

A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA CHAPA MAJORITÁRIA E O DIREITO CONSTITUCIONAL DE AÇÃO

FLEXIBILIZATION OF THE PRINCIPLE OF INDIVISIBILITY OF THE MAJORITARIAN TICKET AND THE CONSTITUTIONAL RIGHT OF ACTION

FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD DE LA PROPOSICIÓN MAYORITARIA Y DEL DERECHO DE ACCIÓN CONSTITUCIONAL

GOMES, Danny Fabrício Cabral¹

RESUMO: O presente artigo propõe a flexibilização da Súmula 38 do Tribunal Superior Eleitoral para o fim de que candidatos possam promover ações judiciais eleitorais contra membros da mesma chapa. O tema exige um aprofundamento teórico, na medida em que a doutrina especializada ainda é escassa e a jurisprudência começou a ser recentemente flexibilizada pelo TSE. O presente artigo pretende explorar a temática, demonstrando as causas de necessidade da flexibilização em caso de abuso econômico ou político e o respeito a garantias constitucionais e ao Princípio da Lisura das Eleições, de forma a fortalecer a democracia e garantir o cumprimento da vontade popular.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio, Indivisibilidade, Chapa, Senado.

ABSTRACT: This article proposes the flexibility of Precedent 38 of the Superior Electoral Court so that candidates can promote electoral lawsuits against member of the same ticket. The theme requires a theoretical deepening, as the specialized doctrine is still scarce, and the jurisprudence has recently started to be relaxed by the TSE. This article intends to explore the theme, demonstrating the causes of the need for flexibility in the event of economic or political abuse and the respect for constitutional guarantees and the Principle of Fair Elections, in order to strengthen democracy and guarantee the fulfillment of the popular will.

KEYWORDS: Principle, Indivisibility, Ticket, Senate.

RESUMEN: Este artículo propone una flexibilización del Precedente 38 del Tribunal Superior Electoral para que los candidatos puedan interponer demandas electorales contra los miembros de una misma candidatura. El tema requiere mayor estudio teórico, ya que la doctrina especializada aún es escasa y la jurisprudencia ha comenzado a ser

¹ Advogado. Mestre em Direito (Universitat de Girona); MBA Essenciais (LSE – The London School of Economics and Political Science); MBA em Direito Empresarial (Fundação Getúlio Vargas – FGV); Pós-graduado em Direito Eleitoral (Faculdade Insted); Falência e Recuperação Judicial (PUC – PR); e Arbitragem (CFOAB), com cursos de extensão em: negociação (Harvard Law School); empreendedorismo (Harvard Business School); recuperação judicial (Insper e Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne); e compliance (Fordhan University Law School). Foi Secretário da Comissão do Conselho Federal da OAB para o novo Código Comercial e membro do comitê de *International Franchising* da IBA – International Bar Association.

flexibilizada recientemente por el TSE. Este artículo pretende profundizar en el tema, demostrando las razones por las cuales es necesario flexibilizarlo en caso de abuso económico o político y respetar las garantías constitucionales y el Principio de Elecciones Justas, para fortalecer la democracia y garantizar el cumplimiento de la voluntad popular.

PALABRAS CLAVE: Principio, Indivisibilidad, lista electoral, Senado.

Introdução

O presente artigo propõe-se a examinar a mitigação do Princípio da Indivisibilidade da Chapa, em especial nos certames envolvendo vagas ao Senado Federal, revisando a legislação eleitoral, disposições constitucionais e a jurisprudência emanada do Tribunal Superior Eleitoral.

O primeiro tópico destina-se a reexaminar brevemente as hipóteses de configuração de abuso de poder político ou econômico perpetrado contra membros da própria chapa e a ofensa ao Princípio da Lisura nas eleições. O segundo tópico analisa o Princípio da Indivisibilidade da Chapa Eleitoral e o terceiro tópico defende a possibilidade de judicialização de demanda perante a Justiça Eleitoral contra membros da mesma chapa política, e como consequência, admite a flexibilização da Súmula 38 do TSE.

