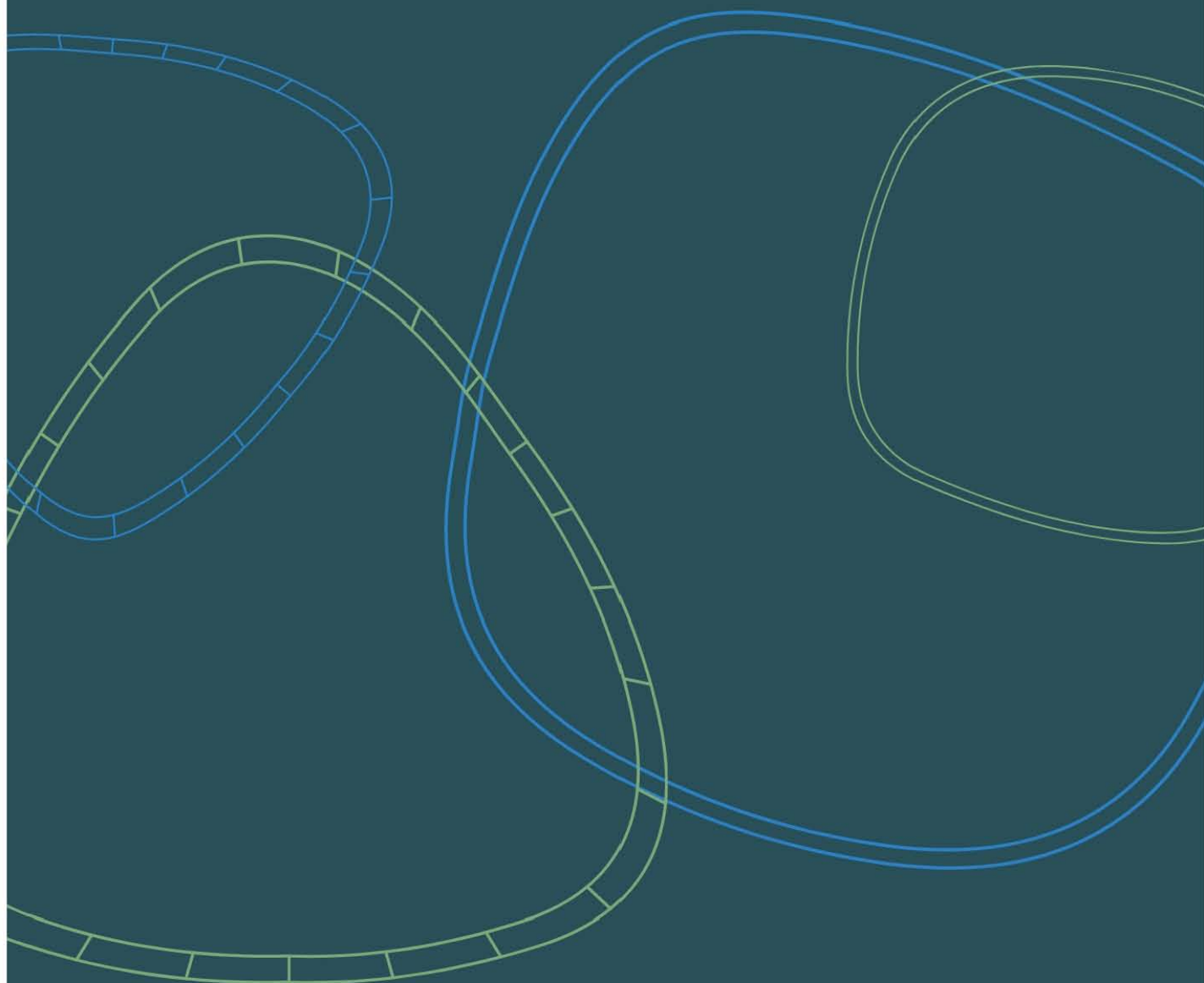


REVISTA DO TRE-RS

Ano 25 | N. 49 | Julho/Dezembro de 2020



LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO DIREITO ELEITORAL: grupos do *WhatsApp* e limites da intervenção da Justiça Eleitoral no contexto das eleições municipais brasileiras

FREEDOM OF EXPRESSION IN ELECTORAL LAW: *WhatsApp's groups and limits of the intervention of Electoral Justice in the context of Brazilian municipal elections*

Katiane Teresinha Worm

RESUMO: O artigo trata da regulamentação dos grupos criados no aplicativo *WhatsApp*, realizada pelo do art. 33, § 2º, da Resolução TSE nº 23.610/2019, a qual remete, sem respaldo em lei, à ideia de absoluta liberdade de expressão nesse ambiente virtual, isentando os usuários da observância das regras da propaganda eleitoral. Objetiva-se discutir se esse seria o melhor tratamento jurídico a ser conferido às manifestações políticas veiculadas nesse ambiente, particularmente em eleições municipais, diante das chances de interferência na legitimidade da eleição que sua utilização pode gerar no contexto da maioria dos municípios brasileiros, cujas circunscrições eleitorais não ultrapassa a marca de 11 mil eleitores. Assim, serão delineados os parâmetros interpretativos a serem empregados à mencionada legislação, com o intuito de compatibilizar o exercício da liberdade de expressão nos grupos mensageiros e a atuação da Justiça Eleitoral na proteção da legitimidade do pleito, com atenção às características específicas das circunscrições municipais, demonstrando que a *preferred position* da liberdade de expressão na seara eleitoral pode ceder à necessidade de proteção à higidez do pleito quando restar concretamente provado que a forma de utilização da ferramenta levou conteúdo a conhecimento público e geral, em uma arquitetura semelhante à de uma rede social local e que houve abuso no emprego de recursos financeiros aptos a desequilibrar a competição eleitoral.

PALAVRAS-CHAVE: *WhatsApp*. Liberdade de expressão. Legitimidades das eleições.

ABSTRACT: *The paper works on the regulation of WhatsApp application groups, made by the Article 33, § 2º, of TSE Resolution n. 23.610/2019, which brings the matter, without support in law, to the idea of absolute freedom of expression in this virtual environment, exempting users from observing the rules of electoral advertising. The objective is to discuss whether this would be the best legal treatment to be given to political manifestations broadcast in this environment, particularly in the municipal elections, given the chances of interference in the legitimacy of the election that its use can generate in the context of most Brazilian municipalities, whose electoral circumscriptions do not exceed 11 thousand voters. Thus, the interpretative parameters to be used for the aforementioned legislation will be outlined, in order to make the exercise of freedom of expression in the messenger groups compatible and the role of the Electoral Justice in protecting the legitimacy of the elections, with attention to the specific characteristics of municipal circumscriptions, demonstrating that the preferred position of freedom of expression in the election field may yield to the need to protect the election health when it remains concretely proven that the way of using the toll*

took has brought content to public and general knowledge, in a similar architecture as a local social network and there was abuse in the use of financial resources able to unbalance electoral competition.

KEYWORDS: *WhatsApp. Freedom of expression. Legitimacy of the elections.*

1 INTRODUÇÃO

Mídias potencializadoras da liberdade de expressão, como redes sociais e aplicativos mensageiros, modificaram o paradigma da comunicação político-eleitoral, de tal forma que, ao lado dos *players* eleitorais, os eleitores também passaram a protagonizar os espaços de debate, desfrutando de ferramentas como os grupos de *WhatsApp* para participar mais ativamente desses espaços, não apenas recebendo informações, mas interagindo entre si, com partidos e com candidatos. A popularização do *WhatsApp* intensifica essa atividade por constituir ambiente facilitador de debate que cresce a cada ano. Em 2019, sete a cada dez brasileiros utilizavam o aplicativo, sendo que oito a cada dez usuários era membro de algum grupo na plataforma (INSTITUTO DATAFOLHA, 2019).

A crescente presença dos atores eleitorais no debate político-democrático realizado nos grupos do *WhatsApp* traz novas demandas à Justiça Eleitoral, relacionadas aos limites da liberdade de expressão. Há um hiato legislativo quanto à utilização desses grupos conversação, suprido pelo poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), na Resolução nº 23.610/2019, que dispõe sobre propaganda nas eleições municipais de 2020. Seu art. 33, § 2º, ao referir que mensagens enviadas em grupos restritos de participantes não se submetem às normas sobre propaganda eleitoral, nos remete, sem respaldo em lei, à ideia de absoluta liberdade de expressão no âmbito dos grupos de mensagens instantâneas. Nesse contexto, o estudo propõe-se a discutir se esse seria o melhor tratamento jurídico a ser conferido às manifestações políticas veiculadas nesse ambiente virtual, diante das chances de interferência na legitimidade da eleição que sua utilização pode gerar no contexto da maioria dos municípios brasileiros, cujas circunscrições eleitorais não ultrapassa a marca de 11 mil eleitores. Assim, buscaremos delinear os parâmetros interpretativos para o art. 33, § 2º, da Resolução TSE nº 23.610/2019, com o intuito de compatibilizar a liberdade de expressão no âmbito dos grupos do *WhatsApp* e a atuação da Justiça Eleitoral na proteção da legitimidade do pleito, com atenção às especificidades das circunscrições eleitorais municipais. Mensurar os limites da intervenção da Justiça Eleitoral nos grupos do aplicativo *WhatsApp*, é crucial

para o enfrentamento das demandas processuais que serão levadas ao Poder Judiciário, dado o protagonismo que essa ferramenta assume nas comunicações entre pessoas no Brasil.

Para isso, estudaremos a liberdade de expressão e os consectários da sua *preferred position* na seara eleitoral (**título 2**). Ainda, examinaremos a evolução da regulação das mídias digitais no Direito Eleitoral, seus impactos no modelo regulatório dos debates político-eleitorais e o contexto da tutela do uso dos grupos de mensagens instantâneas, tocando em breves noções sobre propaganda eleitoral e manifestação de opinião (**título 3**). Finalmente, com base na doutrina e a jurisprudência do TSE, analisaremos critérios balizadores para uma interpretação sistêmica do art. 33, § 2º, da Resolução TSE nº 23.610/2019, buscando-se equalizar o conflito aparente entre a garantia da liberdade de expressão nos grupos do *WhatsApp* e a necessidade de preservação da legitimidade do pleito, com especial atenção à influência do quantitativo do eleitorado dos municípios brasileiros sobre a dinâmica dos grupos do *WhatsApp* no debate público democrático (**título 4**).

