



ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 11 - Número 1

Janeiro/Abril 2016



DOS INCONVENIENTES DO
VOTO IMPRESSO: MEMÓRIA
DA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 4.543¹

DISADVANTAGES OF THE PRINTED VOTE:
MEMORY OF THE DIRECT ACTION FOR
UNCONSTITUTIONALITY Nº 4543

VOLGANE OLIVEIRA CARVALHO²

RESUMO

O presente estudo destina-se a realizar uma análise crítica da Lei nº 13.165/2015, que recriou o voto impresso no Brasil, sob a perspectiva

¹ Artigo recebido em 25 de novembro de 2015 e aprovado para publicação em 26 de janeiro de 2016.

² Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). É analista judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão e professor do Curso de Direito do Instituto Camillo Filho.

da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543. Para cumprir o objetivo proposto, partir-se-á da análise dos votos da Ministra Cármen Lúcia (relatora) e do Ministro Gilmar Mendes, que, embora, concordassem no mérito, divergiram nos argumentos utilizados para reconhecer a inconstitucionalidade da norma. Assim, a verdadeira mácula da norma decorre da possibilidade de quebra do sigilo do voto e da criação de indesejada diferenciação entre os eleitores no exercício do sufrágio. Do mesmo modo, não é aceitável que o princípio da vedação do retrocesso seja alijado do processo de controle de constitucionalidade sob a alegação de que acaba por elevar normas infraconstitucionais à dignidade constitucional.

Palavras-chave: Lei nº 13.165/2015. ADI nº 4.543. Voto impresso.

ABSTRACT

The current study means to carry out a critical analysis of the Law nº 13.165/2015 which recreated the printed vote in Brazil, from the perspective of the Federal Supreme Court's decision rendered in the Direct Action for Unconstitutionality nº 4.345. To accomplish the proposed objective it will be started from the analysis of the Ministers Cármen Lúcia (reporter) and Gilmar Mendes' votes, which, although agreed in merit, diverged on the arguments utilized to recognize the unconstitutionality of the norm. Therefore, the true macula of the norm derives from the possibility of breach in the vote's confidentiality and creation of unwanted distinction among the voters on the exercise of suffrage. Likewise, it is not acceptable the principle of interdiction of retrocession to be drawn back of the constitutionality control process on the grounds that it turns out to elevate infra-constitutional norms to the constitutional dignity.

Keywords: Law nº 13.165/2015. ADI (Direct Action for Unconstitutionality) nº 4.543. Printed vote.

1 Introdução

O Congresso Nacional, derrubando veto da presidente da República, recriou a figura do voto impresso no Brasil; definitivamente não se trata de uma novidade na legislação pátria, mas não há dúvidas de que o tema continua cercado de muita polêmica. O Supremo Tribunal Federal, no passado, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, já havia sido chamado a pronunciar-se sobre o tema, naquela ocasião no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.543, considerou o dispositivo inconstitucional.

Inicialmente, o Tribunal pronunciou-se no julgamento de medida cautelar que pretendia suspender provisoriamente a eficácia da norma impugnada, garantindo a inaplicabilidade dela nas eleições municipais de 2012. Posteriormente, o plenário confirmou a decisão preliminar no julgamento do mérito da ação, declarando definitivamente inconstitucional a criação de mecanismo de impressão do voto no Brasil.

A solução jurídica buscada para o caso passou, de modo inevitável, pela discussão acerca de conceitos essenciais referentes aos direitos fundamentais, mormente, aos direitos políticos ativos (notadamente o voto). É importante revisitar o julgado para verificar a aplicabilidade das ideias defendidas naquela ocasião, para a situação que se apresenta agora.

O presente estudo pretende perscrutar os argumentos apresentados em prol e contra a impressão dos votos pelas urnas eletrônicas, bem como, busca-se verificar a adequação constitucional da existência do voto impresso no ordenamento jurídico brasileiro.