Ao final, serão feitas algumas reflexões, a título de conclusão, sobre os aspectos práticos, evidenciando-se a necessidade de se conferir um tratamento teórico mais flexível e adequado da matéria, em especial, quando um dos membros da chapa eleitoral é prejudicado pela ação ou omissão de outro membro que configura abuso de poder político e ou econômico em detrimento da própria chapa. Assim, o artigo pretende fazer algumas contribuições para uma melhor compreensão da matéria, tendo em vista a escassa doutrina sobre a temática.

1 – A configuração do abuso de poder político ou econômico contra a própria chapa eleitoral e a ofensa ao princípio da lisura nas eleições

O abuso de poder político e/ou econômico pode ocorrer quando, por exemplo, um diretor partidário, ou membro de executiva nacional, estadual ou

municipal com inegável poder decisório, se utiliza de sua condição hierárquica temporária para obter ou fornecer vantagem a outrem em detrimento da performance eleitoral de seu próprio grupo, ofendendo o Princípio da Lisura das Eleições.

Incontáveis são as hipóteses ensejadoras de abuso de poder político e/ou econômico que podem ser perpetradas por um membro de uma chapa, na qualidade de diretor partidário, para sabotar a sua própria eleição, dentre as quais, exemplificada(mente): (i) ameaça aos componentes da chapa; (ii) violação da boa-fé; (iii) propaganda eleitoral viciada com sua conivência expressa; (iv) desrespeito aos direitos fundamentais de primeira dimensão vinculados à liberdade (direitos políticos); (v) lesão ao sufrágio sob o prisma da legitimidade; e (vi) lesão ao direito do eleitor em sua cidadania afetando uma característica do direito de personalidade².

Gomes defende que o abuso de poder econômico deve ser compreendido “como a concretização de ações que denotem mau uso de situações jurídicas ou direitos e, pois, de recursos patrimoniais detidos, controlados ou disponibilizados ao agente. Essas ações não são razoáveis nem normais à vista do contexto em que ocorrem, revelando a existência de exorbitância, desbordamento ou excesso no exercício dos respectivos direitos e no emprego de recursos”³.

A jurisprudência eleitoral admite punição de dirigente partidário em caso de abuso como o ora narrado⁴, entretanto, o engenho humano para o abuso e

² “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - A soberania;

II - A cidadania;”

³ GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 366.

⁴ AÇÃO DECLARATÓRIA DE JUSTA CAUSA – DECADÊNCIA – INOCORRÊNCIA – DISCRIMINAÇÃO PESSOAL – OFENSAS PESSOAIS PROFERIDAS EM REUNIÃO DO PARTIDO – AMEAÇAS DE EXPULSÃO – ALIJAMENTO DO DIREITO À PROPAGANDA POLÍTICO ELEITORAL – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE – Tendo em vista inexistir norma específica fixando prazo para a Ação Declaratória de Justa Causa por grave discriminação pessoal; 2- a existência de vários fatos alegados pelo autor, indicando que as condutas discriminatórias teriam perdurado durante toda a campanha eleitoral; 3- o prazo razoável utilizado pelo autor para o manejo da ação; 4- bem como o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CRFB/88), erigido à categoria de direitos fundamentais do cidadão, é de se rechaçar a preliminar de decadência. - As graves ofensas

crime não tem limites, de forma com que o abuso possa ocorrer sutilmente sutil ou até mesmo subliminar, na hipótese de propaganda eleitoral irregular, onde, de acordo com as ações e/ou omissões do diretor partidário a performance de sua própria chapa é prejudicada no certamente eleitoral em benefício da concorrência. Em casos assim, a jurisprudência do TSE é rigorosa, vislumbrando a existência de mensagem explícita de forma contextual, ainda que não verbalizada (AgReg 1087, Rel. Min. Jorge Mussi, J. 01/03/2018).

Nesse exemplo, o ato ou o descuido proposital do dirigente partidário feriria o Princípio da Boa-fé Objetiva e induziria a erro a comunidade de eleitores na fase de campanha eleitoral, havendo claro uso indevido dos meios de comunicação e prejuízo para a sua própria chapa.

Vale lembrar que historicamente a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral considerou que "*constitui ato de propaganda eleitoral aquele que levar ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, a ação política ou as razões que levem a inferir que o beneficiário seja o mais apto para a função pública*" (AgResp n.º 26721, Acórdão de 24/09/2009).