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO PREFERENCIAL INSTRUMENTAL À DEMOCRACIA

A liberdade de expressão é direito fundamental constitucional, protegido por extenso rol de liberdades comunicativas representadas no art. 5º, incisos IV, V e IX, bem como no art. 220 da CF. A partir disso, a doutrina majoritária constrói o conceito jurídico de **liberdade de expressão em sentido amplo**, o qual adotaremos neste ensaio, como sendo gênero que abarca as diversas espécies de manifestações específicas do pensamento: **liberdade de manifestação do pensamento, de informação e de imprensa**¹¹⁴

Nesse amplo espectro de proteção constitucional, a liberdade de expressão pode ser reconhecida na **dimensão individual**, de titularidade privada, resguardando o desenvolvimento da personalidade de cada um através da livre manifestação, e,

¹¹⁴ A espécie **liberdade de manifestação do pensamento (ou liberdade de expressão em sentido estrito)** abrange o direito de externar o pensamento por qualquer meio, expondo-se ideias, opiniões ou juízos de valor, sem comprometimento com a veracidade nos fatos e livre de retaliação ou censura por parte do governo ou de particulares. A **liberdade de informação (ou de comunicação)**, por sua vez, engloba o direito de informar, de se informar e de ser informado, envolvendo a comunicação de fatos, dados, informações objetivamente apuradas, possuindo compromisso com a verdade, ainda que subjetiva. Já a **liberdade de imprensa** seria aquela conferida aos meios de comunicação como da forma de exteriorização tanto da liberdade de expressão em sentido estrito (ideias, opiniões, juízos de valor) quanto a liberdade de informação (BARROSO, 2004; CHEQUER, 2017; OSÓRIO, 2017).

simultaneamente, na **dimensão coletiva**, de titularidade de toda a sociedade, protegendo a comunicação entre as pessoas, a circulação e disseminação de ideias, o acesso à informação e o debate público. Nesse ponto é possível identificar que liberdade de expressão e democracia se alinham, em uma relação de interdependência. Isso porque, uma sociedade soberana, que se autogoverna por meio de representantes democraticamente escolhidos, necessita, para além da tutela da autonomia individual (dimensão individual), de liberdade de opinião e de livre acesso aos fatos, pois esse conhecimento é indispensável para guiar suas escolhas, garantindo que sejam de fato livres (dimensão coletiva).

A ciência política de Tocqueville, no séc. XIX, já identificava a associação entre democracia, soberania popular e liberdade de expressão, especialmente em razão da comparação que o autor francês experienciou, entre sociedades democráticas, onde as pessoas influenciavam nas decisões; e não democráticas, onde as pessoas não participavam individualmente mediante discussão e debate cívicos. Muito precocemente o autor pontuou que, no regime democrático, a liberdade de expressão é tão importante quanto o direito ao voto, possuindo com ele relação indissociável (TOCQUEVILLE, 2005)¹¹⁵. Suas premissas provavelmente influenciaram os pensadores norte-americanos contemporâneos *Owen Fiss* e *Robert Dahl*. Em *Fiss* (1997 e 2005), verificamos uma proposta de compatibilização entre a liberdade de expressão garantidora da autonomia individual e a promotora do debate democrático¹¹⁶, atribuindo-se ao Estado essa dupla função, concomitantemente abstensiva (negativa) e interventiva (positiva). Com *Dahl* (2001), compreendemos que a sociedade verdadeiramente democrática carece de requisitos institucionais para além das eleições periódicas e da cidadania inclusiva, afigurando-se imprescindível a liberdade de expressão¹¹⁷.

¹¹⁵A obra em análise resultou das observações realizadas por Tocqueville em viagem aos Estados Unidos da América, em abril de 1831, na companhia de Gustave de Beaumont, ambos magistrados franceses, inicialmente com o objetivo de observar as instituições penitenciárias norte-americanas (Prefácio do Livro I).

¹¹⁶*Fiss* (1997, p. 23) defende que “[...] o propósito da liberdade de expressão não é tanto a autorrealização individual, mas em verdade a preservação da democracia e do direito de um povo, enquanto povo, a decidir que tipo de vida deseja viver. A autonomia é protegida, não por seu valor intrínseco, como poderia insistir um kantiano, mas como um meio ou instrumento de autodeterminação coletiva. Permitimos às pessoas que falem para que outras possam votar. A expressão de opiniões permite às pessoas votar inteligente e livremente, conhecendo todas as opções e possuindo toda a informação relevante” (tradução livre). “Nós temos que aprender a aceitar esta verdade cheia de ironia e contradição: que o Estado pode ser tanto um inimigo como um amigo do discurso; que pode fazer coisas terríveis para desestabilizar e minar a democracia, mas também fazer coisas extraordinárias para fortalecê-la”. (*FISS*, 2005, p. 21).

¹¹⁷Para *Robert A. Dahl* (2001), as democracias contemporâneas, em grande escala, exigem seis instituições básicas: agentes públicos eleitos; eleições livres, justas e frequentes; liberdade de expressão; fontes de informação diversificadas; autonomia para as associações e cidadania inclusiva.

Nesse diapasão, ao examinar as teorias explicativas dos fundamentos da liberdade de expressão, as quais debatem sobre as razões que justificam a proteção desse direito fundamental no Estado Democrático de Direito, de acordo com as funções que ele desempenha no ordenamento jurídico, destaca-se, entre os três principais motivos de sua relevância, sua ligação com a democracia e sua natureza multifuncional (BARROSO, 2004; CHEQUER, 2017; OSÓRIO, 2017; TERRA, 2018): 1) garante a autossatisfação individual e a dignidade; 2) permite a busca pela verdade e o mercado livre de ideias; 3) instrumentaliza a democracia. Na democracia, portanto, a liberdade de expressão é compreendida como instrumento ou meio para garanti-la, ou ainda como uma consequência desse sistema de tomada de decisões. Assim vejamos.

A democracia é o regime no qual as decisões são tomadas pelos cidadãos (autogoverno) e todos eles podem nelas influenciar, de modo indireto, pelo voto, em eleições periódicas (supremacia popular). Todavia, como as eleições não se resumem ao preenchimento dos cargos, o debate público que constrói as escolhas que serão manifestadas no momento das eleições desempenha papel tão importante quanto o voto propriamente dito, sendo a liberdade de expressão o instrumento que permite esse processo participativo. Dessa forma, a formação da vontade dos cidadãos representados, elegendo seus representantes políticos, depende da liberdade de expressão em sentido amplo - acesso à informação por todos os meios e possibilidade de manifestação de opinião. Gillet e Macedo (2019) muito bem resumem essa relação: o funcionamento da democracia requer a participação de todos; a liberdade de expressão é seu cerne por ser manifestação desta participação.

O debate público deve ser permanente (antes, durante e após eleições, segundo OSÓRIO, 2017). Especialmente no período eleitoral, envolve as manifestações dos *players* eleitorais, dos eleitores e dos meios de comunicação. Assim, a liberdade de expressão ocupar-se-á de resguardar que cidadãos permaneçam informados sobre os mais variados assuntos que envolvem os candidatos (FUX e FRAZÃO, 2016) e possam expressar suas convicções políticas; que os *players* eleitorais possam agir no convencimento dos eleitores; que os meios de comunicação agreguem mais informações ao debate eleitoral (OSÓRIO, 2017). Tudo isso permitirá a tomada da livre decisão informada e justifica a proteção especial da liberdade de expressão no âmbito político-eleitoral.

No cenário atual, a formação da opinião pública ganha nova dimensão e considerável complexidade. Conforme assinala Castells (1999), a partir do final da década de 1990, dá-se o surgimento e a massificação da utilização da tecnologia da informação com a internet, passando a ser possível que cada indivíduo, utilizando seu dispositivo móvel, comunique-se ilimitadamente com outros indivíduos em qualquer parte do planeta, passando assim, todos e cada um a realizar uma atividade que durante muito tempo foi reservada aos órgãos de imprensa. Essa revolução das mídias digitais, na seara eleitoral, faz com que tanto *players* eleitorais quanto eleitores disponham de instrumentos de participação nos debates político-democráticos, ampliando cada vez mais as possibilidades de exercício dessa liberdade de expressão, fortalecendo, portanto, a democracia. Os grupos de mensagens instantâneas, que estudaremos, fazem parte desse rol de instrumentos, podendo então ser considerados um reforço democrático, desde que, como examinaremos a seguir, não afetem a higidez do pleito.

Sendo certo que a liberdade de expressão garante a democracia, no panorama descrito, à Justiça Eleitoral cabe assegurar o debate público e a liberdade de expressão, pois, assim, legitimará a democracia. Não pode, entretanto, descuidar da preservação da legitimidade do processo eleitoral, devendo aplicar as normas constitucionais e infraconstitucionais que eventualmente poderão impôr afetações desvantajosas à liberdade de expressão (FREITAS, 2007), em prol da equalização das oportunidades entre candidatos e repúdio ao abuso do poder econômico. Nenhum direito fundamental tem caráter absoluto, nem mesmo a liberdade de expressão, tanto que existem diversas limitações e restrições impostas pela Constituição Federal e pela lei. Da harmonização entre essas duas funções, surge a conclusão de que poderá intervir “[...] quando as atividades comunicativas representem, sem margem para dúvidas, riscos concretos para a autodeterminação na formação da opinião eleitoral ou, em última instância, para a própria integridade da disputa” (TSE, Agr-AI nº 924, Rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, DJE 22 ago. 2018, trecho do voto do Min. Luiz Fuz, p. 56).

Ao mesmo tempo em que o voto e o debate público devem acontecer livremente, não se pode ignorar que certos mecanismos utilizados para o exercício da liberdade de expressão podem desequilibrar a competição eleitoral, desigualando os *players*, especialmente quando as melhores condições econômicas, políticas e midiáticas são empregadas para auferir maior impacto e disseminação das informações, como examinaremos detalhadamente no capítulo 4. Coexistem no sistema jurídico, portanto, normas garantidoras da liberdade de expressão e

normas que determinam as regras do jogo para o zelo da legitimidade das eleições, a qual pode ser concebida, em sentido amplo, como valor constitucional que tutela a paridade entre competidores e refuta a atuação abusiva do poder econômico, político ou midiático (GOMES, 2019; OSÓRIO, 2018; RAIS, 2018).

A partir dessa constatação, Terra (2018, p. 110) afirma que o discurso eleitoral situa-se “em uma zona cinzenta”, que ora protege a liberdade de expressão em maior extensão, sob o fundamento da deliberação democrática, autodeterminação, busca da verdade e proteção contra abusos do Estado, ora tolera restrições estatais justificadas pela necessidade de garantir a lisura, a integridade das eleições e a legitimidade, especialmente no que diz respeito à garantia de igualdade entre os participantes da disputa. Mas, conforme já tivemos oportunidade de examinar, isso não seria contraditório, uma vez que a dimensão coletiva da liberdade de expressão admite interações não abstencionistas do Estado para garantir a participação de todos e que todas as ideias sejam ouvidas, e não apenas aquelas que possam ser alçadas pela ação propulsora do poder econômico.

A necessidade de convivência de todos esses valores constitucionais relevantes ao pleito levam à conclusão de que a liberdade de expressão não pode ser considerada direito absoluto, apesar de seu protagonismo para a concretização da democracia e no processo político-eleitoral. Assim, admite limitações e restrições, fulcradas na Constituição Federal, as quais decorrem da necessidade de harmonizá-la com a legitimidade das eleições. As circunstâncias do caso concreto devem guiar a harmonização da liberdade de expressão com os outros valores constitucionais igualmente tutelados, segundo a técnica da ponderação de interesses e as regras da proporcionalidade (OSÓRIO, 2017).

