

REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO DE ATIVIDADE POLÍTICO-PARTIDÁRIA DE JUÍZES: INAUGURAÇÕES DE OBRAS PÚBLICAS, ATUAÇÕES EM REDES SOCIAIS E PARTICIPAÇÕES EM CULTOS RELIGIOSOS

FÁBIO MEDINA OSÓRIO¹

1. Do alcance da expressão “dedicar-se à atividade político-partidária” e da participação em inauguração de obra pública

O Poder Judiciário, como última trincheira da cidadania, tem a função de solucionar, derradeiramente, os conflitos de interesse, promovendo a paz social. Para o fiel exercício de seu desiderato, a Carta Política de 1988, em seu artigo 95, I a III, confere aos juízes uma série de garantias funcionais, a exemplo da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídio, a fim de que os magistrados desempenhem seu mister de forma independente, imparcial e segura.

Para que os magistrados sejam dotados da isenção necessária para o exercício do cargo, o texto constitucional traz em seu bojo uma série de proibições (parágrafo único

¹ Advogado. Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Complutense de Madri. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Ex Ministro da Advocacia-Geral da União. Ex Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul.

do artigo 95), dentre as quais sobressai, no que interessa ao presente estudo, aquela que impede a dedicação à atividade político-partidária.

Com efeito, a vedação à atividade político-partidária deriva da necessidade de manutenção da imparcialidade do magistrado. Mas qual seria o alcance da expressão “dedicação à atividade político-partidária”?

É preciso ter em mente que a norma constitucional obsta o exercício da atividade político-partidária “extra” autos, na medida em que as decisões proferidas no processo estão agasalhadas pelo princípio do livre convencimento do juiz. Ainda assim, o juiz não pode, evidentemente, usar o processo em desvio de finalidade para atuar em busca de objetivos político-partidários.

Nesse diapasão, o mandamento constitucional insculpido no artigo 95, par. único, III², é direcionado ao comportamento do magistrado fora dos autos, mas nada impede que, mesmo a partir de um processo judicial, o magistrado, em desvio de finalidade, possa atuar buscando objetivos político-partidários.

Parece-nos, no particular, que atividades como filiação partidária, emissão de opinião de cunho político-partidário, participação em convenções e comícios, participação em campanhas e reuniões partidárias, militância ativa e elaboração de discursos configuram inegavelmente a dedicação à atividade político-partidária que o constituinte quis proibir. E isso pode ocorrer dentro ou fora de processos, inegavelmente. Um juiz que, a pretexto de julgar um processo, elabora discurso de campanha política a favor de um candidato, em pleno pleito eleitoral, poderá incorrer na prática de atividade político-partidária, subvertendo sua independência funcional para agredir o Estado Democrático de Direito.

²“Artigo 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

(...)

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

III - dedicar-se à atividade político-partidária.”

A caracterização da atividade político-partidária “demanda, no entanto, a vinculação e o apoio regulares e específicos a um mandato, ou a grupo ou tendência interna, cujo objetivo é a vitória eleitoral”³.

Ao tratar do núcleo “dedicar”, a melhor doutrina, com percuciência, consigna que:

“A dedicação implica não somente intensidade, a consagração de corpo e alma, a devoção, o empenho, o colocar-se à disposição, enfim, o sacrifício – todos elementos que denotam a proximidade e intimidade com a ação a se realizar ou, se se quiser, um compromisso ideológico com ela –, mas o “dedicar-se” denota igualmente constância, estabilidade, regularidade, isto é, a oferta de tempo.”⁴

De fato, o verbo “dedicar” transmite a inexorável ideia de atividade não intermitente. Atos isolados ou eventuais, nessa senda, escapariam da vedação constitucional. Nesse sentido, um ato isolado poderia ser encarado como liberdade de expressão de pensamento, mas não como uma dedicação à atividade político-partidária propriamente dita. O juiz poderia eventualmente emitir uma opinião política, mas não dedicar-se à atividade político-partidária, eis uma diferença sensível.