2 A reforma política e a ressurreição do voto impresso

Michel Foucault (2012, p. 25) atribuiu ao discurso uma força intrínseca por vezes intransponível. Manejado repetida e incisivamente, o discurso torna-se uma realidade inolvidável – transforma em verdade universal o desejo individual, faz surgir necessidades inadiáveis e anula desejos indispensáveis. A arte de dominar o discurso é um mister para

poucos, mas produz profícuos resultados. A reforma política é uma vítima do poder do discurso, muitos defendem-na, mas poucos compreendem de fato sua importância.

A necessidade de uma reforma constitucional com o escopo de alterar o modelo eleitoral e, quiçá, partidário brasileiro, é uma necessidade inadiável forçada pelo *Zeitgeist*. Esse anseio social e acadêmico foi progressivamente reduzido a uma bandeira eleitoral hasteada por muitos candidatos e respeitada por poucos parlamentares. O desejo de mudança do modelo eleitoral brasileiro tornou-se uma promessa permanente que serve para apascentar o eleitor arisco e justificar os desvios da legalidade que contaminam o processo atualmente. O modelo eleitoral brasileiro tornou-se o responsável por todas as iniquidades realizadas antes e depois de os eleitores comparecerem às urnas.

O *mise en scène* em torno da reforma política não é recente:

A Reforma Política é um dos temas mais recorrentes da política nacional. Desde [...] [os] anos 1980, o assunto constantemente entra e sai da pauta do Congresso Nacional. Avanços no sistema político e eleitoral têm ocorrido de forma pontual [...]. Nem por isso o tema deixa de ser debatido. (ARAGÃO, 2014, p. 18.)

Fugindo da seara do discurso eleitoreiro sob a perspectiva academicista, é certo que a realização de uma reforma política é uma medida de urgência para a reestruturação do modelo político brasileiro e sua adaptação, ou melhor, adequação às necessidades do século XXI. Ademais, se “[...] impõe como reflexão a crise do sistema representativo nacional, que deve ser entendida a partir de um processo global de questionamento dos valores democráticos e das práticas políticas neles fundamentadas” (ROCHA, 2008, p. 7.449).

O primeiro passo a ser dado nesta análise é o estabelecimento de uma contextualização que permita firmar um conceito aceitável em torno do que seja a reforma política. Etimologicamente tem-se a ideia de que reformar implica alterar algo para melhor, adequando-o às exigências de uma determinada realidade.

A ideia de que o sistema político de um país esteja atrelado a sua realidade e respeite as alterações sociais que se apresentem com o passar dos anos ajuda, em parte, a explicar a profusão de reformas eleitorais realizadas periodicamente no Brasil. A realidade, entretanto, demonstra que as modificações na legislação eleitoral brasileira possuíram um caráter muito mais casuístico que propriamente reformador.

A eliminação ou redução das distorções do processo eleitoral brasileiro estaria, portanto, condicionada a uma modificação do texto da Constituição Federal, a fim de adaptar o sistema eleitoral brasileiro a um modelo presidencialista que possui importante participação legislativa³, buscando, concomitantemente, corrigir os defeitos de representatividade das diferentes regiões do país e dotar de frescor e força o modelo partidário brasileiro.

O nó górdio dessa alteração constitucional encontra-se justamente na necessidade de adotar um modelo eleitoral que consiga suprir interesses e necessidades aparentemente irreconciliáveis. Pretende-se, pois, modificar o estado de descrença do eleitor fazendo-o mais próximo de seus representantes e propiciando a recuperação da credibilidade do parlamento.

Digladiando-se em defesa de interesses tão diversos, os parlamentares seguem para a via mais segura: a manutenção do *establishment* inalterado, com a promessa de uma reforma futura sendo uma bandeira a ser desfraldada nos próximos pleitos. A necessidade de alteração associada ao desejo de conservação alimenta um moto contínuo sistêmico.

