

Thomaz: Regra da anterioridade eleitoral e PEC do voto impresso

O acalorado debate da implantação do voto impresso — rastro de papel — ganhou fôlego com a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 135, de autoria da deputada Bia Kicis (PSL-DF), em tramitação desde 13/9/2019. A PEC 135/19, aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e em análise, desde 12/5/2021, na Comissão Especial.



A primeira experiência de voto impresso ocorreu por força da

Lei 10.408/02, que determinava a impressão de votos em 3% das urnas de cada zona eleitoral com, no mínimo, três urnas por município. A lei estabelecia a implementação do voto impresso, de forma paulatina, já no pleito ocorrido no ano de sua publicação. Dessa forma, em 5% das urnas — distribuídas em todos os entes federativos — houve a impressão dos votos nas eleições de 2002. No Distrito Federal e em Sergipe, todas as urnas contaram com módulo de impressão externo. Em relatório divulgado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), foram constatados diversos transtornos e problemas técnicos decorrentes do voto impresso [\[1\]](#). Diante da experiência aparentemente mal-sucedida, a Lei 10.740/03 revogou a exigência do voto impresso.

Posteriormente, a Lei 12.034/09 ressuscitou a medida para 2% das urnas de cada zona eleitoral — mínimo de três urnas por município — para as eleições de 2014. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.543, em 6/11/2013, declarou, por unanimidade, a inconstitucionalidade da lei. O voto da relatora, ministra Cármen Lúcia, apontou a inconstitucionalidade da norma por violação do sigilo do voto, previsto como cláusula pétrea (CRFB, artigo 14, *caput*, e artigo 60, §4º, II). Entendeu-se que a assinatura eletrônica que deveria constar no voto impresso seria a do eleitor. Contudo, ao que tudo indica, a assinatura eletrônica referia-se à da urna eletrônica, e não a do eleitor, como informado em manifestação do Senado Federal. A própria lei inquinada de inconstitucional expressamente evocava o sigilo do voto. Ademais, a Lei das Eleições (L. 9.504/97), no artigo 59, §4º, com redação conferida em 2003, estabelece que a urna eletrônica contará com assinatura eletrônica, a fim de identificar cada voto com a respectiva urna, assegurado o anonimato do eleitor.

Por fim, a Lei 13.165/15 previu o voto impresso, em todas as urnas, para as eleições de 2018. O TSE, em 1º/3/2018, editou a Resolução 23.521, em que regulamentou o voto impresso, prevendo o sigilo da votação. O STF, em 6/6/2018, no bojo da ADI 5.889, por maioria, concedeu liminar para suspender a eficácia da previsão do voto impresso. Em julgamento definitivo, concluído virtualmente em 14/9/2020, o STF declarou, por unanimidade, a inconstitucionalidade da norma. A *ratio decidendique* restou vencedora foi a defendida pelo ministro Alexandre de Moraes, ao entender que a lei violaria o sigilo da votação. No voto do ministro Alexandre de Moraes — e nos demais votos que o sufragaram — não se demonstrou, de modo convincente, por que a lei violaria o sigilo do voto. Ressalte-se que o relator, ministro Gilmar Mendes, entendia que a lei não violaria o sigilo do voto. O relator atribuía a pecha de inconstitucionalidade porque a lei não estabeleceu de modo gradual — ao longo do tempo e de acordo com as possibilidades e capacidade orçamentária do TSE — a imposição do voto impresso. O relator, a despeito de ressaltar a sua posição, ao final, aderiu à fundamentação esposada pelo ministro Alexandre de Moraes. Os demais fundamentos veiculados na decisão — *obiter dicta* — seriam de conveniência acerca da implantação do voto impresso, mais afeitos ao juízo político do parlamento, e não do Judiciário (na linguagem de Dworkin, seriam argumentos de *policy*, e não de *principle*) [2].

Cabe ressaltar que foge ao escopo deste artigo adentrar na análise da conveniência do voto impresso. Há quem defenda que o voto impresso agregaria maior segurança e confiabilidade à votação eletrônica no Brasil. Além disso, no modelo atual não seria possível perquirir-se, de modo satisfatório, por meio de auditoria, acerca da lisura das eleições. Os únicos países que adotariam a votação eletrônica sem voto impresso seriam — além do Brasil — Bangladesh e Butão [3]. Por outro lado, a implementação do voto impresso seria altamente dispendiosa e careceria de provas de existência de fraudes nas eleições que justificasse tamanho investimento. Ademais, o voto impresso poderia abrir novas possibilidades de fraudes, tornando o sistema de votação mais vulnerável e menos confiável do que é atualmente [4].

A deputada Bia Kicis justificou a defesa do voto impresso por meio de emenda constitucional no desiderato de evitar, no âmbito do STF, declaração de inconstitucionalidade da norma, a exemplo do que ocorreu com as duas últimas leis acima examinadas.

A PEC 135/19 possui a seguinte redação:

"O artigo 14 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 12:

Artigo 14 —

(...)