Não se pode olvidar, outrossim, que a expressão “dedicar-se” foi inserida pelo constituinte de 1988, não havendo termo semelhante na Constituição de 1967, mesmo após a Emenda Constitucional nº 1, de 1969⁵.

Nesse cenário, considerando que, por regra hermenêutica, a norma constitucional não contém palavras inúteis, é forçoso concluir que a melhor exegese da proibição contida no inciso III do parágrafo único do artigo 95 da Lei Fundamental caminha no sentido de que o legislador originário, ao introduzir o verbo “dedicar”, intentou proibir o

³ Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-rogerio-dultra-casara-cnj.pdf>.

⁴ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-rogerio-dultra-casara-cnj.pdf>.

⁵ “Artigo 114. É vedado ao juiz, sob pena de perda do cargo judiciário:

(...)

III - exercer atividade político-partidária.”

comportamento **contínuo/regular** do magistrado. Daí por que “a atividade político-partidária raramente é ato isolado”⁶. Acrescento que não pode ser ato isolado, porque o ato assim considerado é pré-típico em relação à atividade político-partidária.

Por oportuno, avulta gizar que os artigos 26, II, “c”, da LOMAN (LC 35/1979), 7º do Código de Ética da Magistratura Nacional, 2º do Provimento nº 71/2018 da Corregedoria e 4º, II, da Resolução nº 305/2019 do CNJ devem ser interpretados em conformidade com a Norma Ápice de 1988, de sorte que as condutas vedadas ali capituladas, como não poderia deixar de ser, exigem a comprovação da “dedicação” à atividade político-partidária.

Assentadas tais breves digressões sobre o alcance da expressão “dedicar-se à atividade político-partidária”, passa-se ao exame amiúde da hipótese de inaugurações de obras públicas.

Não há que se confundir a inauguração de obra pública com a dedicação à atividade político-partidária. Quem comparece em solenidade, acompanhado de altas autoridades da República, fora de período eleitoral, não pratica atividade partidária. Magistrados, seja em grandes centros, seja no interior, não estão proibidos de participar de inaugurações de obras públicas.

Em primeiro lugar, não nos parece acertado concluir que a mera participação em inauguração de obra pública possa ofender a disposição inserta no artigo 95, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal, bem como os comandos legais que lhe são correlatos (artigos 26, II, “c”, da LOMAN (LC 35/1979), 7º do Código de Ética da Magistratura Nacional, 2º do Provimento nº 71/2018 da Corregedoria e 4º, II, da Resolução nº 305/2019 do CNJ), já que sequer há relação entre uma coisa (inauguração de obra pública) e outra (dedicação à atividade político-partidária).

⁶ FALCÃO, Joaquim e OSÓRIO, Laura. *A futura atividade político-partidária e a responsabilidade ética do magistrado*. Revista USP • São Paulo • n. 110 • p. 55-64 • julho/agosto/setembro 2016, p. 59.

Quando se aborda a temática, a situação nos coloca frente a um *fato administrativo*, tal como definido em sede de direito administrativo, e não um fato eleitoral, muito menos de cunho político-partidário. A respeito da teoria dos fatos e atos administrativos, calha trazer à colação o escólio de José dos Santos Carvalho Filho:

“A noção de fato administrativo não guarda relação com a de fato jurídico, encontrada no direito privado.³ Fato jurídico significa o fato capaz de produzir efeitos na ordem jurídica, de modo que dele se originem e se extingam direitos (*ex facto oritur ius*).

