

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): A Procuradora-Geral da República propõe ação direta de inconstitucionalidade, buscando a declaração da inconstitucionalidade do art. 59-A da Lei 9.504/97, incluído pela Lei 13.165/15, de 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”.

Conforme o art. 12 da Lei 13.165/15, a impressão do registro do voto deveria ser implantada até “ a primeira eleição geral subsequente à aprovação desta Lei”.

O Plenário do STF, em 6 de junho de 2018, deferiu a medida cautelar pleiteada, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, suspendendo a eficácia do art. 59-A da Lei 9.504 com efeitos *ex tunc* . O acórdão restou assim ementado:

“CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. LEGITIMIDADE DO CONGRESSO NACIONAL PARA ADOÇÃO DE SISTEMAS E PROCEDIMENTOS DE ESCRUTÍNIO ELEITORAL COM OBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS DE SIGILOSIDADE E LIBERDADE DO VOTO (CF, ARTS. 14, 60, § 4º, II). MODELO HÍBRIDO DE VOTAÇÃO PREVISTO PELO ART. 59-A DA LEI 9.504/1997. POTENCIALIDADE DE RISCO NA IDENTIFICAÇÃO DO ELEITOR CONFIGURADORA DE AMEAÇA À SUA LIVRE ESCOLHA. CAUTELAR DEFERIDA COM EFEITOS EX TUNC. 1. A implementação do sistema eletrônico de votação foi valiosa contribuição para assegurar a lisura dos procedimentos eleitorais, mitigando os riscos de fraudes e manipulação de resultados e representando importante avanço na consolidação democrática brasileira. 2. A Democracia exige mecanismos que garantam a plena efetividade de liberdade de escolha dos eleitores no momento da

votação, condicionando a legítima atividade legislativa do Congresso Nacional na adoção de sistemas e procedimentos de escrutínio eleitoral que preservem, de maneira absoluta, o sigilo do voto (art. 14, caput, e art. 60, §4º, II, da CF). 3. O modelo híbrido de votação adotado pelo artigo 59-A da Lei 9.504/97 não mantém a segurança conquistada, trazendo riscos à sigilidade do voto e representando verdadeira ameaça a livre escolha do eleitor, em virtude da potencialidade de identificação. 4. Medida cautelar concedida para suspender, com efeito *ex tunc*, a eficácia do ato impugnado, inclusive em relação ao certame licitatório iniciado.” (ADI 5.889 MC, de minha relatoria, Tribunal Pleno, julgado em 6.6.2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-187 DIVULG 28.7.2020 PUBLIC 29.7.2020)

Assim, proponho a confirmação da medida cautelar anteriormente deferida pelo Plenário, de modo a julgar procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 59-A da Lei 9.504, ressalvado meu posicionamento pessoal.

Inicialmente, teço algumas considerações sobre os fatos envolvidos na impressão do registro do voto.

1. Impressão do registro do voto e sigilo

Antes de iniciar propriamente a análise do mérito da causa, é importante explicitar em que importa a impressão do registro do voto, a partir dos esclarecimentos prestados pelo Tribunal Superior Eleitoral (eDOC 49 e 53).

Em uma eleição, são empregadas cerca de 557.065 (quinhentos e cinquenta e sete mil e sessenta e cinco) urnas eletrônicas.

O Poder Público não produz aparelhos de votação. A União, por meio da Justiça Eleitoral, adquire esses equipamentos da iniciativa privada.

As urnas atuais contam com impressora interna e, em sua maior parte, com porta de impressão. Ao contrário do que possa parecer, sem adições, as urnas atuais não podem ser usadas para imprimir o registro do voto.

As impressoras das urnas são internas e servem para imprimir a zerésima, na abertura das votações, e o boletim de urna, em seu

encerramento. Portanto, não há como utilizá-la para exibir o voto ao eleitor para confirmação, cortar o voto confirmado e inseri-lo em receptáculo lacrado.

Tampouco basta ligar uma impressora qualquer à urna (eDOC 49, §§ 38-56).

A impressora precisa ser um equipamento inexpugnável, à prova de intervenções humanas, que jogue o registro do voto em um compartimento inviolável. Se assim não for, em vez de aumentar a segurança das votações, a impressão do registro será frágil como meio de confirmação do resultado e, pior, poderá servir a fraudes e a violação do sigilo das votações. O dispositivo precisa ser mais semelhante a um cofre que imprime do que propriamente a uma impressora.

Além de ser inexpugnável, a impressora precisa ser praticamente à prova de falhas. A impressora é um dispositivo eletrônico e mecânico, que trabalha com insumos sensíveis – papel e, eventualmente, tinta. Dispositivos com peças móveis são muito mais sujeitos a falhas que equipamentos eletrônicos. Além de tudo, o papel é sujeito a alterações de características, conforme exposto a variações de temperatura e de umidade. Em um país como o Brasil, com diferenças climáticas e áreas remotas, é impossível garantir que os insumos estarão em condições ideais.

Existem alguns equipamentos no mundo que imprimem registro de voto, mas não há possibilidade de importação direta da tecnologia.

Como esclarece o Relatório produzido pelo TSE, a urna eletrônica brasileira registra diretamente os votos, um sistema conhecido por *Direct-Recording Electronic* (DRE). Os equipamentos DRE que imprimem registro do voto para verificação são chamados de VVPAT (*Voter Verified Paper Audit Trail*).

Países como Índia e Estados Unidos testam soluções de equipamento eletrônico com impressão de registro de voto (eDOC 53). Mas isso não é uma garantia de que a solução adotada alhures pode ser simplesmente importada.

Mesmo um aparelho que fisicamente satisfaça as exigências ainda precisa ter *software* compatível com a urna eletrônica, observando os requisitos de segurança da votação. De outra forma, a impressora poderia ser uma via para *hackear* a urna, alterando os resultados da votação eletrônica e criando rastros de papel que, supostamente, os confirmassem.

