

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Lucas Catib De laurentiis; Antonio Celso Baeta Minhoto – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-027-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I durante o Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 23 a 30 de junho de 2020, sob o tema geral “Constituição, Cidades e Crises”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito em parceria com a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ. Trata-se da primeira experiência de encontro virtual do CONPEDI em quase três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Teoria e hermenêutica constitucionais, bem como a história do Direito Constitucional e a filosofia a ela relacionada, como não poderia deixar de ser, também estão presentes nos artigos.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Prof. Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto - Universidade Cruzeiro do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA Business School/Faculdade Arnaldo/Escola Superior Dom Helder Câmara

Prof. Dr. Lucas Catib de Laurentiis – Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Filosofia do Direito. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**MANIFESTAÇÃO POLÍTICA NAS REDES SOCIAIS POR MEMBROS E
SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO
PROVIMENTO N.º. 71/2018 DA CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA.**

**POLITICAL MANIFESTATION IN SOCIAL MEDIAS BY MEMBERS OF THE
JUDICIARY SYSTEM: A CRITICAL ANALYSIS OF N. 71/2018 NATIONAL
JUSTICE INTERNAL AFFAIRS.**

Lincoln Machado Alves de Vasconcelos ¹

Resumo

O presente artigo busca analisar a problemática da liberdade de manifestação política dos servidores e dos membros do Poder Judiciário nas redes sociais. A investigação será feita a partir da análise do Provimento n.º. 71/2018 da Corregedoria Nacional de Justiça e do arcabouço principiológico constitucional pertinente. O objetivo do artigo é examinar de maneira crítica a extensão do direito de manifestação no contexto acima problematizado, em perspectiva interdisciplinar. A pesquisa empreendida é de natureza teórico-bibliográfica seguindo o método descritivo-analítico no tocante à doutrina e à legislação examinada. Conclui-se pela impossibilidade da restrição prevista no aludido Provimento conforme originariamente pretendido.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, Democracia, Constituição, Mídias sociais, Política

Abstract/Resumen/Résumé

This work aims to analyze the matter of the freedom of speech by the members of the Judiciary system in social networks. The investigation will be made based on the analysis of Provision number 71/2018 of the National Court of Justice and the constitutional rules related. The purpose is to examine the freedom of speech extent in an interdisciplinary perspective. The nature of the research undertaken is theoretical-bibliographic, following the descriptive-analytical method. It is concluded by the impossibility of the restriction foreseen in the provision in its originally intended range.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom of speech, Democracy, Constitution, Social medias, Policy

¹ Professor (Universidade de Itaúna. Mestrando em Direitos Fundamentais (UIT). Advogado.

INTRODUÇÃO

Um arquétipo de constitucionalismo cuja dinâmica se pretende mais sensível a um arranjo institucional democratizado e ao enaltecimento da liberdade de manifestação como um de seus pilares, perpassa pela análise dos contornos do aludido direito individual.

Inicialmente, contextualiza-se o tema-problema mediante pesquisa documental acerca de regramento administrativo oriundo da Corregedoria Nacional de Justiça (órgão do Conselho Nacional de Justiça), bem como da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal relativa à questão.

No tópico seguinte desenvolve-se uma análise crítica da problemática da liberdade de manifestação política nas redes sociais por servidores e por membros do Poder Judiciário, em abordagem interdisciplinar, num diálogo hermenêutico entre subsídios teóricos do constitucionalismo e da organização dos poderes.

Testifica-se o coeficiente de legitimidade democrática do regramento administrativo supramencionado, notadamente em cotejo com a questão da autonomia dos estados-membros para disciplinar o estatuto de seus servidores.

Da mesma forma, desenvolve-se tópico relativo à liberdade de manifestação político-partidária no âmbito da Magistratura, identificando suas peculiaridades em comparação aos demais servidores.

Mediante pesquisa teórico-bibliográfica investiga-se a extensão do direito individual em comento, em sede conclusiva.

1 A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO POLÍTICA POR SERVIDORES E MEMBROS DO PODER JUDICIÁRIO EM REDES SOCIAIS.

A liberdade de manifestação política está atrelada ao livre desenvolvimento da personalidade e à própria democracia, num imbricamento dialético em que a promoção das virtudes cívicas perpassa pela liberdade em comento, tendente a incrementar o coeficiente de legitimidade democrática do arranjo institucional que a privilegia.

