

**V O T O**

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator):**

Inicialmente, firmo a possibilidade de exame concentrado e abstrato do texto normativo impugnado. A Resolução 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral traz normas gerais e abstratas relativas ao processo de perda do cargo por infidelidade partidária. Dispõe, ainda, sobre o processo judicial de determinação da justa causa na desfiliação partidária, o que constitui indicativo de que o texto em questão possui densidade normativa própria e suficiente.

Passo ao exame do mérito.

Por ocasião do julgamento do MS 26.602, do MS 26.603 e do MS 26.604, externei minha preocupação quanto à subtração do eleitorado – o **povo** – do debate relativo ao direito que assistiria aos partidos políticos de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, na hipótese de se configurar a desobediência, por parte do mandatário eleito, ao princípio da fidelidade ao partido pelo qual se elegeu.

Não obstante a circunstância de os partidos políticos representarem instituição importantíssima, incontornável, das democracias modernas, é inequívoco que o *poder político* deriva do povo, que é seu titular absoluto. Sobrepor o partido político, como entidade de arregimentação exclusiva da vontade popular em matéria política, à intenção do eleitor, individualmente considerado, implica, a meu sentir, em ruptura do sistema que toma como premissa a legitimidade e a soberania do

eleitor. Entendo que as organizações partidárias não substituem o eleitor como centro de referência do sistema político.

Aliás, nesse sentido, relembro que estas foram minhas palavras por ocasião do julgamento dos leading cases:

*"Aliás, Senhora Presidente, permita-me abrir aqui um parêntese, é que eu me pergunto se essa apregoada preeminência dos partidos políticos como instituições arregimentadoras exclusivas da vontade popular encontra eco na realidade da sociedade moderna em que vivemos, sociedade de massas, conectada planetariamente, com múltiplas formas de expressão da vontade dos mais diversos segmentos sociais.*

*Tenho minhas dúvidas, e nesse sentido, lembro do papel crescentemente importante desempenhado nos dias atuais por organizações tais como as organizações não-governamentais.*

*Tive o privilégio de assistir nos Estados Unidos da América há cerca de sete ou oito anos o papel decisivo que uma organização espontânea, que surgiu durante o processo de impeachment de um presidente daquele país, teve no desfecho do processo de impeachment. O nome da organização era "Move on".*

*Tenho sérias dúvidas se os partidos tradicionais estão mesmo à altura da tarefa de expressar satisfatoriamente a vontade e os anseios dos membros dessa nova sociedade planetária.*

*[...]*

*Em realidade, ao fazer uma opção por essa PARTIDOCRACIA, supostamente no intuito de preservar a vontade do eleitor, o que fez o Tribunal Superior Eleitoral foi alijar completamente o eleitor do processo de manifestação da sua vontade soberana. Tornou-o irrelevante, pois importantes passaram a ser apenas os partidos políticos."*

Noto, porém, Senhor Presidente, que a questão de fundo posta pelo procurador-geral da República refere-se ao alcance do poder regulamentar da Justiça Eleitoral,

exercido pelo Tribunal Superior Eleitoral. Segundo entende o procurador-geral da República, o Tribunal Superior Eleitoral não poderia ter criado normas que atribuíssem competência e regulassem o processo relativo à perda do cargo eletivo.

O regramento posto pelo Tribunal Superior Eleitoral põe em jogo um novo tipo de questão. Como procurei expor durante o julgamento dos mandados de segurança já referenciados, a tensão gerada pelo risco de perda do mandato eleitoral pela insurgência ao princípio da fidelidade partidária afeta as expectativas do eleitorado com relação à representação política popular. Segundo entendeu o e. TSE e esta Corte, o sistema de eleições proporcionais justifica que a identidade formada entre o eleitor e o candidato fique em segundo plano, subordinada à presumida relação entre o eleitor e o partido político. A resolução de tal tensão também deveria se dar por meio dos instrumentos postos à positivação da representação popular, isto é, com a observância da regra da legalidade. A pergunta que se põe é se pode haver a perda do mandato sem o devido processo legal erigido com apoio na representação política popular.