Feitas essas considerações preliminares, passo a apreciar os argumentos envolvidos nesta ação direta de inconstitucionalidade.

2. Delegação normativa

A Procuradoria-Geral da República sustenta que a “ *norma não explicita quais dados estarão contidos na versão impressa do voto, o que abre demasiadas perspectivas de risco quanto à identificação pessoal do eleitor* ”.

De fato, a lei não deixa claro quais dados constarão do registro do voto.

No Brasil, a Justiça Eleitoral é a autoridade responsável pela organização das eleições. A legislação deferiu ao Tribunal Superior Eleitoral poder normativo para complementar a legislação eleitoral.

O STF reconhece “ *o poder de editar normas do Tribunal Superior Eleitoral, no âmbito administrativo* ”, o qual é “ *apto a produzir atos abstratos com força de lei* ”, muito embora encontre “ *limites materiais condicionados aos parâmetros do legislador* ” (ADI 5.028, de minha relatoria, redatora para acórdão Min. Rosa Weber, julgado em 1º.7.2014).

Em semelhante sentido, o STF afirmou ser de “ *competência do TSE editar Resoluções com vistas a resolver, de forma rápida e eficiente, questões necessárias ao regular processo eleitoral* ”, afastando a inconstitucionalidade da Resolução 23.404/2014, que, ao dispor sobre propaganda eleitoral e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas Eleições de 2014, veda a realização de propaganda eleitoral via *telemarketing* (ADI 5.122, Rel. Min. Edson Fachin, julgada em 3.5.2018).

Ainda, Manoel Carlos de Almeida Neto, ao falar sobre competências da Justiça Eleitoral, pontua que:

“A Constituição Federal de 1988, quando fixou competências para editar atos normativos primários, delegou algumas funções ao Executivo, como o poder extraordinário para baixar medida provisória (art. 62) ou editar leis delegadas (art. 68, *caput*). Além dessa função normativa primária, o Constituinte confiou atribuições normativas secundárias ao Executivo, como, por exemplo, a de baixar decreto autônomo que disponha sobre organização e funcionamento da administração federal quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos (art. 84, VI, a).

A histórica atividade regulamentar da Justiça Eleitoral se insere no âmbito de atividade legislativa regulamentar, prevista na legislação de regência, desde o Dec. 21.076, de 24.02.1932, o primeiro Código Eleitoral do Brasil, que, em seu art. 14, I e IV, fixava competência ao Tribunal Superior para elaborar o seu regimento interno e dos Tribunais Regionais, bem como para 'fixar normas uniformes para a aplicação das leis e regulamentos eleitorais, expedindo instruções que entenda necessárias'. Essa atribuição normativa foi mantida no art. 13, a e p, da Lei 48, de 04.05.1935, que promoveu ampla reforma no Código Eleitoral, no art. 9º, a e g, do Código Eleitoral, de 1945 (Dec.-lei 7.586, de 28.05.1945), que ficou conhecido como Lei Agamemnon e, por fim, no art. 23, I e IX, do Código Eleitoral vigente (Lei 4.737, de 15.07.1965).

Portanto, a função normativa da Justiça Eleitoral é aquela exercida pelo TSE, no uso de seu poder regulamentar, por meio de regulamentos autônomos e independentes impregnados de abstratividade, impessoalidade e generalidade, com força de lei ordinária federal. Por essas características, são aptos a instaurar o controle abstrato de constitucionalidade concentrado no STF.

O Código Eleitoral vigente de 1965, na parte que disciplina a organização e competência da Justiça Eleitoral, foi recepcionado pela Constituição de 1988 como a Lei Complementar em sentido material. Isso significa que o art. 23, IX, que fixa a competência regulamentar do TSE, integra a parte recebida pela Lei Maior. Ademais, o STF jamais questionou, sob o ângulo formal, a competência do TSE para expedir resoluções autônomas, o que corrobora a constitucionalidade desse poder normativo, dentro de certos limites legais.

O poder regulamentar da Justiça Eleitoral Brasileira encontra paralelo em outros países, como Costa Rica e Uruguai, entre outros, sempre com o mesmo objetivo de organizar, executar e regulamentar as eleições livres e justas, de forma independente e com a menor interferência possível do Executivo e Legislativo na condução do processo eleitoral. Os regulamentos da Justiça Eleitoral manifestam-se por meio dos processos autuados na classe instrução, nos feitos administrativos, nas demandas jurisdicionais, nas consultas normais ou normativas, sob o título resolução, nos regimentos, provimentos e portarias internas baixados pelos Tribunais, com o objetivo de nortear o funcionamento de máquina eleitoral. (...)

O exercício do poder normativo, sem dúvida nenhuma, é a mais sensível das funções desempenhadas pela Justiça Eleitoral brasileira, pois, não raro ultrapassa as fronteiras e limites do Judiciário para inovar em matéria legislativa. As resoluções eleitorais devem ser expedidas segundo a lei (*secundum legem*) ou para suprimir alguma lacuna normativa (*praeter legem*), jamais devem contrariar uma lei (*contra legem*), ou mesmo inovar em matéria legislativa, sob pena de

invalidação do ato regulamentar”. ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *Direito Eleitoral Regulador*, 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 214-216.

No que interessa à impressão do registro do voto, a própria lei confere ao Tribunal Superior Eleitoral a competência para expedir “ *todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos* ”. Essas instruções devem ser expedidas até dia 5 de março do ano eleitoral (art. 105 da Lei 9.504/97, com redação dada pela Lei 12.034/09).

Ou seja, há expressa atribuição de competência ao TSE, acompanhada de previsão de processo de decisão democrático, com realização de audiências públicas.