No exame das mencionadas colisões e da ponderação, é crescente a defesa da doutrina da *preferred position* da liberdade de expressão. Em razão dos fundamentos teóricos que justificam sua tutela no ordenamento jurídico, especialmente o fundamento democrático¹¹⁸, recém-explorado, a tese sustenta ser a liberdade de expressão um direito preferencial, quando em conflito com outros valores de igual envergadura constitucional. As mesmas razões têm sido invocadas no sistema constitucional brasileiro para considerar a posição preferencial da liberdade de expressão no processo político-eleitoral, conferindo-lhe proteção reforçada contra restrições (OSÓRIO, 2017). Dito de outro modo, a natureza multifuncional da

¹¹⁸ Assim: CHEQUER, 2017, p. 97, OSÓRIO, 2017, p. 57 e 67; TERRA, 2018, p. 107; DWORKIN, 2006, p. 321.

liberdade de expressão aumenta sua capacidade de resistência no processo de ponderação com outros preceitos constitucionais (CHEQUER, 2017).

Um breve digressão sobre a origem da doutrina da *preferred position* nos remete aos Estados Unidos, mais especificamente à interpretação que a Suprema Corte confere à Primeira Emenda da Constituição norte-americana, a qual fundamenta o elevado grau assecuratório atribuído à liberdade de expressão¹¹⁹. Apesar disso, nem mesmo nesse país o reconhecimento do *status* preferencial confere à liberdade de expressão caráter de direito absoluto (DWORKIN, 2006). Recebe, sim, uma proteção especial, o que significa a admissão de restrições sobre o direito apenas em caráter excepcional. Em discursos de conteúdo político, que são os mais protegidos da intervenção estatal¹²⁰, ante a colisão entre a liberdade de

¹¹⁹Segundo Comparato (2001), a Constituição Americana de 1787 originalmente limitava-se a reger o funcionamento dos poderes estatais e o federalismo, não contemplando elenco de direitos civis, o que vem a ser estabelecido em 1791, com a aprovação das dez emendas que representam o *Bill of Rights*. A base da doutrina da liberdade de expressão está contida na Primeira Emenda, segundo a qual o legislador está impedido de restringir a liberdade de culto e de religião, de expressão, de imprensa, de reunião e associação e o direito de petição. A partir da interpretação desse texto, tem-se a origem e a evolução jurisprudencial da doutrina da posição preferencial da liberdade de expressão dos EUA, conforme Chequer (2017) e Osório (2017): 1º) Em 1919, o primeiro julgado específico sobre liberdade de expressão desde a edição da Primeira Emenda apresenta uma tendência de atribuir a ela lugar privilegiado (caso *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47). O juiz *Oliver Wendell Holmes* entendeu que liberdades comunicativas só poderiam ser restringidas em razão de perigo claro e iminente (tese do *clear and present danger*); 2º) Em 1938 (caso *United States v. Carolene Products Co*, 304 U.S. 144) teve origem a doutrina da posição preferencial, na nota de rodapé nº 4 do voto do juiz *Harlan Fiske Stone* ressaltou genericamente que algumas normas limitadoras de direitos fundamentais, como as incidentes sobre a Primeira Emenda, deveriam passar por controle de constitucionalidade mais rigoroso (*strict scrutiny*); 3º) Em 1942, a expressão *preferred position* foi utilizada pela primeira vez, no caso *Jones v. Opelika* (316 U.S. 584), pelo mesmo juiz, considerando-se o ano da formulação expressa da doutrina; 4º) Em 1943, a tese foi reconhecida pela maioria da Suprema Corte (caso *Murdock v. Commonwealth of Pennsylvania*, 319 U.S. 105); 5º) Em 1945, a tese foi exposta como verdadeiro princípio constitucional, no caso *Thomas v. Collins* (323 U.S. 516), afirmando-se que a liberdade desenhada na Primeira Emenda tem preferência sobre a liberdade do Estado e que restrições só podem ser justificadas quando houver perigo claro e iminente de dano ao bem-estar público.

¹²⁰Atualmente, a jurisprudência dos EUA mantém a *preferred position* da liberdade de expressão, havendo, contudo, divergência sobre os tipos de discurso que estariam protegidos. Observa-se tendência à admissão de restrições para discursos de ódio, pornográficos e que incitam a violência (CHEQUER, 2017). Os fundamentos para admitir a "derrotabilidade" da posição de preferência da liberdade de expressão podem ser a classificação do discurso como sendo de menor valor, recebendo, consequentemente, menor proteção e sendo mais suscetível à intervenção estatal, até ser identificado como estando fora do escopo de proteção da Primeira Emenda, portanto se sujeitando à ampla regulação estatal, inclusive de conteúdo. Já em relação aos discursos políticos e de interesse público, é praticamente unânime a conferência de posição preferencial à liberdade de expressão, em razão de capacidade de contribuição para a sociedade democrática e para a busca da verdade, identificando-se amplo espectro de proteção contra restrições estatais (TERRA, 2018). Para os discursos públicos de natureza eleitoral, a Suprema Corte não admite a tese do excepcionalismo eleitoral, criada por alguns doutrinadores estadunidenses, no sentido de que essa espécie de discurso público permitiria maior regulação estatal, mas diversos julgados reconhecem "[...] papel de superintendência do processo eleitoral, permitindo uma avaliação menos rigorosa do discurso eleitoral à luz da liberdade de expressão [...], decorrente da prerrogativa do Estado de controle da validade, higidez do pleito e legitimidade do processo eleitoral", como forma de garantia da igualdade ou como custódia do processo eleitoral (TERRA, 2018, p. 121), deferindo controle sobre propaganda eleitoral e financiamento de campanha.

expressão e outro valor constitucional, a regra na Suprema Corte é admitir somente restrições que não digam respeito ao conteúdo da ideia, da opinião da manifestação (*content-neutral*).¹²¹

Logo, admitir o predomínio da *preferred position doctrine* não exclui a atividade de ponderação, em vez disso, opera justamente no manejo dessa técnica, conferindo peso maior ou posição de vantagem à liberdade de expressão quando em conflito com outros direitos de igual proteção constitucional. Partindo do caso concreto, eventual argumento para limitar ou restringir o exercício da liberdade de expressão deve ser bastante forte. Em outras palavras, a preferencialidade da liberdade de expressão é apenas *prima facie*, e não absoluta, podendo ceder, no caso concreto, a depender de razões suficientemente demonstradas. Relembrando que também deve ser realizado o teste de proporcionalidade na esfera do caso concreto, para verificar-se se as restrições são adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

A inadmissibilidade de direitos de caráter absoluto, permitindo limitações e restrições, verifica-se em todos os sistemas constitucionais que têm adotado a tese, com fulcro na própria teoria geral dos direitos fundamentais, a qual reconhece seu caráter universal e geral, bem como a necessária coexistência desses direitos entre si ou com outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos, de forma que, surgindo um conflito aparente entre a liberdade de expressão e outro valor constitucional igualmente protegido, a solução não poderá ser o sacrifício total de um dos direitos, mas sim a compatibilização por meio da técnica da ponderação (ALEXY, 2014). Com o implemento da *preferred position doctrine*, não se reconhece hierarquia entre as normas constitucionais, mas se permite “[...] proteção privilegiada a alguns bens jurídicos e estabeleça posições de preferência *prima facie* em relação a determinados princípios ou valores dotados de elevado valor axiológico. Este é

¹²¹ A opção pela primazia da liberdade de expressão não simplifica a jurisprudência sobre a matéria nos EUA. Na verdade, no direito comparado, o país apresenta o modelo mais complexo para avaliação da liberdade de expressão. Há uma categorização dos tipos de discursos protegidos pela Primeira Emenda, mas os discursos de conteúdo político são os mais protegidos. Uma análise pormenorizada do tema pode ser verificada em Terra (2016, p. 164-186 e 2018, p. 98-106). Longe de esgotar o tema, mas nos direcionando àquilo que interessa ao presente ensaio, que são os discursos políticos, o autor explica que o critério central utilizado pela Suprema Corte é o de avaliar se houve restrição ao conteúdo da liberdade de expressão ou *content-based*, situação que estará sujeita ao teste de constitucionalidade mais rigoroso (o escrutínio estrito ou *strict scrutiny*), ou se, por outro lado, a regulação desse direito veio por meio de restrição neutra quanto ao conteúdo ou *content-neutral* (restrições de tempo, local e modo), caso em que o teste de constitucionalidade será menos rígido (escrutínio intermediário ou *intermediate scrutiny*), admitindo-se a restrição se I) puder ser justificada sem referência ao conteúdo da expressão regulada; II) for dirigida à assunção de uma interesse estatal relevante e III) deixar abertos amplos canais alternativos de comunicação. De toda forma, “O escrutínio estrito e intermediário dos discursos plenamente protegidos, por sua vez, aproxima-se muito mais de um processo ponderativo puro e simples, embora com determinados parâmetros” (TERRA, 2016, p. 178).

precisamente o caso da liberdade de expressão” (ADI nº 4815, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJE 01 fev. 2016, p. 159).

No Brasil, há crescente afirmação da posição preferencial da liberdade de expressão na doutrina (BARROSO, 2004; CHEQUER, 2017; FUX E FRAZÃO, 2016; OSÓRIO, 2017; SARLET et. al, 2018) e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹²². A mesma tendência pode ser observada em várias decisões do TSE, que asseveram a *preferred position* da liberdade de expressão na seara eleitoral, em razão de sua imprescindibilidade à democracia, ao pluralismo político e ao funcionamento do Estado Democrático de Direito¹²³.

Dito isso, a grande questão passa a ser como assegurar que a liberdade de expressão seja protegida de forma preferencial **na prática**, já que, na ponderação, os entendimentos podem variar ao sabor das circunstâncias casuísticas. Nos EUA, berço da *preferred position doctrine*, há ferramentas que conferem maior racionalidade ao sopesamento dos direitos que colidem com a liberdade de expressão (vide notas 9 a 11): doutrina do perigo real e iminente (*clear and presente danger*), escrutínio judicial mais rigoroso para normas restritivas da liberdade de expressão (*strictly scrutiny*), menor deferência às restrições que impliquem restrição ao conteúdo da liberdade de expressão (*content-based*) (OSÓRIO, 2017; TERRA, 2016). No caso brasileiro, uma das formas de assegurar essa efetividade prática foi irradiar os efeitos jurisprudenciais para o campo normativo. A Resolução TSE nº 23.610/2019, nessa linha, ao regulamentar a utilização das mídias digitais nas eleições, dispôs sobre as manifestações político-democráticas e a propaganda eleitoral na internet, positivando a posição preferencial da liberdade de expressão na seara eleitoral, como veremos.

