



CADERNOS DA

Reforma Administrativa

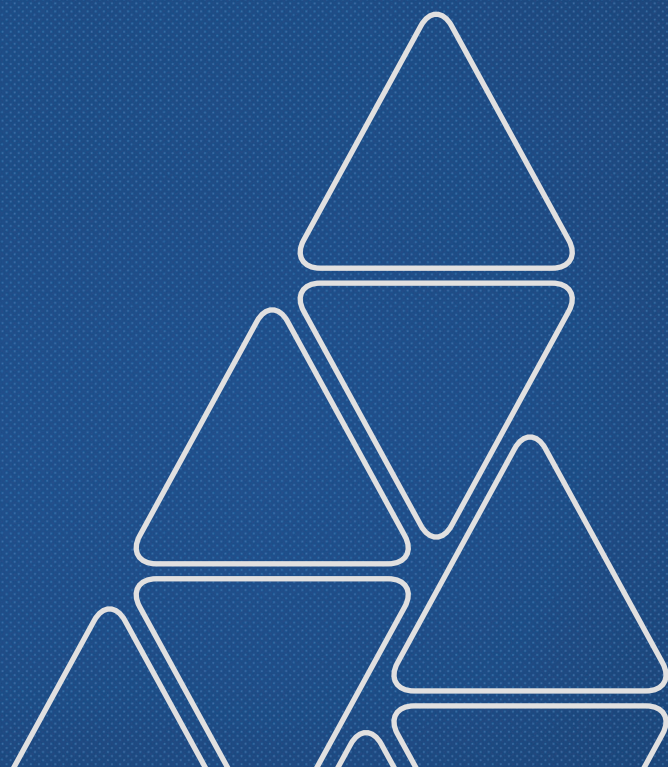
Caderno 8

**Liberdade de Expressão dos
Servidores Públicos: Nota
Técnica n. 1556 da CGU e
Assédio Institucional**



FONACATE

Fórum Nacional Permanente
de Carreiras Típicas de Estado



Brasília, Agosto de 2020

Cláudio Pereira de Souza Neto

Doutor em Direito Público pela UERJ, professor da Universidade Federal Fluminense, advogado.

Fernando Luís Coelho Antunes

Doutor em Direito pela UNB, advogado.

José Celso Cardoso Jr.

Doutor em Economia pelo IE-Unicamp, desde 1997 é Técnico de Planejamento e Pesquisa do IPEA e desde 2019 é Presidente da Afipea-Sindical, condição na qual assina esse texto.

Expediente

Realização:

Fórum Nacional Permanente de Carreiras Típicas de Estado (Fonacate) (Agosto, 2020)

Autores:

Cláudio Pereira de Souza Neto

Fernando Luís Coelho Antunes

José Celso Cardoso Jr.

As opiniões aqui emitidas são de responsabilidade dos autores e colaboradores.

Diagramação:

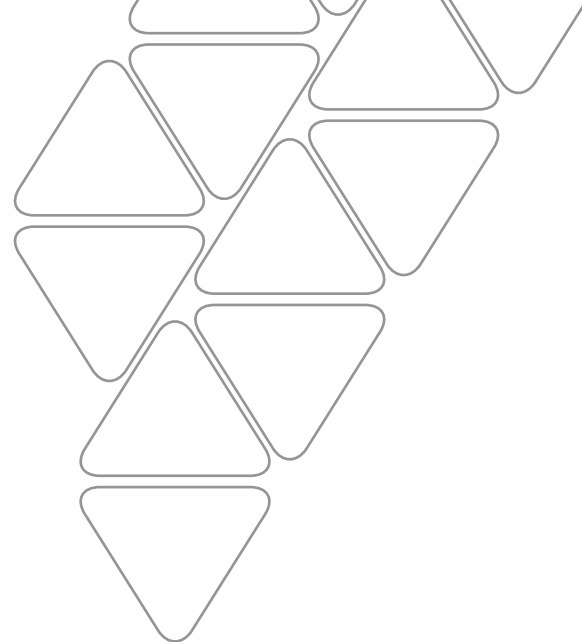
Diego Feitosa

Apoio:

Frente Parlamentar Mista em Defesa do Serviço Público

Presidente: Deputado Federal Professor Israel Batista (PV-DF)

Liberdade de Expressão dos Servidores Públicos: Nota Técnica n. 1556 da CGU e Assédio Institucional



Autores: Cláudio Pereira de Souza Neto¹, Fernando Luís Coelho Antunes², José Celso Cardoso Jr.³

1. Introdução

Hoje, a separação de poderes não mais se traduz como o regime que reparte competências entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Há uma separação de poderes “interna” a cada poder, no âmbito de um Estado que é cada vez mais policêntrico.⁴ Na Constituição Federal de 1988, estão previstos

órgãos dotados de autonomia plena, como o Tribunal de Contas, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Estão previstas autarquias, como as universidades e as agências reguladoras, também dotadas de autonomia, embora não tão ampla. Há carreiras de Estado, integradas por servidores que se dedicam a funções inerentes ao Estado, que não se confundem com as funções de governo.⁵ Essas instituições e servidores são um importante obstáculo à implantação de medidas autoritárias e irracionais.⁶ No atual contexto brasileiro de crise institucional, o

1 Doutor em Direito Público pela UERJ, professor da Universidade Federal Fluminense, advogado.

2 Doutor em Direito pela UNB, advogado.

3 Doutor em Economia pelo IE-Unicamp, PHD em Governo e Políticas Públicas pelo IGOP-UAB. Desde 1997 é Técnico de Planejamento e Pesquisa do IPEA e desde 2019 é Presidente da Afipea-Sindical.