§12. No processo de votação e apuração das eleições, dos plebiscitos e dos referendos, independentemente do meio empregado para o registro do voto, é obrigatória a expedição de cédulas físicas conferíveis pelo eleitor, a serem depositadas, de forma automática e sem contato manual, em urnas indevassáveis, para fins de auditoria".

A redação da PEC 135/19 não difere, de modo substancial, em relação à Lei 13.165/15, que foi julgada inconstitucional, na ADI 5.889, pelo STF, no ano passado.

Cabe o exame da PEC 135/19 sob a óptica da regra da anterioridade eleitoral (anualidade eleitoral), encapsulada no artigo 16 do texto constitucional, que assim estabelece: "*A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência*" [5].

Cumpra aqui discutir se o voto impresso poderia ser implantado nas próximas eleições gerais, pois a PEC 135/19 — caso aprovada — provavelmente não entrará em vigor antes de 9/10/2021.

A anterioridade eleitoral é comumente apresentada como princípio constitucional. Contudo, defendo que, em verdade, trata-se de regra, e não de princípio [6]. Encontra-se tal confusão em demais regras constitucionais correntemente catalogadas como princípios, como a regra da legalidade penal (CRFB, artigo 5º, XXXIX) e a regra da anterioridade tributária (CRFB, artigo 150, III, "b").

Nos termos do artigo 16, qualquer lei que alterar o processo eleitoral não se aplicará à eleição que ocorra até um ano da data da sua vigência, não havendo margem para perquirir-se acerca da aplicação da regra a partir das possibilidades fáticas e jurídicas concretas, tampouco ponderar-se a norma extraída do texto com outros princípios constitucionais [7].

Destarte, resta superada a visão expressa no voto do ministro Sydney Sanches, na ADI 354, julgada em 24/9/1990, de que a anterioridade eleitoral somente incidiria caso a alteração do processo eleitoral fosse casuística e condenável do ponto de vista ético. Verifica-se aqui a visão da anterioridade eleitoral como princípio, que deveria ser confrontado com a realidade fática e sopesado com demais princípios constitucionais para, então, determinar-se — ou não — a sua incidência. O ministro Sepúlveda Pertence, na ocasião, manifestou posição contrária, aderindo à concepção da anterioridade eleitoral como regra.

Ora, a alteração do processo eleitoral a menos de um ano das eleições já foi previamente definida, pelo constituinte originário, como sendo casuística e eticamente condenável, não restando margem para tal indagação pelo judiciário.

No julgamento do RE 633.703, em 23/3/2011, que representou nova interpretação do artigo 16, o voto do ministro Luiz Fux delineou, de modo proficiente, a anterioridade eleitoral como regra. Assim, veda-se ao julgador adentrar nas razões que motivaram o legislador constituinte a editar a regra da anterioridade eleitoral, no intuito de definir se tais razões estariam ou não presentes no caso concreto. Cabe simplesmente ao julgador verificar se a lei alterou o processo eleitoral. No mesmo sentido, o voto do ministro Gilmar Mendes, que fez referência à "aplicação objetiva" da anterioridade eleitoral.

O artigo 16, por se tratar de texto, carece de interpretação para que o julgador possa dele extrair a norma aplicável. No caso, o texto contém duas expressões sujeitas a divergências interpretativas: "lei" e "processo eleitoral".

O STF, no julgamento da ADI 3.685, em 22/3/2006, fincou o entendimento de que o vocábulo "lei" contido no artigo 16 corresponde a qualquer espécie normativa de caráter autônomo, geral e abstrato. Consagrou-se a anterioridade eleitoral como cláusula pétrea. Assim, a PEC 135/19 estaria sujeita, caso aprovada, ao controle de constitucionalidade com fulcro na regra da anterioridade eleitoral.

O significado de "processo eleitoral" reveste-se de maior complexidade [8]. No mencionado RE 633.703, o STF reafirmou jurisprudência contida nas ADI 354 (votos vencidos), ADI 3.345, ADI 3685, ADI 3.741 e ADI 4.307-MC, inaugurando nova fase interpretativa do artigo 16, base para a busca do conceito de processo eleitoral [9].

A anterioridade eleitoral passa a ser vislumbrada como garantia do devido processo eleitoral, que encarna os aspectos temporal e material.

No aspecto temporal, o devido processo eleitoral decompõe-se nas fases pré-eleitoral, eleitoral e pós-eleitoral. A fase pré-eleitoral decorre da definição do domicílio eleitoral, filiação, convenção partidária e definição dos candidatos. A fase eleitoral flui do início ao encerramento da votação. A fase pós-eleitoral compreende a apuração (totalização) dos votos até a diplomação dos eleitos.

No aspecto material, o devido processo eleitoral abarca o complexo de relações jurídicas estabelecidas entre o eleitor, os partidos políticos, as coligações partidárias e os candidatos, no desiderato de garantir a efetividade dos direitos políticos.