A ideia de fato administrativo não tem correlação com tal conceito, pois que não leva em consideração a produção de efeitos jurídicos, mas, ao revés, tem o sentido de atividade material no exercício da função administrativa, que visa a efeitos de ordem prática para a Administração. Exemplos de fatos administrativos são a apreensão de mercadorias, a dispersão de manifestantes, a desapropriação de bens privados, a requisição de serviços ou bens privados etc. Enfim, a noção indica tudo aquilo que retrata alteração dinâmica na Administração, um movimento na ação administrativa. Significa dizer que a noção de fato administrativo é mais ampla que a de fato jurídico, uma vez que, além deste, engloba também os fatos simples, ou seja, aqueles que não repercutem na esfera de direitos, mas estampam evento material ocorrido no seio da Administração.”⁷

É dizer: a mera inauguração de obra pública é *fato administrativo* puro, destinado a produzir efeitos na ordem prática da administração pública, não tendo, pois, qualquer conotação eleitoral. Há que se atentar, efetivamente, se a inauguração de obra administrativa se deu fora de qualquer campanha eleitoral, para esse efeito. Ou seja, não se tratará de atividade político-partidária ou político-eleitoral com certeza se a

⁷ Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo:Atlas, 2014, p.97/98.

inauguração ocorrer fora do processo eleitoral, mas de atuação administrativa do Poder Executivo.

Para espancar quaisquer dúvidas acerca da natureza de um evento fora do marco temporal do processo eletivo, impende salientar que, antes do período eleitoral, a lei de regência sequer aborda o assunto, justamente porque se trata de *fato administrativo*, desprovido de contornos eleitorais.

Não é por outro motivo que a chamada Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997), “ex vi” do seu artigo 77, preceitua que “é proibido a qualquer candidato comparecer, nos 3 (três) meses que precedem o pleito, a inaugurações de obras públicas.” O dispositivo em comento busca preservar o equilíbrio da disputa eleitoral, assegurando aos candidatos oportunidades idênticas, vedando que tais atividades administrativas se realizem em determinados períodos sensíveis ao pleito eleitoral.

De se notar, ademais, que é pacífico o entendimento pretoriano no sentido de que o artigo 77 supracitado está sujeito ao princípio da proporcionalidade, motivo pelo qual a presença discreta do candidato à inauguração de obras públicas, ainda que nos três meses que antecedem o pleito, não tem o condão de gerar a aplicação de penalidades.

Em casos deste jaez, é iterativa a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, “*verbis*”:

“Eleições 2016. Agravo regimental. Agravo. Recurso especial. Ação de investigação judicial eleitoral. Vereador. Conduta vedada. Comparecimento à inauguração de obra pública. Artigo 77 da Lei no 9.504/97. Conclusão regional: participação sem destaque. Ausência de desequilíbrio do pleito. Proporcionalidade. Sanção de cassação. Inadequação ao caso. Acervo probatório. Reexame. Instância especial. Impossibilidade. Súmula no 24/TSE. Desprovimento.1. A

jurisprudência do TSE admite a aplicação do princípio da proporcionalidade na representação por conduta vedada descrita no artigo 77 da Lei no 9.504/97, para afastar a sanção de cassação do diploma, quando a presença do candidato em inauguração de obra pública ocorre de forma discreta e sem a sua participação ativa na solenidade, de modo a não acarretar a quebra de chances entre os players [...]” (Ac de 31.8.2017 no AgR-AI 49645 Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto).

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO. CONDOTA VEDADA. COMPARECIMENTO À INAUGURAÇÃO DE OBRA PÚBLICA. ART. 77 DA LEI Nº 9.504/97. PARTICIPAÇÃO ATIVA DA CANDIDATA DURANTE O EVENTO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. PROPORCIONALIDADE. REEXAME. SÚMULA Nº 24/TSE. NÃO PROVIMENTO. Histórico da demanda¹. Contra acórdão de TRE/SP pelo qual mantida sentença de improcedência da representação proposta em desfavor de Juliana Cardoso - candidata à reeleição para o cargo de vereador - por conduta vedada com fundamento no artigo 77, caput, da Lei nº 9.504/97, interpôs recurso especial o Ministério Público Eleitoral.² Negado seguimento ao recurso, monocraticamente, pelos seguintes fundamentos: (i) a resolução da controvérsia independe da pretensa análise relativa ao conceito e à abrangência da expressão "inauguração de obra pública"; (ii) aplicável o princípio da proporcionalidade consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior, uma vez assentado no aresto regional a ausência de elementos probatórios que apontassem a ativa participação da candidata no evento; e (iii) impossibilitado o reexame do conjunto probatório dos autos, nos termos da Súmula nº 24/TSE. Do agravo regimental³. A jurisprudência desta Corte Superior admite a