Corroborando essa relação de condicionamento recíproco entre liberdade de manifestação política¹ e democracia, interessante a ponderação de Frank Michelman:

¹ Interessante sublinhar que comumente se refere à liberdade de expressão como gênero, comportando várias espécies, em decorrência do direito constitucional positivo, tais como a liberdade de expressão

A relação entre democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico, de modo que, embora mais democracia possa muitas vezes significar mais liberdade de expressão e vice-versa (mais liberdade de expressão indica mais democracia), também é correto que a liberdade de expressão pode acarretar riscos para a democracia e esta para a liberdade de expressão. (MICHELMAN, 2007, p.49)

A proposta central do presente artigo gravita em torno da liberdade de manifestação política pelos servidores e membros do Poder Judiciário nas redes sociais, tema-problema recentemente debatido no Supremo Tribunal Federal², pela possível tensão entre uma compreensão elástica da liberdade supramencionada e o regramento administrativo e constitucional respectivos.

Nessa toada, ressurge relevante uma reflexão mais detida em torno da problemática, notadamente em função das magnitudes – de estatura constitucional – em jogo: não apenas o exercício de um direito individual, mas também a própria promoção das virtudes cívicas pela participação na vida política.

Pertinente, nesse interim, a lição de Daniel Mitidiero acerca das liberdades em comento:

Para uma compreensão geral das liberdades em espécie que podem ser reconduzidas à liberdade de expressão (gênero), e considerando as peculiaridades do direito constitucional positivo brasileiro, é possível apresentar o seguinte esquema: (a) liberdade de manifestação do pensamento (incluindo a liberdade de opinião); (b) liberdade de expressão artística; (c) liberdade de ensino e pesquisa; (d) liberdade de comunicação e de informação (liberdade de “imprensa”); (e) liberdade de expressão religiosa. (MITIDIERO, 2018, p.519-520).

Em relação ao direito fundamental em análise, parte-se de perspectiva em que se reconhece a necessidade de uma compreensão otimizada de sua efetividade, em consonância com a lição de Canotilho, para quem:

A liberdade de expressão não pressupõe sequer um dever de verdade perante os factos embora isso possa vir a ser relevante nos juízos de valoração em caso de conflito com outros direitos ou fins constitucionalmente protegidos. (CANOTILHO, 2007, p.57)

De toda forma a pretensão de se perquirir enfoque teórico atento à máxima efetividade do direito fundamental em comento não poderia desconsiderar a possibilidade de tensão com outras magnitudes de estatura constitucional. É dizer, os direitos fundamentais

religiosa, liberdade de manifestação política (recorte teórico da presente pesquisa), artística, científica, liberdade de comunicação e de informação.

² MS 35.779 MC, rel. min. Roberto Barroso, j. 29-11-2018, dec. monocrática, *DJE* de 10-12-2018.

assumiriam uma essência de magnitudes calibráveis, admitindo-se uma “adequabilidade” em atenção às particularidades de cada caso (GÜNTHER, 1995).

Nessa toada, as vicissitudes do caso concreto guiariam a identificação do direito fundamental (ou princípio) aplicável, numa concepção sistêmica apta a se obter racionalmente uma solução final legitimada.

Ainda no que concerne à temática da possível tensão entre direitos fundamentais, interessante o marco teórico preconizado por MÜLLER sensível à ideia de concretude (função construtiva do caso prático) em contraponto a silogismos artificiais:

Como concepção sistematicamente pós-positivista, a teoria estruturante do direito não aposentou apenas a redução da norma a seu texto, do ordenamento jurídico a uma ficção artificial, da solução do caso a um processo logicamente inferível por meio do silogismo, mas desenvolveu, partindo da estruturação de normas jurídicas, a proposta de um modelo de teoria e práxis que abrange a dogmática, a metódica, a teoria do direito e a teoria constitucional e não continua devendo resposta ao positivismo. (2009, p.121)

Feitas as considerações acima, pertinente analisar criticamente a problemática da liberdade de manifestação política por servidores e membros do Poder Judiciário em redes sociais, máxime diante do advento de Provimento oriundo de órgão do Conselho Nacional de Justiça, mediante investigação atenta ao arcabouço principiológico constitucional e à organização da Administração Pública.