A jurisprudência do TSE⁵ é no sentido de que a culpa *in vigilando* ou *in eligendo* do agente é *re in ipsa*, sendo que em sede de ação de investigação judicial eleitoral não é necessário atribuir ao réu a prática de uma conduta ilegal, sendo suficiente, para a procedência da ação, o mero benefício eleitoral

personais desferidas pelo Presidente do partido contra o autor, bem como a ameaça de expulsão da agremiação partidária feita pelo dirigente regional do partido, aliado ao fato de o autor ter ficado alijado do direito à propaganda político-eleitoral durante às eleições, revelam fatos objetivos caracterizadores de grave discriminação pessoal - Ação julgada procedente. (TREPA – PET 2850-82.2010.6.14.0000 – (24.309) – Rel^a Juíza Ezilda Pastana Mutran – DJe 21.09.2011 – p. 2)

⁵ Ac.-TSE, de 1º.8.2017, no AgR-RO nº 98090: "Configura abuso do poder econômico a utilização de recursos patrimoniais em excesso, públicos ou privados, sob poder ou gestão do candidato, em seu benefício eleitoral".

Ac.-TSE, de 17.12.2014, no REspe nº 63070; de 11.3.2014, no AgR-REspe nº 34915 e, de 10.5.2012, no REspe nº 470968: o uso indevido dos meios de comunicação social caracteriza-se pela exposição desproporcional de um candidato em detrimento de outros.

angariado com o ato abusivo, assim como a demonstração da provável influência do ilícito no resultado do pleito⁶.

Não agindo o candidato de forma legal e democrática, deve, portanto, ser punido, como ensinam Mendes e Branco:

Numa democracia em funcionamento e desenvolvimento plenos, afigura-se fundamental que se assegure a democracia interna dos partidos. [...]

A autonomia organizatória não há de realizar-se com o sacrifício de referenciais democráticos. a função de mediação e de formação da vontade impõe que o partido assegure plena participação a seus membros nos processos decisórios. Não poderá o partido adotar, em nome da autonomia e da liberdade de organização, princípios que se revelem afrontosos à ideia de democracia⁷, ou, como observa Canotilho, a *democracia de partidos* postula a *democracia no partido*. [...]

Considera-se, também que os atos partidários que importem lesão a direito subjetivo não estão excluídos da apreciação pelo Judiciário, não havendo cogitar de violação à autonomia constitucional dos partidos em razão de ato de prestação jurisdicional⁸.

Nesse sentido, não se pode deixar de considerar que os partidos políticos, como um tipo especial de associação privada, conforme André Rufino do Vale, têm sua autonomia limitada pelos direitos fundamentais de seus membros. A relevante função pública exercida pelo partido político impõe a sua submissão aos princípios constitucionais,

⁶ RECURSO ORDINÁRIO – ELEIÇÃO 2006 – DEPUTADO FEDERAL – USO INDEVIDO DE MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL – CARACTERIZAÇÃO – POTENCIALIDADE DA CONDUTA – PROVIMENTO – 1. Publicações em jornais locais: não demonstrado o tratamento privilegiado ou o suposto benefício decorrente de publicações escritas, as matérias impugnadas não são suficientes ao alegado desequilíbrio do pleito. 2. Reprime-se o uso indevido dos meios de comunicação social e o abuso de poder quando o candidato manifesta-se sobre sua candidatura, em entrevista concedida a emissora (de rádio ou TV). Precedente: de 16.184, Rel. e. Min. Eduardo Alckmin, DJ de 30.06.2000. [...] “Em sede de ação de investigação judicial eleitoral não é necessário atribuir ao réu a prática de uma conduta ilegal, sendo suficiente, para a procedência da ação, o mero benefício eleitoral angariado com o ato abusivo, assim como a demonstração da provável influência do ilícito no resultado do pleito” (RO nº 1.350, Rel. e. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 20.04.2007). *In casu*, mostra-se desnecessário um liame preciso e indene de dúvidas entre o recorrido e os meios de comunicação social para configuração do alegado uso indevido dos meios de comunicação social, especialmente porque a imagem do candidato foi veiculada mediante TV, de modo intenso no período que antecedeu ao certame, tornando-se notória a prática, até mesmo para o candidato ora recorrido. Prevalece, portanto, a culpa *in re ipsa*. 6. Recurso ordinário provido para declarar a inelegibilidade do recorrido pelo período de três anos, contados a partir das eleições de 2006. (TSE – RO 1.537 – Rel. Min. Felix Fischer – DJe 29.08.2008).

