

VEDAÇÃO DO RETROCESSO E DIREITOS POLÍTICOS: ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.543

INTERDICTION OF RETROCESSION AND POLITICAL RIGHTS: ANALYSIS OF DIRECT ACTION FOR UNCONSTITUTIONALITY Nº 4.543

VOLGANE OLIVEIRA CARVALHO¹

RESUMO

O presente estudo destina-se a realizar uma análise crítica da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543 que ataca dispositivo da Lei nº 12.034/2009 criador do voto impresso no Brasil. Para cumprir o objetivo proposto partir-se-á da análise dos votos dos Ministros Cármen Lúcia (relatora) e Gilmar Mendes, que, embora, concordassem no mérito, divergiram nos argumentos utilizados para reconhecer a inconstitucionalidade da norma. Os debates acerca da adequação de tal dispositivo ao ordenamento jurídico brasileiro gravitaram, especialmente, em torno da possibilidade do uso do princípio da vedação do retrocesso em sede de direitos políticos e de sua aplicabilidade à espécie. Na verdade, a maioria da doutrina reconhece a possibilidade da aplicação desse princípio para todos os direitos fundamentais, rechaçando qualquer limitação. Isto não significa, entretanto, que a vedação do retrocesso possa ser utilizada para justificar a impossibilidade de adoção do voto impresso no Brasil. 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: ADI nº 4.543; Voto impresso; Vedação do retrocesso.

ABSTRACT

The current study means to carry out a critical analysis of the Federal Supreme Court's decision rendered in the Direct Action for Unconstitutionality nº 4.543, which attacks provision of the Law nº 12.034/2009 originator of the printed vote in Brazil. 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. The debates on the adequacy of this provision to the Brazilian legal system gravitated, especially, toward the possibility of using the principle of interdiction of retrocession in political rights and its applicability to the sort. Actually, most part of the doctrine recognizes the possibility of applying this principle to all fundamental rights, repulsing any limitation. It does not mean, however, that the interdiction of retrocession may be used to justify the possibility of adoption of printed vote in Brazil. 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: ADI (Direct Action for Unconstitutionality) nº 4.543; Printed vote; Interdiction of retrocession.

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal foi instado, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.543, a manifestar-se sobre a adequação ao ordenamento jurídico brasileiro de dispositivo previsto no artigo 5º da Lei nº 12.034/2009 que, alterando a Lei das Eleições, recriava a figura do voto impresso no Brasil.

Inicialmente, o Tribunal pronunciou-se no julgamento de Medida Cautelar que pretendia suspender provisoriamente a eficácia da norma impugnada, garantindo a inaplicabilidade da mesma nas Eleições Municipais de 2012. Esta decisão intermediária é o objeto de análise do presente trabalho. 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), sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito inaugurado com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Neste quadrante, foram objeto de especial debate os posicionamentos diametralmente opostos apresentados pelos Ministros Cármen Lúcia (Relatora do processo) e Gilmar Mendes. O dissenso formado entre ambos centrava-se na possibilidade, ou não, de utilização do princípio da vedação do retrocesso na espécie, ou de modo mais amplificado, no âmbito dos direitos políticos. A dissonância entre os Ministros, entretanto, não os impediu de concordarem com o mérito da questão, mas serviu para fomentar um debate principiológico valoroso.

O presente estudo pretende perscrutar os argumentos utilizados pelos Ministros da mais alta corte judicial brasileira que confirmam ou rechaçam a possibilidade de utilização do princípio da vedação do retrocesso em sede de direitos políticos. Concomitantemente, busca-se verificar a adequação constitucional à existência de um sistema de coleta de votos impressos no ordenamento jurídico brasileiro.

1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.345: A ETERNA LUTA CONTRA A FRAUDE ELEITORAL

A Lei nº 12.034/2009, unida como uma das infundáveis reformas parciais do sistema eleitoral brasileiro, ressuscitou a ideia de conjugar-se ao sistema eletrônico de votação, e ao registro digital do voto², mecanismos físicos de registro dos sufrágios materializados através 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 na 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 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 brasileiro³ 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 disto, 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. Nesta 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, inclusive, à própria existência das urnas eletrônicas e decorre, em grande medida, da fraude eleitoral identificada nas eleições estaduais de 1982 no estado do Rio de Janeiro, quando o Tribunal

² 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.

³ É inolvidável 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.

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. (AMORIM; PASSOS 2005)

O desbaratamento desta 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 (CARVALHO, 2013).

Neste 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 destes 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, contudo, ainda não julgou em definitivo a ação. Conquanto a decisão tenha sido unânime alguns dos argumentos utilizados pelos ministros precisam ser analisados mais amiúde, por serem completamente díspares.