2 O PROVIMENTO N.º 71/2018 DA CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA.

Dispondo sobre a manifestação nas redes sociais pelos servidores do Poder Judiciário, a Corregedoria Nacional de Justiça, órgão do Conselho Nacional de Justiça, editou regramento cujas considerações fazem menção à “significativa quantidade de casos concretos relativos a mau uso das redes sociais por magistrados e ao comportamento inadequado em relação a manifestações públicas político-partidárias” (BRASIL, 2018).

Além disso, invoca os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, bem como o Código de ética e a Lei Orgânica da Magistratura.

O Conselho Nacional de Justiça tem previsão constitucional (art. 103-B, CF/1988), em que lhe é deferida a atribuição de controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, além da verificação do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

A função que mais dialoga com a temática ora proposta está materializada no inciso II do parágrafo quarto do dispositivo em comento, que atribui ao CNJ a função de zelar pela observância dos princípios da Administração³, dentre eles a impessoalidade.

O Provimento em análise traz dispositivo⁴ cujo texto prevê a impossibilidade do magistrado se valer da liberdade de expressão para afastar a proibição constitucional do exercício de atividade político-partidária, compreendida a participação em situações que evidenciem o apoio público a determinado político.

Prevê também (artigo 3º) que a manifestação de posicionamento pelo magistrado, inclusive em redes sociais, não deve comprometer a imagem do Poder Judiciário, regra aplicável ao servidor e estagiário, tendo em vista o disposto no artigo 10 (que traz norma de extensão ampliando o espectro do comando).

Para tanto, em seu artigo 4º há regra segundo a qual o magistrado deve agir com “reserva, cautela e discrição ao publicar seus pontos de vista nos perfis pessoais nas redes sociais, evitando a violação de deveres funcionais e a exposição negativa do Poder Judiciário” (BRASIL, 2018).

Ao final, repita-se, há previsão expressa de que as regras acima aplicam-se aos servidores e aos estagiários do Poder Judiciário. Algumas questões descortinam-se relevantes diante do advento da aludida norma.

Primeiro, a diferenciação das restrições supramencionadas no que concerne ao membro da Magistratura e no que diz respeito ao servidor (não Magistrado) do Poder Judiciário.

Em segundo lugar, em que medida uma norma oriunda de órgão do Conselho Nacional de Justiça (ato da Corregedoria) seria apta a regulamentar legitimamente o direito fundamental em exame. Afinal, qualquer restrição ao exercício ou à amplitude de direito fundamental é acometida de pesado ônus argumentativo para sua validação racional, isto é,

³ Constituição Federal, artigo 37, *caput*: Art. 37 da CR/88: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 03 jun.2019

⁴ Provimento nº 71/2018 da Corregedoria Nacional de Justiça – Conselho Nacional de Justiça: art. 2º - A liberdade de expressão, como direito fundamental, não pode ser utilizada pela magistratura para afastar a proibição constitucional do exercício de atividade político-partidária; §1º A vedação de atividade político-partidária aos membros da magistratura não se restringe à prática de atos de filiação partidária, abrangendo a participação em situações que evidenciem apoio público a candidato ou a partido político. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3489>. Acesso em: 20 jun. 2019.

para sua aceitabilidade. Máxime quando em jogo a própria intensidade do grau consciência cidadã nos processos de tomada de decisão.

A propósito, vale aqui adotar a reconstrução da semântica do termo ‘cidadania’ proposta por Jürgen Habermas: “referindo-se, agora, à titularidade de direitos fundamentais de participação política, jurídico-constitucionalmente delineados, garantidores de uma autonomia jurídica pública.” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p.624).

Pela nova semântica colhida do aludido referencial teórico, viabiliza-se um desprendimento de concepções simplistas, pelas quais refere-se ao indivíduo como mero integrante de determinado Estado.

Ou seja, mediante nova compreensão do termo, possível robustecer o alcance do instituto: o cidadão é aquele que participa, ou a quem se deve franquear o direito fundamental de participar na vida política. Isto é, cidadania seria, nessa linha, atributo referente à consciência participativa popular nos processos de tomada de decisão, seja no cenário legislativo, seja no âmbito jurisdicional.