⁷ Cf. José Eleares Marques Teixeira, *Democracia nos partidos*, in Boletim Científico, Escola Superior do Ministério Público da União, n. 8, p. 83 (96), jul./set. 2003.

⁸ Cf. Recurso Especial TSE n. 13.750, rel., Min. José Eduardo Rangel de Alckmin, julgado e publicado em sessão de 12-11-1996.

especialmente às normas que asseguram direitos e garantias fundamentais.⁹

Outra conduta relativamente comum é a sabotagem, quando o agente colabora para que terceiros divulguem fatos eleitorais inverídicos contra a sua própria chapa, como por exemplo, quando permite a confecção de santinhos dos candidatos a deputados, vinculando tal material de propaganda eleitoral a candidatos ao Senado Federal de outros partidos políticos, traindo sua própria chapa eleitoral e conspurcando o pleito.

Tal atitude configura desobediência ao disposto no art. 323 do Código Eleitoral, que assevera ser crime, divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos, e capazes de exercerem influência perante o eleitorado, sem falar que é ato de infidelidade partidária quando a lei exige a fidelidade.

A representação por propaganda irregular nesse caso, deve ser instruída com documentos comprobatórios, na forma prevista no art. 101 da Resolução nº 23.551/2017 do Tribunal Superior Eleitoral.

Essa espécie de fraude eleitoral, como espécie do gênero abuso de poder, pode ser apurada em ação de investigação judicial eleitoral, como já entendeu o Tribunal Superior Eleitoral (Ac.-TSE, de 2.8.2016, no REspe nº 63184).

Assim, os atos perpetrados pelo agente em prejuízo de sua própria chapa eleitoral também ofendem o disposto nos arts. 14, §§ 9º e 10º, da CF; 1º, I, "e", '5'; 19; e 22, XIV, da Lei Complementar 64/1990; bem como o art. 74, da Lei 9.504/1997; e decretarão, forçosamente, a sua inelegibilidade, preservando-se os demais componentes da chapa O princípio da indivisibilidade da chapa.

2 – O princípio da indivisibilidade da chapa

O Princípio da Unicidade e Indivisibilidade das Chapas, cognominado também de Princípio da Irregistrabilidade da Chapa Incompleta ou

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 670-671.

Insuficientemente Formada ostenta status constitucional, de acordo com o asseverado nos arts. 28, *caput*, e 77, § 1º, da Carta da República, sendo que a jurisprudência eleitoral se consolidou de forma monolítica praticamente não admitindo exceções à regra.

Tanto o referido é verdade, que o Tribunal Superior Eleitoral – TSE editou a Súmula 38, cujo texto é o seguinte: “*Súmula 38 - Nas ações que visem à cassação de registro, diploma ou mandato, há litisconsórcio passivo necessário entre o titular e o respectivo vice da chapa majoritária*”.¹⁰

Entretanto, recentemente o Tribunal Superior Eleitoral flexibilizou seu entendimento em hipóteses onde um dos componentes da chapa não foi responsável por ação ou omissão pelo delito eleitoral, não se beneficiando diretamente do prejuízo causado por outro membro da chapa, que deve sim ter cassado seu registro, diploma ou mandato, preservando-se assim a vontade popular consagrada no pleito eleitoral e preservando a eleição dos membros inocentes.

Mas o que fazer quando um dos membros da chapa perpetra abuso de poder político e econômico contra a própria chapa, sabotando a sua performance eleitoral? Certamente deve ser conferido aos demais membros da chapa a possibilidade de processar o membro ofensor em todas as esferas do Direito, devendo ser afastada na hipótese a necessidade de litisconsórcio passivo necessário prevista na Súmula 38 do TSE por uma razão muito simples: **nessa conjectura, os membros da mesma chapa tornaram-se adversários eleitorais**. Com efeito, não são mais confrades ou companheiros de partido, mas sim antagonistas processuais, devendo ser permitido aos membros prejudicados processar civil, criminal e também eleitoralmente o agente ofensor.