Para desate da questão, é imprescindível revisitar a orientação firmada pela Corte por ocasião do julgamento do MS 26.602 (rel. Ministro EROS GRAU), do MS 26.603 (rel. Ministro CELSO DE MELLO) e do MS 26.604 (rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA).

Os três mandados de segurança foram impetrados por partidos políticos contra atos do Presidente da Câmara dos Deputados, consistente no indeferimento de requerimento por eles formulado no sentido de declarar a vacância do mandato de deputados federais que se desfiliam dessas agremiações partidárias. As impetrações foram motivadas pelas conclusões a que chegara o TSE na Consulta 1.398/DF,

em que ficou decidido que os partidos políticos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou transferência do candidato eleito, do partido pelo qual se elegeu para outra legenda.

Nas sessões de 03 e 04.10 de 2007, a Corte, por maioria - vencidos os ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa-, firmou duas orientações relevantes. Em primeiro lugar, fixou interpretação constitucional quanto à possibilidade da perda do cargo eletivo, na hipótese de a desfiliação partidária não estar amparada por justa causa. Em segundo lugar - e é o ponto relevante para esta discussão - remeteu ao TSE a regulamentação das fases do procedimento destinado a confirmar ou infirmar a presença de justa causa.

Em especial, novamente transcrevo trecho do voto do eminente Ministro Celso de Mello sobre o ponto:

*"Nada impedirá que o E. Tribunal Superior Eleitoral, à semelhança do que se registrou em precedente firmado no caso de Mira Estrela/SP (RE 197.917/SP), formule e edite resolução destinada a regulamentar o procedimento (materialmente) administrativo de justificação em referência, instaurável perante o órgão competente da própria Justiça Eleitoral, em ordem a estruturar, de modo formal, as fases rituais desse mesmo procedimento, valendo-se, para tanto, se assim o entender pertinente, e para colmatar a lacuna normativa existente, da 'analogia legis', mediante aplicação, no que couber, das normas inscritas nos arts. 3º a 7º da Lei Complementar nº 64/90."*

A Constituição de 1988 reserva à lei a aptidão para dispor sobre matéria eleitoral (art. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição). A questão não é meramente formal. Em virtude do princípio da representação popular, que é um dos pilares da nossa organização política, compete às Casas do

Legislativo processar adequadamente as tensões advindas do processo político e criar normas destinadas a estabilizar a expectativa dos cidadãos também em matéria eleitoral. O Sistema Político pode realizar operações que nenhum outro sistema, entre eles o Judicial, está habilitado a efetuar, em razão dos procedimentos democráticos que o caracterizam. Falo especificamente da atividade de produzir normas. Afinal, já dizia Montesquieu em passagem memorável, deve-se a todo custo evitar que um dos poderes faça uso das prerrogativas funcionais de outro poder, pois todas as vezes que isso acontece o resultado é a tirania. James Madison, por seu turno, na sua aguda compreensão dos mecanismos de controle entre os poderes, traduziu em frase lapidar toda a essência da demarcação que deve haver entre as esferas de atuação de cada órgão representativo das funções essenciais do Estado. Dizia Madison: **"Ambition must be made to counteract Ambition"**.

A observância rigorosa a todos esses princípios é condição *sine qua non* da preservação da autoridade da Corte. Creio que nesse aspecto as lições do direito comparado podem nos ser muito úteis.

Com efeito, não me parece ocioso trazer à reflexão a célebre passagem atribuída a Alexander Hamilton, referindo-se ao Poder Judiciário, segundo a qual tratar-se-ia de *"o Poder menos perigoso aos poderes políticos da Constituição, porque ele tem menor capacidade para perturbá-lo ou danificá-lo"* (*The Federalist* 78), frase esta que foi imortalizada em obra jurídica célebre da lavra de Alexander Bickel - *"The Least Dangerous Branch"*. A observação de Hamilton ao povo do Estado de Nova Iorque foi complementada pelo juiz Felix Frankfurter no famoso caso *Baker v. Carr*, em que aquele magistrado afirmou: *"autoridade da Corte - desprovida da bolsa e da espada - sustenta-se em última análise na confiança do público em*

*sua sanção moral. Tal sentimento deve ser acalentado pela completa separação da Corte, de fato e em aparência, de amarras políticas e por sua abstenção na briga de forças políticas em resoluções de índole também política”<sup>1</sup>.*