Tais medidas, entretanto, não podem ser apresentadas como um remédio miraculoso que sanará todos os males da sociedade brasileira. A alteração do modelo eleitoral nacional tem sido objeto de intenso debate; contudo, os propósitos, muitas vezes, aparentam ser apenas a manutenção do *status quo* dos grupos políticos que já tiveram acesso ao poder.

³ Alguns autores denominam o modelo brasileiro de presidencialismo de coalização. José Antonio Giusti Tavares (1982, p. 74) denomina-o presidencialismo proporcionalista.

Nesse sentido, não é possível imaginar que haverá um modelo eleitoral perfeito para a realidade brasileira. Em um país de dimensões continentais com ocupação territorial variável, é inevitável a existência de diferenças regionais que redundarão em distorções na representatividade.

Frustrados pela impossibilidade de encontrar uma solução definitiva, os legisladores acabam deixando-se seduzir por propostas marginais, mas que possuem grande impacto midiático. E, assim, inicia-se o processo de ressurreição do voto impresso.

Seguindo esse passo, em 29 de setembro de 2015 foi promulgada a Lei nº 13.165, que trazia em seu corpo mais uma reforma eleitoral. Dentre muitos destaques da norma que pretendia resolver as mazelas do sistema eleitoral brasileiro, merece especial atenção a alteração do artigo 59-A da *Lei das Eleições*, que passaria a ter a seguinte redação:

Art. 59-A. No processo de votação eletrônica, a urna imprimirá o registro de cada voto, que será depositado, de forma automática e sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado.

Parágrafo único. O processo de votação não será concluído até que o eleitor confirme a correspondência entre o teor de seu voto e o registro impresso e exibido pela urna eletrônica.

O dispositivo foi vetado pela presidente da República, utilizando como único argumento os elevados custos da implantação do projeto, orçado em quase 2 bilhões de reais. Em meados de novembro, entretanto, o veto presidencial foi derrubado em sessão do Congresso Nacional. Dessa maneira, o voto impresso passa a ser uma realidade a ser implementada imediatamente, devendo ser utilizado, inclusive, nas eleições municipais de 2016.

3 O temor da fraude eleitoral e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.345

A Lei nº 12.034/2009, tal qual ocorreu posteriormente com a Lei nº 13.165/2015, ungiu-se como uma das infindáveis reformas parciais do

sistema eleitoral brasileiro, ressuscitou a ideia de conjugar-se ao sistema eletrônico de votação, e ao registro digital do voto⁴, mecanismos físicos de registro dos sufrágios materializados por meio da impressão de comprovantes individualizados dos mesmos.

A regra teve sua constitucionalidade contestada pela ADI nº 4.543, proposta pela Procuradoria-Geral da República, alegando, em suma, que a impressão do voto com um número único de identificação implicaria a possibilidade de desrespeito ao corolário constitucional do sigilo do voto. O órgão ministerial solicitou ainda que fosse concedida medida cautelar para suspender a eficácia da norma impugnada.

A ideia da necessidade de impressão do voto digitado nas urnas eletrônicas é objeto de uma luta travada por alguns grupos políticos brasileiros que teve sua gênese em concomitância com a própria adoção do sistema eletrônico de votação em 1996. A primeira oportunidade em que tal medida foi reinserida no sistema eleitoral brasileiro⁵ ocorreu com a edição da Lei nº 10.408/2002, que previa a existência do voto impresso no pleito municipal de 2004. Naquela oportunidade, a ação mostrou-se onerosa e ineficaz, gerando numerosos problemas. Por conta disso, sua vigência foi exígua, vez que a Lei nº 10.740/2003 revogou expressamente o modelo de voto impresso, criando o registro digital do voto.

A Lei nº 12.034/2009 pretendia, portanto, ressuscitar uma figura já sepultada no Direito Eleitoral brasileiro, repisando uma decantada cantilena acerca da segurança insuficiente do sistema eletrônico de votação. Nessa batalha, pode-se apontar como artífice-mor e arauto na defesa do voto impresso o Partido Democrático Trabalhista (PDT), admitido, inclusive, como *amicus curiae* na ADI nº 4.543.