Partindo dessa premissa, que considera verdadeira a *preferred position* da liberdade de expressão na seara eleitoral, e, após analisar a evolução legislativa da matéria, verificaremos se o âmbito de incidência da liberdade de expressão no ambiente dos grupos de mensagens do

¹²² A tese foi esboçada pela primeira vez na **ADPF nº 130** (STF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJE 06 nov. 2009), exaltando-se a primazia ou precedência da liberdade de expressão em relação a direitos da personalidade, ao julgar a Lei de Imprensa não recepcionada pela Constituição Federal. No mesmo sentido, vide: **STF, ADI nº 4815/DF**, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJE 01 fev. 2016; **STF, Primeira Turma, Rel nº 22.328/RJ**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJE 10 maio 2018. Destaca-se que na **ADI nº 4451** (STF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJE 06 mar. 2019), os Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux afirmaram essa posição preferencial no âmbito político-eleitoral, ao julgar a inconstitucionalidade parcial do art. 45 da Lei 9.504/1997.

¹²³ **TSE, RESP nº 13351-SE**, Eleições 2016, Rel. Min. Rosa Weber, DJE 15 ago. 2019; **TSE, Agr. Reg. em RO nº 75825-SP**, Eleições 2014, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. designado Min. Luiz Fux, DJE 13 set. 2017; **TSE, Agr. Reg. em RESP nº 214551-AP**, Eleições 2014, Rel. Min. Luiz Fux, DJE 27 set. 2016. **TSE, RESP nº 5124-MG**, Eleições 2016, Rel. Luiz Fux, Publicado na sessão de 18 out. 2016.

WhatsApp pode ser limitado em nome da preservação da legitimidade das eleições, uma vez que nenhum direito fundamental é absoluto.

3 REGULAÇÃO DA PROPAGANDA ELEITORAL NA INTERNET E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A regulação da propaganda eleitoral tem origem na necessidade de garantir, na maior medida possível, a igualdade jurídica de condições entre os *players* eleitorais, minimizando o impacto das posições fáticas de superioridade que naturalmente existem entre eles. Suas limitações desempenham a função de garantir a legitimidade das eleições, restringindo o âmbito de incidência da liberdade de expressão, objetivando especialmente evitar o abuso de poder econômico, político e midiático nas eleições, promovendo a equalização entre competidores. Há aqui tensão entre dois aspectos fundamentais da democracia: regulação para preservação da higidez das eleições e garantia de que estas ocorram num ambiente de livre difusão de fatos e opiniões, preservando-se o direito constitucional à liberdade de expressão, exigindo harmonização por meio da ponderação, já examinada. É aqui que se insere o tema do ensaio: as restrições ou controles sobre a propaganda eleitoral e manifestações representam limitações à liberdade de expressão dos atores eleitorais. Os grupos do *WhatsApp*, quando utilizados para o debate político-democrático, seriam absolutamente imunes a qualquer tipo de intervenção? Antes de responder a essa grande questão, faz-se necessário verificar como a legislação eleitoral sobre propaganda eleitoral evoluiu até incorporar a diferenciação de controle entre *players* eleitorais e eleitores de forma expressa e até regram os grupos fechados de mensagens instantâneas no art. 33, § 2º, da Resolução TSE nº 23.610/2019.

Examinando a evolução regulatória da propaganda eleitoral na internet, constatamos que as versões originais do Código Eleitoral e da Lei das Eleições eram silentes. O poder normativo do TSE supria o vácuo legislativo com resoluções também econômicas nessa matéria, até que, partir de 2009, o Poder Legislativo passou a implementar alterações na Lei das Eleições e regulou a propaganda em meio virtual de forma mais robusta, editando as Leis nº 12.034/2009, nº 12.891/2013 e nº 13.488/2017. A modificação realizada pela Lei nº 12.034/2009¹²⁴ pode ser considerada a mais significativa, por três razões: a) o rol das mídias digitais permitidas na propaganda eleitoral foi ampliado; b) às manifestações de cidadãos são

¹²⁴ Inseriu, na Lei das Eleições, seção específica sobre propaganda eleitoral na internet (atuais arts. 57-A ao 57-J).

impostas menos restrições em comparação àquelas realizadas pelos competidores eleitorais; c) o tema da liberdade de expressão passou a ser abordado no bojo da lei eleitoral, não mais apenas na Constituição Federal. Assim, foi assegurada a livre manifestação do pensamento por meio da internet durante a campanha eleitoral, vedado o anonimato, de modo que qualquer pessoa pode exprimir suas opiniões e preferências com relação a candidatos e partidos, desde que não veicule informações sabidamente inverídicas, caluniosas, difamatórias ou injuriosas. Se o fizer, o art. 58 da Lei nº 9504/1997 assegura o direito de resposta ao competidor eleitoral atingido.

Essa foi uma necessidade gerada pelo uso massivo da internet, reforçada pela popularização das redes sociais e disseminação do uso do *WhatsApp*. Houve um implemento de participação do cidadão no debate eleitoral, pois o acesso às ferramentas capazes de difundir a manifestação pessoal sobre todos os assuntos é fácil, barato, instantâneo, simultâneo e interativo. Repercutiu também na mudança do paradigma da comunicação – “de um para muitos” passou a ser de “muitos para muitos” (RAIS, 2018, p. 43) –, abalando a lógica de controle utilizada na propaganda eleitoral, cujo foco sempre foi fiscalizar se o emissor da mensagem está obedecendo às restrições legais. Neste novo cenário, em que o conteúdo cidadão se mistura ao conteúdo eleitoral, os eleitores protagonizam as campanhas eleitorais tanto quanto os competidores eleitorais e todos são emissores e receptores ao mesmo tempo, foi necessário adequar a legislação e diferenciar os tipos de restrições a serem aplicadas a cada um dos atores do cenário eleitoral (RAMOS E RAIS, 2018). As inovações legislativas de 2009 já refletem, em certa medida, esse novo paradigma, sinalizando, no art. 57-D da Lei nº 9.504/1997, uma distinção de tratamento a ser atribuído às manifestações advindas do cidadão: mais flexível, a fim de privilegiar a liberdade de expressão.

O TSE torna essa diferenciação no tratamento dado aos eleitores e aos *players* eleitorais mais evidente, ao dispôr sobre a propaganda eleitoral para as eleições 2018 e 2020 (Resoluções nº 23.551/2017 e nº 23.610/2020, respectivamente). Regulando o art. 57-D da Lei das Eleições, para além da literalidade do texto legal, consigna a ampla liberdade de expressão do eleitor na internet, antes e durante a campanha eleitoral, ainda que conste em suas manifestações mensagem de apoio ou crítica a partido político ou a candidato, próprias do debate político e democrático. Haveria possibilidade de limitação somente em casos de

ofensa a honra de terceiros ou de divulgação de fatos sabidamente falsos (Resolução TSE nº 23.610/2019, art. 27, §§ 1º e 2º).

Além disso, ao permitir o uso de redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas para realização de propaganda eleitoral (art. 28, IV, da Resolução TSE nº 23.610/2019), o TSE inova o texto legal, mencionando que a manifestação espontânea de pessoas naturais em matéria político-eleitoral, mesmo que sob a forma de elogio ou crítica a partido político ou a candidato, não será considerada propaganda eleitoral (art. 28, § 6º, da Resolução TSE nº 23.610/2019). Os limites aplicáveis seriam apenas as situações de ofensa a honra de terceiros ou de divulgação de fatos sabidamente falsos, bem como o falseamento de identidade (arts. 27, § 1º e 28, § 2º, da Resolução TSE nº 23.610/2019).

Quando o meio utilizado para a manifestação na internet forem os grupos contendo número restrito de participantes, criados em aplicativos de mensagens instantâneas como o *WhatsApp*, há um único dispositivo regulamentador, não espelhado na lei, seguindo o viés não intervencionista do TSE, que é o art. 33, § 2º, da Resolução TSE nº 23.610/2019, referindo que eles não se submetem às normas sobre propaganda eleitoral quando utilizados por pessoa natural. Inexiste distinção aparente entre o uso da ferramenta por eleitores ou por *players* eleitorais, de forma a disposição abrangeria a todos os atores do processo eleitoral. Vejamos:

Art. 33. As mensagens eletrônicas enviadas por candidato, partido político ou coligação, por qualquer meio, deverão dispor de mecanismo que permita seu descadastramento pelo destinatário, obrigado o remetente a providenciá-lo no prazo de 48 (quarenta e oito) horas (Lei nº 9.504/1997, art. 57-G, *caput*).

[...]

§ 2º 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 (Lei nº 9.504/1997, art. 57-J). (grifo nosso)

A partir disso, surgem 2 questionamentos: **a)** em redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas, como distinguir a propaganda eleitoral da categoria de manifestações composta por opinião cidadã, manifestação político-democrática espontânea, mensagem de apoio ou crítica veiculada a candidato ou partido político (art. 28, § 6º, da Resolução TSE nº 23.610/2019)? **b)** as mensagens enviadas em grupos restritos de participantes, tais como os do *WhatsApp*, constituem sempre opinião cidadã, manifestação político-democrática espontânea,

mensagem de apoio ou crítica a candidato, nunca propagada eleitoral (art. 33, § 2º, da Resolução TSE nº 23.610/2019)?

Para o desenlace da **primeira questão**, a interpretação literal da Resolução de regência (arts. 27 e 28) poderia nos levar ao raciocínio simplista de que bastaria identificar o sujeito emissor da mensagem para encontrar a resposta, de forma que as manifestações de eleitores/cidadãos veiculadas nas redes sociais ou nos aplicativos de mensagens instantâneas nunca configurariam propaganda eleitoral, gozando de ilimitada liberdade de expressão. Entretanto, esse raciocínio, aplicado para as formas clássicas de propaganda eleitoral, como bem destacado por Rais (2018), não é condizente com a nova lógica inaugurada pelo cenário virtual, no qual a comunicação é ampla e difusa. A **resposta** correta, considerando-se a ausência de um conceito preciso do que deve ser compreendido como propaganda eleitoral, seria então a **análise do caso concreto pela Justiça Eleitoral, avaliando o conteúdo de cada mensagem de forma mais profunda**¹²⁵.

Quanto à resposta à **segunda questão**, novamente iniciamos pela literalidade da Resolução (art. 33). Nessa senda, sobre a utilização de grupos criados em mensageiros como o *WhatsApp*, há hiato legislativo, sendo o art. 33, § 2º, da Resolução TSE nº 23.610/2019 o único vetor existente, fruto da prerrogativa conferida ao TSE no art. 57-J da Lei 9504/1997. A Corte Eleitoral revelou seu intuito de assegurar a liberdade de expressão nos grupos criados em aplicativos de mensagens instantâneas, ressaltando-os da aplicação das normas sobre propaganda eleitoral, o que significa insubmissão às suas limitações. Todavia, **a resposta não é tão simples**, pois já verificamos que a liberdade de expressão, em que pese preferencial, não é um direito absoluto. Buscar solução para essa pergunta **foi justamente o que motivou o ensaio**, cujo escopo se restringe, porém, aos grupos do específico aplicativo *WhatsApp*.