4 ACKERMAN, B. Adeus, Montesquieu. *RDA*, v. 265, 2014. Cf., *i. a.*: KATYAL, N. K. Internal Separation of Powers: Checking Today’s Most Dangerous Branch from Within. *Yale Law Journal*, n. 115, 2006; WALTERS, D. Litigation-Fostered Bureaucratic Autonomy: Administrative Law Against Political Control. *Journal of Law and Politics*, V. XXVIII, 2013. Cf.: CHEVALLIER, J. Les Autorités Administratives Indépendantes. *In.: Encyclopaedia Universalis*, Paris, 1989; MOREIRA, V. Administração Autônoma e Associações Públicas, Coimbra, 1997; ARAGÃO, A. S. Administração pública policêntrica. *RDA*, n. 227, 2001; BINENBOJM, G. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

5 O conceito de “carreiras típicas de Estado” é recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 247: “As leis previstas no inciso III do § 1.º do art. 41 e no § 7.º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.”

6 T. Cowen esclarece, relativamente ao caso norteamericano, que “não importa quem é eleito, os fascis-

governante de vocação autoritária tende a se voltar contra o funcionamento desse sistema de freios e contrapesos, interior ao Poder Executivo, podando a autonomia conferida a servidores e organizações que devem realizar suas finalidades institucionais de modo relativamente independente.

Intervenção abusiva se deu, por exemplo, no Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais – INPE –, em 2019. O governo eleito entende que o desenvolvimento da Amazônia passa pela redução das áreas destinadas à preservação do meio ambiente. Um aumento das queimadas, em 2019, foi detectado pelo INPE. O órgão é responsável pelo monitoramento do desmatamento, atividade conduzida por servidores públicos que eram cientistas de alto nível. Confrontado com dados científicos que davam conta do aumento do desmatamento, o presidente da República anunciou a demissão do diretor do Instituto, Dr. Ricardo Galvão, pesquisador PhD em Física de Plasmas Aplicada pelo MIT. Jair Bolsonaro, dias antes, havia dito que os dados do INPE, que indicavam um aumento de 50% no desmatamento da Amazônia em 2019, eram falsos, acusando o diretor do Instituto de “estar a serviço de alguma ONG”.⁷

Inconformado com a interferência do presidente na produção de dados científicos, Ricardo Galvão manifestou o seu repúdio: “Ele tem um comportamento como se estivesse falando em botequim. Ele fez acusações indevidas a pessoas do mais alto nível da ciência brasileira. [...] Isso é uma piada de um garoto de 14 anos que não cabe a um

presidente da República fazer”.⁸ Trata-se de exercício legítimo da liberdade de expressão, protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ilegítima foi a intervenção presidencial no órgão, para impedir a divulgação dos dados produzidos pela ciência.

Mais recentemente, em sua cruzada contra o serviço público tecnicamente independente, o Governo Federal, sob a inspiração de um neoliberalismo de matriz autoritária, por intermédio da Controladoria-Geral da União, editou a Nota Técnica nº 1556/2020/CGUNE/CRG, com o objetivo de tolher a liberdade de expressão dos servidores públicos, medida concomitante a investigações para identificar os servidores supostamente “antifascistas”, em movimento que, em muito, lembra a perseguição machartista, ocorrida nos EUA na década de 1950, a qual também recaiu sobre os servidores públicos. As restrições impostas pela NT n. 1556 são, em tudo, incompatíveis com a Constituição Federal de 1988. Servidores públicos são dotados de garantias, como é o caso da estabilidade, justamente para poder atuar, na defesa do interesse público, sem receio de retaliações e perseguições políticas. A referida nota técnica, além de ser incompatível com o sistema constitucional de preservação da liberdade de expressão, viola a própria forma como a Constituição Federal concebe o regime jurídico aplicável aos servidores públicos, distinguindo a lealdade ao interesse público primário da submissão acrítica à ideologia professada pelos governantes de ocasião.

tas não podem controlar a burocracia, os demais ramos do governo americano, o Judiciário, as instituições semi-independentes como o Banco Central, e muito menos aquilo que se reconhece como ‘Estado profundo’. O resultado é que eles simplesmente não podem controlar suficientemente o Estado Moderno sob uma direção essencialmente fascista.” (COWEN, T. Could fascism come to America? In: SUNSTEIN, C. R. [org.]. *Can it happen here? Authoritarianism in America*. New York: Dey St., an imprint of William Morrow, 2018).

7 A convicção de Bolsonaro era de que “os dados [eram] mentirosos” ou “poderiam não estar condizentes com a verdade” e “prejudica[vam] e atrapalha[vam] o país” (*O Estado de São Paulo*, 28 jul. 2019).

8 *O Globo*, 02 ago. 2019.

2. A Nota técnica nº 1556/2020/CGUNE/CRG da Controladoria-Geral da União.

A Corregedoria-Geral da União (CRG) editou, em 07 de julho do ano corrente, a Nota Técnica n. 1556/2020/CGUNE/CRG, com o propósito de promover a “responsabilização disciplinar” de servidores públicos em razão de suas manifestações realizadas na internet. A CGU entendia ser necessário realizar “interpretação do conteúdo de dispositivos referentes a deveres e proibições constantes na Lei n. 8.112/1990 (arts. 116, inciso II e 117, inciso V), frente a evolução dos meios de comunicação”.