aplicação do princípio da proporcionalidade na representação por conduta vedada descrita no artigo 77 da Lei nº 9.504/97, para afastar a sanção de cassação do diploma, quando a presença do candidato em inauguração de obra pública ocorre de forma discreta e sem participação ativa no evento, pois não resulta na quebra da igualdade de chances entre os concorrentes na disputa eleitoral.⁴ Inalterável a premissa fática constante do aresto regional de que ausente protagonismo da candidata durante o evento, por força da Súmula nº 24/TSE, conclui-se que a decisão recorrida está alinhada à jurisprudência deste Tribunal Superior. Agravo regimental não provido.” (Recurso Especial Eleitoral nº 171064, Acórdão, Relator(a) Min. Rosa Weber, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 154, Data 03/08/2018, Página 445-446)

Destarte, sendo a inauguração de obra pública um fato administrativo, é de rigor a conclusão de que nem toda inauguração ostenta potencial eleitoral. Como se percebe, o Tribunal Superior Eleitoral, aplicando o princípio da proporcionalidade, vem afastando a aplicação do artigo 77 da Lei das Eleições, quando não há participação ativa do candidato no evento, justamente porque a inauguração, em si, não é um fato que, necessariamente, afete a higidez da disputa eleitoral.

Ora, se a legislação eleitoral não considera a inauguração da obra – quando ocorrer fora do processo eletivo - como fato político-partidário, não se mostra razoável que a conduta de alguém seja enquadrada como “dedicação à atividade político-partidária” tão somente porque esteja presente nessa inauguração. Aliás, seria um absurdo tal interpretação.

Some-se a isso o fato de o artigo 2º, § 1º, do Provimento nº 71/2018 enquadrar a atividade político-partidária “em situações que evidenciem apoio público a candidato ou a partido político”. Necessário sempre indagar, em cada caso, se esse apoio se materializou.

Não há, também, como presumir eventuais candidaturas à reeleição sem que o pedido de registro tenha sido devidamente formalizado perante a justiça eleitoral. Entender diversamente equivale ao exercício de um indesejado juízo de futurologia, o qual, como cediço, é incompatível com as lições propedêuticas do direito.

Aliás, há excerto do Conselho Nacional de Justiça, que não deixa quaisquer margens de dúvidas:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. EXERCÍCIO DA JUDICATURA. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO MAGISTRADO. DECISÕES JUDICIAIS. IMPUGNAÇÃO. EXISTÊNCIA DE MEIOS PRÓPRIOS. MOROSIDADE INJUSTIFICADA. INOCORRÊNCIA. INAUGURAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS. FALTA FUNCIONAL NÃO CONFIGURADA.

1. A fim de garantir o exercício da função jurisdicional, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em favor da Magistratura a garantia de independência, como reflexo da vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios (Artigo 95, I, II e III), possibilitando que o juiz decida a causa livre de pressões externas e ingerências.

2. O sistema jurídico brasileiro dispõe de diversos meios de impugnação de decisões judiciais, não sendo o juízo correicional a sede adequada para rever uma decisão judicial.

3. A morosidade que enseja a aplicação de penalidade administrativa é aquela injustificada, decorrente de dolo ou culpa grave por parte do juiz.

4. O comparecimento de magistrado em inaugurações de obras públicas e o seu empenho em angariar verbas para obras sociais não caracteriza conduta imprópria, quando ausente qualquer finalidade de obter dividendos políticos.