A delegação em si da competência não é problemática, estando em conformidade com a prática da legislação eleitoral, de validade afirmada pelo STF em outras oportunidades.

O espaço para regulamentação da impressão do registro do voto existe e não é desprezível. Porém, tampouco é tão amplo. A legislação determina a impressão do registro do voto. O STF já afirmou que a impressão não pode permitir a identificação do votante (ADI 4.543, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgada em 6.11.2013). Portanto, há parâmetros para o exercício da competência.

De qualquer forma, a resolução a ser adotada pelo TSE pode ser contestada, inclusive via ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5.028, de minha relatoria, redatora para acórdão Min. Rosa Weber, julgado em 1º. 7.2014).

Para as eleições de 2018, o Tribunal Superior Eleitoral expediu a Resolução 23.521, de 1º de março de 2018, que “ *regulamenta os procedimentos nas seções eleitorais que utilizarão o módulo impressor* ”.

Por tudo, tenho que, neste caso, a preocupação com a abertura do comando legal não leva a sua inconstitucionalidade.

3. Falha ou travamento da impressão

A Procuradora-Geral da República acrescenta que, “ *caso ocorra algum tipo de falha na impressão ou travamento do papel na urna eletrônica* ”,

será necessária “ *intervenção humana para a sua solução, com a iniludível exposição dos votos já registrados e daquele emanado pelo cidadão que se encontra na cabine de votação* ”.

O sigilo do voto se contrapõe à segurança quanto à integridade das apurações. Não se pode maximar ambos simultaneamente. Se o voto fosse identificado com o eleitor, por um sistema que impedisse seu repúdio, poder-se-ia ter um sistema perfeitamente auditável, conferindo maior segurança ao processo apuratório. Pelo contrário, em um sistema com voto secreto, pode-se auditar os processos envolvidos na eleição e totalização dos votos, mas jamais se terá completa segurança do resultado, porque falhas podem ocorrer em qualquer etapa (eDOC 49).

A impressão do registro prestigia a segurança das apurações. Essa opção vem em detrimento do sigilo do voto, em caso de falha da impressora. O travamento do dispositivo impressor pode levar à necessidade de intervenção por mesário, o qual, eventualmente, poderá ver o conteúdo do voto.

Uma boa tecnologia de impressão pode minimizar as falhas. Ainda assim, não se pode garantir que o sigilo de alguns dos votos não será comprometido.

Esse sacrifício ao sigilo do voto parece aceitável. O travamento da impressão é aleatório, não há como saber qual voto terá o sigilo passível de vulneração. Além disso, o mesário tem o compromisso de manter o segredo sobre algum voto que venha a flagrar.

A regulamentação expedida pelo Tribunal Superior Eleitoral parece preocupada em evitar a devassa do voto. O procedimento a ser adotado em caso de falha não inclui interferência manual no módulo impressor. A providência inicial seria verificar as conexões e reiniciar o Conjunto Impressor dos Votos (CIV). Dispõe o art. 15 da Resolução 23.521, de 1º de março de 2018, a qual regulamenta os procedimentos nas seções eleitorais que utilizarão o módulo impressor:

“Art. 15. Na hipótese de falha do CIV, o presidente da mesa, à vista dos fiscais dos partidos ou coligações presentes, deverá desligar a urna e verificar a sua conexão com o CIV, religando-a em seguida.

§ 1º Persistindo a falha, o presidente da mesa suspenderá a votação e solicitará a presença da pessoa designada pelo juiz eleitoral, a quem caberá analisar a situação e adotar, em qualquer ordem, um

ou mais dos seguintes procedimentos para a solução do problema, observando o disposto na seção "Da Contingência na Votação" da Resolução TSE nº 23.554/2017:

- I - com a urna desligada, desconectar e reconectar o CIV;
- II - efetuar a substituição do CIV;
- III - trocar a urna ou sua mídia de votação, mantendo o CIV original;
- IV - trocar a urna e o CIV".

Sem testes, é impossível descartar a possibilidade teórica de que a impressão devesse o sigilo de número significativo de votos.

Mas, ao menos em abstrato, tenho que o argumento não é suficiente para suspender a eficácia da norma.

4. Pessoas com deficiência visual e analfabetas

A Procuradora-Geral da República argumenta que as “ *pessoas com deficiência visual e as analfabetas (...) não terão condições de conferir o voto impresso sem o auxílio de terceiros* ”.

A preocupação levantada pelo Ministério Público precisará ser cotejada com a regulamentação da lei. No entanto, não parece que esse seja um argumento decisivo pela inconstitucionalidade.

A lei prevê que o registro do voto será exibido ao eleitor, para confirmação. O eleitor não é obrigado a ler o registro do voto. Pessoas sem condições de ler o registro, como deficientes visuais e analfabetos, ou sem vontade de fazê-lo, poderão simplesmente confirmar o voto.

É intuitivo que a norma criará dificuldade adicional ao voto de pessoas com deficiência visual e analfabetos. Essa dificuldade precisará ser avaliada pelas autoridades eleitorais, para assegurar que o direito ao voto não seja substancialmente prejudicado. Mas, *prima facie*, não parece que o prejuízo será a tal ponto grave.

A Resolução 23.521, de 1º de março de 2018, a qual “ *regulamenta os procedimentos nas seções eleitorais que utilizarão o módulo impressor* ”, dispõe que, depois de o eleitor consignar os votos para todos os cargos,

“será exibida a tela-resumo, apresentando o número e o nome dos candidatos escolhidos”. Ao mesmo tempo, o Registro Impresso do Voto (RIV) será impresso e exibido ao eleitor, para conferência (art. 10).

Os eleitores com dificuldade para ler poderão ser auxiliados pela *“reprodução sonora do conteúdo da tela-resumo para as votações em que o áudio estiver habilitado”* (art. 10, parágrafo único).