Com a atenção sempre voltada a esses princípios básicos de organização político-estatal, penso que as hipóteses que levam à perda do cargo eletivo e o procedimento respectivo são temas que devem ser tratados pelos órgãos de representação popular, com base em disposição expressa e inequívoca da Constituição. A infidelidade partidária implica instabilidade do sistema democrático em duas ordens diversas. Em primeiro lugar, como decidiu a Corte, o acesso do candidato ao cargo eletivo pressupõe a força do partido político, nas eleições proporcionais. Em contraponto, contudo, não me parece possível ignorar a relação estabelecida diretamente entre o eleito e o eleitorado. Relembro a frase do eminente Ministro Victor Nunes Leal, já citada por ocasião do julgamento do MS 26.602, de que *“embora escolhido pelo critério partidário, [o deputado] representa o povo”*. Nos EUA, durante o julgamento do caso *Reynold v. Sims*, o juiz-presidente Warren bem anotou que os *“legisladores representam pessoas, não árvores ou extensões de terra. Legisladores são eleitos por eleitores, não fazendas, cidades ou interesses econômicos”<sup>2</sup>*. Em outra passagem, o juiz Potter Stewart diz que *“legisladores não representam números sem rosto. Eles representam pessoas, ou, com maior*

---

<sup>1</sup> No original, *“The Court's authority -- possessed of neither the purse nor the sword -- ultimately rests on sustained public confidence in its moral sanction. Such feeling must be nourished by the Court's complete detachment, in fact and in appearance, from political entanglements and by abstention from injecting itself into the clash of political forces in political settlements”*.

<sup>2</sup> *“Legislators represent people, not trees or acres. Legislators are elected by voters, not farms or cities or economic interests.” (Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533 1964).*

*precisão, a maioria de eleitores em seus distritos - pessoas com necessidades e interesses identificáveis<sup>3</sup>".*

O sistema de eleição baseado na apuração proporcional pressupõe a identidade entre o interesse dos eleitores e a postura e o programa adotados pelo partido político. Essa presunção, contudo, não é absoluta na quadra histórica atual.

Não devemos confundir a vontade do partido político com a vontade do eleitor (povo), pois o primeiro não pode substituir o segundo na escolha **direta** de seus representantes.

Em princípio, o Judiciário está mal equipado para resolver a instabilidade originada da perda do mandato eletivo por infidelidade partidária. Uma vez reconhecido que a Constituição vincula a fidelidade partidária ao exercício de cargo eletivo no sistema proporcional - e tal definição se encontra no âmbito de atuação do Judiciário - surgem novas questões - que se submetem inicialmente ao escrutínio do Legislativo. Por exemplo, deve o suplente deter legitimação para questionar a observância à fidelidade partidária? A legitimação do terceiro não tem o potencial para fomentar conflitos orientados muito mais pelo interesse pessoal do que pelo legítimo interesse republicano de fazer valer a força da Constituição? Outra questão: não deveria haver um mecanismo para examinar a percepção do *eleitor* quanto à *fidelidade* do partido político pelo qual se elegeu o candidato tido por insurgente às diretrizes fixadas por ocasião do pleito? Se o *suplente* é legitimado para questionar a fidelidade, qual a razão para excluir o *eleitor*? Poderia a anuência do

---

<sup>3</sup> *"But legislators do not represent faceless numbers. They represent people, or, more accurately, a majority of the voters in their districts -- people with identifiable needs and interests which require legislative representation, and which can often be related to the geographical areas in which these people live."* (Lucas v. Forty-Fourth Gen. Assembly of Colorado, 377 U.S. 713 1964).

partido do qual parte o insurgente sanar o desequilíbrio causado pela infidelidade partidária, para afastar a pena de perda do cargo eletivo? Quais critérios devem pautar o reconhecimento da *justa causa*, de modo a afastar a *ilicitude* da *infidelidade partidária*? Os prazos para apresentação de defesa são adequados?

A questão que se coloca é como devem ser processadas essas tensões diante do temporário silêncio do Legislativo. Temporário, pois como se sabe, o Congresso Nacional já conta com projetos de lei sobre fidelidade partidária (e.g., o PLC 35/2007).

