

Juiz de Fora, 07 de agosto de 2020

Parecer nº: 02/2020

Interessados: Coordenação do SINTUFEJUF

Assunto: NOTA TÉCNICA Nº 1556/2020/CGUNE/CRG. Responsabilização Disciplinar. Necessidade de interpretação do conteúdo de dispositivos referentes a deveres e proibições constantes na Lei nº 8.112/1990 (arts. 116, inciso II e 117, inciso V) . Evolução dos meios de comunicação. Trabalho Remoto.

Fatos

A Coordenação-Geral de Uniformização dos Entendimentos (CGUNE) publicou a NOTA TÉCNICA Nº 1556/2020/CGUNE/CRG a fim de promover “adequação interpretativa” dos arts. 116, inciso II e 117, inciso V, da Lei nº 8.112/1990 às hipóteses de condutas irregulares de servidores públicos federais pela má utilização dos meios digitais.

A nota técnica considerou a crescente utilização de plataformas digitais no funcionalismo público, bem como os impactos da consolidação do trabalho remoto por consequência da política de isolamento provocada pela COVID-19.

Este parecer tem por objetivo analisar a viabilidade legal, doutrinária e jurisprudencial das conclusões apontadas pela CGUNE.

Fundamentos Jurídicos

1. Abuso do poder regulamentar

Av. Churchill, 129 - 3º andar – Gr, 303 - CEP 20020-050 - Rio de Janeiro - RJ – Brasil
Telefax (21) 2544-1932

Site: www.andrevizadvogados.com.br

E-mail: andrevizadvogados@andrevizadvogados.com.br

A Nota Técnica extrapola o poder regulamentar exercido pelo Executivo Federal. No geral, o poder regulamentar é conferido para dispor sobre a execução das leis, não há espaço para complementações ou restrições. Os atos administrativos que regulam as leis não podem criar direitos e obrigações.

Regulando o modo de aplicação das leis – Como o regulamento é ato subordinado à lei, não lhe pode ampliar o conteúdo, nem restringi-lo. Sua específica finalidade não é – como pensam leigos jornalisticamente informados – *completar a lei*, nem *explicá-la* (função dos juristas), nem minudenciá-la, **mas dispor sobre a maneira pela qual os agentes administrativos irão, com fidelidade e exatidão, fazê-la cumprida, providenciar sua efetiva aplicação, assegurar a eficácia de seus mandamentos.** A finalidade dessa modalidade regulamentar é “o aparelhamento dos meios concretos para sua execução” (Sergio Ferraz, ob. e loc. cit.). (...) Os preceitos regulamentares irão dispor que órgãos, em que condições, com quais meios, mediante quais instrumentos, irão ser mobilizados para dar vida aos preceitos legais. Irão disciplinar *como* será melhor assegurada a “fiel” execução da vontade legal, pela administração pública (evidentemente, o regulamento federal o dirá, só para a administração federal; o estadual para a administração do Estado; o municipal, na órbita do Município).
Grifo meu.

(ATALIBA, Geraldo. PODER REGULAMENTAR DO EXECUTIVO, Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 4 | p. 461 - 492 | Maio / 2011 | DTR\2012\1119).

Ao caso, há sério abuso do poder regulamentar do Executivo. A Nota Técnica, além de trazer entendimentos extensivos às apurações disciplinares, busca regulamentar o diploma legal, tarefa a ela não conferida. Cabe ao Executivo regulamentar a forma de aplicação de uma sanção disciplinar, mas NUNCA pôr óticas ao fundamento fático jurídico que daria ensejo a sua aplicação.

Nesse sentido, identifica-se grave **violação constitucional** ao Ordenamento Jurídico Brasileiro: fere-se a separação dos poderes. Há interferência executiva no poder de legislar.

2. Primeiras (in)conclusões da Nota Técnica e fundamentos jurídicos

- 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 nº 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;

A Controladoria defende o controle disciplinar sobre possíveis conflitos de entendimentos que extrapolem a esfera comum de debates de ordem interna, (como por exemplo, por dar publicidade a conflitos internos de entendimentos da casa ou conflitos relacionados às opiniões de colegas ou superiores).