¹²⁵Conforme Rais (2018, p. 48), a lei eleitoral é silente quanto a um conceito preciso para o que deva ser considerado propaganda eleitoral, o que gera injustiças e insegurança jurídica. Apesar disso, o Tribunal Superior Eleitoral houve por bem criar uma distinção entre propaganda eleitoral e manifestações espontâneas de eleitores na internet, a fim de que “[...] não sejam indevidamente submetidas às restrições estabelecidas para a propaganda. [...]”. O art. 23 da Resolução 23.551/2018 “[...] prevê que a propaganda eleitoral na internet pode ser realizada, entre outras formas, por meio de redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de internet assemelhadas cujo conteúdo seja gerado ou editado por (i) candidatos, partidos políticos ou coligações; ou (ii) qualquer pessoa natural, desde que não contrate impulsionamento de conteúdo. [...] No entanto, o § 6º desse dispositivo trouxe inovação ao expressamente excepcionar as manifestações espontâneas de pessoas naturais, ainda que versem sobre matéria político-eleitoral e constituam elogio ou crítica a candidato ou partido político. Com isso, a Justiça Eleitoral deverá avaliar o conteúdo de forma mais profunda, a fim de determinar se se está diante de propaganda eleitoral, com consequente aplicação das regras eleitorais sobre a matéria, ou se, por outro lado, o conteúdo constitui mera manifestação espontânea de pessoa natural identificada ou identificável, hipótese em que não se sujeitará às referidas regras”.

Dito isso, podemos considerar, então, que os grupos do *WhatsApp* nunca veicularão propaganda eleitoral, mas tão somente manifestação de opinião cidadã, identificando-se uma inédita hipótese em que a liberdade de expressão seria considerada direito absoluto de todos os atores do processo eleitoral? Discordamos, formulando proposta que se opõe a essa linha interpretativa.

A partir da revisão bibliográfica sobre o conceito de propaganda eleitoral, bem como sob a perspectiva da possibilidade de abuso do poder econômico e disparidade de armas, defendemos que, dadas as peculiaridades das circunscrições eleitorais municipais, como também a utilização massiva da ferramenta, poderá, no caso concreto, ser comprovada, excepcionalmente, a realização de propaganda eleitoral nos grupos do *WhatsApp*. Nesses casos, há possibilidade de interferência da Justiça Eleitoral no uso da ferramenta, quando verificado que, no contexto da eleição municipal, o exercício da liberdade de expressão ilimitada compromete a legitimidade do pleito, abrindo espaço para o abuso do poder econômico e quebrando a igualdade de chances dos *players* eleitorais.

O exame da atuação restritiva do Poder Judiciário demanda cautela, análise casuística e ponderação de princípios. Como leciona Zilio (2010, p. 272), “[...] tal qual o princípio da liberdade de manifestação e informação, a Carta Política alberga o princípio da isonomia entre candidatos e a legitimidade do pleito”. Diante de eventual colisão, sem eliminar qualquer deles, “[...] incumbe ao julgador ponderar tendo por base diretrizes seguras e objetivas”, dentre as quais considera relevantes a adequação jurídica do pedido, a (ir)reversibilidade fática e jurídica, o grau de impacto do provimento judicial sobre os *players* e sobre o eleitorado e a proximidade do fato narrado em relação ao dia do pleito.

Antes de prosseguir, é preciso deixar claro que o objeto de análise do julgador **não será o conteúdo** da propaganda eleitoral ou da manifestação cidadã, mas sim a forma de utilização da ferramenta, semelhantemente ao *content-neutral* norte-americano (vide nota nº 11), a fim de identificar se há propagação e alcance das mensagens em proporção que justifique a interferência da Justiça Eleitoral na liberdade de expressão que existe nesse ambiente. Assim, em verdade, definir o que é propaganda eleitoral ou manifestação cidadã, não tem utilidade prática para o ensaio. Qualquer uma delas será examinada sob a perspectiva do contexto e do alcance da divulgação, e não do conteúdo. Se comprovado que o alcance das mensagens geradas pelo grupo foram semelhantes ao da propaganda, será possível agir sobre

as atuações do grupo enquanto elas estão acontecendo, controlando-se, por exemplo, limites temporais e manifestações políticas remuneradas. Por outro lado, se não for possível comprovar que há alcance ou contexto semelhante à propaganda, haverá a possibilidade de controle posterior, pela via das ações eleitorais que visem investigar configuração de abuso de poder econômico.

Mesmo assim, não há como escapar de breve análise dos elementos que compõem o conceito doutrinário de propaganda, tais como **propagação, público geral e conhecimento público**, que são imprescindíveis à compreensão de nossa proposta sobre as possibilidades de restrição à liberdade de expressão nos grupos de mensagens do *WhatsApp*. Em que pese inexistente uma definição unívoca sobre propaganda eleitoral na legislação, há convergência dos estudiosos quanto aos núcleos verbais necessários a sua configuração (**divulgar e influenciar**), traduzindo, assim, o emprego de técnicas de **divulgação** (propagar, espalhar, difundir), com o objetivo de **influenciar** pessoas a tomar uma decisão (MUNIZ, 2004; CONEGLIAN, 2016; GOMES, 2019). Sobre a divulgação, Coneglian (2016, p. 40) destaca a necessidade de “publicidade”, ou seja, que ela seja direcionada ao público geral, e não a destinatários específicos ou a poucas pessoas, especialmente nas mensagens do meio digital¹²⁶.

Comentando especificamente as mensagens enviadas em grupos privados, e reportando-se ao elemento publicidade, para Rais (2018), somente haverá propaganda eleitoral quando presente a disponibilização do conteúdo ao **conhecimento geral com acessibilidade irrestrita** à mensagem. Isso significa que, para a mensagem ser considerada propaganda eleitoral, seu conteúdo (I) deve ser levado ao conhecimento geral, e não apenas a um número restrito de pessoas, como também (II) deve poder ser acessado por todas as pessoas, e não apenas pelos destinatários determinados. Logo, para o autor, nos grupos privados de

¹²⁶Examinando a etimologia da palavra propaganda, Muniz (2004) descreve-a como sendo originária do latim *propagare*, referindo-se à prática de propagar, multiplicar (por reprodução ou por geração), estender, difundir. Assim, fazer propaganda significa disseminar ou propagar ideias, crenças, princípios e doutrinas. Gomes (2019) e Coneglian (2016) acrescentam que a propaganda eleitoral envolve procedimentos de comunicação em massa, no sentido de levar a mensagem a conhecimento do público em geral, com o objetivo de obter adesão dos destinatários à ideia, informação ou crença. Logo, a finalidade é influenciar e/ou persuadir pessoas quanto a opiniões ou impressões, as quais conduzem a votar ou não votar em partido político ou candidato. Especificamente sobre o elemento conhecimento público, Coneglian (2016, p. 40) faz sua associação com a expressão publicidade: [...] a primeira análise que, assim, entendo, a Justiça deve fazer é a seguinte: trata-se de publicidade? Uma peça transmitida via internet só pode ser analisada sob a rubrica de ‘propaganda eleitoral’ se dentro dela estiver embutido o elemento ‘publicidade’. Se esse conceito de publicidade não estiver presente, se a mensagem é dirigida a poucas pessoas, determinadas, sem acesso ao público em geral, a peça não pode ser examinada como ‘propaganda eleitoral’.

mensagens, estaria sempre afastada a caracterização de propaganda eleitoral, sendo consideradas manifestações de opinião típicas do debate democrático¹²⁷.

Nesse ponto, não seria correto nem prudente discordar do professor Dr. Diogo Rais (2018), reconhecido como autoridade do Direito Eleitoral Digital. Ao invés disso, se trata de chamar a atenção do leitor para os diversos pontos de sua obra, onde refere ser crucial e fundamental que as condições do caso concreto sejam analisadas a fim de verificar se, de fato, há uma hipótese de veiculação de mensagem que justifique a atuação da Justiça Eleitoral. As formas de interação entre usuários podem ser mais restritas ou mais abertas, e, por isso, as características específicas de cada mensagem ou publicação são essenciais para analisar a possibilidade de interferência da Justiça Eleitoral. No contexto dos aplicativos de troca de mensagens, refere que geralmente há um vínculo prévio entre os remetentes e destinatários, o que é sinalizado pela necessidade de conhecimento prévio do número de celular para iniciar um bate-papo. Observamos que isso é totalmente verdadeiro em condições normais de uso dos grupos de *WhatsApp*, sem considerar os grupos com links públicos e os grupos interligados em forma de rede. Por todas essas razões, é possível compatibilizar as peculiaridades que apresentaremos a seguir aos ensinamentos trazidos pela doutrina, sem que as teses se excluam, mas sim se complementem.

A partir desses conceitos, considerando que é notória a popularização dos grupos de *WhatsApp* e sua utilização para discutir política, bem como, que no contexto brasileiro, a maioria das circunscrições eleitorais municipais são pequenas, sendo compostas por até 11 mil eleitores, propomos que as noções de alcance e de acessibilidade das mensagens no âmbito dos grupos do aplicativo sejam revisitadas e reavaliadas, tendo em conta as peculiaridades do eleitorado que participa das eleições municipais. O tamanho da circunscrição eleitoral, aliado à forma de utilização dos grupos do *WhatsApp*, e à quantidade

¹²⁷ “[...] A análise das características específicas de cada mensagem ou publicação é essencial e possui implicações relevantes em matéria de propaganda eleitoral e, consequentemente, quanto à possibilidade de interferência pela Justiça Eleitoral. Diante disso, ao se analisar um conteúdo, é especialmente importante considerar o contexto da comunicação e o elemento publicidade envolvido na hipótese específica. No caso das mensagens privadas, na grande maioria das vezes o conteúdo é equiparável a uma conversa e não é levado ao conhecimento geral, acessível apenas por destinatários determinados. Mesmo que em alguns casos as mensagens sejam enviadas a um grupo, ainda assim o acesso ao conteúdo será restrito aos respectivos participantes, que muitas vezes é limitado a um número máximo de usuários. Além de se tratar de uma conversa entre pessoas, o alcance restrito das mensagens privadas a um número determinado de pessoas afasta a sua caracterização como propaganda eleitoral. Tais mensagens não se enquadram no conceito de propaganda eleitoral porque a comunicação transita apenas entre particulares determinados, possuindo alcance restrito. Em outras palavras, não se trata de conteúdo disponibilizado ao conhecimento geral, o que constitui requisito imprescindível para sua caracterização como propaganda eleitoral. [...]” (RAIS, 2018, p. 62).

de grupos criados, podem influenciar no alcance das mensagens que vão sendo compartilhadas de grupo em grupo até chegar a conhecimento geral do eleitorado municipal, transformando-se em conteúdo de acesso e alcance irrestritos.