Entendo que, em princípio, o debate legislativo é o ambiente adequado para resolver essas e outras questões, que são eminentemente *políticas*. Somente em situações extremas e sempre quando autorizado expressamente pela Constituição é que o Judiciário pode se manifestar sobre os critérios que orientam a manutenção ou a perda do cargo por infidelidade partidária. É indispensável ter-se uma compreensão não meramente retórica acerca do sistema representativo, para se compreender a gravidade que representa a destituição de um parlamentar do mandato que lhe foi outorgado pelo povo, fora das hipóteses estritamente previstas na Constituição. A não observância desses princípios sensíveis de coexistência entre os poderes leva necessariamente ao enfraquecimento, em última análise, daquele que é tipo como o menos perigoso entre os poderes. Como lembrou Aaron Barak, o sábio juiz-presidente da Corte Suprema de Israel, citando Balzac, "*a falta de confiança no Judiciário é o término da sociedade*<sup>4</sup>."

Feitas estas considerações, penso que neste ponto cumpre trazer à baila um outro princípio que, a meu sentir, deve sempre guiar a conduta dos membros de Cortes

---

<sup>4</sup> BARAK, Aharon. The Role of a judge in democracy. *Judicature*, vol. 88, número 5, março-abril de 2005, p. 199-201.

Supremas e de Cortes Constitucionais. Refiro-me ao princípio da colegialidade e ao seu mais importante derivativo – o princípio da disciplina colegial. Aaron Barak, em página memorável, chama a atenção não apenas para a necessidade de o juiz supremo ter sempre presente as limitações institucionais próprias ao Poder Judiciário, mas também as limitações que o princípio da colegialidade impõe ao membro de uma determinada corte suprema<sup>5</sup>.

Pois bem. Ao reconhecer aos partidos políticos o direito de postular o respeito ao princípio da fidelidade partidária perante o Judiciário, decisão na qual, é importante lembrar, eu fiquei vencido, esta Corte, interpretando a Constituição, não lhes negou um meio processual para assegurar concretamente as conseqüências advindas de eventual desrespeito ao princípio então reconhecido. É nesse sentido que leio as palavras lançadas pelo Ministro Celso de Mello, de que compete ao TSE dispor sobre a matéria durante o silêncio – eloqüente, talvez - do Legislativo.

Vale dizer, de pouco adiantaria a Corte reconhecer um dever – *fidelidade partidária* – e não reconhecer a existência de um mecanismo ou de um instrumento legal para assegurá-lo. A inexistência do mecanismo leva a quadro de exceção, que se crê ser temporário.

É nesse quadro excepcional, de carência de meio para garantia de um direito constitucional, marcado pela transitoriedade, que interpreto a adequação da resolução impugnada ao art. 21, IX do Código Eleitoral, este interpretado conforme a Constituição. O poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral se submete, por óbvio à Constituição. Por seu turno, o texto constitucional comete

---

<sup>5</sup>BARAK, Aharon. A Judge on judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy – 116, Harvard Law Review 16 – 2002.

ao Legislativo o poder-dever de exercer a representação política que lhe foi outorgada e dispor sobre matéria eleitoral, nela consideradas o alcance e o processo que leva à caracterização da infidelidade partidária. E, neste ponto, ressalvadas as salvaguardas constitucionais, o Legislativo é soberano. A demarcação do âmbito de atividade do Legislativo, contudo, deve ser sensível às situações extraordinárias, marcadas pela necessidade de proteção de um direito que emana da própria Constituição. A atividade normativa do TSE recebe seu amparo da extraordinária circunstância de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a fidelidade partidária como requisito para permanência em cargo eletivo e a ausência expressa de mecanismo destinado a assegurá-lo.

Ante o exposto, tendo presente o quadro de transitoriedade a que fiz alusão e ressalvando o meu ponto de vista pessoal, já externado por ocasião do julgamento dos mandados de segurança mencionados, conheço desta ação direta de inconstitucionalidade, mas a julgo improcedente, considerando, pois, válidas as resoluções adotadas pelo TSE até que o Congresso Nacional disponha sobre a matéria.

É como voto.

---