Nesse interim, parte da doutrina condiciona a legitimidade do processo legislativo à participação popular no procedimento, isto é, o ato final deve ser permeado pela fiscalidade cidadã:

O processo legislativo democrático, ao assegurar a legitimidade do provimento final através da participação dos afetados na produção do ato final, apresenta-se como constitutivo de direitos fundamentais de participação e formação do direito e refuta a teoria segundo a qual normas regimentais que dispõem acerca dos diversos procedimentos legislativos caracterizam-se como normas internas ‘*interna corporis acta*’, imunes ao controle da legalidade de sua realização. Compreender a atividade legislativa como atividade legítima de produção do direito significa compreender normas regimentais acerca do processo de produção da lei como pertencentes ao ordenamento jurídico, vinculantes e obrigatórias para todos os que do processo participam, por constituírem forma de exercício da autonomia pública e privada dos cidadãos e de seus representantes. (LAGES, 2010, p.4).

O mesmo ocorre com o provimento jurisdicional, cuja aceitabilidade racional está atrelada à participação dos seus destinatários.

É dizer, uma decisão gerada em ambiência participada, que não seja hostil ao diálogo e à influência das partes, tende a ser apercebida como legítima por seus destinatários – verdadeiros coautores do provimento jurisdicional.

Há que se testificar ainda, a questão à luz do pluralismo político como ideário constitucional, notadamente como pressuposto para a manutenção/consecução de um regime que se pretenda efetivamente democrático.

Por fim, uma análise crítica e interdisciplinar em torno da questão, notadamente em relação à principiologia regente da organização da Administração Pública e da autonomia legislativa dos estados-membros.

3 ANÁLISE CRÍTICA E JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Tão logo publicado o Provimento n.º 71/2018, foi impetrado mandado de segurança⁵ com medida cautelar em que foi pleiteada a decretação da ilegalidade e abusividade do ato coator então expedido pelo Corregedor Nacional de Justiça.

Dentre os fundamentos da pretensão deduzida em juízo pelo *mandamus* alegou-se a violação à liberdade de manifestação por ato infralegal. É dizer, não seria dado à autoridade coatora (no caso o Corregedor Nacional de Justiça, integrante do Conselho Nacional de Justiça) limitar a liberdade de manifestação dos servidores públicos do Poder Judiciário mediante provimento de natureza administrativa.

Interessante sublinhar um dos argumentos erigidos na fundamentação do mandado de segurança em epígrafe, segundo o qual o ato atacado frustraria ilegitimamente a virtude da *politicidade*, pressuposto emancipatório que não poderia ser tolhido do servidor:

Entendo por politicidade a habilidade humana de saber pensar e intervir, no sentido de atingir níveis crescentes de autonomia individual e coletiva, que permitem conduzir história própria e mesmo imaginar inovações no processo natural evolucionário. Ser político é aquele que sabe planejar e planejar-se, fazer e fazer-se oportunidade, constituir-se sujeito e reconstruir-se de modo permanente pela vida afora, conceber fins e ajustar meios para os atingir, exercer sua liberdade e sobretudo lutar contra quem a queira limitar-se, gestar-se cidadão capaz de história própria, aprender de modo reconstutivo-político. (DEMO, 2002).

Nessa esteira, apesar do Supremo já ter reconhecido a competência do Conselho Nacional de Justiça para editar ato normativo primário, ao declarar a constitucionalidade da Resolução n.º 7/CNJ no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º.12⁶, parece defensável o argumento levantado no mandado de segurança em comento, segundo o

⁵ Mandado de Segurança com medida cautelar n.º 35.779/DF.

qual o regramento impugnado não poderia limitar aprioristicamente e com tamanha veemência um direito fundamental.

É dizer, no caso da Resolução acima mencionada – ainda que criticável sua elevação ao *status* de norma primária – não se vislumbrava um mandamento com a mesma carga restritiva a direito fundamental, como se verificou no caso do Provimento n°71 do Conselho Nacional de Justiça.

Não obstante o objetivo comum de ambos em prol de se reforçar a impessoalidade no âmbito da Administração, enquanto a primeira caminhou no sentido de se vedar prática comumente odiosa (nepotismo) no âmbito do Judiciário, o segundo trouxe norma restringindo diretamente um direito fundamental pouco receptivo a limitações de tal ordem. Afinal, há imbricações profundas da liberdade que se pretendia limitar, com a manutenção de um regime constitucional democrático. Nesse sentido as palavras de Daniel Sarmento:

A liberdade de expressão é peça essencial em qualquer regime constitucional que se pretenda democrático. Ela permite que a vontade coletiva seja formada através de confronto livre de ideias, em que todos os grupos e cidadãos devem poder participar, seja para exprimir seus pontos de vista, seja para ouvir os expostos por seus pares. (SARMENTO, 2007, p.32)

Outro ponto é a problemática da restrição à autonomia legislativa dos estados-membros.