Portanto, não vislumbro a impressão do registro do voto como prejudicial às pessoas que não estejam em condições de ler.

5. O princípio da proibição de retrocesso político

Ao declarar a inconstitucionalidade da Lei de 2009, o STF considerou que a impressão do voto representaria um vedado retrocesso político.

A relatora, Min. Cármen Lúcia, lembrou que, a partir da *“implantação paulatina e de aperfeiçoamento contínuo do sistema de votação pela urna eletrônica (iniciado em 1996), abandonou-se, no Brasil”* a votação em papel. No entanto, a Lei 10.408/02 determinou a impressão do voto. Nas eleições de 2002, para dar cumprimento à lei, o Tribunal Superior Eleitoral *“equipou seções eleitorais, especialmente no Distrito Federal e em Sergipe”*, com urnas com capacidade para imprimir o registro do voto, o qual era exibido ao eleitor para confirmação. A relatora lembrou que o experimento foi um fracasso, que levou à revogação da lei de 2002, que previa a impressão do voto, pela Lei 10.740/03.

A relatora concluiu que o voto eletrônico constituiria uma das *“conquistas históricas que lhe acrescentam o cabedal de direitos da cidadania”*, sendo que o retrocesso ao voto em papel seria inaceitável.

Daquela feita, externei preocupação com a aplicação do princípio do não retrocesso, de uma forma geral. Tenho por desnecessário, no entanto, retomar esse debate em sua integralidade. Quero ater-me ao suposto retrocesso que a impressão do registro do voto representaria.

Estou de pleno acordo com a premissa de que o voto eletrônico é uma conquista da cidadania. O voto eletrônico faz parte da cultura eleitoral brasileira e permite ao cidadão registrar sua vontade de forma simples. Não é exagero dizer que, atualmente, mesmo as pessoas humildes têm mais facilidade de registrar seu voto em uma urna eletrônica do que no suporte anterior – cédula de papel.

Ocorre que a impressão do registro do voto não modifica substancialmente o sistema de votação. A conquista é integralmente mantida, na medida em que o voto segue eletrônico. O que a lei determina é uma cautela adicional de segurança: a impressão do registro do voto, a ser exibida ao eleitor.

De resto, mudanças na legislação sobre as eleições podem modificar conquistas da cidadania, em nome de outros objetivos constitucionalmente legítimos.

No caso concreto, o Parlamento percebeu como relevante acrescentar ao voto eletrônico garantia adicional de correção, e o fez adotando lei prevendo a impressão de seu registro.

Na ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei de 2009, a relatora afirmou que a impressão do voto “ *conduz à desconfiança* ” sobre o sistema.

Não parece que seja assim. A desconfiança sobre as eleições é onipresente. Não há eleição sem desconfiança.

Especificamente sobre o voto eletrônico, há muitas dúvidas da comunidade internacional. Vários países ainda mantêm o arcaico voto em cédulas de papel, por não confiarem nos dispositivos eletrônicos. A Alemanha testou urnas eletrônicas em 2005. Em 2009, o Tribunal Constitucional considerou inconstitucional o processo eleitoral, porque o “ *princípio da natureza pública das eleições* ” impõe que “ *todos os passos de uma eleição estão sujeitas ao escrutínio público* ”, e a avaliação do processo de votação eletrônica só poderia ser feita por especialistas (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07).

Nos Estados Unidos, os cinquenta estados da federação são livres para regulamentar as próprias eleições. Depois de inúmeras críticas ao uso de máquinas que registravam mecanicamente em papel os votos, alguns Estados adotaram voto eletrônico nas últimas eleições. Essas também foram intensamente criticadas.

No Brasil, a despeito do sistema eletrônico de votação contar com várias checagens de segurança e inexistir, até o momento, qualquer comprovação de fraude no cômputo dos votos, nem sempre a segurança da votação eletrônica é adequadamente apreciada.

Tenho que as últimas eleições gerais fomentaram a desconfiança no pleito. A última eleição presidencial foi vencida por apertada maioria. Em razão das diferenças de fuso horário, o encerramento das votações no Acre ocorreu apenas após a totalização dos votos do restante do País. Assim, o primeiro resultado parcial divulgado definia o resultado do pleito. Esse contexto serviu para fomentar boatos de manipulação de resultados na janela entre o encerramento das eleições no horário de Brasília e a divulgação dos primeiros resultados.

O Congresso Nacional tem reiteradamente demonstrado o desejo de adotar o registro em papel do voto eletrônico. A Lei 10.408/02 acabou revogada pela Lei 10.740/03. A Lei 12.034/09 foi declarada inconstitucional. A Lei 13.165/15, portanto, é a terceira. Ainda tramitam no Congresso Nacional propostas de emenda constitucional para adotar a impressão do registro eletrônico do voto.

Portanto, a impressão do registro do voto não é um retrocesso; não é fonte de desconfiança no processo eleitoral e decorre de uma escolha dos representantes eleitos.

Não vejo o princípio do não retrocesso como fundamento para pronunciar a inconstitucionalidade da norma.

6. Princípios da economicidade e da eficiência

Ao declarar a inconstitucionalidade da Lei de 2009, o STF considerou que a impressão do voto violaria os princípios da economicidade nos gastos públicos (art. 70 da CF) e da eficiência (art. 37 da CF).

Daquela feita, o Tribunal fez considerações fáticas sobre a impressão do voto que, em sua maioria, seguem atuais.

Tenho que esses são os pontos mais sensíveis da nova legislação, aptos a afetar a eficácia da lei e, em parte, mesmo a sua validade.

Em seu voto na ação direta de inconstitucionalidade anterior, a relatora, Min. Cármen Lúcia, afirmou que a impressão do voto é cara, aumenta a fragilidade do sistema, causa transtornos ao eleitor e pouco acrescenta em termos de segurança.