1.1 MINISTRA CÁRMEM LÚCIA

Relatora do processo, a ministra Carmem 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 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. Neste 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.

1.2 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, contudo, não corrobora 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 considerarmos 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, neste caso, serviria como um esgaçamento 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 conseqüências nefastas, vez que acabaria por impedir a alteração destas normas elevando-as quase a um patamar constitucional e,

consequentemente, redundaria, de forma temerária, em um engessamento do espectro de atuação do Poder Legislativo.

2 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 portugueses⁴, na maior parte deste 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, este 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 aos grupos políticos mais poderosos e seus modelos de pressão social (CARVALHO, 2011). 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 nasce, entre outras missões, com o escopo de solucionar satisfatoriamente este conflito concentrando, concomitantemente, a segurança almejada pelo eleitor e o necessário bloqueio às fraudes (NICOLAU, 2004). 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 (PINTO, 2010).

⁴ Segundo Walter Costa Porto (2002) já ocorriam eleições para as Câmara Municipais de algumas vilas do Brasil Colônia na primeira metade do século XVI.

2.1 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. Em primeiro lugar porque o simples fato de surgir um número de controle associado a um voto permitiria a posterior conferência dos mesmos e abriria uma possibilidade real de retornar-se ao nefasto período do voto de cabresto, afrontando audaciosamente o sigilo do voto, elevado na Constituição de 1988, à dignidade de cláusula pétrea⁵.

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 através 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.

Esta 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 nome do candidato que eram apostos sobre a cédula oficial e preenchidos⁶; na urna eletrônica é impossível o auxílio de tais petrechos (GOMES, 2012). Ademais, no caso dos deficientes visuais, havia cédulas especiais em braile, o que é impossível de ocorrer na hipótese de se estabelecer a

⁵ 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”.

⁶ Alberto Rollo, João Fernando Lopes de Carvalho, Alberto Luis Rollo, Alexandre Rollo e Arthur Rollo (2010) possuem entendimento diverso, alegando que o uso de qualquer instrumento que sirva de molde ou decalque pelo eleitor pode representava 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.

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 através do uso 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.

Por fim, o voto impresso criaria a possibilidade de um eleitor inescrupuloso afirmar que os dados impressos no comprovante serem diversos dos dados digitados na urna eletrônica. Nesta 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.

A adoção de medidas de tal natureza estaria justificada se não houvessem 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-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.

3 DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO

O princípio da vedação do retrocesso foi utilizado no voto da ministra Carmem Lúcia como vetor interpretativo apto a justificar a impropriedade da adoção de um sistema de impressão do voto conjugado à urna eletrônica. A menção ao princípio desencadeou um acurado debate, capitaneado pelo ministro Gilmar Mendes, acerca da natureza do princípio e sua viabilidade na espécie.

3.1 PANORAMA CONCEITUAL

A formatação de um conceito adequado para o princípio da vedação do retrocesso passa, necessariamente, pela sua associação a outros princípios constitucionais como a segurança jurídica e a princípios de interpretação como a supremacia da constituição⁷. Esta necessidade decorre do fato de tratar-se de um princípio constitucional implícito⁸ formatado progressivamente com o auxílio das técnicas de hermenêutica.

Nesse sentido, poder-se-ia afirmar que a vedação do retrocesso é a proibição de o legislador revogar ou restringir normas que regulamentam direitos fundamentais, criando um vácuo legislativo; em outras palavras, a redução de conquistas alcançadas pelos cidadãos através da mudança das regras vigentes em um determinado ordenamento jurídico.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 121):

Se tomarmos a ideia da proibição de retrocesso em um sentido amplo, significando toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não) constata-se, em termos gerais, que, embora nem sempre sob este rótulo, tal noção já foi, em maior ou menor medida, recepcionada no âmbito do constitucionalismo latino-americano.

Tem-se, portanto, a consolidação progressiva do princípio não apenas no ordenamento brasileiro, mas também em outros países como Portugal e Alemanha. Ademais, a consequência direta do reconhecimento da vedação do retrocesso é a declaração de inconstitucionalidade das normas que pretendem atingir a concretização dos direitos fundamentais.

[...] o que a eficácia vedativa do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação das normas que, regulamentando o princípio, concedem ou ampliam direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. A ideia é que a revogação de um direito, já incorporado como efeito próprio do princípio constitucional, o esvazia e viola, tratando-se, portanto, de uma ação inconstitucional. (BARCELLOS, 2002, p. 68-69)

Nesse sentido, é muito comum que o Judiciário se socorra do princípio da vedação do retrocesso em processos de controle de constitucionalidade, buscando a preservação da *mens legis* através da concretização dos direitos previsto *in abstracto* no texto constitucional.