A nota técnica se autodefiniu, expressamente, no Sumário Executivo do documento, como uma “manifestação interpretativa da Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos (CGUNE) quanto ao alcance e conteúdo dos arts. 116, inciso II e 117, inciso V, da Lei n. 8.112/1990”. A justificativa para a nota técnica seria balizar a interpretação desses dispositivos sancionadores constantes da Lei n. 8.112/1990, “visando, especialmente, promover a justa adequação destes às hipóteses de condutas irregulares de servidores públicos federais pela má utilização dos meios digitais de comunicação online”.

As duas diretrizes que orientariam a nova interpretação são: a) garantir a observância de um subjetivo e indeterminado “dever de lealdade funcional” e b) ampliar o conceito de “recinto da repartição”, o qual deveria extravasar seu ambiente físico. Com isso, a Nota Técnica n. 1556/2020/CGUNE/CRG, amparada em uma concepção autoritária do direito administrativo, criou um instrumento normativo inconstitucional, que permite invectivas contra a liberdade de expressão dos servidores. O descumprimento do dever de lealdade funcional se daria também por intermédio de condutas ocorridas na esfera de vida privada, como seria o caso das manifestações ocorridas nas redes sociais particulares dos servi-

dores. Como conclusão, a Nota Técnica n. 1556 propõe os seguintes parâmetros para a interpretação das normas disciplinares aplicadas aos servidores públicos na Lei n. 8.112/90:

“5.1. Diante de todo o exposto, consolidam-se os seguintes entendimentos:

a) a divulgação pelo servidor de opinião acerca de conflitos ou assuntos internos, ou de manifestações críticas ao órgão ao qual pertença, em veículos de comunicação virtuais, são condutas passíveis de apuração disciplinar;

b) as condutas de servidores que tragam repercussão negativa à imagem e credibilidade de sua instituição, na forma da alínea anterior, caracterizam o descumprimento do dever de lealdade expresso no art. 116, II, da Lei n. 8.112/90;

c) as responsabilidades estatutárias e éticas impostas ao servidor público atuam como circunstâncias limitadoras dos seus interesses privados, permitindo a sua responsabilização disciplinar por condutas irregulares praticadas na esfera privada, desde que estas estejam relacionadas às atribuições do cargo em que se encontre investido;

d) a solução de conflitos de entendimento e interesses que extrapolem a esfera comum dos debates de ordem interna deve, ordinariamente, ocorrer no âmbito do próprio órgão de lotação do servidor, por meio dos canais internos competentes;

e) as instituições públicas podem ser sujeitos passivos de atos de despreço por parte de servidor, na forma do art. 117, V, da Lei n. 8.112/90;

f) o conceito de “recinto da repartição”, inserto no art. 117, V, da Lei n. 8.112/90, deve ser interpretado de forma a reconhecer que o local de trabalho do servidor não se limita ao espaço

físico da repartição pública, podendo estender-se a quaisquer ambientes de trabalho externo oficiais;

g) a identificação funcional do servidor nas mídias sociais, por si só, não é motivo de responsabilização disciplinar, exigindo, além da efetiva divulgação do conteúdo, a verificação de impropriedades no teor das manifestações nele expostas, especialmente no que diz respeito à possível repercussão negativa à imagem ou credibilidade de sua instituição ou em relação aos demais servidores da casa;

h) cabe exclusivamente às autoridades superiores do órgão, às suas secretarias de comunicação, aos servidores devidamente autorizados, ou outros canais oficiais de interação externa, a comunicação com terceiros em nome da entidade para divulgação de informações internas ou entendimentos da instituição”.

Tais conclusões não são compatíveis com a Constituição Federal, pois, simultaneamente: a) violam a liberdade de expressão dos servidores públicos e b) recrudescem o assédio institucional que hoje se pratica no país.

3. Direito fundamental à liberdade de expressão dos servidores públicos.

A ‘Declaração dos direitos do homem e do cidadão’, já em 1789, previa, em seu artigo décimo primeiro, que: “A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”. Igualmente relevante, o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), dispõe que: “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão”. A Constituição de 1988

também positiva a liberdade de expressão, conferindo-lhe proteção especial, no art. 5º, IV, IX.

A Nota Técnica n. 1556, ao propor uma concepção inflacionada do “dever de lealdade funcional”, desconsidera a centralidade que os direitos fundamentais ocupam no ordenamento jurídico contemporâneo. Criaram-se condicionantes ao exercício da livre manifestação do pensamento que desconsideram a condição de sobredireito que o Supremo Tribunal Federal confere à liberdade de expressão. Em seu item 4.42, estabelece:

“A divulgação em mídia social de manifestações de indignação com superiores ou colegas de trabalho ou de **opiniões contrárias** aos entendimentos da casa pelo servidor **são exemplos de condutas que não se identificam com a consecução dos seus deveres legais**, nem com a eficiência do seu trabalho. Em verdade, as referidas condutas vão de encontro ao dever subjetivo de lealdade prescrito no inciso II, do artigo 116, cabendo, nesse sentido, a correspondente responsabilização, caso efetivadas”.

A Lei n. 5.250/1967, também conhecida como “Lei de imprensa”, aprovada no curso do regime militar, foi extirpada do ordenamento jurídico pelo Supremo Tribunal Federal justamente por, assim como a Nota Técnica da CGU, condicionar o exercício da liberdade de expressão à observância de um conjunto de regras restritivas.

