

As notas técnicas e a jurisdição constitucional

*Por Rômulo de Andrade Moreira*¹

Resumen: *Este texto trata del control jurisdiccional de constitucionalidad, la denominada jurisdicción constitucional.*

Palabras clave: Control jurisdiccional de constitucionalidad - Jurisdicción constitucional.

Em agosto de 2020, a Confederação Nacional das Carreiras Típicas de Estado ajuizou no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6499 contra uma nota técnica da Controladoria-Geral da União que considerava conduta passível de apuração disciplinar a divulgação em redes sociais, pelo servidor, de opinião sobre assuntos internos ou de críticas ao órgão no qual trabalha.

De acordo com a Nota Técnica 1556/2020, as atitudes de servidores na internet que tragam repercussão negativa à imagem e à credibilidade aos órgãos aos quais são vinculados caracterizam o descumprimento do dever de lealdade previsto no Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União (Lei 8.112/1990,

artigo 116, inciso II). O documento prevê ainda que a solução de conflitos de entendimento e interesses que extrapolem a esfera comum dos debates de ordem interna deve ocorrer no âmbito do órgão, por meio dos canais internos competentes.

Na ação, sustentou-se que a medida impõe restrição explícita à livre manifestação de pensamento e à liberdade de expressão e causa a intimidação do servidor público, “impedindo qualquer exteriorização que a administração pública compreender como desrespeitosa”. Segundo a autora, “a subjetividade das previsões contidas no ato administrativo abre brechas que propiciam perseguições políticas e ideológicas, em violação aos princípios constitucionais da impessoalidade e moralidade”.²

Também em agosto de 2020, foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal mais uma ação contra a edição da mesma nota técnica, dessa vez pelo Partido Socialista Brasileiro; na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6530, pedia-se que a Suprema Corte desse interpretação conforme a Constituição Federal aos dispositivos do regime jurídico único dos servidores públicos federais (Lei 8.112/1990). Para o autor, o documento da Controladoria-Geral da União ampliou desproporcionalmente o conceito de “recinto da repartição, atingindo de forma indistinta todos os atos da vida privada do servidor público, sobretudo os praticados em ambiente virtual”, sustentando-SE “que, ao estipular espécie de censura prévia, a interpretação conferida à Lei 8.112/1990 pela Controladoria-Geral da União configura manifesta violação do direito fundamental à liberdade de expressão, garantido pelo artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal.”³

¹ Rômulo de Andrade Moreira, Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS. Pós-graduado pela Universidade de Salamanca.

² Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=448879&ori=1>. Acesso em 20 de novembro de 2021.

³ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe>.

Enfrentando-se o mesmo tema, em março de 2021, o mesmo partido político ingressou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 800, contestando ato da Controladoria-Geral da União que impôs a dois professores da Universidade Federal de Pelotas o compromisso de não proferir quaisquer “manifestações de desprezo ao presidente da República no local de trabalho, pelo período mínimo de dois anos.”

Na inicial, aduziu-se que “os processos administrativos foram motivados por manifestações proferidas pelo ex-reitor e por um professor adjunto durante transmissão ao vivo pelas redes sociais da Universidade Federal de Pelotas, em que teceram críticas à interferência do presidente da República na escolha dos próximos reitores e às medidas adotadas pelo governo federal no enfrentamento da pandemia do novo coronavírus, obrigando os docentes a firmarem Termos de Ajustamento de Conduta com a Controladoria-Geral da União.”

Segundo consta da inicial, “ao retirar dos professores a livre manifestação de ideias e opiniões e praticar reiterados atos intimidatórios e persecutórios contra professores de universidades públicas, a conduta da Controladoria-Geral da União representava patente retrocesso em direitos fundamentais, especialmente à liberdade de expressão, à liberdade de cátedra e ao pluralismo de ideias, que constituem a base da autonomia constitucional conferida às universidades públicas.”⁴

Ainda em março de 2021, o partido Cidadania ajuizou a Ação Direta de

[asp?idConteudo=449213&ori=1](http://portal.stf.jus.br/portal/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449213&ori=1). Acesso em 20 de novembro de 2021.

⁴ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461757&ori=1>. Acesso em 20 de novembro de 2021.