A desconfiança que o PDT nutre com relação ao voto eletrônico precede à própria existência das urnas eletrônicas e decorre, em grande

⁴ Criado pela Lei nº 10.740/2003, o registro digital do voto permite o armazenamento das informações referentes a cada voto digitado na urna eletrônica, criando um mecanismo que propicia a realização de auditorias posteriores a fim de confirmar a higidez do sistema e a adequação dos resultados apresentados para o pleito.

⁵ É inofidável que o sistema de votação baseado em cédulas de papel e urnas de lona era centrado fortemente na existência material do sufrágio, manifesta pelas cédulas rubricadas, preenchidas (ou não) e depositadas nas urnas.

medida, da fraude eleitoral identificada nas eleições estaduais de 1982 no estado do Rio de Janeiro, quando o Tribunal Regional Eleitoral utilizou pela primeira vez sistemas computadorizados para a totalização dos votos. Naquela oportunidade a imprensa identificou uma fraude orquestrada pelo governo militar, que objetivava impedir a eleição de Leonel Brizola, então candidato pedetista ao governo.⁶

O desbaratamento dessa fraude e a ocorrência de um novo episódio de adulteração de resultados, desta feita na disputa pelo Legislativo estadual, ocorrido também no Rio de Janeiro em 1994, foram fatos determinantes para desencadear em definitivo o processo de criação de um sistema eletrônico de votação imune a fraudes.⁷

Nesse sentido, a luta pela lisura do processo eleitoral e o respeito ao desejo do eleitor depositado nas urnas une a todos. Contudo, os mecanismos utilizados para a concretização desses ideais e os argumentos adotados para tanto produzem um desencontro. O ponto nevrálgico de tal debate refere-se, justamente, à necessidade do voto impresso. Pode-se dizer, portanto, que a ADI nº 4.543 reedita o velho combate contra a fraude que persegue as eleições brasileiras desde o seu nascedouro.

Em julgamento preambular, o Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime, determinou, em 19 de outubro de 2011, a suspensão da eficácia da norma impugnada, tendo, posteriormente, confirmado em definitivo tal posicionamento. Conquanto a decisão tenha sido unânime, alguns dos argumentos utilizados pelos ministros precisam ser analisados mais amiúde, por serem completamente díspares.

3.1 Ministra Cármen Lúcia

Relatora do processo, a Ministra Cármen Lúcia elenca, durante o julgamento da cautelar, uma série de argumentos que justificam o deferimento do pedido ministerial. Inicialmente, apresenta argumentos em defesa do sigilo do voto, cláusula pétrea da Constituição, e do risco

⁶ AMORIM; PASSOS, 2005, p. 196-197.

⁷ CARVALHO, 2013, p. 103

real de enfraquecimento ou supressão de tal princípio com a adoção de um mecanismo identificado numericamente de impressão do voto.

Adiante, reafirma a existência no direito brasileiro do princípio do valor igualitário do voto (um eleitor, um voto) e reconhece a ameaça de um cidadão conseguir votar mais de uma vez com sistema introduzido pela Lei nº 12.034/2009. Por fim, dedica um capítulo de seu voto para tratar da vedação do retrocesso político. Resume a Ministra (BRASIL, 2011, p. 15):

Como se dá quanto aos direitos sociais, a proibição de retrocesso político-constitucional impede que direitos conquistados, como o da democracia representativa exercida segundo modelo de votação que, comprovadamente, assegura o direito ao voto como garantia de segredo e invulnerabilidade da escolha retroceda para dar lugar a modelo superado exatamente pela vulnerabilidade em que põe o processo eleitoral.