Aqui é preciso a seguinte distinção: a regulamentação aplicável aos magistrados não poderia ser a mesma destinada aos servidores e estagiários do Poder Judiciário, dada a natureza da função daqueles.

A Constituição de 1988 franqueou aos estados autonomia para disciplinar o estatuto de seus servidores. Logo, há uma tensão potencialmente inconciliável das restrições gerais constantes no Provimento n°. 71 com a essência do pacto federativo, diante de indevida interferência pela regra emanada de órgão do CNJ com a normatização deferida aos referidos entes federados.

De qualquer maneira, uma solução obtida pela interpretação orientada pelo “efeito integrador” da Constituição, conforme acentua J.J. CANOTILHO, tende a se revelar adequada:

Na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política. Como tópico argumentativo, o princípio do efeito integrador não se assenta numa concepção integracionista de Estado e

⁶ Trata-se da ADC.n°.12/MC.; julg. em 16.02.2006, Rel. Min. Ayres Britto, em que se reconheceu a natureza de ato normativo primário da resolução n°.7 oriunda do CNJ, bem como sua constitucionalidade por densificar a moralidade administrativa ao vedar a prática de nepotismo.

da sociedade (conducente a reducionismos, autoritarismos, fundamentalismos e transpersonalismos políticos), antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras” (2003, p.126)

Nesse sentido é a jurisprudência do STF⁷ ao rememorar, inclusive, que o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União – Lei n.º. 8112/1990 – assegura o direito de filiação partidária e o exercício pleno de atividade política, conforme se depreende do voto do ministro Luís Roberto Barroso:

[...] a restrição à manifestação político-partidária em redes sociais imposta pelo Provimento n.º 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. (BRASIL, 2018)

É dizer, conforme previsto no Estatuto dos servidores civis da União, é garantido ao servidor o direito a licença não remunerada, durante o período compreendido entre a sua escolha em convenção partidária, como candidato a cargo eletivo, e a véspera do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral⁸.

Interessante salientar que as limitações à manifestação político-partidária nas redes sociais ainda subsistiriam em relação aos servidores da Justiça Eleitoral, segundo o voto proferido por Luís Roberto Barroso no julgamento de mandado de segurança impetrado – e MS 35.779/DF – para impugnar o ato que originou o Provimento n.º 71/2018.

Tal seria justificável em razão da especificidade da Justiça Eleitoral em relação aos demais ramos. A própria lisura do processo eleitoral e das eleições poderia ser questionada caso não fosse exigido um distanciamento necessário de seus servidores – ainda que apenas aparente.

Seria, por esse prisma, defensável um regramento peculiar em atenção às especificidades de determinado ramo, observadas as balizas constitucionais, notadamente no que concerne às garantias próprias das carreiras correspondentes.

No que concerne aos Magistrados, diferentemente do que ocorre com os servidores em geral, há um impeditivo constitucional⁹ expresso à dedicação de atividade político-partidária, no sentido de estabelecer que aos juízes é vedado exercer atividade político-partidária.

⁷ Por todos, cite-se o MS 35.779 MC, rel. min. Roberto Barroso, j. 29-11-2018, dec. monocrática, *DJE* de 10-12-2018.

⁸ Consoante previsto no artigo 86 do aludido Estatuto.

⁹ Em razão do disposto na Constituição Federal, em seu artigo 95, parágrafo único.

A propósito, nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao decidir que: “[...] no Brasil, os juízes e promotores exercem as atribuições de autoridade eleitoral. Perfeitamente natural que os magistrados, sendo os fiscais e árbitros das eleições, sejam impedidos de se candidatar aos pleitos”. (BRASIL, 2017).

Logo, o provimento administrativo da Corregedoria assumiria viés eminentemente regulamentar de norma preexistente, não estabelecendo regra restritiva inovadora no ordenamento.

Vale salientar que a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais impetrou mandado de segurança¹⁰ impugnando o mesmo Provimento nº 71/2018, porém o pedido de tutela de urgência foi indeferido, sob o argumento de que a restrição imposta aos magistrados *in casu* seria hipótese legítima de condicionamento à liberdade de expressão plena.