Além disso, o STF entendeu que a lei deveria ser declarada inconstitucional em sua integralidade em decorrência de sua origem autoritária. Como agora, a hipótese era de vício de origem:

“São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/1967 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja

mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de “interpretação conforme a Constituição”. A técnica da “interpretação conforme” não pode artificializar ou “forçar a descontaminação” da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal 5.250/1967) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo *pro indiviso*. (...) Total procedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal 5.250, de 9-2-1967.” [ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, j. 30-4-2009, P, DJE de 6-11-2009].

Essa orientação, de indiscutível compromisso com a preservação da liberdade de expressão, foi reafirmada pelo STF em inú-

meros precedentes. O Supremo Tribunal Federal já decidiu diversas controvérsias envolvendo a liberdade de manifestação de pensamento e de expressão.⁹ Em diversas decisões, a Corte tem reafirmado que “a liberdade de expressão constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica” [HC 83.125, rel. min. Marco Aurélio, j. 16-9-2003, 1ª T, DJ de 7-11-2003].

Em decisão recente, tomada por unanimidade, na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 548, foi declarada inconstitucional a interpretação dos artigos 24 e 37 da Lei das Eleições (Lei 9.504/1997) que acarretem a censura da manifestação de pensamento. Isso porque, interpretações autoritárias desses dispositivos, seja por magistrados, seja por órgãos policiais, conduziram a operações policiais em universidades públicas. Como assentou o STF:

“O Plenário referendou, com efeito vinculante e eficácia contra todos, decisão monocrática que, em arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), suspendeu os efeitos de atos judiciais ou administrativos emanados de autoridade pública que possibilitem, determinem ou promovam o ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, o recolhimento de documentos, a interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários, a atividade disciplinar docente e discente e a coleta irregular de depoimentos desses cidadãos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento em ambientes universitários ou em equipamentos sob a

9 CHEQUER, Cláudio. A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie*: análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 235.

administração de universidades públicas e privadas e serventes a seus fins e desempenhos. (...) A finalidade do art. 37 da Lei 9.504/1997, que regulamenta a propaganda eleitoral e impõe proibição de alguns comportamentos em períodos que especifica, é a de impedir o abuso do poder econômico e político e de preservar a igualdade entre os candidatos no processo. A norma visa resguardar a liberdade do cidadão, o amplo acesso às informações, para que ele decida conforme sua livre convicção, sem cerceamento direto ou indireto a seu direito de escolha. A vedação por ela estabelecida possui a finalidade específica de lisura do processo eleitoral. O que não estiver dentro dos limites dessa finalidade e, diversamente, atingir a livre manifestação do cidadão não se afina com a teleologia da norma eleitoral nem com os princípios constitucionais garantidores da liberdade de pensamento, manifestação, informação, ensino e aprendizagem. Portanto, as providências judiciais e administrativas impugnadas na ADPF, além de ferir o princípio garantidor de todas as formas de manifestação da liberdade, desrespeitam a autonomia das universidades e a liberdade dos docentes e discentes. As condutas limitadas pelos atos questionados restringem não os direitos dos candidatos, mas o livre pensar dos cidadãos.” [ADPF 548 MC REF, rel. min. Cármen Lúcia, j. 31-10-2018, P, *Informativo* 922].

No delineamento jurídico da liberdade de expressão pelo Supremo Tribunal Federal, merece destaque também a decisão proferida na ADI 4451, na qual o Tribunal declarou inconstitucional dispositivos da Lei n. 9.504/1997, a Lei de Eleições, que proibiam veiculação de programas humorísticos envolvendo partidos e candidatos, nos três meses antecedentes às eleições:

“A Democracia não existirá e a livre

participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo.” [ADI 4.451, rel. min.

Alexandre de Moraes, j. 21-6-2018, P, DJE de 6-3-2019.]

A liberdade em sentido amplo é pressuposto do funcionamento regular da vida democrática. A liberdade de expressão e de pensamento e o pluralismo político são condições sem as quais o governo democrático se converte em autocracia. Um dos desafios impostos pelo momento atual de “pós-verdade” é preservar a consistência dos processos decisórios das autoridades públicas, as quais não podem se basear em *fake news* ou em preconceitos ideológicos.

O processo decisório, tanto no Legislativo quanto no Executivo, deve obedecer ao *princípio da deliberação informada*, isto é, as decisões devem se apoiar em informações consistentes, produzidas em conformidade com critérios objetivos e racionais.¹⁰ Em

uma democracia, os governantes, eleitos pela maioria, governam, mas devem prestar contas a todos os cidadãos, inclusive às minorias. É o que se denomina *accountability*.¹¹

A democracia envolve, além da decisão majoritária, também a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas.¹² A troca de argumentos e contra-argumentos racionaliza e legitima as decisões legislativas.¹³ Não por outra razão, em diversos preceitos constitucionais concernentes ao processo legislativo, a Constituição menciona que os projetos de lei serão submetidos não só à “votação”, mas também à “discussão”. É o que se verifica nos artigos 58, § 2.º, I, 60, § 2.º, 64 e 65 da Constituição Federal.¹⁴ Um dos requisitos para se aferir a legitimidade

10 Cf., *i. a.*: ROCHA, M. M.. Representação, deliberação e estudos legislativos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 25, n. 74, 2010.

