Repres nº 143952, rel. Min. Admar Gonzaga Neto, j. 02.10.2014

Assinado eletronicamente por: **AFONSO CELSO DA SILVA**

01/09/2018 18:03:53

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

ID do documento:



1809011803491200000000770018

IMPRIMIR

GERAR PDF