Inconstitucionalidade 6744 para requerer que dispositivos da Lei 8.112/1990 fossem interpretados de forma a impedir medidas de censura à liberdade de expressão e de cátedra dos docentes de universidades públicas e à autonomia universitária, confirmando que dois professores da Universidade Federal de Pelotas foram obrigados a assinar Termos de Ajustamento de Conduta com a Corregedoria-Geral da União por terem, supostamente, proferido manifestação “desrespeitosa e de desprezo ao presidente da República, fundamentando-se a punição no artigo 117, inciso V, do Regime Jurídico Único dos servidores públicos da União, que proíbe o servidor de promover manifestação de apreço ou desprezo no recinto da repartição.”

Segundo o autor, o dispositivo “estaria sendo utilizado de forma incompatível com a Constituição Federal, para intimidar e censurar os docentes e, conseqüentemente, violar o direito à liberdade de expressão e de cátedra e a autonomia universitária, assinalando que de acordo com o Manual de Processo Administrativo Disciplinar, elaborado pela própria Controladoria-Geral da União, esse tipo de infração se refere à situação em que o servidor público perturba a ordem do local em que atua. Assim, a própria CGU entende que a ação passível de punição difere da praticada pelos docentes. O documento afirma, ainda, que críticas são normais e impassíveis de vedação por qualquer norma.”⁵

Todas as ações acima referidas foram distribuídas, a primeira por sorteio, e as demais por prevenção, ao ministro Ricardo Lewandowski que, em março de 2021, extinguiu, sem julgamento de mérito, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6530, pois

⁵ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462539&ori=1>. Acesso em 20 de novembro de 2021.

“notas técnicas não têm densidade normativa suficiente para permitir o controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, cabendo à Controladoria-Geral da União exercer seu poder regulamentar por meio da edição de determinados atos normativos, mas as notas técnicas não se incluem nessas hipóteses normativas, pois não têm, em princípio, aptidão jurídica para a produção de efeitos concretos, tratando-se de mera interpretação da lei para fins internos ao órgão.”⁶

Finalmente, em outubro, o relator também negou seguimento à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 800 e à Ação Direta de Inconstitucionalidade 6499, reafirmando que a nota técnica não se sujeita ao controle abstrato de constitucionalidade, pois, em princípio, não produz efeitos concretos, tratando-se de mera interpretação da lei para fins internos ao órgão, sem implicar violação direta à Constituição Federal.”⁷

Tratou-se de decisões corretas, sem dúvidas, pois uma nota técnica (por mais absurda que seja o seu conteúdo) não se presta ao controle de constitucionalidade por não ter a natureza jurídica de um ato normativo capaz de produzir “efeitos concretos”, conforme acertadamente

entendeu o relator, na esteira da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal que tem reafirmado a impropriedade da utilização do controle abstrato de constitucionalidade para o exame da validade de atos desse tipo.

Como se sabe, nos termos do artigo 102 da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.⁸ O seu § 1º estabelece a possibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, a ser apreciada também pela Suprema Corte, na forma da lei.⁹

Tais artigos tratam, nas palavras de José Afonso da Silva, de técnicas especiais de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis (ao lado do controle político e do controle misto), a chamada jurisdição constitucional, “faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais”, podendo ser um controle difuso (“quando se reconhece o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário) ou concentrado (“se só for deferido ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial”). No Brasil, adotou-se o controle de constitucionalidade jurisdicional, combinando os critérios difuso e

⁶ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462056&ori=1>. Acesso em 20 de novembro de 2021. Ver o inteiro teor da decisão aqui: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6530.pdf>.

⁷ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=474771&ori=1>. Acesso em 20 de novembro de 2021. Ver as respectivas decisões aqui: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348225277&ext=.pdf> e aqui <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348225280&ext=.pdf>.

⁸ Regulamentando o dispositivo constitucional, foi promulgada a Lei 9.868/99, dispondo sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

⁹ A Lei 9.882/99 dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal.¹⁰

Afinal, “os modeladores da Constituição sabiamente usaram uma linguagem geral e deixaram para as gerações que os sucederam, a tarefa de aplicar essa linguagem às constantes alterações do ambiente no qual elas vivem, dando espaço para que mais tarde os intérpretes trabalhassem para que tal linguagem fosse aplicável aos casos que eles próprios não puderam prever.”¹¹

Sobre o tema, Kelsen escreveu uma obra clássica, tratando a chamada jurisdição constitucional como uma verdadeira garantia da constituição, conceituando-a como “um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”. Para ele, a liberdade do legislador, que só está subordinado à Constituição, submete-se a limitações relativamente fracas; seu poder de criação permanece relativamente grande. A cada grau que se desce, a relação entre liberdade e limitação se modifica em favor do segundo termo: a parte da aplicação aumenta, a da livre criação diminui.”¹²

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 52 a 54. Conforme anota José Afonso da Silva, a nossa primeira constituição republicana, “sob a influência do constitucionalismo americano, acolhera o critério de controle difuso por via de exceção, que perdurou nas constituições sucessivas até a vigente” Nada obstante a nossa primeira experiência em sede de jurisdição constitucional, no decorrer da republicana, “foram introduzidos novos elementos, de sorte que, aos poucos, o sistema se afastara do puro critério difuso com a adoção de aspectos do método concentrado, sem, no entanto, aproximar-se do europeu” (pp. 53 e 54).