11 Cf., *i. a.*: CAMPOS, A. M. *Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*, v. 24, n. 2, 1990; GUTMANN, A.; THOMPSON, D. *Democracy and disagreement*. Cambridge, Mass.; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1996. p. 129; ARATO, A. Representação, soberania popular, e *accountability*. *Lua Nova*, n. 55-56, 2002; FILGUEIRAS, F. Além da transparência: *accountability* e política da publicidade. *Lua Nova*, n. 84, 2011.

12 Cf., *i. a.*: BENHABIB, S. Toward a deliberative model of democratic legitimacy. In: *Id.* (org.). *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996; BOHMANN, J. The coming of age of deliberative democracy. *The Journal of Political Philosophy*, v. 6, n. 4, dez., 1998; HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

13 Trata-se de medida importante para ampliar a racionalidade da atividade de produção normativa em um ambiente dominado pelo sectarismo ideológico e pelas *fake news*. Uma das funções fundamentais da deliberação pública é a epistêmica. A regra da maioria já cumpre função epistêmica: é mais provável que o maior número esteja certo, e a minoria errada. Mas a troca de argumentos e contra-argumentos, ocorrida antes do voto, a potencializa. O esforço de dialogar com a oposição, justificando projetos de lei, faz com que a maioria aprimore seus argumentos e, em muitos casos, mude de ideia. A liberdade de expor a irracionalidade e o autoritarismo à crítica pública é fundamental não só para a contenção do arbítrio, mas também para a racionalização da atividade governamental. Cf.: STLUND, D. Beyond Fairness and deliberation: The epistemic dimension of democratic authority. In BOHMANN, J.; REHG, W. (eds.). *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. Cambridge, Massachusetts; London, England: The MIT Press 1997; LIST, C.; GOODIN, R. E. Epistemic Democracy: Generalizing the Condorcet Jury Theorem. *Journal of Political Philosophy*, n. 9, 2001.

14 A discussão, como a votação, é indispensável para que as leis sejam elaboradas legitimamente. Cf.: Cf.: MELLO, C. S. M. F. O revigoramento do Poder Legislativo: uma agenda para o século XXI. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2011.

de do processo legislativo é a observância do “*princípio da deliberação suficiente*”.¹⁵ Em uma democracia, a maioria decide, mas apenas pode decidir depois de enfrentar os argumentos apresentados pelas minorias. Kelsen esclarece o ponto:

“A vontade geral, formada segundo o princípio da maioria, não é manifesta sob a forma de um *diktat* imposto pela maioria à minoria, mas como resultado da influência mútua exercida pelos dois grupos, como resultado do embate de orientações políticas de suas vontades. Uma ditadura da maioria sobre a minoria não é possível a longo prazo, pelo simples fato de que uma minoria condenada a não exercer absolutamente influência alguma acabará por renunciar à participação – apenas formal e por isso, para ela, sem valor e até danosa – na formação da vontade geral, privando, com isso, a maioria – que, por definição, não é possível sem a minoria – de seu próprio caráter de maioria. Justamente essa possibilidade oferece à minoria um meio para influir sobre as decisões da maioria. [...] De fato, todo o procedimento parlamentar, com sua técnica dialético-contraditória, baseada em discursos e réplicas, em argumentos e contra-argumentos, tende a chegar a um compromisso. Este é o verdadeiro significado do princípio da maioria na democracia real”.¹⁶

A manifestação pública de servidores é fundamental para a preservação da democracia viva. O servidor deve lealdade ao interesse público, ainda quando isso implique criticar a orientação governamental da ocasião. Se, por exemplo, parte dos servi-

dores do Ministério da Saúde não concorda com a imposição da prescrição de cloroquina, em contradição com as recomendações da ciência, não só pode como deve denunciar em público a inconsistência da política governamental. Se servidores da ANVISA discordam da concessão automática de autorização para a produção de agrotóxicos, por decurso de prazo, cabe-lhes igualmente apresentar em público sua objeção. Criticar o que está em contradição com o interesse público é conduta admirável nos servidores públicos, sendo absolutamente incompatível com a Constituição Federal furtar-lhes essa prerrogativa. É justamente para exercê-la com liberdade que a Constituição Federal de 1988 lhes confere um amplo sistema de garantias, dentre as quais a estabilidade.

Ressalte-se ainda que o ordenamento jurídico brasileiro confere aos servidores públicos civis do Poder Executivo o direito de se filiarem a partidos políticos e de se manifestarem em público sobre assuntos políticos e eleitorais. O STF também se manifestou sobre a matéria:

“(...) a restrição à manifestação político-partidária em redes sociais imposta pelo Provimento n. 71/2018 contraria o regime legal e constitucional que assegura aos servidores civis o direito de filiação partidária e o exercício pleno de atividade política e afronta a autonomia dos Estados para disciplinar o estatuto de seus servidores. Liminar parcialmente deferida para afastar as limitações à manifestação político-partidária previstas no Provimento n. 71/2018 em relação aos servidores substituídos pelo Sindicato impetran-

15 Cf.: SOUSA FILHO, A. B. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 409 ss.; TELLES, C. A. C. *O princípio da deliberação suficiente no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2019.

16 KELSEN, H. *A democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 69-70.

te, salvo em relação àqueles em exercício na Justiça Eleitoral.” [MS 35.779 MC, rel. min. Roberto Barroso, j. 29-11-2018, dec. monocrática, DJE de 10-12-2018].