5. Arquivamento do processo administrativo disciplinar ante a improcedência do pedido.” (PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR EM FACE DE MAGISTRADO - 0006025-05.2013.2.00.0000. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO. Julgado em 25 de agosto de 2015)

Diante desse cenário, enquadrar a conduta de alguém na vedação do artigo 95, par. único, III, da Carta da República e nos preceitos dos artigos 26, II, “c”, da LOMAN (LC 35/1979), 7º do Código de Ética da Magistratura Nacional, 2º do Provimento nº 71/2018 da Corregedoria e 4º, II, da Resolução nº 305/2019 do CNJ exige obediência ao princípio da tipicidade.

A respeito de tal princípio, tivemos ocasião de anotar que *os tipos devem ser claros, suficientemente densos, dotados de um mínimo de previsibilidade quanto ao seu conteúdo*⁸.

Sobre a aplicação do princípio da tipicidade no espectro do direito administrativo sancionador, é assente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA SOB A IMPUTAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AS DISPOSIÇÕES DA LEI 8.429/92 SÃO APLICÁVEIS AO PARTICULAR QUE, EM TESE, INDUZA OU CONCORRA PARA A PRÁTICA DO ATO DE IMPROBIDADE OU DELE SE BENEFICIE SOB QUALQUER FORMA DIRETA OU INDIRETA. O MINISTÉRIO PÚBLICO POSSUI LEGITIMIDADE ATIDO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR

⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.214.

ATO DE IMPROBIDADE. EXIGÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DA JUSTA CAUSA PARA O RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (...) 3. As ações judiciais fundadas em dispositivos legais insertos no domínio do Direito Sancionador, o ramo do Direito Público que formula os princípios, as normas e as regras de aplicação na atividade estatal punitiva de crimes e de outros ilícitos, devem observar um rito que lhe é peculiar, o qual prevê, tratando-se de ação de imputação de ato de improbidade administrativa, a exigência de que a petição inicial, além das formalidades previstas no artigo 282 do CPC, deva ser instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade (artigo 17, § 6o. da Lei 8.429/92), sendo certo que ação temerária, que não convença o Magistrado da existência do ato de improbidade ou da procedência do pedido, deverá ser rejeitada (artigo 17, § 8o. da Lei 8.429/92). 4. **As ações sancionatórias, como no caso, exigem, além das condições genéricas da ação (legitimidade das partes, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido), a presença da justa causa, consubstanciada em elementos sólidos que permitem a constatação da tipicidade da conduta e a viabilidade da acusação.** (...) (REsp 952.351/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 22/10/2012) (Grifamos)

“(...) 3. No campo do direito disciplinar, assim como ocorre na esfera penal, interpretações ampliativas ou analógicas não são, de espécie alguma, admitidas, sob pena de incorrer-se em ofensa direta ao princípio da reserva legal. 4. Ressalte-se que a utilização de analogias ou de interpretações ampliativas, em matéria de punição disciplinar, longe de

conferir ao administrado uma acusação transparente, pública, e legalmente justa, afronta o princípio da tipicidade, corolário do princípio da legalidade, segundo as máximas: nullum crimen nulla poena sine lege stricta e nullum crimen nulla poena sine lege certa, postura incompatível com o Estado Democrático de Direito. 5. Recurso conhecido e parcialmente provido para anular a pena demissória aplicada ao Recorrente.” (RMS 16.264/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2006, DJ 02/05/2006, p. 339)

Dessa forma, a conclusão inarredável é a de que o ato de participar da inauguração de obra pública se afigura flagrantemente atípico, em termos de dedicação à atividade político-partidária, na hipótese de o magistrado não estar em época de campanha eleitoral e não estar pedindo votos a um candidato. Isso, porque o conceito de atividade político-partidária é elemento central de um determinado tipo sancionador muito bem definido.