A simples ocorrência de lei que altere o processo eleitoral não acarreta, *ipso facto*, a incidência da anterioridade eleitoral. Na esteira da jurisprudência do STF, deve-se agregar como requisitos a violação do princípio da segurança jurídica, da proteção das minorias e da igualdade de chances. Em síntese, as regras do jogo não podem ser alteradas após o início do jogo para que majorias parlamentares eventuais empecem a igualdade de chances das minorias.

O que o legislador constituinte visou a proteger não foi o processo eleitoral em si, mas a violação da igualdade de chances entre os contendores no prélio eleitoral [10]. Desse modo, não basta atestar que a lei alterou o processo eleitoral. Deve-se acrescentar a indagação se tal lei afetou a igualdade de chances.

A PEC 135/19 insere-se no conceito de lei do artigo 16, bem como enquadra-se no conceito de processo eleitoral temporal (fase pós-eleitoral) e material (íntegra o complexo de relações do devido processo eleitoral). Contudo, a PEC 135/19 não afeta a igualdade de chances e, assim, não deverá submeter-se — caso aprovada — à regra da anterioridade eleitoral, nos moldes do que ocorreu à época da edição da Lei 10.408.

De qualquer sorte, embora a PEC 135/19 não deva submeter-se à anterioridade eleitoral, parece improvável que seja possível implantar, para o próximo ano, a impressão de votos na totalidade das urnas do país, em razão das dificuldades técnicas, logísticas e orçamentárias.

[1] www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Fevereiro/serie-voto-impreso-primeira-experiencia-com-impresao-do-voto-foi-nas-eleicoes-de-2002.

[2] *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 90.

[3] <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/06/so-brasil-bangladesh-e-butao-usam-urna-eletronica-sem-comprovante-do-voto-impresso.shtml>.

[4] https://secure.avaaz.org/community_petitions/po/sociedade_manifesto_dos_servidores_da_justica_eleitoral.

[5] Redação conferida pela Emenda Constitucional 4, de 1993.

[6] A diferença entre regras e princípios está bem delineada nas teorias de Robert Alexy (*Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008) e Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*. Op. cit.). Uma síntese das teorias pode ser encontrada em: SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, nº 1, p. 607-630, janº/junº 2003.

[7] Na defesa da anterioridade eleitoral como regra: "Em razão da sua fundamentalidade formal e material para a ordem jurídica do Direito Político-Eleitoral, convencionou-se denomina-la de princípio da anualidade ou da anterioridade eleitoral, apesar de apresentar estrutura normativa de regra, com condições de aplicação bem delimitadas, que fornecem razões peremptórias para sua incidência nos casos concretos. Dessa forma, ela não se submete, pelo menos em princípio, a ponderações com outros valores e princípios constitucionais que visem relativizá-la ou afastá-la em circunstâncias especiais" (VALE, André Rufino do. A Garantia Fundamental da Anterioridade Eleitoral: algumas reflexões em torno da interpretação do artigo 16 da Constituição. *Estudos Eleitorais*, Brasília, v. 6, nº 2, p. 80, maio/ago 2011). No mesmo sentido: CYRINEU, Rodrigo Terra. *Precedentes Eleitorais na Dimensão da Previsibilidade*: da regra da anualidade ao princípio da anterioridade eleitoral. Dissertação (mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Direito Público, Escola de Direito de Brasília. Brasília, p. 107. 2018; VITT, Matte William; ÁVILA, Ana Paula. Quando um ‘princípio’ não se comporta como um princípio: questões sobre a leitura da cláusula da anualidade eleitoral e a mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 53, nº 209, p. 219-235, janº/mar. 2016).

[8] A busca de um conceito de processo eleitoral com fulcro na teoria do direito processual pode ser encontrada em: MINAMI, Marcos Youji. *Do Conceito de Processo Eleitoral Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2013. GRESTA, Roberta Maia. *Teoria do Processo Eleitoral Democrático*: a formação dos mandatos a partir da perspectiva da cidadania. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2019.

[9] As diferentes fases do conceito de processo eleitoral na jurisprudência do STF são sintetizadas pelos seguintes autores: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. posição 712-723. STUDART, Paulo Henrique de Mattos. O Princípio da Anualidade e as Modificações na Interpretação do Direito Eleitoral pelo Poder Judiciário. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito da Universidade Federal de

Minas Gerais. Belo Horizonte, p. 2016. p. 90-114. PICERNI, Ícaro Franco. *A (In) Aplicabilidade da Anterioridade Eleitoral à Mudança da Jurisprudência Eleitoral: uma questão de segurança jurídica à mudança da jurisprudência eleitoral*. Monografia (Graduação em Direito) — Escola de Direito de Brasília. Brasília, p. 27-46. 2016.

[10] No mesmo sentido: VALE, André Rufino do. Op. cit. p. 99; MINAMI, Marcos Youji. Op. cit. p. 122-123.

Date Created

06/07/2021