O panorama é, em suas linhas gerais, muito semelhante ao existente hoje em dia.

Quanto aos custos, a Min. Cármen Lúcia destacou que “ *cálculo aproximado e preliminar* ” indica que “ *o custo do voto aumentaria em mais de 140% e a Justiça Eleitoral precisaria de quase um bilhão de reais a mais para a realização das eleições* ”, mesmo desprezando “ *as despesas de manutenção preventiva e corretiva dos equipamentos* ”.

Desta feita, o TSE estimou um gasto de R\$ 1.862.073.322,25 (um bilhão, oitocentos e sessenta e dois milhões, setenta e três mil, trezentos e vinte e dois reais e vinte e cinco centavos), apenas com a aquisição do módulo impressor, com garantia, e dos suprimentos necessários à impressão (eDOC 53). O orçamento é estimativo – na medida em que, até o momento, o módulo não foi desenvolvido – e não contempla outras despesas, como logística, armazenamento, manutenção, etc.

Quanto aos problemas de fragilidade, a Min. Cármen Lúcia destacou que a “ *porta de conexão do módulo impressor, além de poder apresentar problemas de conexão, abre-se a fraudes, que podem comprometer a eficiência do processo eleitoral* ”.

As mesmas preocupações são levantadas pelo TSE em suas informações, destacando-se a necessidade de desenvolver um produto – módulo de impressão – não disponível no mercado, para permitir a impressão, sem riscos ao sistema.

Quanto aos transtornos, a Min. Cármen Lúcia lembrou que o projeto piloto realizado em Brasília e em Sergipe produziu demora na votação e falhas. Afirmou que se tornaram “ *públicas as demoras nas filas das seções eleitorais* ”, sendo que a média de tempo de votação elevou-se, de “ *um minuto e meio* ” para “ *dez minutos* ”. Acrescentou que a adição de *software* e *hardware* de impressão torna os equipamentos lentos e sujeitos a falhas e vulnerabilidades.

Essas preocupações seguem atuais, especialmente porque, até o momento, não foi testada a tecnologia que será implementada na impressão.

Por fim, a Min. Cármen Lúcia ressaltou que a impressão do voto pouco acrescenta em termos de segurança. Esse tema tem dois aspectos. Primeiro, a existência de mecanismos aptos a garantir a segurança da urna eletrônica.

Segundo, a imprestabilidade da impressão do voto para servir como um controle adicional.

Sobre os mecanismos de segurança já adotados na votação eletrônica brasileira, a relatora ressaltou:

“O sistema de segurança da urna eletrônica baseia-se em dois mecanismos de singular importância: a assinatura digital e o resumo digital. O primeiro mecanismo é uma técnica criptográfica que busca garantir que o programa de computador da urna não foi modificado de forma intencional ou não perdeu suas características originais por falha na gravação ou leitura. Ademais, com a assinatura digital se tem a garantia da autenticidade do programa gerado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

O segundo mecanismo, também uma técnica criptográfica, assemelha-se a um dígito verificador. Na urna eletrônica, os resumos digitais de todos os arquivos são calculados e posteriormente publicados no portal do TSE, confirmando, assim, a transparência da votação eletrônica.

A Lei nº 10.740/03 instituiu o Registro Digital de Voto (RDV), ao revogar os dispositivos da Lei nº 10.408/02, que determinavam a impressão do voto. A inovação permite que os votos sejam armazenados digitalmente, da forma como foram escolhidos pelo eleitor, resguardando o sigilo do voto. Com o Registro Digital de Voto (RDV) é possível recontar os votos, de forma automatizada sem comprometer ao segredo dos votos nem a credibilidade do processo eletrônico de votação. A comparação do Boletim de Urna (BU) com o RDV possibilita a auditoria. Nos termos da legislação eleitoral vigente, os interessados podem auditar o sistema eletrônico de votação, antes, durante e depois das eleições.

Além de tais mecanismos, várias auditorias e perícias foram realizadas no sistema informatizado de votação. Em 2002, por iniciativa do Tribunal Superior Eleitoral, foi solicitado à Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP apresentação de proposta de prestação de serviços técnicos especializados de análise dos processos de produção e operação de hardware e software de votação, apuração, transmissão de dados e totalização da votação eletrônica. O laudo técnico concluiu que *‘o sistema eletrônico de votação atende às exigências fundamentais do processo eleitoral, ou seja, o respeito à expressão do voto do eleitor e a garantia do seu sigilo’*.

Outro instrumento de segurança a garantir a auditoria da urna eletrônica sem necessidade de implantação do voto impresso é a realização da denominada *‘votação paralela’*. Um dia antes das eleições, a Justiça Eleitoral sorteia algumas seções de votação em todo

o País. As urnas eletrônicas escolhidas são retiradas das seções de origem e levadas para o Tribunal Regional Eleitoral. São instaladas em salas com câmeras de filmagem. Promotores de Justiça, representantes dos partidos, jornalistas e outros convidados a participar da votação preenchem certa quantidade de cédula de votação até atingir o número total de eleitores daquela seção. Esses votos em cédulas são depositados em urnas de lona lacradas. Na votação paralela, como ocorre no dia da eleição, a urna eletrônica inicia a votação a partir das oito horas da manhã. O conteúdo das cédulas é digitado nas urnas eletrônicas que foram sorteadas. As câmeras filmam a digitação do número no teclado e os votos também são registrados em um computador. Ao final, a comissão de votação paralela verifica se os votos inseridos na urna de lona são os mesmo dos registrados na urna eletrônica. Todo processo é monitorado por uma empresa de auditoria externa e acompanhado pela imprensa, pelo Ministério Público, pela OAB e por fiscais dos partidos”.