¹¹ TRIBE, Laurence e DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 11.

¹² KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 123 e 126.

Para Häberle, “a função da jurisdição constitucional consiste na limitação, a racionalização e o controle do poder estatal e social, tratando-se de uma colaboração substantiva com o consenso básico; reside na nova proteção das minorias e dos vulneráveis, como uma oportuna reação aos novos perigos para a dignidade humana, no seu caráter não político de orientação e resposta.”¹³

Também Alexy tratou do tema, como não poderia deixar de ser e, após afirmar que “a jurisdição constitucional compõe-se, certamente, de mais do que afirmações sobre constitucionalidade”, conceitua-a como “a expressão do ser preferencial e de hierarquia mais elevada da constituição e, com isso, também dos direitos fundamentais diante e perante a dação de lei parlamentar ordinária, sendo sua base lógica o conceito da contradição.” Assim, para ele, “a declaração de uma lei como materialmente anticonstitucional implica que ela, pelo menos, contradiz uma norma da constituição.” Portanto, um tribunal constitucional “não só diz algo, ele também faz algo, tem regularmente a competência de deixar sem validade atos anticonstitucionais do parlamento, tendo essa atividade jurisdicional não somente um caráter proposicional ou discursivo, mas também um institucional ou fundado em autoridade.”¹⁴

Segundo Canotilho, “à jurisdição constitucional atribui-se também um papel político-jurídico, conformador da vida constitucional, chegando alguns setores da doutrina a assinalar-lhe uma função de conformação política em tudo semelhante à desenvolvida pelos órgãos de direção

¹³ HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 168.

¹⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 162.

política”, de uma tal maneira que “as decisões do Tribunal Constitucional acabam efetivamente por ter força política, não só porque a ele cabe resolver, em última instância, problemas constitucionais de especial sensibilidade jurídica, mas também porque a sua jurisprudência produz, de fato ou de direito, uma influência determinante junto dos outros tribunais e exerce um papel condicionante do comportamento dos órgãos de direção política, não podendo se furtar à tarefa de guardião da constituição, apreciando a constitucionalidade das política normativamente incorporada em atos dos órgãos de soberania, assumindo, ele próprio, uma dimensão normativo-constitutiva do compromisso pluralístico plasmado na Constituição.”¹⁵

Aliás, a propósito, mesmo as normas constitucionais submetem-se à jurisdição constitucional, como defendeu em outra obra clássica, Otto Bachof; este autor, após advertir que tal discussão pressupõe um entendimento acerca do próprio conceito de Constituição (seja no sentido formal, seja no sentido material), afirma: “deve assentar-se em que aos tribunais constitucionais também compete o controle da constitucionalidade de normas da Constituição, e da constitucionalidade no mais amplo sentido da ‘validade’ (*Geltung*) das normas constitucionais à luz de todo o direito incorporado na Constituição (Lei Fundamental ou Constituição de um Estado federado) ou por ela pressuposto.”¹⁶

Portanto, corretas as decisões monocráticas do ministro Ricardo Lewandowski, ainda que se destaque, como o fez acertadamente nas respectivas decisões, “a reprovabilidade da nota técnica questionada que ignora a proteção constitucional conferida à liberdade de pensamento, de expressão, de informação e de reunião, ao lado de inúmeros outros direitos de primeira geração e da máxima envergadura”.

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 677.

¹⁶ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994, p. 86. Sobre o tema conferir: GUIMARÃES, Ary. **Notas sobre a Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais**. Salvador: Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA, Volume 1; SAMPAIO, Nelson de Souza. **Hierarquia entre normas constitucionais**. R. Inf. Legisl. Brasília a. 22, n. 85 (janeiro/março),

1985; ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Leis constitucionais inconstitucionais**. Revista Jurídica Consulex, n. 180, (julho de 2004).