Segundo a Nota, esse comportamento deve ser apurado e solucionado no âmbito interno dos próprios órgãos a fim de não causar “impacto negativo” à imagem da unidade administrativa: *Nestas situações, a lealdade à instituição pode ser afetada, e, na hipótese da conduta inadequada se efetivar, torna-se possível a responsabilização do agente.*

A Nota Técnica coloca a divulgação de manifestações de indignação com superiores ou colegas de trabalho ou de opiniões contrárias aos entendimentos da casa pelo servidor em mídias sociais como exemplos de condutas que não se identificam com a consecução dos seus deveres legais, nem com a eficiência do seu trabalho. Faz-se um enquadramento dessa prática no que se afirma ser uma violação **ao dever subjetivo de lealdade** prescrito no inciso II, do artigo 116, cabendo, nesse sentido, a responsabilização.

Para a Controladoria, o conceito de **lealdade** é apresentado como dever em face dos interesses e finalidades da Administração Pública devendo ser “tratado de forma excepcional”. Ou seja, a CGUNE defende a amplitude de possibilidades interpretativas conferidas ao termo. Como ressaltado, **não cabe ao poder executivo conferir amplitude fático-jurídica a um diploma legal.**

Além do mais, o dever de lealdade do servidor público não pode ser enlaçado para o alcance de total submissão. Há uma conotação subjetiva ao conceito, quando a lei e a jurisprudência fazem uma interpretação objetiva do que vem a ser a lealdade. A conduta leal deve ser vinculada ao dever e as atividades estritamente profissionais e técnicas. Tanto é que esse é o principal dever evocado no trato de apuração de improbidade administrativa.

Há grave ofensa à liberdade de expressão do servidor, com repercussões na esfera íntima e privada. Nos termos da Nota: *A princípio, a admissão da prática de um ilícito administrativo na esfera privada de um servidor público requer a demonstração de um **liame** existente entre o seu comportamento no âmbito privado e o seu status de representante da Administração, conforme previsão do art. 148, da Lei ° 8.112/90, in fine (...).* Afinal, não existem critérios objetivos para analisar esse “liame”. As

consequências práticas dessa interpretação ofendem a privacidade do servidor.

Recentemente o Ministério da Justiça, em ação sigilosa, listou servidores públicos vinculados a suposto movimento antifascista¹. O Dossiê contém nome, endereço, fotografia e redes sociais dos perfis investigados. O quadro expressa grave ofensa à liberdade de expressão e pode ser fortalecido pelas conclusões publicadas pela Controladoria.

A interpretação das quatro primeiras conclusões da NOTA TÉCNICA Nº 1556/2020/CGUNE/CRG evidencia um ato administrativo abusivo, de ampla censura e de ameaça à privacidade dos servidores. Há cerceamento à liberdade de expressão e ao livre pensamento, além do favorecimento de perseguições políticas.

2.1 Demais (in)conclusões:

e) as **instituições públicas podem ser sujeitos passivos** de atos de desapareço por parte de servidor, na forma do art. 117, V, da Lei nº 8.112/90;

f) o conceito de **“recinto da repartição”**, inserto no art. 117, V, da Lei nº 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

¹In: <https://noticias.uol.com.br/colunas/rubens-valente/2020/07/24/ministerio-justica-governo-bolsonaro-antifascistas.htm>. Acesso em 06/08/2020.

em nome da entidade para divulgação de informações internas ou entendimentos da instituição;

O servidor público e a sua instituição de lotação são autônomas e vivem em um ciclo virtuoso de representação e assistência de concretização dos interesses um do outro. Segundo Rafael Carvalho em seu Curso de Direito Administrativo:

Os agentes públicos são responsáveis pela manifestação de vontade do Estado e pelo exercício da função pública, que pode ser remunerada ou gratuita; definitiva ou temporária; com ou sem vínculo formal com o Estado. Esse conceito amplo foi adotado, por exemplo, no art. 2.º da Lei 8.429/1992, art. 73, § 1.º, da Lei 9.504/1997 e art. 327 do CP.

Não há que se falar em uma “confusão existencial” entre o Estado e o Servidor Público. É verdade que a carreira de servidor ao Estado requer do trabalhador a construção e a manutenção do decoro administrativo de acordo com os incontáveis Códigos, Orientações e Manuais de atuação e, assim, ao atuar como uma verdadeira mão do Estado, as ações do servidor devem estar alinhadas com aquilo que preza o ente.

Diante de uma transição sem precedentes para o regime de trabalho remoto e a ascensão exponencial tanto das redes sociais quanto da necessidade de preservação do direito de imagem, a administração pública se movimenta de forma defensiva com vista a preservar sua integridade. No meio dessas novas posturas e cursos de ação, torna-se importante analisar, o papel da peça chave para o funcionamento dos serviços do Estado, o agente público que, vale ressaltar, é parte hipossuficiente dessa relação.