O relatório produzido pelo TSE descreve esses e outros dispositivos de segurança do voto eletrônico. Esse conjunto de medidas vem servindo para assegurar a confiabilidade das eleições eletrônicas.

Sobre a imprestabilidade da impressão do voto para servir como um controle adicional, a relatora reproduziu informação prestada à época pela Secretaria de Tecnologia da Informação do Tribunal Superior Eleitoral, dando conta de que a impressão não serviria ao propósito de assegurar a auditoria do sistema:

“ A) No caso de uma recontagem, a simples perda de um pedaço de papel poderá causar inconsistências, podendo gerar impugnação da seção eleitoral, criando um novo tipo de vulnerabilidade no sistema. Esta vulnerabilidade pode ser explorada no reduto eleitoral do candidato opositor provocando a anulação das urnas. Da mesma forma, votos impressos podem ser inseridos, provocando a mesma impugnação;

B) Mesmo sendo automática, existe a dependência da intervenção manual no processo de organização dos votos e, conseqüentemente, traz de volta a possibilidade de fraudes. Ademais, a quantidade de urnas a ser verificada, posteriormente a realização das eleições, é muito grande e o tempo para realização desta auditoria está sujeito à morosidade dos trabalhos manuais;

C) O eleitor não tem como saber se o voto que ele viu sendo impresso na seção eleitoral é o mesmo que está sendo recontado na Junta Eleitoral;

D) A auditoria sugerida afeta a proclamação do resultado. Hoje, no mesmo dia da eleição, os resultados são conhecidos. Com a obrigatoriedade da auditoria, poderá haver uma demora significativa para proclamação dos resultados. A indefinição do resultado tem custo imensurável para o país. Nos locais de auditoria será necessária a mobilização de todos os envolvidos na eleição até a definição do resultado;

E) Caso seja dada como válida a contagem manual dos votos em papel, quando houver discrepância com a votação eletrônica, isto tem o efeito de tornar o registro precário em papel soberano sobre a votação na urna eletrônica. Um retorno aos problemas já superados das eleições em urnas de lona e cédulas de papel;

F) Cada candidato derrotado vai poder alegar que a eleição foi fraudada pela urna eletrônica, e irá insistir em que a única verdadeira indicação da preferência dos eleitores reside nos votos em papel, mesmo que não haja qualquer prova de irregularidade ou adulteração. Assim, a recontagem dos votos impressos tornar-se-á o método padrão de contagem de votos, o que significa um retrocesso, pois o antigo processo de votação manual é suscetível a fraudes e por isso foi abandonado no Brasil; e

G) A utilização do voto impresso não implica na desnecessidade de auditar o software. A auditoria e fiscalização dos partidos e entidades do processo eletrônico sempre serão importantes e necessárias. Destaca-se que uma auditoria do software centralizada no TSE provê uma auditoria generalizada, já que o software tem uma única versão. A confiabilidade da versão única pode ser verificada de forma amostral em qualquer ponto do país”.

Também hoje não está completamente claro se a impressão incrementará de forma decisiva a integridade das apurações eleitorais. A impressão é um processo mecânico, mas controlado por dispositivos eletrônicos. Há riscos teóricos de manipulação da impressão – por exemplo, o cancelamento de votos confirmados ou a impressão de votos inexistentes.

Em suma, temos um quadro muito semelhante àquele avaliado na ação direta de inconstitucionalidade anterior.

A meu juízo, esses são os pontos mais sensíveis sobre a compatibilidade da norma que determina a impressão do voto com a Constituição Federal. Para imprimir o registro do voto, gasta-se muito. A contrapartida seria um ganho de confiabilidade, o qual ainda é bastante incerto.

A impressão do voto não se presta à auditoria das eleições. O registro impresso pode ser fraudado. Qualquer introdução ou exclusão de papeleta do invólucro lacrado gera discrepância com o registro eletrônico, semeando insolúvel desconfiança sobre ambos os sistemas – eletrônico e impresso.

Além disso, fraudes que envolvam acréscimo de votos à contagem eletrônica podem ser acompanhadas a impressão do registro dos votos fantasmas ou cancelamento de votos válidos. Com isso, a impressão acaba contribuindo para dar credibilidade à fraude.

De qualquer forma, tenho que o objetivo do legislador não foi criar auditoria. Seu propósito parece limitar-se à adição de confiabilidade ao sistema, especialmente por parte do eleitor, que vê seu voto sendo registrado.

Inconvenientes operacionais e custos são de todo relevantes, mas é do legislador a escolha de optar pela alocação de recursos para satisfazer as despesas adicionais.

Pessoalmente, sei que o sistema adotado é seguro e que a impressão pouco acresceria. No entanto, minha visão é daqueles que conhecem o trabalho sério da Justiça Eleitoral para garantir que a vontade de cada eleitor seja respeitada.

A proporcionalidade dos custos precisa passar por uma avaliação mais concreta das consequências da implantação da lei, as quais não podem ser simplesmente imaginadas. É necessário o teste da impressão do registro, em eleições verdadeiras, para que o quadro seja desenhado.

Neste caso, a questão da proporcionalidade da medida está umbilicalmente ligada à forma como ela será implementada, tendo em vista a deficiência das normas de organização e procedimento constantes da legislação.

7. Eficácia da lei e normas de organização e procedimento

O direito ao voto e ao respectivo sigilo impõe o direito à organização e aos procedimentos eleitorais que assegurem seu exercício (*Recht auf Organisation und auf Verfahren*).

Sobre o tema tive oportunidade de registrar em sede doutrinária:

“Nos últimos tempos vem a doutrina utilizando-se do conceito de direito à organização e ao procedimento (*Recht auf Organisation und auf Verfahren*) para designar todos aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, tanto de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos, setores ou repartições (direito à organização) como de outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias processuais-constitucionais (direito de acesso à Justiça, direito de proteção judiciária, direito de defesa).