A Nota Técnica n. 1556, portanto, além de ser incompatível com o direito fundamental à liberdade de expressão, é contraditória com a finalidade de se estabelecer uma república democrática, transparente e pluralista. Em sua dissertação de mestrado, apresentada à Universidade de Salamanca, o atual ministro da CGU, Wagner Rosário, analisa as condições que incentivam a corrupção. Apresenta, em especial, a fórmula de Robert Klitgaard¹⁷, segundo a qual “ $C = M + D - A$ ”: o fato da corrupção (C) resultaria do monopólio da decisão (M), acrescido da discricionariedade na tomada de decisões (D) menos *accountability* ou prestação de contas do agente (A).¹⁸ A Nota Técnica n. 1556 amplia a margem de discricionariedade dos agentes políticos, sem acrescentar

a correspondente *accountability*. Com isso, aumenta a probabilidade da tomada decisões arbitrárias, persecutórias e se reduz o controle sobre a prática da corrupção.

4. Pluralismo, impessoalidade e interesse público primário

A impessoalidade é princípio que regula a atividade administrativa expresso no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. A Administração Pública deve agir de maneira *objetiva e imparcial*.¹⁹ O governante não pode conceder benefícios ou onerar servidores e administrados tendo em vista as suas preferências pessoais ou os vínculos particulares que mantém com eles. O Estado não deve distinguir entre os cidadãos e servidores, seja onerando-os, seja beneficiando-os, senão por meio de critérios imparciais.²⁰ Em uma república, o Estado é *res pública*, coisa pública, não podendo ser apoderado por particulares.²¹

A noção de imparcialidade não se res-

17 Klitgaard, Robert. *International Cooperation Against Corruption*. Finance & Development, 1998. p. 4.

18 “Es decir, la corrupción (C) equivale a monopolio de la decisión (M - *Monopoly*) más discrecionalidad en la toma de decisiones (D - *Discretion*) menos la necesidad de rendición de cuentas (A - *Accountability*). De este modo, cuanto más reducido sea el grupo de actores de quienes depende la decisión sobre el asunto en cuestión (monopolio), cuanto mayor sea el margen de discrecionalidad del que dispongan tales actores para tomar su decisión y, por último, cuantos menos o más ineficientes sean los controles sobre los agentes que toman la decisión, mayor será la probabilidad de que surja la corrupción”. ROSARIO, Wagner de Campos. *El rol del control interno en la lucha contra la corrupción con énfasis en la investigación conjunta desarrollada en Brasil y España*. Trabajo de Fin de Máster presentado como requisito para la obtención del título de “Máster Universitario en Corrupción y Estado de Derecho” por la Universidad de Salamanca. SALAMANCA (ESPAÑA). 2016, p. 28.

19 Cf.: ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *O princípio da impessoalidade da Administração Pública: para uma Administração imparcial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 107 ss.

20 No âmbito infraconstitucional a noção de imparcialidade está expressamente prevista na Lei 8.429/92, cujo art. 11 determina: “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições...” No constitucionalismo estrangeiro, o termo “imparcialidade”, ao invés de impessoalidade, é utilizado, dentre outras, pela Constituição Portuguesa, cujo art. 266, 2, determina: “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”. O termo aparece ainda na Constituição Italiana (art. 97): “As administrações públicas são organizadas segundo as disposições legais, de modo que sejam assegurados o bom andamento e a imparcialidade da administração”.

21 Sobre a relação entre impessoalidade e princípio republicano, cf.: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 155.

tringe, todavia, às hipóteses em que o tratamento diferenciado tem o propósito de promover interesses particulares. Assim entendido, o princípio da impessoalidade não seria nada além de uma das dimensões do princípio da moralidade, que também está previsto no art. 37, *caput*. Os agentes políticos não podem, tampouco, estabelecer distinções entre os servidores e administrados motivadas por suas convicções políticas ou afiliações religiosas. Em sociedades marcadas pelo pluralismo, os administradores devem se orientar por *padrões laicos e republicanos*.

O ordenamento brasileiro, que além de republicano é também pluralista, comporta inclusive a hipótese da *objeção de consciência*. De acordo com art. 5º, VIII, da CF, “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa”.

Os atos administrativos marcados pela violação do princípio da impessoalidade são atos nulos. A dogmática especializada desde há muito trata do tema, caracterizando a violação da impessoalidade como hipótese de *desvio de finalidade*. A finalidade dos atos do Estado é a realização do interesse público. Do contrário, o ato será nulo.²² Assim, se a remoção de servidor é represália contra sua atuação política, tal ato apresenta o vício do desvio de finalida-

de, infringindo a imparcialidade, manifestada, no caso, em sua dimensão política.²³

É tradicional a distinção, no direito administrativo, entre *interesse público primário* e *interesse público secundário*.²⁴ O primeiro é o interesse geral da sociedade, o bem comum. O segundo é o interesse imediato da administração. Uma das funções precípua das garantias dos servidores públicos é justamente permitir que sua atuação em defesa do interesse público primário se dê sem receio de retaliações por parte dos governantes do momento.

É para garantir a independência do servidor em relação ao governante eleito que a Constituição Federal determina que a seleção se dará por meio de concurso público (art. 41) e que o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de procedimento em que se preservem suas garantias (art. 41, § 10). As opiniões políticas dos servidores e a atitude de dirigir críticas à atuação da administração não são razões aptas a legitimar punições.