Nesse sentido, assevera que o cidadão tem pleno direito à manutenção de um sistema de votação notadamente mais seguro e que cumpre o programa constitucional de proteção à inviolabilidade do voto. A ministra reconhece, portanto, a existência de um direito fundamental implícito a um processo eleitoral honesto e, conseqüentemente, a um modelo de voto mais seguro e imune a fraudes. Nesse contexto, o retorno a mecanismos outrora abandonados, como a obrigatoriedade da impressão dos votos digitados nas urnas eletrônicas, criaria, em última instância, fragilidades no sistema eleitoral brasileiro e prejuízos aos cidadãos.

3.2 Ministro Gilmar Mendes

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes afirma anuir com a existência de um vício na norma atacada referente à ameaça de desvirtuamento e enfraquecimento do sigilo do voto; não corrobora, contudo, um dos fundamentos apresentados pela relatora: o princípio da vedação do retrocesso.

Tratando dos motivos que levaram à edição da norma que estabelece o voto impresso, o ministro resume:

Há razões inclusive de índole política, e é nesse ponto que gostaria de me apegar para não subscrever o fundamento trazido pela eminente Relatora quanto ao chamado princípio do não retrocesso. Realmente temo que, com isso, nós passemos a ter como parâmetro de controle não apenas a Constituição, mas as leis que nós consideramos boas. Daqui a pouco, todas as leis que nós consideramos boas passarão a integrar, de alguma forma, o conceito constitucional e, no futuro, elas serão então, também, irrevogáveis por esse princípio. (BRASIL, 2011, p. 44.)

Assim, Gilmar Mendes pretende afirmar que a aplicabilidade do princípio da vedação do retrocesso, nesse caso, serviria como um espaçamento da técnica de controle de constitucionalidade, aumentando desmesuradamente os parâmetros a serem considerados para a definição de uma norma constitucionalmente hígida, incluindo de modo inadequado normas infraconstitucionais no bloco de constitucionalidade adotado como parâmetro de controle pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa postura, segundo o ministro, traria consequências nefastas, vez que acabaria por impedir a alteração dessas normas elevando-as quase a um patamar constitucional e, conseqüentemente, redundaria, de forma temerária, em um engessamento do espectro de atuação do Poder Legislativo.

4 O voto impresso no Brasil

O Brasil possui uma história eleitoral muito rica, tendo em mente que as eleições são uma realidade que remonta quase à chegada dos portugueses⁸. Na maior parte desse período, os eleitores materializavam seu direito ao sufrágio com o uso de cédulas eleitorais que eram depositadas em urnas de madeira ou lona. O fato de o voto ser, até então, algo palpável fortalecia a ideia de segurança e confiança do eleitor.

Contudo, esse sistema era a base para uma série infindável de fraudes que comprometiam a lisura do processo eleitoral brasileiro e praticamente anulavam o poder decisório dos eleitores, submetendo-os

⁸ Segundo Walter Costa Porto (2002, p. 11) já ocorriam eleições para as Câmaras Municipais de algumas vilas do Brasil Colônia na primeira metade do século XVI.

a grupos de pressão, segundo Carvalho (2011, p. 95). Firma-se, pois, um panorama contraditório, o voto em cédula ao mesmo tempo em que é apresentado ao eleitor como uma fonte de segurança, também, abria uma fresta para a fraude.

O voto eletrônico surge para resolver esse conflito concentrando, concomitantemente, a segurança almejada pelo eleitor e o necessário bloqueio às fraudes.⁹ Entretanto, mesmo após a consolidação do sistema eletrônico de votação, ainda persiste o desejo de criação de um suporte concreto representativo do voto, que ora é apresentado sob a forma da impressão de um comprovante dos dados digitados na urna eletrônica.