Esses dados de quantitativo de eleitorado talvez não sejam relevantes em âmbito de eleições gerais. Porém, em eleições municipais, como dito, não é difícil criar determinada quantidade de grupos que acabam englobando todos os eleitores da circunscrição. No caso do aplicativo *WhatsApp*, que limita o tamanho dos grupos a 256 participantes¹²⁸, em municípios de até 1000 eleitores, por exemplo, bastaria a criação de 4 grupos no *WhatsApp* para englobar, hipoteticamente, todos os eleitores. E, se pensamos na utilização da funcionalidade do encaminhamento, bastaria criar 1 grupo para difundir mensagens para até 1500 pessoas simultaneamente, pois o aplicativo permite que 1 grupo compartilhe conteúdo para outros 5 destinatários (outros grupos ou contatos individuais) de uma só vez¹²⁹.

Assim, grupos do aplicativo *WhatsApp* permitem, no mundo dos fatos, dada a realidade da maioria das circunscrições eleitorais municipais do Brasil (57,70% delas possuem até 11 mil eleitores¹³⁰), que seu conteúdo tenha alcance geral, formando espécies de redes sociais locais. Munidos de listas de eleitores, que são públicas, os *players* eleitorais podem se articular e se organizar para criar grupos que abranjam efetivamente todos os eleitores de um município. Até que ponto, no caso concreto, esse tipo de conversa em grupos fechados coordenados pode ser considerada de âmbito privado?

Examinando a jurisprudência, percebemos que esses dados de quantitativo de eleitorado não são comumente utilizados pelos julgadores e pelos advogados como argumento ou meio de prova em ações judiciais que envolvem grupos do *WhatsApp*. Trata-se, não obstante, de fonte que pode subsidiar uma análise objetiva acerca do alcance do conteúdo disseminado pelos grupos mensageiros em determinada circunscrição eleitoral.

¹²⁸ *WHATSAPP* eleva lotação máxima de grupos de 100 para 256 pessoas. **G1**, São Paulo: 05 fev. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/02/whatsapp-eleva-lotacao-maxima-de-grupos-de-100-para-256-pessoas.html>. Acesso em: 10 mar. 2020.

¹²⁹ COMO a nova regra do *WhatsApp* afeta grupos? Entenda. Aplicativo limitou o encaminhamento de mensagens a até 5 destinatários por vez. **G1**. São Paulo: 21 jan. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/01/21/como-a-nova-regra-do-whatsapp-afeta-grupos-entenda.ghtml>. Acesso em: 10 mar. 2020.

¹³⁰ Consultando-se o banco de dados do Tribunal Superior Eleitoral, verificou-se que, para as eleições de 2020, haverá 3214 municípios com menos de 11 mil eleitores. Isso corresponde 57,70% dos municípios brasileiros, considerando-se o total de 5570 cidades no país. Vide: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas do eleitorado – Consulta por região/UF/município**. Brasília: TSE, ago. 2020. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/consulta-quantitativo>. Acesso em: 01 ago. 2020.

O propósito da intervenção judicial é forte o suficiente para, na ponderação, ultrapassar a posição preferencial da liberdade de expressão, pois objetiva evitar que os grupos do *WhatsApp* sejam utilizados como arena de propaganda eleitoral ilimitada, ou, mesmo nos casos em que não ficar caracterizado o alcance nos moldes de uma propaganda, que seja observado o caso concreto para evitar o abuso do poder econômico, que prejudica a isonomia entre candidatos e, por via reversa, retira a liberdade de escolha do eleitor. Não é livre a escolha quando o eleitor é exposto, de maneira velada, por meio do massivo bombardeamento de propaganda por parte de quem tem alto poder de investimento. A mesma tecnologia que permite a ampliação do debate político-democrático pode ser utilizada para eventual “[...] inflacionamento artificial político-ideológico” (RAIS e CASTRO, 2018, p. 99), como também para simular comportamentos com o propósito de tornar determinados posicionamentos verdades sociais pela repetição (NEISSER, 2018), indo de encontro à legitimidade das eleições e interferindo inorganicamente, no livre mercado de ideias.

Sendo comprovado que o alcance do(s) grupo(s) do *WhatsApp* é tal que leva a conhecimento geral as mensagens eleitorais, seja por ação de candidato, de partido ou de eleitores, deverá ser aplicado, no que couber, o regramento da propaganda eleitoral e dos limites quantitativos (valores) e qualitativos (fontes) de gastos eleitorais, mas se, e somente se, aliado ao alcance da ferramenta, for verificado, no caso concreto, emprego de recursos financeiros para alimentar o crescimento inorgânico desses grupos, de forma que escapem das possibilidades do “candidato médio”, conforme os pressupostos que examinaremos a seguir.

4 CONFLITO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LEGITIMIDADE DO PLEITO NOS GRUPOS DO *WHATSAPP*: POSSIBILIDADES DE INTERVENÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL NO CONTEXTO DAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS

Como vimos, a disciplina dos grupos do *WhatsApp* resultou da atividade normativa da Corte Eleitoral, que inaugurou no sistema jurídico eleitoral, exclusivamente por meio de Resolução, a possibilidade de sua utilização nas campanhas eleitorais. O intuito do art. 33, § 2º, da Resolução TSE nº 23.610/2019 foi conferir maior autonomia aos atores eleitorais, demonstrando a opção expressa pela liberdade de expressão em lugar do controle rigorosamente detalhado, incorporando a teoria que lhe confere posição preferencial na seara

eleitoral. O art. 38 da Resolução respalda essa conclusão, fixando que “A atuação da Justiça Eleitoral [...] deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático”.

Esse dispositivo protege a liberdade de expressão da **pessoa natural** e faz referência à **consensualidade** no envio das mensagens veiculadas no grupo **restrito de participantes**. Confluindo esses três requisitos, o conteúdo veiculado nesse ambiente não se submeterá aos controles, restrições ou limitações que seriam impostos à propaganda eleitoral. Observe-se que não há referência ao teor das mensagens, de forma que a norma permite, em tese, a veiculação de qualquer tipo de conteúdo. Igualmente, não há distinção quanto ao destinatário da norma. Logo, ela pode ser utilizada por cidadãos/eleitores e por competidores eleitorais.

Por isso, os grupos do *WhatsApp* podem ser considerados meios de comunicação democráticos por excelência, permitindo que qualquer conteúdo seja criado e disponibilizado aos seus membros, desde uma manifestação de um integrante a favor ou contra um candidato, uma postagem encaminhada (veiculada, mas não originada no próprio grupo), uma notícia sobre eleições ou mesmo um material de campanha eleitoral de determinado partido político ou candidato. Tudo isso está protegido pelo campo de incidência do art. 33, § 2º, da Resolução TSE nº 23.610/2019, sem submissão às regras da propaganda eleitoral.

Garantir a livre circulação de ideias à pessoa natural que se manifesta espontaneamente no ambiente dos grupos mensageiros privados, livre do receio de reprimendas, evita o *chilling effect*, fortalece o debate democrático e fomenta o engajamento político permanente dos cidadãos, instrumentalizando a liberdade de expressão, possibilitando que os eleitores interajam e se manifestam constantemente, e não apenas nos períodos próximos às eleições. Ferramentas que estimulem a cultura da participação política são bem-vindas, pois garantem melhoras em nossos índices democráticos (COURA, 2019).

A iniciativa de regulamentação dos grupos do *WhatsApp* para uso nas eleições, portanto, é constitucionalmente adequada, por ser corolário da máxima garantia da liberdade de expressão aos cidadãos nas eleições. Todavia, é preciso atentar para as possibilidades que ela deixou em aberto, pois, quando falamos nesses grupos formados por pessoas naturais, eles podem ter amplo uso e assumir configurações variadas, estando disponíveis tanto para a população que se posiciona e se manifesta espontaneamente, como também para os “jogadores profissionais do jogo democrático” (RAMOS E RAIS, 2018, p. 229).

Com os grupos do *WhatsApp*, a campanha eleitoral pode ser permanente, para quem é ou pretenda ser candidato, pois os atos praticados no ambiente não estão submetidos às regras da propaganda eleitoral (nem limites temporais, nem materiais). Note-se que, da mesma forma que o cidadão utiliza os grupos fechados de mensagens para o exercício de sua liberdade de expressão, traduzida na manifestação de opinião, elogio ou crítica a partido político ou candidato, a ferramenta está disponível também aos *players* eleitorais e seus apoiadores, que podem utilizá-la para aproximar-se do eleitorado de forma semelhante (senão mais eficaz, em razão do contato pessoalizado) aos meios convencionais de propaganda eleitoral.

Basta raciocinar estrategicamente e ir, gradualmente, formando grupos no *WhatsApp*, antes ou durante o período eleitoral. A rede de contatos que agremiação partidária, pré-candidato ou candidato possui servirá de base para a construção de uma espécie de “capital social” angariando nas redes sociais. Nos grupos do *WhatsApp*, poderá haver atuação dos próprios *players* eleitorais, de pessoas contratadas, de apoiadores voluntários ou de cidadãos neutros. A formação de um “capital social digital” voltado à campanha eleitoral, por meio da criação de grupos no *WhatsApp*, é uma possibilidade acessível a todos os competidores, bastando a iniciativa de movimentar-se e de organizar-se para esse desiderato. *Players* eleitorais engajados politicamente nas redes sociais e nos grupos do *WhatsApp* podem organizar campanhas eleitorais sem o emprego de recursos financeiros vultosos, já que o acesso ao aplicativo de mensagens é gratuito e as ferramentas necessárias para viabilizar sua utilização têm custo ínfimo, suportável pelo “candidato médio”¹³¹. Nesse formato, a utilização dos grupos do *WhatsApp* não afetaria a paridade de armas, nem sofreria interferência indevida do poder econômico. Nesse modelo de atuação também é mais difícil a formação de uma quantidade significativa de grupos fechados ao ponto de se equiparar à veiculação de propaganda eleitoral em uma rede social.

Por outro lado, é possível que os competidores eleitorais lancem mão de recursos financeiros para potencializar a campanha eleitoral no ambiente dos grupos do *WhatsApp*. Nessas situações, caberia a intervenção da Justiça Eleitoral, no intuito de preservar a legitimidade do pleito. Assim, sua atuação justificar-se-á em razão do emprego de recursos

¹³¹ Trata-se dos gastos moderados ou razoáveis que qualquer pessoa poderia suportar, conforme TSE, Agr. Reg. no Agravo de Instrumento nº 924 - Várzea Paulista – SP, Rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, 26 jun 2018. Refere o Min. Luís Fux, no seu voto-vista, p. 76: “[...] esses parâmetros devem ser examinados à luz de uma comparação hipotética, mostrando-se toleráveis todas as ações de publicidade que estejam ao alcance das possibilidades do “pré-candidato médio”. Assim, entendem-se lícitas as ações publicitárias não extraordinárias, isto é, aquelas possíveis de ser realizadas pelos demais virtuais concorrentes.”

financeiros potencializando essa estratégia, retirando-lhe a espontaneidade, a adesão por simpatia ou por interesse no debate de ideias. Pessoas podem ser contratadas para formar os grupos, para atuar como influenciadores e formadores de opinião em grupos já existentes, ou atuar como disseminadores, realizando compartilhamentos com outras pessoas ou grupos. Ao fim e ao cabo, os grupos fechados e privados podem estar atuando de forma coordenada, interligada e simultânea, com características semelhantes a uma rede social.