A Nota Técnica Nº 1556/2020/CGUNE/CRG se utiliza em parte do aparato legislativo mencionado para construir uma tese restritiva de uma série de ações do agente público, nesse novo cenário de altíssima virtualização. Nesse âmbito, várias teses firmadas pelo órgão de controle são questionáveis:

1º A competência da Controladoria Geral da União para a promoção de novos entendimentos restritivos aos servidores com base na interpretação.

2º O choque de direitos e princípios fundamentais que se coloca no cenário apresentado: Liberdade de Expressão, Intimidade, Imagem e a Preservação da Administração Pública.

3º O respeito a separação de poderes visto que trata-se de uma ampliação da lei pela via do executivo.

4º A segurança jurídica dos servidores públicos uma vez que são trazidas novas normas de conduta vagas e com altas penas ao servidor no caso de descumprimento.

5º A imprecisão dos termos trazidos pela Nota Técnica Nº1556/2020/CGUNE/CRG.

O **princípio da moralidade**, previsto no Art. 37 da Constituição Federal, que é a base desse movimento defensivo, pressupõe que a atividade administrativa atue com base na equidade, boa-fé e licitude de seus atos. Por isso, destaca-se a importância da fiscalização e controle das ações que se faz, especialmente em redes sociais, quando travestido o servidor de uma entidade pública pois ali ele está legitimamente **falando por ela e representando sua opinião estando assim precipuamente no exercício de suas funções**.

Tal situação pode acontecer, porém em menor grau de evidência, quando o servidor dentro do cargo investido venha causar eventuais lides contra o Estado. Nesses casos, a doutrina brasileira, no que tange à

responsabilidade civil de agentes públicos nos diz que responde o ente público pela ação ocorrida, no entanto, é garantido o direito de regresso ao servidor público que cometeu o ilícito, pois suas ações foram marcadas pela ação comissiva com seus atos completamente desvinculados da vontade pública, assim diz o STJ:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ILEGITIMIDADE DO AGENTE PÚBLICO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF FIRMADA SOB O RITO DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 940. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. De acordo com a orientação firmada pelo STF no julgamento do Tema 940, submetido ao rito da repercussão geral, "**a teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa**". 2. **A orientação vinculante exarada pela Suprema Corte é expressa ao afirmar que o ressarcimento de eventual prejuízo causado pelo agente público deve ser buscado por meio de ação regressiva**. É nesta seara que será aferido o elemento subjetivo da conduta praticada pelo servidor e definido, se for o caso, o dever de ressarcimento ao ente público. 3. O direito de regresso deve ser exercido pelo ente público condenado na ação de responsabilidade por danos. O particular não possui legitimidade para o ajuizamento de tal demanda, daí por que lhe falece interesse processual para pretensão de vincular o agente público à instrução processual empreendida no presente feito. 4. O cabimento do recurso especial, com base na alínea c do permissivo constitucional, impõe para a parte recorrente a comprovação de que os arestos trazidos a confronto partiram de similar contexto fático para atribuir conclusões jurídicas dissonantes, o que não ficou caracterizado no presente caso. 5. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ - AgInt nos EDcl no REsp: 1833714 RS 2018/0133723-5, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 10/03/2020, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/03/2020)

É conhecido pela jurisprudência e pela doutrina que nos casos de ações comissivas dos agentes públicos estes respondem regressivamente à administração pública. Se os atos dolosos e culposos

do servidor não estão relacionados com o interesse da administração e com o órgão público a que ele está ligado, trata-se da expressão de uma vontade puramente pessoal. A ação de um servidor público não necessariamente representa os valores e os ditames daquilo que ele representa profissionalmente.

Seja no mundo físico ou no virtual a responsabilidade do agente público - quando no desempenho de suas funções - faz-se presente e, portanto, o código da **moralidade** administrativa pode e deve ser observado. Essas condutas já têm regramento, de modo a observar a regressividade e a responsabilidade civil.

Agora pretende-se analisar o que traz a Nota Técnica N° 1556/2020/CGUNE/CRG em termos de parâmetro para o comportamento dos servidores fora da seara de atuação de seus cargos, e nesse momento deve-se observar os direitos fundamentais individuais trazidos pela Constituição Federal.