A busca insistente pelo suporte impresso do voto decorre, em parte, de experiências negativas ocorridas nos primórdios da utilização de sistemas eletrônicos no processo eleitoral brasileiro, como mencionado alhures. Contudo, não se sustenta, especialmente, quando se observa a inexistência de qualquer episódio comprovado de fraude eleitoral decorrente da utilização do sistema eletrônico de votação no Brasil.¹⁰

4.1 Inconvenientes do voto impresso

A impressão de um comprovante do voto, com a aposição de um número de registro, para facilitar posterior auditoria dos resultados apurados em uma dada urna eletrônica representaria, na prática, um enorme retrocesso. Para justificar tal tese, não se pretende, em momento algum, recorrer a argumentos meramente financeiros ou econômicos que se limitem à análise dos custos de tal empreitada. Essas justificativas apresentadas pela presidente em seu veto não foram capazes de convencer a audiência. É necessário que se apresentem novos elementos.

O primeiro dado a justificar a preocupação com o voto impresso decorre do simples fato de surgir um número de controle associado a um voto permitiria a posterior conferência desses impressos e abriria uma possibilidade real de retornar-se ao nefasto período do voto de

⁹ NICOLAU, 2004, p. 68

¹⁰ PINTO, 2010, p. 204

cabresto, afrontando audaciosamente o sigilo do voto, elevado na Constituição de 1988, à dignidade de cláusula pétrea¹¹.

Em segundo lugar, o fato de o voto só poder ser computado após sua impressão e confirmação pelo eleitor faz renascer antigos problemas relacionados à confiança entre os eleitores analfabetos ou portadores de deficiência visual. Impossibilitados de verificar a correção dos dados impressos, os cidadãos que não sabem ler ou o fazem precariamente e aqueles que não enxergam teriam de buscar auxílio de terceiros para concretizar o processo de votação com plena segurança.

Jairo Nicolau (2012, p. 135-136) reconhece, inclusive, que um dos avanços da urna eletrônica consiste nessa confirmação visual do voto por meio da imagem do candidato:

Dois dispositivos da urna eletrônica facilitaram, particularmente, o voto dos eleitores de baixa escolaridade: o uso de um teclado cujos números têm a mesma disposição dos teclados telefônicos e a apresentação da fotografia do candidato na tela após a digitação do seu número. Esse aspecto é importante de ser considerado já que o Brasil nunca utilizou uma cédula que contivesse fotografias e imagens que facilitam a escolha do eleitor.

Essa situação é mais grave do que o panorama que antecedia o voto eletrônico, oportunidade em que os eleitores poderiam valer-se de instrumentos mecânicos (normógrafos) que auxiliassem o exercício do voto, como cartões perfurados com o número ou o nome do candidato que eram apostos sobre a cédula oficial e preenchidos¹²; na urna eletrônica é impossível o auxílio de tais petrechos, como demonstra Gomes (2012, p. 492). Ademais, no caso dos deficientes visuais, havia

¹¹ Nesse sentido, salutar a lembrança de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 685): "A preservação do voto livre e secreto obriga o Estado a tomar inúmeras medidas com o objetivo de oferecer as garantias adequadas ao eleitor, de forma imediata, e ao próprio processo democrático".

¹² Alberto Rollo, João Fernando Lopes de Carvalho, Alberto Luis Rollo, Alexandre Rollo e Arthur Rollo (2010, p. 215) possuem entendimento diverso, alegando que o uso de qualquer instrumento que sirva de molde ou decalque pelo eleitor pode representar uma ameaça severa ao sigilo do voto se o molde for devolvido ao candidato posteriormente e, também, durante a apuração com o surgimento de cédulas que representem verdadeiros espelhos do normógrafo.

cédulas especiais em braile, o que é impossível de ocorrer na hipótese de se estabelecer a necessidade de confirmação do voto impresso, vez que o acesso do eleitor ao comprovante é estritamente visual.

Desse modo, a certeza de correção do voto representada pela imagem do candidato (para o analfabeto) e pela repetição do nome do escolhido por meio de fones de ouvido (para o deficiente visual) torna-se inócua frente à incerteza do que consta do cartão impresso e da exigência de sua conferência para validação do sufrágio.