No contexto das eleições municipais, a utilização de grupos privados ou fechados coordenados entre si, formando um espaço semelhante a uma rede social, pode acontecer com relativa facilidade, dada a realidade de 57,70% dos municípios brasileiros, nos quais o conjunto do eleitorado não ultrapassa 11 mil pessoas. A menor circunscrição eleitoral do Brasil encontra-se em Araguainha/MT, com 1001 eleitores¹³². Nesses casos, bastaria a criação de 4 a 43 grupos¹³³ no *WhatsApp* para que todo eleitorado desses pequenos e médios ficasse conectado por uma espécie rede local formada a partir do aplicativo¹³⁴.

Não nos parece ter sido esse o intuito da norma protetiva criada pelo TSE. Assim, considerando que o escopo é o de proteger a liberdade de expressão do cidadão, faz-se necessária uma reflexão sobre a configuração e a forma de utilização desses grupos, para que não prejudiquem a legitimidade do pleito, abrindo margem para o abuso do poder econômico ou a disparidade de armas entre os competidores. Os grupos privados de mensagens do *WhatsApp*, integrados por eleitores/cidadãos, recebem proteção constitucional, espelhada na Resolução, quanto à liberdade de expressão e privacidade, desde que, no caso concreto, não venha a ser provado que o grupo foi criado para finalidades que extrapolam o escopo da norma, como a veiculação de conteúdo destinado à massificação e disseminação, nos mesmos moldes de uma rede social, além daquilo que já foi expressamente rechaçado pelo texto legal (veiculações ofensivas à honra ou inverídicas).

Sustentamos, a partir do exame do quantitativo do eleitorado brasileiro municipal, que a análise dos casos que chegam à Justiça Eleitoral, envolvendo a utilização dos grupos do *WhatsApp* nas campanhas eleitorais, sejam examinados pelo critério da ponderação de valores

¹³²BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas do eleitorado – Consulta por região/UF/município**. Brasília: TSE, ago. 2020. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/consulta-quantitativo>. Acesso em: 01 ago. 2020.

¹³³Considerando a capacidade máxima de integrantes permitidos em cada grupo do Whatsapp, que é de 256 pessoas, 4 grupos poderiam abranger 1024 pessoas e 43 grupos poderiam abranger 11.008 pessoas.

¹³⁴Frise-se, que estamos construindo nossa hipótese considerando um cenário de uso lícito da ferramenta, sem o emprego de automação ou de robôs. Não faz parte do escopo da pesquisa problematizar tais questões.

(liberdade de expressão x normalidade e legitimidade das eleições), e não pela simples subsunção ao art. 33, § 2º, da Resolução TSE nº 23.610/2019. As balizas que conduzirão as etapas do processo de ponderação podem ser extraídas do arcabouço jurisprudencial da própria Corte Eleitoral, uma vez que a reflexão sobre a temática dos grupos do *WhatsApp* já foi iniciada no julgamento dos seguintes Recursos Especiais Eleitorais: **RESPE nº 41492-SE** (Rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, DJE 02 out. 2018), e **RESPE nº 13351-SE** (Rel. Min. Rosa Weber, DJE 15 ago. 2019).

Nesses acórdãos, o TSE sinalizou que os limites da intervenção da Justiça Eleitoral nos grupos do *WhatsApp* relacionam-se mais à forma de utilização e composição do que ao conteúdo veiculado nesse ambiente, similarmente ao *standart* do *content-based* da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Tal constatação surge especialmente da leitura dos votos do Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto contidos nos referidos julgamentos.

No RESP nº 41492, que analisou caso de divulgação de pesquisa eleitoral sem registro em grupo do *WhatsApp*, o relator, Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, chama a atenção para diversas feições que ferramentas como o *WhatsApp* podem apresentar, as quais podem ser de cunho privado ou público. Já no voto-vista proferido no RESP nº 13351, examinando propaganda extemporânea com pedido explícito de voto, ele e o Min. Alexandre de Moraes identificaram que a questão de fundo a ser julgada era a mesma, qual seja, o controle desse ambiente virtual na objetivação do princípio da liberdade de expressão. Assim, foram utilizadas as premissas já estabelecidas no RESP nº 41492, descritas como balizas que poderiam nortear a interpretação de casos semelhantes, no intuito de conferir maior objetividade e segurança jurídica às decisões judiciais que envolvam o uso dessa ferramenta para que não variassem ao sabor da subjetividade.

A relevância da tese do Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto é justamente a concepção decisória maximalista¹³⁵ assumida pelo julgador, que se debruçou com maior profundidade sobre as diversas configurações que os grupos do *WhatsApp* podem assumir,

¹³⁵Silva (2008) esclarece que decisões maximalistas revelam-se na atitude mais ambiciosa do julgador, recorrendo a considerações constitucionais que transcendem o caso individual. O enfrentamento de questões controvertidas na sociedade objetiva delinear *standards* de orientação para casos semelhantes no futuro, possuindo, assim, amplos efeitos prospectivos. Votos ou decisões desses magistrados posicionam-se sobre como serão decididas outras questões no futuro (relacionadas ou não com o caso), exercendo, assim, orientação e apelo persuasivo sobre a atuação dos demais poderes. “O seu discurso é, em regra, abstrato, permeado por considerações axiológicas, preocupado com o futuro e também amplo, no sentido de abordar outros temas ou questões que não seriam indispensáveis para a solução do caso sob exame” (SILVA, 2008, p. 3324).

sem limitar-se aos casos individuais examinados nos precedentes citados. Dentre as várias características e peculiaridades que o caso concreto poderá apresentar, o Ministro estabeleceu alguns que sempre deveriam ser sindicados nos casos que envolvem os grupos do *WhatsApp*. Decisões maximalistas contribuem para o fortalecimento da liberdade de expressão, na medida em que contribuem para criar parâmetros aptos a orientar o intérprete judicial, imprimindo maior racionalização no processo decisório, construindo-se um aparato teórico para orientar o magistrado, transcendendo os dilemas dos casos individuais (TERRA, 2016). A liberdade de expressão sai fortalecida nessa equação, o que não significa que ela sempre deva prevalecer, mas uma visão mais abrangente evita que o seu comprometimento em múltiplas ocasiões isoladas e variantes resultasse no seu enfraquecimento em larga escala.

Partindo desse marco teórico, o hermenauta deverá conferir maior enfoque para o formato, a configuração e as finalidades dos grupos mensageiros, a fim de perquirir se o ambiente deverá ou não se sujeitar às regras eleitorais sobre propaganda. Ou, ainda, se é caso de investigação acerca de eventual abuso de poder econômico, em razão da fonte financiadora e do montante dos investimentos empregados na sua formatação, manutenção e utilização. A cláusula geral que guia a atuação dos eleitores é a da liberdade de expressão e de manifestação nos grupos privados de *WhatsApp*, sem submissão ao normativo da propaganda eleitoral. A Justiça Eleitoral somente intervirá mediante provocação, avaliando, se ocorreu, em cada caso concreto, um legítimo exercício do direito de manifestação, ou se, por outro lado, a informação foi veiculada com o objetivo de interferir no comportamento do eleitorado, se teve a aptidão para levar ao conhecimento público os conteúdos veiculados e, assim, desvirtuar a legitimidade e o equilíbrio do processo eleitoral.

Seguindo a tese inaugurada nos citados precedentes do TSE, a atividade de ponderação de valores poderá amparar-se nos seguintes “elementos ou sintomas denunciadores” para avaliar se o grupo do *WhatsApp* extrapolou a esfera particular: 1) uso institucional ou comercial da ferramenta; 2) propensão ao alastramento de informações; 3) interesses e número de participantes do grupo; 4) finalidade, nível de organização e/ou institucionalização da ferramenta; 5) características dos participantes e, principalmente, do criador ou administrador do grupo, uma vez que o grau de liderança ou a atuação como formador de opinião, aumenta a potencialidade de a informação atingir um público

diversificado¹³⁶. No estudo sustentamos que o quantitativo do eleitorado das circunscrições eleitorais municipais seja agregado aos critérios já desenhados pelo TSE, tanto para a análise da configuração ou não de verdadeira propaganda eleitoral no contexto dos grupos privados do *WhatsApp*, quanto para a avaliação da influência da atuação desses grupos em determinado município, para fins da caracterização de eventual abuso de poder econômico.

Como vimos, doutrina e jurisprudência adotam, quanto à liberdade de expressão, a *preferred position doctrine*. Considerando que se trata de direito, garantia e valor constitucional que goza de posição preferencial na seara eleitoral, somente mediante robusto arcabouço probatório que demonstre prejuízo à isonomia e/ou abuso de poder econômico, é que, no caso concreto envolvendo grupos do *WhatsApp*, poderá a liberdade de expressão, após percorridas as etapas da ponderação, ser limitada, em prol da salvaguarda da legitimidade das eleições. Não defendemos a restrição do debate democrático de eleitores, nem advogamos em desfavor da posição preferencial da liberdade de expressão nos grupos privados do *WhatsApp*. Considerando que não há liberdades ou garantias absolutas no ordenamento jurídico brasileiro, a proposta é apontar uma via interpretativa que concilie tais postulados com os da legitimidade e normalidade do pleito, visto que a realização de eleições imunes de vícios ou irregularidades é aspiração de toda coletividade, a quem são asseguradas a concretização da verdade real eleitoral e, da mesma sorte, a atuação da Justiça Eleitoral para garantir que o exercício do voto seja uma obra consciente e livre da manifestação individual (ZILIO, 2010).

Daí surge a importância de fixar premissas que possam guiar o aplicador da lei na avaliação dos casos concretos que envolvem manifestações políticas em grupos do *WhatsApp*. A um, para que as decisões não variem ao sabor da subjetividade. A dois, para que os usuários, sejam eles cidadãos ou *players* eleitorais, tenham segurança quanto aos usos proibidos e permitidos da ferramenta. A três, para que a regulamentação genérica não abra margem para atuação abusiva, que pode afetar a legitimidade do pleito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹³⁶Os critérios constam no TSE, RESPE nº 41492-SE, Rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, julgado em 06/3/2018, p. 02 (ementa) e p. 16 (voto do relator), como também no TSE, RESPE nº 13351-SE, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 07/5/2019, p. 38 (voto-vista do Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto). A tese e os requisitos balizadores para análise dos casos que envolvem conflitos relacionados aos grupos privados ou restritos de mensagens são de autoria pelo Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, vindo a tona no julgado de 2018, sendo novamente explicitados no acórdão de 2019.