O saudoso Pontes de Miranda, em seus comentários à Constituição de 1967, traz ensinamento de escol, que revela o verdadeiro alcance da expressão “atividade político-partidária”. Confira-se:

“O juiz, desde que não esteja filiado a partidos, ou não tenha atividade político-partidária, não infringe o princípio. Não constitui atividade político-partidária dirigir diários que discutam assuntos políticos e intervenham na vida política, desde que tais diários não sejam órgãos de determinados partido ou de determinados partidos. Foi o que decidiu o Superior Tribunal Eleitoral, em 17/7/34: ‘O que se veda aos juizes no artigo 66 da Constituição (1934) é o exercício da atividade político partidária, Essa proibição, porém, só se refere à ação direta em favor de um partido e só assim alcança o juiz, por ser

de se supor que não terá isenção de ânimo necessário para impedir questões submetidas a seu julgamento, em que estejam envolvidas agremiações partidárias.”⁹

Como visto alhures, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, também proibiam o exercício da atividade político-partidária pelos juízes, sem, todavia, terem feito alusão ao verbo “dedicar”, razão pela qual o magistério de Pontes de Miranda remanesce irretocável quanto à definição da expressão “atividade político-partidária”.

De fato, se não houver narrativa dolosa a respeito do tipo sancionador, isto é, indicação precisa de que alguém teve a intenção de auferir ganho eleitoral, para si ou terceiros, ao participar de inauguração de obra, revela-se sobremaneira temerário o prosseguimento de processo de cunho sancionador, à míngua de justa causa para tanto.

2. Participações em festas religiosas acompanhados por políticos.

Podem juízes participar de festas religiosas acompanhados por políticos?

Em caso rumoroso, já se considerou a atribuição de efeitos político-partidários a um evento: (i) pela participação do presidente da República; (ii) pela presença de outros líderes políticos no evento; e (iii) pelo fato de o magistrado ter sido alocado em posição próxima ao presidente.

Há, no ponto, algumas premissas básicas das quais não se pode passar ao largo: 1) a primeira reside no fato de que se tratou de evento de natureza religiosa, pertencente à fé do magistrado, que este sabidamente professa há muitos anos; 2) a segunda repousa no fato de que se tratou de uma comemoração relevante para os adeptos da religião; 3) a terceira se refere ao fato de que o magistrado não tinha como controlar as filmagens de sua imagem, já que o evento religioso era público.

⁹ Comentários à Constituição de 1967. Tomo III. São Paulo: RT, 1967, p. 556.

Nesse contexto, é fácil observar que a comemoração ocorreria de qualquer maneira, com a presença ou não das autoridades públicas, não se tratando, pois, de um evento de natureza política, mas sim de natureza religiosa e pública.

De todo modo, estar ao lado do presidente em determinado evento social, ali alocado por discricionariedade do cerimonial oficial, não consubstancia “dedicação à atividade político-partidária”, que demanda, reitera-se, o efetivo apoio político a candidato ou a partido político, com o claro propósito de obtenção de vantagem eleitoral, ainda que futuramente.

À evidência, transformar um ato comum em ato político-partidário, no intuito de punir um magistrado, a nosso sentir, gera indesejada insegurança jurídica, que pode se espalhar por todo o Poder Judiciário. Cai como uma luva a esta hipótese o conhecido adágio de Eduardo Couture:

*Da dignidade do juiz depende a dignidade do direito. O direito valerá, em um país e em um momento histórico determinados, o que valham os juízes como homens. No dia em que os juízes têm medo, nenhum cidadão pode dormir tranquilo*¹⁰.

De relevo aqui destacar um outro ponto nevrálgico. O magistrado, nesse caso rumoroso, participou de evento religioso voltado para a crença que professa. Não se vislumbra atividade político-eleitoral neste mister. Como se tratava de evento de especial envergadura, nele comemorava-se 40 (quarenta) anos da Igreja Internacional da Graça de Deus. Nesse contexto, natural que inúmeras autoridades tivessem comparecido ao evento, o que não modifica sua natureza, cuja essência é religiosa e não político-partidária.