Reconhece-se o significado do direito à organização e ao procedimento como elemento essencial da realização e garantia dos direitos fundamentais.

Isso se aplica de imediato aos direitos fundamentais que têm por objeto a garantia dos postulados da organização e do procedimento, como é o caso da liberdade de associação (art. 5º, XVII), das garantias processuais-constitucionais da defesa e do contraditório (art. 5º, LV), do direito ao juiz natural (art. 5º, XXXVII), das garantias processuais-constitucionais de caráter penal (inadmissibilidade da prova ilícita, o direito do acusado ao silêncio e à não autoincriminação etc.).

Também se poderia cogitar aqui da inclusão, no grupo dos direitos de participação na organização e procedimento, do direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário e do acesso à propaganda política gratuita nos meios de comunicação (art. 17, § 3º) na medida em que se trata de prestações dirigidas tanto à manutenção da estrutura organizacional dos partidos (e até mesmo de sua própria existência como instituições de importância vital para a democracia) quanto à garantia de uma igualdade de oportunidades no que concerne à participação no processo democrático.

Ingo Sarlet ressalta que o problema dos direitos de participação na organização e procedimento centra-se na possibilidade de exigir-se do Estado (de modo especial do legislador) a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e procedimento. Na verdade, trata-se de saber se existe uma obrigação do Estado nesse sentido e se a esta corresponde um direito subjetivo fundamental do indivíduo.

Assim, quando se impõe que certas medidas estatais que afetem direitos fundamentais devam observar determinado procedimento, sob pena de nulidade, não se está a fazer outra coisa senão proteger o direito mediante o estabelecimento de normas de procedimento.

É o que ocorre, *v. g.*, quando se impõe que determinados atos processuais somente poderão ser praticados com a presença do

advogado do acusado. Ou, tal como faz a Constituição brasileira, quando estabelece que as negociações coletivas só poderão ser celebradas com a participação das organizações sindicais (art. 8º, VI).

Canotilho anota que o direito fundamental material tem irradiação sobre o procedimento, devendo este ser conformado de forma a assegurar a efetividade ótima do direito protegido". (MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 673/674)

Em sentido similar, quando dissertei a respeito da Corte Constitucional alemã e sua relação com o Legislador, teci a seguinte consideração a respeito de normas de organização e procedimento:

"Ainda no âmbito do chamado 'dever de proteção' do legislador deve ser mencionada decisão de 15 de dezembro de 1983 sobre a constitucionalidade da lei de recenseamento. Aqui houve por bem o *Bundesverfassungsgericht* reconhecer a existência de um dever de adequação imediato, independentemente de qualquer outra consideração:

'Parágrafos da Lei do Censo 1982 são compatíveis com a Lei Fundamental. Não obstante, deve o legislador, em consonância com os fundamentos da decisão, tomar as medidas necessárias à edição de normas complementares pertinentes à organização e ao procedimento do censo'.

Vê-se, pois, que o Tribunal declarou a constitucionalidade da lei, desde que colmatadas as lacunas atinentes à organização e ao processo. A validade da lei ficava condicionada, portanto, à edição das normas complementares sobre organização e procedimento". (MENDES, Gilmar Ferreira. *O Apelo ao Legislador – Appellentscheidung – na Práxis da Corte Constitucional Federal Alemã*. São Paulo: Revista de Direito Administrativo, 1992, p. 54).

Se, por um lado, as normas eleitorais podem ser modificadas pelas vias democráticas, por outro, o legislador não pode alterar procedimentos eleitorais, sem que existam meios para tanto. O comando normativo deve vir acompanhado de normas de organização e procedimento que permitam sua colocação em prática.

No caso, o legislador impôs uma modificação substancial na votação – impressão do registro do voto –, a ser implementada de chofre, sem fornecer os meios – normas de organização e procedimento – para execução da medida.

Por princípio, todas as mudanças no processo eleitoral são feitas aos poucos. A implantação progressiva evita que falhas pontuais contaminem o processo, assim como previne o gasto de bilhões em tecnologias insatisfatórias. O voto em urnas eletrônicas, por exemplo, iniciou em 1996 e foi universalizado em 2002.

Mesmo que o legislador resolvesse abolir a tecnologia e reavivar o voto em papel, ainda assim seriam necessários tempo e recursos para tanto.

O *downgrade* tecnológico de uma eleição para outra seria impraticável. Para começar, seria imperioso redefinir marcos administrativos e normativos, expedindo-se resoluções e instruções para a votação em papel. Na preparação do pleito, seria necessário definir, imprimir e distribuir cédulas de votação. Hoje, há urnas de lona para cobrir falhas em menos de 10% das zonas eleitorais. Licitar cada uma dessas etapas e visitar todos os contratos atuais de fornecimento seria indispensável. O pessoal a ser convocado para as eleições aumentaria substancialmente. Além de mais mesários, seriam necessários escrutinadores. O pessoal adicional precisa ser convocado, capacitado e alimentado. Seria necessário expandir a requisição de prédios, especialmente tendo em vista a necessidade de locais de escrutínio. O transporte das urnas para as centrais de escrutínio precisaria ser definido. Contados os votos em escrutínio manual, é necessário definir como seria feita a totalização dos mapas de apuração e o desenvolvimento de *softwares* para facilitar a tabulação.

Do ponto de vista do eleitor, também haveria transformações. Atualmente, o eleitor é identificado na votação pela própria urna, com o uso da biometria. Seria imperioso abandonar os parâmetros atuais de cadastro dos eleitores, voltando a confiar no documento identidade e no título de eleitor. Acima de tudo, seria necessário dar esclarecimentos à comunidade sobre o novo processo de votação, permitindo que mesmo pessoas com dificuldades pudessem exprimir sua vontade pelo voto.