O voto impresso criaria, também, a possibilidade de um eleitor inescrupuloso afirmar que os dados impressos no comprovante seriam diversos dos dados digitados na urna eletrônica. Nessa situação, seria criado um impasse insolúvel que poderia desacreditar o sistema e toda uma eleição produzindo uma série de eventos em cascata, que serviriam, por exemplo, a um candidato que se ache em desvantagem nas sondagens eleitorais.

Por fim, há um problema de ordem técnica: se uma das impressoras apresentasse algum problema durante a votação, o que não raro ocorre, o técnico da Justiça Eleitoral, a fim de realizar os necessários reparos e permitir a continuidade da votação, precisaria abrir o compartimento em que estavam alojados os votos já impressos e acabaria rompendo o sigilo da votação, mormente do derradeiro eleitor.

A adoção de medidas de tal natureza estaria justificada se não houvesse outros mecanismos de auditoria das urnas eletrônicas, contudo, existem protocolos rigorosos de auditoria individual e aleatória do sistema eletrônico de votação como: o registro digital do voto, a verificação pré e pós, conferência de *hashs* e a votação paralela.

Nesse sentido, não emergem justificativas plausíveis, especialmente diante da inexistência de elementos incontestáveis da ocorrência de qualquer fraude no sistema eletrônico de votação brasileiro, que levem a ressuscitar um procedimento que além de dispendioso economicamente trará ameaças reais a princípios basilares do direito ao sufrágio, como o são o sigilo e a segurança.

4.2 Vedação do retrocesso e voto impresso

De início, é necessário sublinhar que a modificação do artigo 59-A da Lei das Eleições pela Lei nº 13.165/2015 não significa para os direitos políticos, especialmente para o direito ao sufrágio e ao sigilo do voto, a perda da regulamentação ou a diminuição da sua eficácia jurídica e social, o que inviabilizaria seu exercício na prática.

Na realidade, o direito fundamental à participação ativa no processo político persiste hígido, contudo, sofre uma ameaça importante ao seu caráter sigiloso e à isonomia no seu exercício pelos eleitores. Isso, por si só, já seria mais que suficiente para determinar o caráter inconstitucional do voto impresso no Brasil¹³.

Esses argumentos são suficientes para enfraquecer a defesa da aplicabilidade ao caso em comento do princípio da vedação do retrocesso nos moldes abordados pela Ministra Cármen Lúcia quando julgou a ADI nº 4.543. Conforme Luis Roberto Barroso (2002, p. 158-159):

[...] uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque a efetividade da norma, que foi alcançada com sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior.

Esse quadro fático pode produzir uma inadequada confusão terminológica, por isso, é imperioso sublinhar que o retrocesso no sentido de simples produção de prejuízo, de retorno a um quadro inadequado não pode, sem maiores verificações, ser confundido com o princípio constitucional da vedação do retrocesso que, como verificado alhures, refere-se à gênese de uma norma que, retirando a regulamentação de um direito fundamental, atinja de morte sua eficácia.

¹³ Posicionamento defendido pelo Ministro Gilmar Mendes (2011, p. 50) em seu voto, *in verbis*: "Desse modo, entendo que o fundamento [para declarar a inconstitucionalidade da norma] é exclusivamente constitucional quanto ao sigilo do voto e aos riscos aqui existentes".

No caso analisado, a gênese do voto impresso não significará em nenhum sentido a destruição do exercício do voto; representará, sim, a sedimentação de uma realidade retrógrada e preconceituosa que não coaduna com a modernidade do sistema eletrônico de votação e com a independência que os eleitores almejam hodiernamente.

A defesa desse posicionamento não significa uma adesão incondicionada ao posicionamento do Ministro Gilmar Mendes. Na realidade, o voto do ministro, naquela ocasião, é lapidar por demonstrar claramente a desnecessidade de maiores perorações para reconhecer o evidente prejuízo para a democracia e para o direito ao sufrágio com a adoção do voto impresso. A simples possibilidade de afronta ao sigilo do voto já é mácula suficiente para contaminar a norma com a eiva da inconstitucionalidade.