Ainda de acordo com a ementa do julgado em epígrafe, prevaleceu o argumento do relator, Ministro Luís Roberto Barroso, de que o fundamento dessa previsão teria esteio no imperativo de imparcialidade e distanciamento crítico do Judiciário em relação à política partidária, de tal forma que manifestações públicas em redes sociais com conteúdo político-partidário acarretariam “fundado receio de abalo à independência e imparcialidade do Judiciário”¹¹.

¹⁰ DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CNJ. PROVIMENTO Nº 71/2018. MANIFESTAÇÃO POLÍTICO PARTIDÁRIA DE MAGISTRADOS EM REDES SOCIAIS. 1. Mandado de segurança impetrado contra o Provimento nº 71/2018 da Corregedoria Nacional de Justiça, que dispõe sobre a manifestação de magistrados nas redes sociais. 2. Como regra geral, o controle dos atos do CNJ pelo STF somente se justifica nas hipóteses de: (i) inobservância do devido processo legal; (ii) exorbitância das competências do Conselho; e (iii) injuridicidade ou manifesta irrazoabilidade do ato impugnado. Não se identifica qualquer dessas hipóteses. 3. A liberdade de expressão, com caráter preferencial, é um dos mais relevantes direitos fundamentais preservados pela Constituição. As restrições ao seu exercício serão somente aquelas previstas na Constituição. 4. A vedação ao exercício de atividade político-partidária por membros da magistratura (CF/1988, art. 95, parágrafo único, III) é, precisamente, uma das exceções constitucionais à liberdade de expressão plena. O fundamento dessa previsão repousa no imperativo de imparcialidade e distanciamento crítico do Judiciário em relação à política partidária. 5. Manifestações públicas em redes sociais com conteúdo político-partidário geram fundado receio de abalo à independência e imparcialidade do Judiciário. Magistrados não se despem da autoridade do cargo que ocupam, ainda que fora do exercício da função. 6. A nova realidade da era digital faz com que as manifestações de magistrados favoráveis ou contrárias a candidatos e partidos possam ser entendidas como exercício de atividade político-partidária. Tais declarações em redes sociais, com a possibilidade de reprodução indeterminada de seu conteúdo e a formação de algoritmos de preferências, contribuem para se alcançar um resultado eleitoral específico, o que é expressamente vedado pela Constituição. 7. O Provimento nº 71/2018 interpretou de maneira razoável e adequada o sentido da Constituição na matéria e é relevante para balizar a conduta dos seus destinatários. (MS 35.793/DF; relator: Luis Roberto Barroso, j. 05.09.2018) Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5496214> Acesso em 2 jul. 2019.

¹¹ Conforme ementa acima transcrita.

Ainda assim não escaparia a regra administrativa ao controle de legalidade (nem ao de constitucionalidade), máxime pelo fato de impor limitação apriorística à liberdade de manifestação, direito fundamental intensamente concatenado ao arranjo democrático. Corroborando o argumento acima é a lição de SARLET:

Doutrina e jurisprudência, notadamente o STF, embora adotem a tese da posição preferencial da liberdade de expressão, admitem não se tratar de direito absolutamente infenso a limites e restrições, desde que eventual restrição tenha caráter excepcional, seja promovida por lei e/ou decisão judicial (visto que vedada toda e qualquer censura administrativa) e tenha por fundamento a salvaguarda da dignidade da pessoa humana (que aqui opera simultaneamente como limite e limite aos limites de direitos fundamentais) e de direitos e bens jurídicos-constitucionais individuais e coletivos fundamentais. (2013, p.470)

Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já consignou o entendimento ¹²segundo o qual o regramento infraconstitucional não se prestaria a restringir direitos fundamentais constitucionais, ainda que sob pretexto de condicionar o exercício de liberdade com vistas à proteção de outros direitos fundamentais, de maneira diversa da constitucionalmente fixada.

Nesse diapasão, as regras atinentes ao exercício da liberdade de expressão e comunicação do servidor integrariam seu regime jurídico, devendo, pois, ser disciplinada em lei em sentido formal, nos termos do contido da alínea “c”, do inciso II, do § 1º, do art. 61, da Constituição Federal¹³.