¹⁰ Referências: Ac.-TSE, de 6.6.2013, no AgR-REspe nº 784884; Ac.-TSE, de 1º.7.2011, no AgR-REspe nº 955944296; Ac.-TSE, de 17.5.2011, no AgR-AI nº 254928. Ministro DIAS TOFFOLI, presidente e relator – Ministro GILMAR MENDES – Ministro LUIZ FUX – Ministro HERMAN BENJAMIN – Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO – Ministro HENRIQUE NEVES DA SILVA – Ministra LUCIANA LÓSSIO. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-tse-no-38>>. Acesso em 31/03/2020.

O abuso de poder político (conduta irregular praticada no exercício de *munus* público) e o abuso de poder econômico (emprego de recursos financeiros com o fim de causar, de modo indevido, desequilíbrio de chances no pleito) ou uso irregular de meio de comunicação social, perpetrados contra a própria chapa eleitoral, pode, na hipótese de eleição da chapa, ser causa de cassação do agente abusivo, **desde que sua conduta não tenha contribuído para a eleição da chapa.**

Assim, possuem os membros prejudicados legitimidade e interesse processual para processar o membro ofensor, ingressando, na hipótese de o malfeito ter ocorrido antes do pleito, com a competente Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), prevista no *caput* do art. 22 da LC 64/1990.

Ademais, assevera o art. 20 da Lei Complementar nº 64/1990 que têm os membros inocentes da chapa legitimidade para denunciar os culpados e o art. 21 do mesmo diploma legal que a apuração deve ser realizada pelo Corregedor-Geral Eleitoral e correr pelo rito sumaríssimo¹¹.

Por sua vez, dispõem os arts. 1º e 4º da Lei 9096/1995, respectivamente que “o partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal”; e “os filiados de um partido político têm iguais direitos e deveres”.

Assim o *fair play* político e a estrita obediência ao primado da lei é dever de todos, não podendo um candidato que sabota criminosamente a própria chapa e ofende o Princípio da Lisura das Eleições se furtar ao escrutínio da Justiça Eleitoral sob o frágil argumento de que litígios entre membros de uma mesma chapa ao Senado Federal devem ser decididos *interna corporis*, em cenário intramuros de seu partido político ou coligação partidária, devendo ser julgado pela Comissão de Ética Partidária.

¹¹ “Art. 21. As transgressões a que se refere o art. 19 desta lei complementar serão apuradas mediante procedimento sumaríssimo de investigação judicial, realizada pelo corregedor-geral e corregedores regionais eleitorais, nos termos das leis nºs 1.579, de 18 de março de 1952, 4.410, de 24 de setembro de 1964, com as modificações desta lei complementar.”

3 – DA POSSIBILIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO DA DEMANDA ENTRE MEMBROS DA MESMA CHAPA POLÍTICA E DA FLEXIBILIZAÇÃO DA SÚMULA 38 DO TSE

Como já dito, não há que se falar, de impossibilidade de judicialização ou que a pendenga entre candidatos da mesma chapa ao Senado Federal deveria ser solucionada *interna corporis*.

Estando o abuso de poder político configurado, é sendo perfeitamente cabível o ingresso da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), aliás, não importa o *nomem iuris* da ação, pois a Constituição Federal garante a inafastabilidade da jurisdição (arts. 5º, XXXV, e 121, § 4º, I e II, da Constituição Federal) e a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário apreciação de lesão ou ameaça a Direito.

Também não deve prosperar a alegação de que a AIJE somente seria aplicável a candidatos adversários de outras chapas concorrentes, pela simples razão de que na hipótese estudada neste artigo, o agente agiu o tempo inteiro como adversário de seus próprios companheiros de chapa, ferindo a fidelidade exigida entre membros de uma mesma chapa, sendo essa a conduta esperada pela sociedade, especialmente pelos eleitores da referida chapa. Assim, se a fidelidade é a conduta esperada, o contrário disso deve sofrer a reprimenda estatal, por ser esta a conduta reprovável e reprovada.