¹⁰ *Apud* PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR EM FACE DE MAGISTRADO - 0006025-05.2013.2.00.0000. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO. Julgado em 25 de agosto de 2015

Veja-se o precedente: magistrados não podem frequentar cultos religiosos para professar sua fé, quando esses cultos contarem com a presença de celebridades ou políticos famosos? Magistrados podem frequentar eventos religiosos na companhia de políticos, evidentemente.

Equiparar a presença de um magistrado no culto à atividade político-partidária corresponderia a negar a própria liberdade de crença, erigida a direito fundamental na Constituição da República de 1988 (artigo 5º, inciso VI).

Nessa perspectiva, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco têm ensinamento que calha à espécie:

“O reconhecimento da liberdade religiosa decerto que contribui para prevenir tensões sociais, na medida em que, por ela, o pluralismo se instala e se neutralizam rancores e desavenças decorrentes do veto oficial a crenças quaisquer. O reconhecimento da liberdade religiosa também tem por si o argumento de que tantas vezes a formação moral contribui para moldar o bom cidadão. Essas razões, contudo, não são suficientes em si para explicar a razão de ser da liberdade de crença. **A Constituição assegura a liberdade dos crentes, porque toma a religião como um bem valioso por si mesmo, e quer resguardar os que buscam a Deus de obstáculos para que pratiquem os seus deveres religiosos**¹¹.” (Grifos intencionais)

De mais a mais, cabe repisar que, no regime do direito administrativo sancionador, dentro do qual se incluem os processos disciplinares, não se tolera, em homenagem ao princípio da tipicidade, a imputação de infrações éticas que não se coadunem perfeitamente ao tipo infracional. Ao abordar o assunto, tivemos a oportunidade de defender o seguinte:

¹¹ Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p.293.

“O princípio da tipicidade das infrações administrativas decorre, genericamente, do princípio da legalidade, vale dizer, da garantia de que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ (artigo 5º, II, da CF/88), sendo que a Administração Pública, ademais, está submetida a exigência de legalidade administrativa (artigo 37, caput, CF/88), o que implica necessária tipicidade permissiva para elaborar modelos de condutas proibidas e sancioná-los. Além disso, a garantia de que as infrações estejam previamente tipificadas em normas sancionadoras integra, por certo, o devido processo legal da atividade sancionatória do Estado (artigo 5º, LIV, CF/88), visto que sem a tipificação do comportamento proibido resulta violada a segurança jurídica da pessoa humana, que se expõe ao risco de proibições arbitrárias e dissonantes dos comandos legais¹².”

Para além disso, o direito administrativo sancionador não comporta imputações arbitrárias, desprovidas de indícios mínimos de autoria e materialidade, não admitindo, portanto, a responsabilização objetiva de agentes públicos. É dizer: a punição de agentes públicos somente é admitida se lastreada em prova idônea. A comprovação do dolo, consistente na vontade consciente de ganhar capital político para processo eletivo, também se descortina imprescindível.

3. Dos vídeos postados nas redes sociais e a atividade político-partidária

O que os magistrados podem postar em suas redes sociais? E o que pode caracterizar atividade político partidária nas redes sociais?

Um ponto a ser levado em consideração é que, como afirmou o Ministro Luis Roberto Barroso, quando da apreciação do MS35793/DF, “as redes sociais se tornaram

¹² OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: RT, 2005, p.207/208.

um importante espaço de compartilhamento de informação. Por conexões virtuais, pessoas, grupos e organizações se relacionam e compartilham interesses.”

Embora a constatação do eminente Ministro seja salutar, insta adicionar ainda o quanto sustentado pelo sociólogo Manuel Castells em entrevista à revista “Isto é”:

“A Internet é para nossa sociedade em rede o que a eletricidade foi para a sociedade industrial. É a tecnologia básica que permite a comunicação em todas as dimensões. Portanto, como a comunicação é a essência da vida social, econômica e política, a Internet é essencial e continuará sendo. A Nasa já está projetando a Internet interplanetária e interestelar. Aqui na Terra, estamos desenvolvendo de maneira muito rápida a “Internet das Coisas”, que conecta máquinas com máquinas sem intermediação humana.