Vale lembrar, por exemplo, do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº.4.815/DF¹⁴ em que interessantes argumentos em prol da liberdade de expressão foram utilizados. Primeiramente, estabeleceu-se a premissa de que o ônus argumentativo para se afastar a liberdade de expressão (e de manifestação) seria consideravelmente alto. Isto em

¹² Por todos, cite-se a ADI 4.048 MC, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-5-2008, P, *DJE* de 22-8-2008. No mesmo sentido o RE 412.921 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 22-2-2011, 1ª T, *DJE* de 15-3-2011.

¹³ Constituição Federal de 1988, art. 61: A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...) II - disponham sobre: (...) c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm. Acesso em 13 jun. 2019.

¹⁴ ADI 4815, pleno do STF, Julg. em 10.06.2015, Rel. Min. Cármen Lúcia (Informativo 789 do STF) em que se julgou inexigível o consentimento prévio para biografias. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4271057>. Acesso em 20 jun. 2019.

consideração ao histórico de graves episódios de censura experimentados, a indicar a reafirmação da liberdade de expressão.

Validando tal argumento, a respeito do processo de constitucionalização pátrio e sua trajetória não linear:

Perpassado por lutas de reconhecimento de atores e de direitos, que se desenvolve há pelo menos duzentos anos, todavia, de modo não linear, sujeito a tropeços e interrupções. Assim, cabe também resgatar nossa história política aqui e agora e relê-la no sentido da afirmação de princípio de que só em liberdade se garantem condições para o exercício da liberdade. (OLIVEIRA, 2010, p. 221)

Além disso, a liberdade em comento não seria apenas um pressuposto democrático, mas também condição necessária à promoção do livre desenvolvimento da personalidade e das virtudes cívicas, sendo pressuposto para a efetivação de outros direitos fundamentais por compor o cerne de uma existência digna.

Aliás, não resguardar esse espaço de autodeterminação – que perpassa pela liberdade de expressão – seria signo de regimes totalitários:

Ao fim e ao cabo, a abolição dessa esfera privada é um dos sinais de identificação do totalitarismo. A existência dessas válvulas de escape, desses espaços de vida privada nos quais alguém atua sem ter que dar explicações, marca a diferença entre uma sociedade livre e uma sociedade ocupada pelo Estado. Estender ao âmbito das relações jurídico-privadas o princípio constitucional da igualdade, uma regra alheia a este mundo, pode acarretar consequências absurdas e insuportáveis. (BILBAO UBILLOS, 2007)

Conveniente ressaltar que a liberdade de expressão não comportaria permissão para a promoção de discursos de ódio, não podendo, por exemplo, servir de salvaguarda a argumentos orientados por concepção preconceituosa em relação a determinada raça, gênero ou opção sexual – por vezes hospedados em determinados discursos políticos.

Aliás, a seriedade do direito fundamental em comento conduz à constatação de que somente casos extremos poderiam legitimar restrições ao direito do indivíduo de se exprimir livremente.

A saber, quando envolvidos outros direitos fundamentais, tais como a preservação da dignidade de minorias, posta em risco por discursos de ódio – cenário possível no ordenamento jurídico brasileiro.

Tanto que qualquer censura prévia à liberdade em comento, por exemplo, descortina-se como medida constantemente rechaçada pelos tribunais¹⁵. Notadamente quando a razão fática que lhe faz contraponto diga respeito à liberdade de manifestação político-partidária, um dos pilares de qualquer regime democrático.

Não obstante, a estatura do *freedom of speech* no contexto norte-americano é de tamanha altitude que segundo o constitucionalista neozelandês Jeremy Waldron, professor da Universidade de Nova York (NYU): “o sistema americano privilegia a liberdade de expressão no discurso de ódio, desde que ele não resulte em uma ação ilegal imediata” (WALDRON, 2013).

De toda maneira, a preservação da liberdade de manifestação afigura-se favorável à operacionalização de um pluralismo político harmônico com os anseios do constituinte em torno de uma consciência cidadã participativa. Nessa esteira, segundo Bernardo Gonçalves Fernandes:

O pluralismo é um traço do pensamento liberal e, por isso mesmo, os direitos fundamentais são condições *sine qua non* para a manutenção dessa ordem plural no interior do Estado. Intolerâncias, então, constituem práticas que devem ser reprimidas pelo Direito e pelo Estado. Por último, é necessário salientar que o pluralismo político se apresenta não só como abertura para opções políticas (expressão de pensamentos e sua manifestação, abertura ideológica com o adequado respeito aos mais variados projetos de vida), mas também como a possibilidade de participação em partidos políticos. (2017, p.315).