Nesse caso, não podendo se esperar que um adversário litigue contra o agressor infiel, privando o ofendido de fazê-lo pelo simples fato de que a chapa é uma. Primeiro que não há interesse pessoal o jurídico ao adversário de outra chapa para se contrapor a ofensa de outrem, segundo, porque é antijurídico privar o ofendido de reagir a ofensa e, por fim, em terceiro lugar, é de interesse da sociedade que alguém que ofende seus próprios companheiros de chapa recaia sobre ele a resposta proporcional ao agravo, especialmente se o agravo se utilizou de abuso do poder político e econômico que são condutas reprimidas em todo corolário do Direito Eleitoral.

Com efeito, não há qualquer comando legal que proíba expressamente o litígio entre componentes da mesma chapa. Se a lei expressamente não exclui, significa que implicitamente ela reconhece. Segundo o pensamento Kelseniano “tudo o que não está explicitamente proibido, está, implicitamente, permitido”, o que se coaduna com o art. 5º, inciso II, que dispõe: “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. E o que não está expressamente proibido está implicitamente permitido.

Pensar de forma diferente seria vedar a possibilidade de entre sócios ou familiares apenas por terem algum vínculo de proximidade, ou seja, não é porque são do mesmo partido político ou da mesma chapa que as partes não podem ser adversárias e litigar uma contra as outra.

Ademais, está claríssimo o interesse processual na hipótese ventilada, pois é farta a jurisprudência no sentido de que eventual cassação de candidato, não gera a cassação da chapa, como já entendeu o TRE-MS¹².

Assim, deve ser flexibilizada em hipóteses como a ora narrada, a aplicação da Súmula 38 do Tribunal Superior Eleitoral. Com efeito, o Plenário do TSE em recente decisão abrandou o Princípio da Indivisibilidade da Chapa,

¹² RECURSO ELEITORAL – REGISTRO DE CANDIDATURA – PLEITO MUNICIPAL SUPLEMENTAR – CARGOS MAJORITÁRIOS – CASSAÇÃO DE DIPLOMA ANTE A INDIVISIBILIDADE E UNICIDADE DA CHAPA – CANDIDATO QUE NÃO DEU CAUSA À ILICITUDE DO ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/197 – INELEGIBILIDADE REFLEXA DO ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA J, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 – NÃO INCIDÊNCIA A QUEM NÃO PARTICIPOU DA CONDUTA ILÍCITA – ESFERA PESSOAL – ART. 18 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 – SENTENÇA – DEFERIMENTO DA CANDIDATURA – MANUTENÇÃO – DESPROVIMENTO – Em se tratando de eleições suplementares (art. 224 do Código Eleitoral), os requisitos relativos às condições de elegibilidade e às causas de inelegibilidade de cada candidato são aferidas no momento do novo pedido de registro de candidatura, independentemente de sua situação no pleito ordinário, salvo em relação àquele que deu causa à anulação da eleição, o qual ficará impedido de participar do novo pleito em razão do disposto no art. 219, parágrafo único, do Código Eleitoral. Ao candidato eleito ao cargo de vice-prefeito que teve seu diploma cassado tão-somente em razão de compor chapa indivisível com o ex-prefeito, condenado pela prática de captação ilícita de sufrágio por sentença confirmada, não lhe deve ser imposta a inelegibilidade prevista na alínea j do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90, ante a sua não-participação na prática da conduta ilícita, pois falta-lhe o requisito relativo à condenação, exigido pelo dispositivo legal. A inelegibilidade prevista na alínea j citada, incidente sobre o titular, possui natureza pessoal e não se estende ao vice que não teve qualquer participação na conduta ilegal, conforme preceitua o art. 18 da mesma lei. Sentença que deferiu o registro de candidatura mantida, com o desprovemento do recurso. (TREMS – REL-RCand 50-64.2013.6.12.0022 – (7.879) – Rel. Juiz Elton Luís Nasser de Mello – DJe 03.07.2013 – p. 16)

entendendo que o mesmo não é absoluto¹³, aceitando o afastamento do aludido princípio reconhecendo a possibilidade de divisão de chapa em caso de impedimento de candidato a vice-prefeito do município de São Luís de Montes Belos (GO) nas Eleições de 2016.