Contudo, não se pode chegar ao extremo de minorar o alcance do princípio da vedação do retrocesso sob o argumento de que significaria a constitucionalização de normas de caráter infraconstitucional, produzindo um aumento desmesurado do bloco de constitucionalidade. Em verdade, há que se reconhecer que, como ocorre com todos os princípios constitucionais, o intérprete deve valer-se da necessária temperança no instante de sua utilização em casos concretos, esta racionalidade interpretativa é o freio que coíbe qualquer abuso. Assim, é certo que não se pode, a pretexto de preservar o modelo de controle de constitucionalidade, esvaziar o conteúdo de um princípio constitucional.

5 Considerações finais

A análise crítica do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543 é valorosa como mecanismo de observação da democracia brasileira, especificamente no que refere ao exercício do direito ao sufrágio pelos cidadãos, servindo como parâmetro para a verificação da constitucionalidade da Lei nº 13.165/2015. Mesmo após mais de uma década de uso exitoso das urnas eletrônicas, ainda perduram dúvidas acerca de sua segurança e confiabilidade. Essas inquietações foram suficientes para fomentar a criação de lei ordinária que cria (ou recria) o voto impresso no Brasil.

O debate acerca do tema movimentou o Supremo Tribunal Federal, não quanto ao mérito, vez que os ministros foram unânimes em reconhecer a inconstitucionalidade da norma, mas especificamente no que refere aos argumentos cabíveis para justificar tal posicionamento.

Ainda que seja impossível negar o caráter retrógrado e nocivo da medida, a adoção do voto impresso não se enquadra nas hipóteses que podem ser limitadas pelo princípio da vedação do retrocesso. Isso se deve ao fato de a impressão do voto não representar, em nenhum nível, ameaça à existência e eficácia do voto.

Contudo, isso não significa que a inconstitucionalidade do dispositivo não possa ser reconhecida. Na realidade, os defeitos inafastáveis da norma decorrem de suas ameaças concretas ao sigilo do voto e ao direito de voto universal dos analfabetos e portadores de deficiência visual. Esses impasses são mais que suficientes para a configuração do vício insanável que exige o afastamento da norma do ordenamento jurídico brasileiro.

Referências

AMORIM, Paulo Henrique; PASSOS, Maria Helena. *Plim-Plim: a peleja de Brizola contra a fraude eleitoral*. São Paulo: Conrad, 2005.

ARAGÃO, Murilo. *Reforma política: o debate inadiável*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.543*. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543 com pedido de medida cautelar. Rel. Ministra Cármen Lúcia. 19 out. 2011. Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6925215>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ações declaratórias de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade em julgamento conjunto*. Rel. Ministro Luiz Fux. 16 fev. 2012. Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento nº 598.212/PR*. Rel. Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 10 jun. 2013. Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Código eleitoral anotado e legislação complementar*. 10. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro; Renovar, 2002.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

CARVALHO, Volgane Oliveira. Voto dado, candidato eleito? In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Estudos Eleitorais*. Brasília, n. 8, v. 2, p. 93-110, maio/ago. 2013.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. 22. ed. Loyola: São Paulo, 2012.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

TAVARES, José Antônio Giusti. *A estrutura do autoritarismo brasileiro*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1982.

MIOZZO, Pablo Castro. *A dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil: uma análise hermenêutica*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NICOLAU, Jairo. *Eleições no Brasil: do Império aos dias atuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

_____. *História do voto no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PORTO, Walter Costa. *O voto no Brasil: da Colônia à 6ª República*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Top Books, 2002.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães; CICCIO FILHO, Alceu José. Reforma política, fidelidade partidária e a crise do sistema representativo brasileiro. In: *Anais do XVII Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROLLO, Alberto et al. *Eleições no direito brasileiro: atualizado com a Lei nº 12.034/2009*. São Paulo: Atlas, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista TST*, Brasília, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.