Diante do exposto, em razão do peso das magnitudes que o ato infralegal pretende relativizar – para não dizer esvaziar –, descortina-se inviável sua implementação.

Isto é, não seria plausível a regulamentação infralegal do exercício de liberdades constitucionais tão caras à democracia, notadamente quando se pretende operacionalizar restrições pela mencionada via.

Ainda que o imperativo de impessoalidade na Administração Pública exija uma postura mais comedida¹⁶ – talvez moderada – dos ocupantes de cargos e funções públicas, não seria razoável compreender tal exigência como regra legitimamente vocacionada ao esvaziamento da liberdade de manifestação, em especial em suas respectivas vidas privadas

¹⁵ Seja no tocante à liberdade de cátedra, na educação, pesquisa e arte, ou no âmbito da comunicação social, em que se impede qualquer restrição à atuação dos veículos de comunicação, nos termos da Constituição.

¹⁶ Como se depreende da vedação constante do artigo 117 da Lei n. 8112/1990, que veda ao servidor a realização de manifestação de apreço ou despreço na repartição, entre outras.

(fora da repartição, por exemplo, no uso de redes sociais ou em grupos privados de mensagens em dispositivos eletrônicos).

3 CONCLUSÃO

Diante da importância relegada à liberdade de manifestação, direito fundamental indissociável do jogo democrático, bem como pressuposto atrelado à efetividade dos demais direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, descortina-se inaceitáveis restrições de ordem infralegal à sua extensão.

No tocante às restrições materializadas no Provimento n.º 71/2018 direcionadas aos servidores e estagiários do Poder Judiciário, limitando a liberdade de manifestação nas redes sociais, verifica-se um indevido amesquinamento do aludido direito fundamental.

É dizer, o regramento administrativo trouxe condicionantes incompatíveis com o tratamento normativo que tanto a Constituição Federal, quanto Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União destinam aos supramencionados ocupantes de cargo ou função pública.

Além disso, o regramento oriundo da Corregedoria Nacional de Justiça acaba por interferir de maneira criticável na autonomia reservada aos estados-membros para legislar acerca do estatuto de seus respectivos servidores.

Por fim, no tocante aos magistrados o Provimento n.º 71/2018 revela-se inócuo, já que limitações apriorísticas à liberdade de manifestação não se apresentam como medida defensável.

Ademais, já há impeditivo constitucional vedando expressamente a dedicação à atividade político-partidária pelos juizes, o que não lhes retira automaticamente a possibilidade de livre expressão sobre questões políticas, máxime no âmbito de suas respectivas vidas privadas.

REFERÊNCIAS

BILBAO UBILLOS, J. M. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales em el ordenamiento español: En MONTEIRO, A P; NEUNER, J e SARLET, Ingo Wolfgang. (coordenadores). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina. 2007.

BRASIL. **Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União**: Lei n.º 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm. Acesso em: 19 jun. 2019

BRASIL. **Provimento nº 71 de 13 de junho de 2018**. Corregedoria Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3489>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Ordinária 2.236 Embargos de declaração**. Rel. min. Gilmar Mendes, j. 22-9-2017, 2ª T, *DJE* de 4-10-2017.]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1035>. Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 35.779 MC**, Rel. min. Roberto Barroso, j. 29-11-2018, decisão monocrática, *DJE* de 10-12-2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5490828>. Acesso em: 10 jun. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada – Arts. 1.º a 107.º**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada "transição política brasileira". **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, v. 3, p. 200-229, 2010.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Patriotismo Constitucional. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006.

DEMO, Pedro. **Politicidade: razão humana**. Campinas. Papyrus, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017

GÜNTHER, Klaus. **Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica**. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. Doxa, n. 17-18, 1995.

LAGES, Cíntia Garabini. **Devido processo legislativo: por uma reconstrução da teoria do processo legislativo à luz da Constituição Federal de 1988 e do paradigma do estado democrático de direito**. 2010. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2010.

MICHELMAN, Frank. **Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MITIDIERO, Daniel. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes**. Trad. Ana Paula Barbosa-Fohrmann et al. 2. Ed. São Paulo. Revista do Tribunais, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 16. Salvador. 2007.

WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.