No caso concreto, por maioria de votos o TSE em sede de embargos declaratórios em Recurso Especial reconheceu a possibilidade da dissociação da chapa para prefeito e vice-prefeito no caso de impedimento do candidato a vice.

O candidato a prefeito apresentou questão de ordem argumentando que o indeferimento do registro de candidatura da vice-prefeita, em razão de inelegibilidade de caráter pessoal, não poderia contaminar sua “situação jurídica de prefeito eleito”. Assim, requereu que TSE admitisse a “divisibilidade da chapa majoritária por eles integrada”, garantindo, em consequência, ter o recorrente o direito de sua diplomação e posse no cargo “para o qual foi eleito pela livre manifestação da soberania popular”.

Entendeu o Ministro Luiz Fux em seu voto que a interpretação da unicidade da chapa, de alguma maneira, tem de ser ponderada, porque ela viola um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que é a soberania popular. Então, “tirar um prefeito majoritariamente votado por um ato praticado pela vice-prefeita, numa época em que não era mais possível substituir a vice-prefeita, não nos parece algo que seja consentâneo com os nossos princípios democráticos”.

Decidiu ainda o relator que a opinião formada nas urnas “é fruto inconteste da livre vontade da comunidade envolvida”, que à luz dessas singularidades, é plenamente compatibilizar a Lei da Ficha Limpa com “o inescapável dever de proteção do juízo soberano do conjunto dos cidadãos, razão por que o indeferimento do registro de candidatura da vice-prefeita não tem o condão de macular a validade global da eleição”.

¹³ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Junho/tse-reconhece-possibilidade-de-divisao-de-chapa-em-caso-de-impedimento-de-candidato-a-vice>>. Acesso em 31/03/2020.

Assim, por maioria dos votos os ministros do TSE reconheceram a possibilidade de dissociação da chapa em virtude do impedimento da candidata a vice, assegurando a permanência no cargo do prefeito legitimamente eleito pela população de São Luís dos Montes Belos (GO) em 2016¹⁴.

¹⁴ TSE, RESPE nº 0000083-53.2016.6.09.0080 - Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 8353 - SÃO LUÍS DE MONTES BELOS – GO. Acórdão de 26/06/2018. Relator(a) Min. Herman Benjamin. Relator(a) designado(a) Min. Luiz Fux. Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 14/09/2018.

Ementa: ELEIÇÕES 2016. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. VICE-PREFEITO. REGISTRO DE CANDIDATURA. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, L, DA LC Nº 64/90. CONDENAÇÃO. ATO DOLOSO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DANO AO ERÁRIO. OMISSÕES. AUSÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS. QUESTÃO DE ORDEM. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA CHAPA MAJORITÁRIA. ART. 91 DO CÓDIGO ELEITORAL E ART. 77, § 1º, DA CF/88. SUBSTITUIÇÃO DE CANDIDATO. ART. 13, CAPUT, DA LEI DAS ELEIÇÕES. LIMITE TEMPORAL. INDEFERIMENTO TARDIO DO REGISTRO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM O DOGMA DA INDIVISIBILIDADE. PEDIDO DA QUESTÃO DE ORDEM ACOLHIDO.

1. O princípio da unicidade e indivisibilidade das chapas (cognominado também de princípio da irregistrabilidade da chapa incompleta ou insuficientemente formada) ostenta status constitucional, *ex vi* de seus arts. 77, § 1º, e 28. Em linha de princípio, não se admite, portanto, que apenas um nacional formalize seu registro de candidatura, a qual, juridicamente, fora concebida para ser dúplice ou plúrima (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 171-172). [...]

5. A impossibilidade do registro de uma chapa majoritária incompleta não deve conduzir, inexoravelmente, à total invalidação dos votos por ela amealhados, sobretudo quando a desarticulação da composição política (i) desponte de uma circunstância superveniente a um deferimento prévio ou inicial (o que gera para a chapa uma expectativa mínima no sentido de que a decisão positiva possa ser restaurada por este Tribunal Superior); (ii) ocorra em momento tardio, impossibilitando a substituição do candidato afetado; e (iii) incida sobre o candidato a Vice, sem a presença de circunstâncias excepcionais que o retirem da condição de mero adjunto no processo de canalização da preferência eleitoral. E não há qualquer heterodoxia nesse raciocínio.