5. Autoritarismo, assédio institucional e liberdade de expressão

A restrição da liberdade de expressão dos servidores federais não é fenômeno isolado. Insere-se no contexto presente de **assédio institucional no setor público brasileiro**. Na atual crise das instituições, verificam-se processos “incrementais” de “erosão” da democracia.²⁵ Não há ruptura

22 Lei 4717/65, art. 2º, alínea “e”.

23 TJ/RJ, AC 2004.001.12424, Des. Nametala Machado Jorge, 13ª Câmara Cível, Julgamento 22.09.2004.

24 Cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 57

25 Cf., *i. a.*: WALDNER, D.; LUST, E. Unwelcome Change: Coming to Terms with Democratic Backsliding Annual. *Review of Political Science*, vol. 21, n. 1, 2018; FAGGIANI, V. La “rule of law backsliding” como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE. *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 71, 2019; LEVITSKI, S.; ZIBLATT, D. *Como as democracias morrem?* Rio de Janeiro: Zahar, 2018. Sustentando que também no Brasil há um “processo contínuo de degradação institucional”, cf.: AVRITZER, L. *O pêndulo da democracia*. São Paulo: Todavia, 2019.

ou colapso, mas “desconsolidação”²⁶, embora não seja possível afastar essa ameaça no caso brasileiro. Em razão de seu caráter híbrido, os novos regimes têm sido descritos como “democraduras” (*democratorship*).²⁷ A intervenção indevida do atual presidente em órgãos e entes públicos, como a Secretaria da Receita Federal, o COAF, a FUNAI, o IBAMA, o INPE e as universidades federais, é um dos elementos centrais do atual processo de erosão do Estado democrático de direito. Tais órgãos e entes da administração, criados há décadas, são fundamentais para que sejam implementadas políticas públicas de caráter permanente.²⁸

O atual governo leva a termo programa de “desconstrução do Estado brasileiro”, sob o pretexto de “tirar o estado do lombo de quem produz”. Deslegitima, dessa forma, a intervenção estatal nas relações sociais, sobretudo nas relações de trabalho. Nesta cosmologia particular, o empresário é que é visto como *vítima* da intervenção estatal, que impede o livre desenvolvimento de sua

iniciativa individual.²⁹ O discurso de vitimização do mais forte é um dos elementos centrais do neoliberalismo autoritário, para o qual o papel do Estado é garantir o funcionamento do mercado em conformidade com as leis econômicas naturais e proteger as empresas das pressões sociais.

Na história das ideias políticas, a conjugação de autoritarismo político e liberalismo econômico tem como precedente o liberalismo autoritário do início do século XX, defendido por Carl Schmitt, a partir de sua rejeição ao constitucionalismo de Weimar.³⁰ O modelo era apresentado como reação ao Estado social, que haveria deixado de ser “neutro” em relação à atividade econômica, atuando para proteger trabalhadores e para atenuar o rigor dos ciclos econômicos.³¹ Schmitt o denominava “Estado total”, o qual, ao mesmo tempo que ampliava suas esferas de atuação, sofria múltiplas pressões, advindas dos distintos setores da vida econômica e social. A República de Weimar seria um Estado desse tipo

26 FOA, R. E.; MOUNK, Y. The signs of deconsolidation. *Journal of democracy*, v. 28, n. 1, 2017.

27 SCHEPPELE, K. Worst Practices and the Transnational Legal Order (Or How to Build a Constitutional “Democratorship” in Plain Sight). Background paper: Wright Lecture, University of Toronto, 2. nov., 2016.

28 Muitos desses órgãos são integrados por servidores vinculados a “carreiras de Estado”. De acordo com o art. 247 da Constituição Federal, “as leis previstas no inciso III do § 1.º do art. 41 e no § 7.º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado”.

29 Considere-se, por exemplo, o que disse Bolsonaro a propósito dos direitos da trabalhadora gestante: “Eu tenho pena do empresário no Brasil, porque é uma desgraça você ser patrão no nosso país, com tantos direitos trabalhistas. Entre um homem e uma mulher jovem, o que o empresário pensa? ‘Poxa, essa mulher tá com aliança no dedo, daqui a pouco engravida, seis meses de licença-maternidade...’ Bonito pra c..., pra c...! Quem que vai pagar a conta? O empregador. No final, ele abate no INSS, mas quebrou o ritmo de trabalho. Quando ela voltar, vai ter mais um mês de férias, ou seja, ela trabalhou cinco meses em um ano”. (*Zero Hora*, 10 dez. 2014).

30 Cf.: Schmitt, C., 2007a, p. 105 ss.; 2007b, p. 61 ss.; 1998.

31 A Constituição de Weimar adotou esse modelo de Estado. O texto se dividia em duas partes: na Parte I, estruturava o Estado alemão, disciplinando a relação entre os entes federativos (Capítulo I) e entre os poderes do Estado (Capítulos II-VII); na Parte II, estabelecia o catálogo de direitos fundamentais. Deste último, constavam tanto direitos individuais, de origem liberal, quanto direitos sociais. Além disso, determinava que a economia deveria ser “organizada sobre os princípios da justiça”, com o propósito de realizar a “dignidade para todos” (art. 151); instituía a função social da propriedade, utilizando a expressão canônica “a propriedade obriga” (art. 153); e estabelecia direitos trabalhistas (arts. 157-165) e previdenciários (art. 161).

– um “Estado total quantitativo”.