O conceito de “**recinto da repartição**”, segundo coloca a CGU, deveria ser aplicado *podendo estender-se a quaisquer ambientes de trabalho externo oficiais*. O caráter impreciso dessa assertiva desperta a necessidade da fixação de alguns limites. O direito à intimidade, à honra, à imagem (Art. 5º, X da CF/88) e o direito de liberdade de expressão (Art. 5º, IV da CF/88) balizam esse termo impedindo que se considere, ainda que no período de trabalho remoto, o domicílio do servidor ou quaisquer locais que ele frequente no contexto da sua individualidade de “repartição pública”.

Entende-se, no entanto, que a intenção aqui é a preservação do decoro e da impessoalidade dos agentes da administração tanto dentro quanto fora do seu ambiente usual de trabalho, ou seja, quando estes estão em qualquer

outro local **como representantes da administração pública**. Destaca-se a necessidade da reformulação do conceito de “recinto da repartição”, mas de forma precisa e taxativa impedindo que o servidor venha a ser censurado em quaisquer outros ambientes no exercício de sua vida privada, ou seja, quando não está representando a administração pública.

Mais problemática ainda se apresenta a conclusão “g” trazida pela CGU. Neste caso, debruça-se precisamente sobre a atuação dos servidores em perfis particulares. Utiliza-se termos e condições imprecisas e há ameaças à eventual investigação por procedimentos internos de servidores em duas situações. A primeira está relacionada àqueles que promoverem ideais contrários aos do ente em que está lotado ou que venham a prejudicar a imagem das instituições. A segunda refere-se os atos de depreciação de imagem, no entanto, coloca servidores como sujeitos passivos dos ataques virtuais da mesma casa que aquele que está promovendo o conteúdo depreciativo.

Quanto à promoção de conteúdo negativo sobre a imagem de servidores, não se faz conveniente a promoção de novo entendimento, pois o judiciário já possui entendimento para esses casos - como no assédio moral:

ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL - ASSÉDIO MORAL - DANO MORAL - NÃO CONFIGURADO. - Deve ser reputado como dano moral a dor, a vergonha e a humilhação, que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, de forma a lhe causar sensível aflição e desequilíbrio em seu bem estar. - A indenização por danos morais tem a finalidade de amenizar a angústia injustamente causada, sendo que para a sua constatação há de se levar em consideração as condições em que ocorreu suposta ofensa, bem como a intensidade da amargura experimentada pela vítima e as particularidades inerentes a ela e ao agressor. - O assédio moral exercido por superior hierárquico contra seu subordinado gera indenização por danos morais, conforme estabelecido no art. 5º, X, da Constituição, mas desde que efetivamente configurado o abuso de poder com a exposição do servidor a situações humilhantes, ofensivas, vexatórias e constrangedoras, de forma

continua e reiterada, causando-lhe sofrimento psíquico e físico. - O Apelante foi advertido por estar se reportando diretamente à Presidência da Fiocruz sobre assuntos importantes da Fundação, sem o conhecimento direto dos seus superiores hierárquicos. Contudo, a repreensão em questão não configura arbitrariedade ou rigor excessivo no exercício do poder hierárquico conferido aos servidores mencionados na demanda. - Instaurado, inclusive, processo administrativo de sindicância para apuração dos fatos narrados pelo Autor, a comissão de sindicância, a chegou à conclusão de que os servidores envolvidos se utilizaram de vocábulos e expressões que geraram dúvidas quanto ao seu entendimento. Contudo, em nenhum momento tiveram a intenção de ofender a imagem pessoal ou profissional do colega de trabalho. Concluiu, ainda, que não houve qualquer dano ou prejuízo às atividades de rotina da Fundação Oswaldo Cruz - O ocorrido deve ser caracterizado como mero dissabor, indignação, pela qual passou o Apelante, não gerando desdobramentos capazes de ocasionar ofensa à reputação profissional do respectivo servidor ou perseguição por parte dos dirigentes da Fiocruz. - A pretensão do Apelante de condenar a Apelada à reparação por danos morais não merecer ser acolhida. - Recurso não provido.

(TRF-2 00074740420104025101 0007474-04.2010.4.02.5101, Relator: SERGIO SCHWAITZER, Data de Julgamento: 26/02/2016, 7ª TURMA ESPECIALIZADA)

A manifestação de conteúdo negativo contra a própria instituição pública é delicada. Afinal, o depreciativo é baseado em critérios ideológicos. Ser antifascista é depreciativo? Quais critérios de imagem positiva ou negativa serão adotados? Todos esses parâmetros parecem pautados em critérios ideológicos e variantes.