Digo isso não porque almejo redefinir o suporte ao sufrágio. Quero apenas ilustrar que as mudanças nas normas de votação, muito embora possíveis, devem ser implementadas de forma a não impedir a realização do pleito. Lembro que, além de suas dimensões continentais e diversidades regionais, nosso País tinha uma infeliz tradição de manipulações eleitorais diversas, como o voto a cabresto e o mapismo. A segurança em todas as etapas do processo eleitoral precisa ser vista como prioridade.

A transição dos equipamentos eletrônicos também envolve a preocupação quanto à questão da durabilidade dos dispositivos. Como relata o TSE, os equipamentos eletrônicos de votação têm vida útil estimada em dez anos, ou seis eleições (eDOC 53, p. 45). Sobre a importância das mudanças progressivas, é interessante transcrever trecho do relatório fornecido pelo TSE (eDOC 53, p. 45):

“A própria implantação da urna eletrônica, que em 1996 atendeu a um terço do eleitorado, implicou a alteração das mais de 77 mil urnas daquele modelo em 1998. Essa alteração modificou o painel frontal, a embalagem, o teclado do eleitor, o circuito de inicialização de energia, entre outras adaptações. O painel frontal, mais inclinado, o teclado de membrana e os pés dianteiros de plástico provocavam a queda da urna quando o eleitor pressionava o teclado com mais força. Por vezes, falhas nas características ou projeto do equipamento somente são detectadas durante seu uso real. Várias outras características mereceram evolução na urna eletrônica de acordo com as experiências em cada eleição. Assim, a implementação gradual também permite a evolução dos equipamentos, dos procedimentos, da estabilidade e da segurança, evitando gastos com retrabalho e promovendo o gasto racional dos recursos públicos”.

Testes com a impressão do voto já foram feitos antes. Como reportado, a previsão anterior de impressão (Lei 10.408/02) acabou revogada pela Lei 10.740/03, após um teste fracassado.

No entanto, a nova legislação abandonou esse princípio. Conforme art. 12 da Lei 13.165/15, a impressão do registro do voto deve ser implantada até “*a primeira eleição geral subsequente à aprovação desta Lei*”. Pelo texto da lei, a impressão do registro do voto deveria ser implantada já nas eleições de 2018, sem testes prévios.

O custo estimado para aquisição do módulo impressor para todas as urnas seria de quase 2 bilhões de reais. E isso representaria uma solução longe da ideal, na medida em que seria um adicional às urnas já existentes, não um equipamento completo e integrado.

Não é possível fazer uma mudança tão abrupta no processo eleitoral, colocando em risco a segurança das eleições e gastando recursos de forma irresponsável. A implantação da impressão do registro do voto precisa ser gradual.

Tenho que, nesse ponto, a lei incorre em inconstitucionalidade parcial, ou, ao menos, em ineficácia. Dessa forma, ao analisar o pedido de medida cautelar, votei para dar interpretação no sentido de que a implantação deveria ser gradual e estar de acordo com a disponibilidade de recursos e as possibilidades do Tribunal Superior Eleitoral.

No entanto, a maioria entendeu pela inconstitucionalidade da norma, uma vez que violaria a **liberdade e o sigilo do voto**. Dessa forma, adoto como razões de decidir os fundamentos do voto do Ministro Alexandre de Moares:

“(…)Então, como eu disse, o sigilo deve ser garantido antes, durante e depois para se evitar exatamente eventuais programas eletrônicos de conferência retroativa. Ou seja, a possibilidade, a meu ver, que traz o art. 59-A, principalmente seu parágrafo único, de identificação de quem votou, de quebra do sigilo, e, conseqüentemente, de diminuição da liberdade do voto, pois a pessoa poder se sentir ameaçada, seria, no modelo que o art. 59-A trouxe, um retrocesso aos avanços democráticos que o Brasil fez para se garantir realmente uma eleição livre, uma eleição em que as pessoas possam escolher aqueles que elas preferem. E a urna eletrônica, como deveria realmente ter realizado, tomou cuidado de se permitir voto em branco, porque também é uma opção o voto em branco; há possibilidade, não há o botãozinho, mas há possibilidade do voto nulo, que também é uma opção, ou seja, não há nada aqui que distancie o exercício da soberania popular, o exercício da cidadania no voto eletrônico.

(…)

Aqui, volto a dizer, o art. 59-A, especialmente seu parágrafo único, na opção – e legitimamente o legislador tem o direito constitucional de optar como será o voto – híbrida, fere o sigilo do voto, a liberdade do voto, porque tem uma alta potencialidade de identificação do eleitor. Essas duas características são constitucionais, previstas tanto no art. 14 quanto no art. 60, §4º: a liberdade do voto e o voto sigiloso.

Dessa forma, resumindo e indo para o final, não se trata da questão de custos. O legislador pode fazer uma opção legítima; que se

volte o voto no papel; por um modelo híbrido que não tenha essa potencialidade lesiva à liberdade do voto, ao sigilo do voto, essa também seria uma opção do próprio legislador.

Aqui, não é uma questão de economicidade, de maior celeridade, ou não, na votação, se vai atrasar ou não, mas uma questão de cunho eminentemente constitucional. O art. 59-A, caput, e seu parágrafo único atentam contra duas das principais características do voto: o voto sigiloso e o voto livre. (...)"

Ressalvado meu posicionamento pessoal, considero, portanto, que o art. 59-A da Lei 9.054, na forma como redigido, viola o sigilo e a liberdade do voto.

Dispositivo

Ante o exposto, voto no sentido de confirmar a medida cautelar anteriormente deferida por este Plenário. Julgo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade do art. 59-A e parágrafo único da Lei 9.504/97, incluído pela Lei 13.165/15.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta do voto - 04/09/2020 00:00