Como alternativa a esse modelo, Schmitt propunha que o Estado alemão se convertesse em um “Estado total qualitativo”: autoritário na esfera política, mas restrito quanto a sua esfera de atuação; forte, mas fiador da liberdade econômica.³² Apenas esse Estado forte poderia se retirar da economia e operar a “despolitização” das esferas não estatais. Como o modelo conjugava autoritarismo político e “economia livre”, H. Heller, seu principal crítico, o denominou de “liberalismo autoritário”.³³

A conjugação de autoritarismo com liberalismo econômico não é estranha tampouco à história latino-americana: ideias neoliberais, desenvolvidas na Escola de Chicago, foram aplicadas no Chile, sob a ditadura de Pinochet. Aquele governo cortou em 27% os gastos públicos; reduziu as tarifas de importação, abrindo o mercado a produtos industrializados estrangeiros; demitiu milhares de servidores públicos; privatizou mais de 400 empresas; devolveu aos antigos proprietários cerca de 30% das terras que haviam sido objeto de reforma agrária; o trabalho foi desregulamentado, com a revogação de grande parte da legislação trabalhista; a saúde foi entregue à iniciativa privada, assim como a previdência social. Naquele contexto, sem reprimir violentamente opositores, não seria possível implementar um programa tão radical, que implicava a revogação de tantos direitos.

O assédio institucional que hoje se verifica

no setor público é uma das dimensões desse projeto. O fenômeno deixou de ser algo esporádico ou acidental, como no passado, para se tornar uma prática intencional com objetivos claramente definidos, a saber: i) desorganizar – para reorientar pelo e para o mercado – a atuação estatal; ii) deslegitimar as políticas públicas formuladas sob a égide da CF-1988; e iii) desqualificar os próprios servidores públicos. O assédio institucional de natureza organizacional se caracteriza não só por manifestações públicas ofensivas aos servidores, mas também por imposições normativas e práticas administrativas, conduzidas (direta ou indiretamente) por dirigentes e gestores públicos situados em posições hierárquicas superiores³⁴.

A Nota Técnica n. 1556 está inserida no contexto de recrudescimento da prática do assédio institucional no setor público brasileiro. O propósito é fazer com que os servidores percam sua independência e se submetam acriticamente à orientação do líder político.

Concomitantemente à normatização, produzem-se ‘dossiês’ contra servidores públicos que têm se manifestado contra o fascismo. A prática demanda a pronta atuação dos órgãos de controle. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.286.466/RS, já decidiu que a prática de assédio moral é ato de improbidade administrativa:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚ-

32 Cf.: Bercovici, G., 2004. p. 93 ss.; Wilkinson, M. A., 2018; Kaynar, A. K., 2020; Jayasuriya, K., 2000.

33 Heller, H., 2015 (a primeira versão foi publicada em 1933). O termo tem sido empregado hoje para criticar as dimensões tecnocrática e aristocrática da União Europeia, que impõe medidas de austeridade a despeito da deliberação democrática que possa ter lugar em âmbito nacional. (Wilkinson, M. A., 2013; Bonefeld, W., 2017). Entre nós, Valim sustenta que o “estado de exceção” é a “forma jurídica do neoliberalismo”: a normatividade inerente ao estado democrático de direito seria suspensa para fazer prevalecer os interesses do mercado. (Valim, R., 2017).

34 Para um aprofundamento teórico e empírico acerca do assédio institucional, ver CARDOSO JR., J. C. e BARBOSA da SILVA, F. A. **Assédio Institucional no Setor Público e o Processo de Desconstrução da Democracia e do Republicanismo no Brasil de Bolsonaro**. Brasília: Cadernos da Reforma Administrativa, Fonacate, 2020, no prelo.

BLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ASSÉDIO MORAL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. ENQUADRAMENTO. CONDUTA QUE EXTRAPOLA MERA IRREGULARIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO GENÉRICO. 1. O ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.249/1992 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência do STJ. 2. Não se enquadra como ofensa aos princípios da administração pública (art. 11 da LIA) a mera irregularidade, não revestida do elemento subjetivo convincente (dolo genérico). 3. O assédio moral, mais do que provocações no local de trabalho — sarcasmo, crítica, zombaria e trote —, é campanha de terror psicológico pela rejeição. 4. A prática de assédio moral enquadra-se na conduta prevista no art. 11, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa, em razão do evidente abuso de poder, desvio de finalidade e malferimento à impessoalidade, ao agir deliberadamente em prejuízo de alguém. 5. A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e/ou afastar da atividade pública os agentes que demonstrem caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida. 6. Esse tipo de ato, para configurar-se como ato de improbidade exige a demonstração do elemento subjetivo, a título de dolo lato sensu ou genérico, presente na hipótese. 7. Recurso especial provido.”

Aos servidores, como a todos os cidadãos, é assegurado o pleno exercício do direito de crítica e de manifestação. Como sintetizou o Ministro Celso de Mello, em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451, em 21 de junho de 2018: “Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão, de comunicação, de informação e de criação artística, mostrando-se inaceitável qualquer deliberação estatal, cuja execução importe em controle do pensamento crítico, com o consequente comprometimento da ordem democrática”.

6. Conclusão

Com base nas razões acima expostas, é possível apresentar as seguintes proposições objetivas:

A interpretação do dever de lealdade veiculada por meio da Nota Técnica n. 1556 é incompatível com a Constituição Federal por violar a liberdade de expressão e os princípios republicanos da impessoalidade da administração e do pluralismo político.

A imposição de penas disciplinares a servidores públicos com base na referida interpretação é ato de improbidade administrativa, apto a ser reprimido pelo Judiciário e pelos órgãos de controle.



FONACATE

Fórum Nacional Permanente
de Carreiras Típicas de Estado

www.fonacate.org.br