Verificamos, ao longo do ensaio, que a liberdade de expressão é um consectário, um fundamento e um instrumento do regime democrático, gozando de posição preferencial na seara eleitoral. Isso significa que deverá ser assegurada na maior medida possível, com interferência mínima da Justiça Eleitoral no debate político-democrático, admitindo, todavia, limitações e restrições, uma vez que não se trata de direito absoluto. Faz-se necessária, no Estado Democrático de Direito, sua convivência harmoniosa com a legitimidade das eleições.

Por esse motivo, o estudo verticalizado da complexidade que a atuação e a configuração dos grupos do *WhatsApp* podem assumir, quando utilizados como meio de realização do debate político-democrático que acontece nas circunscrições eleitorais municipais brasileiras, traz à baila a necessidade da interpretação sistêmica da norma regulamentadora inscrita na Resolução TSE nº 23.610/2019, bem como de avaliação casuística, por meio da técnica de ponderação de valores constitucionais, a fim de que o texto do art. 33, § 2º, que, em princípio, descreve a ferramenta como campo imune às regras da propaganda eleitoral, não abra margem para usos abusivos que afetam a legitimidade das eleições. Defendemos que a fórmula apriorística trazida pela Resolução deve ser festejada, por ser corolário da máxima garantia da liberdade de expressão nas eleições, mas que deve suportar temperamentos de acordo os caracteres trazidos pela análise do caso concreto, utilizando-se critérios objetivos de ponderação para aquilatar os valores que estão em jogo, oferecendo maior segurança jurídica. Assim, longe de esgotar os debates em torno dessa ferramenta, propomos uma reflexão inicial sobre os critérios empregados como balizas interpretativas a guiar a ponderação, chamando atenção para as peculiaridades das circunscrições eleitorais municipais.

A aplicação das balizas da propaganda eleitoral, no que for cabível, bem como a análise dos limites quantitativos e qualitativos de gastos de campanha aplicada aos investimentos com a disseminação dos grupos do *WhatsApp* é medida salutar para evitar distorções com potencial de influenciar no exercício da própria liberdade de expressão dos cidadãos em sua dimensão coletiva. Isso porque os *players* eleitorais com maior poder econômico podem conquistar mais espaço nesse meio de comunicação, proporcionalmente ao seu poder de investimento para contratação de pessoas para criar e disseminar conteúdos nos grupos e, ainda que a adesão ou participação seja guiada pela autonomia da vontade, é possível a criação de redes locais englobando a totalidade dos eleitores dos pequenos e

médios municípios, que, interligados pela cadeia de grupos e de compartilhamentos, trabalham de forma articulada e organizada, promovendo debates profissionalizados e artificiais, para fazer valer a opinião do administrador da rede ou do financiador, interferindo inorganicamente no livre mercado de ideias e no acesso à diversidade de propostas políticas.

Dessa forma, havendo colisão da liberdade de expressão com outros valores constitucionais importantes para a democracia, necessário o sopesamento dos direitos confrontados. Verificando-se que, no exame casuístico, o exercício da liberdade de expressão nos grupos do *WhatsApp* deu vazão à interferência do poder econômico e à quebra da isonomia entre os competidores, é necessária a intervenção da Justiça Eleitoral para garantir a legitimidade do pleito. A excepcionalidade dessa ingerência sobre os grupos do *WhatsApp* submete o julgador necessariamente às etapas e balizas do processo de ponderação, conforme proposto na tese do Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto nos precedentes do TSE (RESPs nº 41492 e nº 13351), identificando-se, na dilação probatória, se existem sintomas denunciadores de que o grupo do *WhatsApp* comporta-se de forma a extrapolar os limites da esfera particular. Nesse sentido, devem ser examinados o modo de atuação, a finalidade, as características e vínculos dos participantes, o grau de liderança do administrador, as eventuais fontes financiadoras e a propensão de alastramento sobre o eleitorado local, de acordo com a configuração ou arquitetura assumida pelo(s) grupo(s) e quantitativo do eleitorado envolvido no pleito do município sobre o qual a ferramenta atua.

O acesso aos grupos do *WhatsApp* normalmente é pautado pela autonomia da vontade: aderir e participar está no âmbito de escolha de cada indivíduo. Ocorre que a criação massiva de grupos, especialmente no contexto dos pequenos e médios municípios que realizam eleições municipais, faz chegar ao eleitor conteúdos que nem sempre ele escolheu recepcionar, deixando clara a potencialidade de penetração desse mecanismo nas eleições. Assim, nem toda a restrição à liberdade de expressão, seja pela imposição das regras de propaganda eleitoral, seja pelo controle dos gastos eleitorais utilizados para organizar a campanha nessa plataforma, será incompatível ou prejudicial à democracia, podendo, no caso desses grupos, preservar acesso à informação genuinamente livre da coletividade.

Sem desconhecer os desafios impostos às eleições da era digital pela veiculação de conteúdo inverídico e desinformativo nos grupos do *WhatsApp*, bem como pela atuação dos *boots*, nossa proposta traz ao cenário outro espectro de reflexão importante, que são os tipos

de arranjos que os grupos podem assumir como forma de interferência da legitimidade do pleito, aspecto que também merece atenção do hermenêuta, a fim de rechaçar o arbítrio do poder econômico, a disparidade de armas e a massificação do debate. Os limites propostos são os mesmos que regem a propaganda eleitoral na internet, no que for aplicável, ou, no mínimo, a fiscalização sobre o volume e a origem do financiamento do meio, preservando-se a liberdade de expressão na maior medida possível.

Trouxemos subsídios para que se construam decisões que levem em consideração as peculiaridades que cada grupo ou conjunto de grupos pode assumir nos municípios, com vistas ao quantitativo do eleitorado envolvido, para que o intérprete avalie se as provas carreadas aos autos indicam afetações à legitimidade das eleições. Esse movimento contribuirá para aprimorar o texto das próximas resoluções, prevendo, quiça, normas que explicitem com maior clareza as diversas configurações que a ferramenta pode assumir, de forma a não causar a falsa impressão de que os grupos terão liberdade de expressão absoluta, irrestrita e indelével.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, Jan. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>. Acesso em: 15 nov 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815 Distrito Federal**. Relatora Min. Cármen Lúcia, 10 jun. 2015, Diário de justiça eletrônico nº 18, 01 fev. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 924 - Várzea Paulista - SP**. Relator: Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, 26 jun. 2018, Diário de Justiça Eletrônico, 22 ago. 2018. Eleições 2016. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 13351 – Itabaianinha/SE**. Relatora Min. Rosa Weber, 07 maio 2019, Diário de justiça eletrônico, Tomo 157, 15 ago. 2019, página 51/52. Eleições 2016. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/>. Acesso em: 09 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 41492 - Rosário do Catete - SE**. Relator Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, 06 mar. 2018, Diário de justiça eletrônico, Tomo 197, data 02 out. 2018, página 9-10. Eleições 2016. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/>. Acesso em: 09 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução TSE nº 23.551, de 18 de dezembro de 2017 e Resolução TSE nº 23.610, de 18 de dezembro de 2019**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao>. Acesso em: 01 fev. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. A Sociedade em Rede. Volume 1. Tradução de Roneide Venancio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie***. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

CONEGLIAN, Olivar. **Propaganda Eleitoral**. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

COURA, Alexandre Basílio. Apresentação. In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sistematização das normas eleitorais: eixo III: propaganda eleitoral e temas correlatos**. Brasília: TSE, 2019, p. 11-19, Coleção Sistematização das Normas Eleitorais - SNE. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/sne/arquivos/aceessivel/tse-sne-eixo-tematico-iii-propaganda-eleitoral-e-temas-correlatos>. Acesso: em 17 fev. 2020.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FAVERO, Sabrina. Liberdade de expressão e o efeito resfriador das indenizações por dano moral. **Revista do CEJUR/TJSC**, Florianópolis, v. 6, n. 1, p. 67-100, dez. 2018. Disponível em: <https://cejur.emnuvens.com.br/cejur/article/view/308>. Acesso em: 25 jan. 2020.

FISS, Owen. **Libertad de expresión y estructura social**. Coyoacán: Fontamara, 1997.

FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Trad. e Prefácio de Gustavo Binembojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de Freitas. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas do Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GILLET, Sérgio Augusto da Costa e MACEDO, Elaine Harzheim Macedo. Propagação de fake news e propaganda eleitoral: efeitos do déficit de juridicidade pelo Tribunal Superior Eleitoral sobre aplicativos de mensagens. **Revista do TRE-RS**, Porto Alegre, ano 24, n. 47, p. 17-48, julh./dez. 2019. Disponível em: https://ava.tre-rs.jus.br/ejers/pluginfile.php/3718/mod_resource/content/1/Revista%20do%20TRE-RS%2047.pdf. Acesso em: 06 fev. 2020.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2019.

INSTITUTO DATAFOLHA. **Redes Sociais**. São Paulo: Instituto Datafolha, 18 jul. 2019. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2019/07/18/rb64b24fcbe31bb6462777e8ac110d3cfrs.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2020.

MUNIZ, Eloá. Publicidade e propaganda: origens históricas. **Cadernos Universitários: Introdução à Publicidade e Propaganda**, Ulbra, Canoas, v. 1, n. 148, p. 51 - 63, 2004. Disponível em: <https://www.eloamuniz.com.br/arquivos/1188171156.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020.

NEISSER, Fernando; BERNARDELLI, Paula; MACHADO, Raquel. A mentira no ambiente digital: impactos eleitorais e possibilidades de controle. In: FUX, Luiz, PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande, AGRA, Walber de Moura (coord.). **Tratado de Direito Eleitoral. Propaganda Eleitoral**. Tomo 4. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 52-70.

OSORIO, Aline. **Direito Eleitoral e liberdade de expressão**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

RAIS, Diogo (org.). **Direito Eleitoral Digital**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

RAIS, Diogo; L. N. CASTRO. A comunicação política em tempos de *big data* e inteligência artificial: a campanha digital de *Donald Trump* e o futuro do marketing eleitoral brasileiro. In: FUX, Luiz, PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande, AGRA, Walber de Moura (coord.). **Tratado de Direito Eleitoral. Propaganda Eleitoral**. Tomo 4. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 89-105.

RAMOS, Luciana de Oliveira; RAIS, Diogo. A liberdade de expressão e o controle sobre o conteúdo da propaganda eleitoral: uma perspectiva comparada. In: FUX, Luiz, PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande, AGRA, Walber de Moura (coord.); **Tratado de Direito Eleitoral. Propaganda Eleitoral**. Tomo 4. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 219-230.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. **Anais eletrônicos**. XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. 19, 20 e 21 de junho de 2008 – Salvador/BA. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/Integra.pdf>. Acesso em 01 jul 2020.

TERRA, Felipe Mendonça. **Campanhas políticas, liberdade de expressão e democracia: análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TERRA, Felipe Mendonça. **Razão ou sensibilidade? Decidindo casos sobre liberdade de expressão: lições do cenário norte-americano**. Revista Universitas JUS, Brasília, v. 27, n. 1, p. 164-186, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/jus/article/view/3551>. Acesso em 11 jun. 2020.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América: Leis e Costumes**. Livro I. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.