⁷ Segundo Sarlet (2012) o princípio da proibição do retrocesso decorre dos seguintes princípios: Estado democrático e social de Direito, dignidade da pessoa humana, máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais e proteção da confiança.

⁸ Pablo Castro Miozzo (2010) entende que o princípio da vedação do retrocesso está plasmado no artigo 3º, II da Constituição. Segundo o autor a busca pelo progresso nacional estampada na Constituição, traz em seu bojo a proibição de qualquer retrocesso. Assim, o princípio da vedação de retrocesso estaria explícito no texto constitucional.

3.2 DA (IN)APLICABILIDADE AOS DIREITOS POLÍTICOS

O princípio da vedação do retrocesso é comumente associado apenas aos direitos sociais, contudo, a moderna hermenêutica constitucional impede que viceje esta interpretação, por apresentar-se demasiado restritiva e, em última instância prejudicial ao cidadão. Esta é a opinião de Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 126) que defende que o princípio da vedação do retrocesso não esteja adstrito apenas aos direitos sociais:

Que não estamos diante de um fenômeno que se manifesta apenas na seara dos direitos fundamentais sociais (o que, considerando uma acepção ampla da proibição de retrocesso, já deflui da proteção outorgada aos direitos adquiridos em geral e à proteção com base nas assim denominadas “cláusulas pétreas” da Constituição) igualmente merece destaque.

O mesmo posicionamento pode ser colhido de inúmeros outros doutrinadores, que manifestam posição expressamente favorável à amplitude da interpretação do princípio⁹ ou simplesmente quedam-se inertes na explicitação de quaisquer limites que devam ser considerados no momento de sua aplicação¹⁰.

Nessa toada, não se pode imaginar, por inúmeras razões, que apenas os direitos sociais merecem ser preservados do nefasto espectro da ausência de regulamentação, contudo, o argumento mais contundente é aquele que aponta para a autoevidente inexistência de hierarquia entre os direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro. Desse modo, todos os direitos precisam ser igualmente preservados e concretizados e qualquer ameaça a este plano merece ser rechaçado.

Embora a sua aplicabilidade no âmbito de todos os direitos fundamentais seja plenamente possível, não se pode negar que é muito mais comum o manejo de tal princípio para preservar direitos que possuam natureza social. Mesmo diante deste quadro existem decisões valiosas do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a possibilidade de manejo do princípio em diferentes casos¹¹.

Ademais, no julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578 o Supremo Tribunal Federal reconheceu

⁹ Por todos, cite-se BARROSO (2002).

¹⁰ Por todos, cite-se DERBLI (2007).

¹¹ No julgamento do Agravo de Instrumento 598.212/PR o Supremo Tribunal Federal reconheceu a aplicação do princípio da vedação do retrocesso social para a defesa de direitos individuais (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013).

a possibilidade abstrata de aplicação do princípio da vedação do retrocesso para a preservação de direitos políticos, muito embora, tenha negado a aplicabilidade ao caso em discussão. Tratava-se, no momento, da análise da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa e, entre outros aspectos, de sua influência sobre o princípio constitucional da presunção de inocência.

É de se imaginar que, diante da perspectiva de restrição, pela Lei Complementar nº 135/10, do alcance da presunção de inocência à matéria criminal, seja eventualmente invocado o princípio da vedação do retrocesso, segundo o qual seria inconstitucional a redução arbitrária do grau de concretização legislativa de um direito fundamental – *in casu*, o direito político de índole passiva (direito de ser votado). (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012)

Verifica-se, portanto, a existência de posicionamentos claros do STF confirmando o entendimento majoritário entre os doutrinadores e não permitindo a criação de quaisquer barreiras interpretativas à aplicação do princípio da vedação do retrocesso aos direitos individuais, de nacionalidade e políticos.

3.3 VEDAÇÃO DO RETROCESSO E VOTO IMPRESSO

Amealhar argumentos que comprovem a aplicabilidade do princípio da vedação do retrocesso aos direitos políticos não é suficiente para confirmar a possibilidade de seu manejo no caso específico da ADI nº 4.543. É imperioso que se realize uma análise minuciosa do caso para que se possa chegar a uma conclusão adequada.

De início é necessário sublinhar que a entrada do artigo 5º da Lei nº 12.034/2009 no ordenamento jurídico brasileiro, não significaria 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 persistiria hígido, contudo, sofreria uma ameaça importante ao seu caráter sigiloso e à isonomia no seu exercício pelos eleitores. Isto, por si só, já seria mais que suficiente para determinar o caráter inconstitucional do voto impresso no Brasil¹².

¹² 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”.