Já existem institutos que tutelam e protegem a imagem dos órgãos e servidores públicos no ordenamento brasileiro. É questionável a necessidade e o interesse do poder executivo de promover normas mais restritivas para seus servidores, perseguindo as suas manifestações ideológicas na vida privada.

O Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, Decreto nº 1.171/94 dispõe.

III - A moralidade da Administração Pública não se limita à distinção entre o bem e o mal, devendo ser acrescida da idéia de que o fim é sempre o bem

comum. O equilíbrio entre a legalidade e a finalidade, na conduta do servidor público, é que poderá consolidar a moralidade do ato administrativo.

VI - A função pública deve ser tida como exercício profissional e, portanto, se integra na vida particular de cada servidor público. Assim, os fatos e atos verificados na conduta do dia-a-dia em sua vida privada poderão acrescer ou diminuir o seu bom conceito na vida funcional.

Cristalina a intenção do Código de Ética em avaliar e discorrer sobre as condutas dos servidores que fazem parte da administração pública, isto é, uma avaliação continuada. O Código não menciona qualquer avaliação do exercício da expressão do servidor público, como atacado pela Nota Técnica. Isso porque tal atitude é fortemente fundada na censura e no cerceamento da liberdade de expressão do servidor.

As interpretações conferidas fogem ao **princípio da legalidade**, o qual representa a diretriz essencial da conduta dos agentes da Administração. Nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho: Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, é ilícita. (In In Manual de Direito Administrativo, 27^a edição, 2013, Editora Atlas). Esse implica a subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades administrativas (In Celso Antônio Bandeira de Mello, RDP n° 90, p. 57-58). Nesse cenário, resta evidente que o agente público só pode pisar em terreno autorizado pela lei, não cabe ao poder Executivo expandir esse terreno, **ou torná-lo um campo minado para abertura de processos disciplinares.**

Conclusões (ou balizas à administração inquisitorial)

1. A Nota Técnica extrapola o poder regulamentar exercido pelo Executivo Federal, portanto, é inconstitucional;
2. A apuração disciplinar de condutas críticas ao órgão ofende o princípio da liberdade de expressão e representa instrumento político de submissão ideológica do servidor;
3. O dever de lealdade não pode ser interpretado de modo subjetivo e ampliativo;
4. Os novos entendimentos jurídicos promovidos pela Nota Técnica promovem tanto a censura quanto a autocensura;
5. Já existem figuras normativas no direito brasileiro, que estão em acordo com o princípio da separação de poderes e os direitos fundamentais, capazes de tutelar os bens jurídicos trazidos pela Nota Técnica;
6. A liberdade de expressão e a imagem dos servidores públicos, ainda que submetidos ao devido Código de Ética, são invioláveis;
7. Nota Técnica, nesse momento de Pandemia, em que muitos Servidores Públicos, isolados em suas residências, porém, em atividade profissional em trabalho remoto, de serem aniquilados, por serem dissidentes da situação atual do Brasil, não obstante estão sendo violados em sua liberdade de expressão, o direito de intimidade, a vida privada e a honra;
8. Nesse contexto, tramita no STF, ação judicial para apurar a sanção decorrente de informações sigilosas dos servidores públicos, que efetivamente é correlata com o parecer.

É o parecer.

SÉRGIO RICARDO SILVA

Adv. Insc.OAB/RJ 92.713
Adv. Inscr. OAB/MG 1514-A

ANEXO

Reflexos políticos e jurídicos

1. A Confederação Nacional das Carreiras e Atividades Típicas de Estado (Conacate) entrou com ação no Supremo Tribunal Federal (STF) para derrubar norma técnica da Controladoria. O pedido foi enviado ao presidente da Corte, ministro Dias Toffoli, no dia 31/07. Pede-se que o dispositivo do governo seja declarado *inconstitucional*. Disponível em https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2020/08/01/interna_politica_1172225/entidade-vai-ao-stf-contr-punicao-a-servidor-que-criticar-gover-no-nas.shtml>. Acesso em 06/08/2020.

2. A deputada federal Tabata Amaral (PDT/SP) e os deputados Célio Studart (PV-CE) e professor Israel Batista (PV-DF) protocolaram, nesta terça-feira (04/08), um Projeto de Decreto Legislativo (PDL 352/2020) para sustar nota técnica da Controladoria-Geral da União. Disponível em <https://oidiario.com.br/tabata-amaral-apresenta-pdl-para-sustar-acao-da-cgu-com-punicao-para-servidores-que-criticarem-orgao-em-que-atuam/>>. Acesso em 06/08/2020.