6. *In casu*, a) a quaestio que se coloca, portanto, cinge-se à possibilidade (ou não) de, em certos casos, o Tribunal estabelecer soluções intermediárias, com vistas a acomodar interesses abstratamente contrapostos, como a necessidade de afastar do pleito candidatos considerados inelegíveis sem ignorar as legítimas opções populares refletidas no escrutínio nas urnas; b) a despeito de adotar um critério objetivo à substituição dos candidatos (i.e., 20 dias), o novo modelo normativo implementado na Minirreforma revela a existência de situações particulares que reclamam, como dito, maior atenção e cuidado pela Justiça Eleitoral; c) o prazo fixado pelo legislador para substituição de candidatos em pleitos majoritários, conquanto confira previsibilidade e segurança jurídica, não pode se convolar em instrumento normativo para perfídias e subterfúgios eleitorais; e) apontam-se 5 (cinco) circunstâncias que amparam a excepcionalidade do dogma da indivisibilidade da chapa: [...]

Afasta-se candidato ficha-suja e salvaguarda a manifestação popular soberana; g) à luz dessas singularidades, entendo ser plenamente possível compatibilizar a imperiosa aplicação da Lei da Ficha Limpa com o inescapável dever institucional de proteção ao juízo soberano do conjunto de

Percebe-se claramente que o Plenário do TSE, em razão da peculiaridade do caso, entendeu excepcionalmente ser possível a exclusão de candidato declarado inelegível, mantendo-se os efeitos da votação para os demais candidatos da chapa. Não há, portanto, nenhuma teratologia, devendo ser flexibilizada em alguns casos, a Súmula 38 do TSE em respeito ao consagrado direito constitucional de Direito de Ação Conclusão.

Conclusão

Do processo de relativização da Súmula 38 do TRE, brevemente historiado e analisado no presente artigo, parece ser possível extrair algumas conclusões. Primeiramente, há que haver uma contenção ou regulamentação do poder, como nos ensina COELHO:

O direito se impõe pelo poder, mas entre as suas missões basilares está a contenção ou regulação do uso do poder, que apenas é lícito quando está destinado a cumprir os fins do Estado que a obtenção de harmonia social e o bem de todos. Montesquieu, no clássico *Espírito das Leis*, já advertia que 'temos, porém, a experiência eterna de que todo homem que tem em mãos o poder é sempre levado a abusar do mesmo; e assim irá seguindo, até que encontre algum limite. E quem o diria, até a própria virtude precisa de limites'. Apenas com as limitações do exercício do poder é que se contém as práticas abusivas, fazendo subsistir a liberdade e a ordem democrática.¹⁵

Como diria Mao Zedong¹⁶, "a política é guerra sem derramamento de sangue, enquanto a guerra é política com derramamento de sangue". Segundo Walzer¹⁷, na guerra vale tudo: "nessas circunstâncias, homens e mulheres fazem o que precisam fazer para salvar a si mesmos e a suas comunidades; e não há lugar nem para a moral nem para a lei", mas hoje, no atual patamar

cidadãos, razão por que o indeferimento do registro de candidatura da Vice-Prefeita não tem o condão de macular a validade global da eleição. [...]

¹⁵ COELHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito Eleitoral e Processo Eleitoral: Direito Penal Eleitoral e Direito Político*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 237-238.,

¹⁶ GOMES, Danny Fabrício Cabral e THRONICKE, Soraia Vieira. *O Poderoso Livro das Frases Incríveis*. Campo Grande: Aglaê, 2018, pp. 114-115.

¹⁷ WALZER, Michael. **Guerras Justas e Injustas**. Uma Argumentação Moral com Exemplos Históricos. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

pretensamente civilizatório, até mesmo a guerra é regulada pelo Direito, e todo abuso dever ser contido e punido.

REFERÊNCIAS

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. Direito Eleitoral e Processo Eleitoral: Direito Penal Eleitoral e Direito Político. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 14^a ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 670-671.

WALZER, Michael. **Guerras Justas e Injustas**. Uma Argumentação Moral com Exemplos Históricos. São Paulo: Martins Fontes, 2003.