Estes argumentos são suficientes para enfraquecer a defesa da aplicabilidade ao caso em comento do princípio da vedação do retrocesso nos moldes abordados pela Ministra Carmem Lúcia em seu voto. 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 isto, é imperioso sublinhar que o retrocesso no sentido de simples produção de prejuízo, de retorno a um quadro inadequado não pode, sem verificações mais aprofundadas, 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.

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 deste posicionamento não significa uma adesão incondicionada ao posicionamento do Ministro Gilmar Mendes. Na realidade, o voto do Ministro é lapidar por demonstrar claramente a desnecessidade de maiores perorações para reconhecer o evidente prejuízo para a democracia e ao 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.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise crítica do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543 é valorosa como mecanismo de observação democrática brasileira, especificamente no que refere ao exercício do direito ao sufrágio pelos cidadãos. Mesmo após mais de uma década de uso exitoso das urnas eletrônicas, ainda perduram dúvidas acerca de sua segurança e confiabilidade. Estas 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. Neste diapasão, foi intensa a discussão acerca da aplicabilidade do princípio constitucional da vedação do retrocesso no âmbito dos direitos políticos (ou fora da seara dos direitos sociais). A definição de que o manejo do princípio não pode sofrer limitações é um importante avanço na defesa dos direitos fundamentais genericamente considerados.

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.

Em suma, pode-se dizer que o posicionamento da Ministra Cármen Lúcia defendendo o manejo do princípio da vedação do retrocesso a fim de atacar a criação do voto impresso no ordenamento jurídico brasileiro não representaria uma unanimidade. Na realidade, parece mais coerente a postura do Ministro Gilmar Mendes que, ao afastar a aplicabilidade do preceito ao caso, reconhece que os vícios da Lei nº 12.034/2009 decorrem da afronta à cláusula pétreia do sigilo do voto e ao princípio da isonomia do exercício do voto.

Por outro lado, não se pode anuir inteiramente com o posicionamento do Ministro tendo em vista que, pretendendo preservar um núcleo de normas que servem de paradigma para o controle de constitucionalidade, acaba defendendo uma interpretação sobremaneira restritiva do princípio da vedação do retrocesso.

REFERÊNCIAS

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

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. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543. Constitucional. Eleitoral. Art. 5º da Lei n. 12.034/09: impressão de voto. Plausibilidade jurídica dos fundamentos postos na ação. Sigilo do voto: direito fundamental do cidadão. Vulneração possível da urna com o sistema de impressão do voto: inconsistências provocadas no sistema e nas garantias dos cidadãos. Inconstitucionalidade da norma. Cautelar deferida. Procurador-Geral da República. Órgão Julgador: Pleno. Relatora: Cármen Lúcia. Data do julgamento: 19/10/2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade em julgamento conjunto. Lei Complementar nº 135/10. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos. Inexistência de afronta à irretroatividade das leis: agravamento do regime jurídico eleitoral. Ilegitimidade da expectativa do indivíduo enquadrado nas hipóteses legais de inelegibilidade. Presunção de inocência (Art. 5º, LVII, da Constituição Federal): exegese análoga à redução teleológica, para limitar sua aplicabilidade aos efeitos da condenação penal. Atendimento dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Observância do princípio democrático: fidelidade política aos cidadãos. Vida pregressa: conceito jurídico indeterminado. Prestígio da solução legislativa no preenchimento do conceito. Constitucionalidade da lei. Afastamento de sua incidência para as eleições já ocorridas em 2010 e as anteriores, bem como e para os mandatos em curso. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29/DF. Partido Popular Socialista. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Luiz Fux. Data do julgamento: 16/02/2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Defensoria Pública. Implantação. Omissão estatal que compromete e frustra direitos fundamentais de pessoas necessitadas. Situação constitucionalmente intolerável. O reconhecimento, em favor de populações carentes e desassistidas, postas à margem do sistema jurídico, do “direito a ter direitos” como pressuposto de acesso aos demais direitos, liberdades e garantias. Intervenção jurisdicional concretizadora de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, inciso LXXIV, e art. 134). Legitimidade dessa atuação dos Juízes e Tribunais. O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público. A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado. A teoria das “restrições das restrições” (ou da “limitação das limitações”). Controle jurisdicional de legitimidade sobre a omissão do Estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais

(proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proibição insuficiente e proibição de excesso). Doutrina. Precedentes. A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa instituição da República. Recurso extraordinário conhecido e provido. Agravo de Instrumento nº 598.212/PR. Ministério Público do Estado do Paraná X Estado do Paraná. Decisão monocrática. Relator: Celso de Mello. Data do julgamento: 10/06/2013.

BRASIL. 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? **Estudos Eleitorais**, Brasília, n. 8, v. 2, p. 93-110, maio/ago 2013.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

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

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.

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 do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 111-156, out./dez. 2005.

_____. **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.