(...)

As redes sociais digitais são outra realidade essencialmente diferente das analogias, é um outro universo. Sim, fazem parte da esfera pública, mas com bilhões de participantes na interação. Jürgen Habermas havia previsto essa situação. A nostalgia dos intelectuais pela inocência anterior, além de ser inútil, ignora que antes a comunicação estava controlada por governos ou empresas de mídia¹³”.

O mundo hodierno não pode ser dissociado das redes sociais, de tal sorte que exigir dos Juízes um completo afastamento das mídias digitais ou, ainda, atribuir consequências negativas ao simples fato de integrá-las ou mesmo de possuir seguidores, para além de se revelar algo completamente divorciado da modernidade, corresponde a inserir a magistratura na idade média.

¹³ Disponível em: <<https://istoe.com.br/a-democracia-esta-se-autodestruindo-pela-corrupcao/>>. Acesso em 10 de junho de 2020.

Embora ainda haja em vários cenários da sociedade pessoas e teorias refratárias à revolução virtual, não há mais como negar que o mundo moderno é conectado à rede mundial de computadores.

No que atine à revolução digital vivenciada pela sociedade, é salutar o magistério do ilustre Ministro Luis Roberto Barroso na já citada decisão exarada no Mandado de Segurança MS35793/DF, quando registra que:

“Além disso, as nossas realidades concreta e virtual já compõem um todo indissociável. Não há mais vida longe do mundo digital. Realizam-se transações bancárias, pede-se comida, emite-se passagem de avião, realizam-se compras de supermercado, marcam-se encontros: tudo por plataformas digitais. Essa realidade mista ou híbrida tem conformado nossos hábitos, rotinas, assim como a nossa própria existência concreta. As manifestações, preferências e condutas do espaço digital repercutem sobre as nossas identidades sociais (...).

Esse processo de criação de nossos “duplos eletrônicos”, com a formação de gigantescos bancos de dados pessoais, somado à quase instantânea circulação de informação pelas redes configurou uma nova ideia de esfera pública e privada. A superperexposição da sociedade contemporânea faz com que condutas tipicamente privadas sejam levadas ao conhecimento de um número indeterminado de pessoas, sendo quase impossível controlar a repercussão daquilo que se faz, diz pensa no espaço digital.”

Por óbvio, a manifestação de opiniões ou a postagem de vídeos nas redes sociais é corolário da livre manifestação do pensamento, erigida à categoria de direito fundamental pela Carta da República. A liberdade de expressão não admite censura prévia, nem está sujeita a controle por parte do estado. Evidente que aos magistrados é

vedado incorrer em fake news, ou qualquer crime através das redes sociais, podendo por isso ser responsabilizados.

Conquanto a Resolução 305/2019 do CNJ, no tocante às restrições impostas ao comportamento dos magistrados nas redes sociais, seja de constitucionalidade duvidosa, o fato é que se deve averiguar quais os limites da liberdade de expressão do pensamento face à restrição da atividade político-partidária. E os limites são aqueles já alhures examinados. Magistrados não podem apoiar candidatos em processos eletivos, tampouco subscrever posições de partidos políticos.

Há uma restrição adicional nas redes sociais. Os juízes não podem buscar a autopromoção e a superexposição à custa dos processos que jurisdicionam ou para valer-se de ganhos eleitorais corporativos. Podem, todavia, dar transparência de seus atos e rotinas, tanto de magistrados quanto de cidadãos. São homens públicos e prestam contas à sociedade através das redes sociais.

Doutra banda, o Provimento nº 71, de junho de 2018, é claro ao apontar, em seu artigo 2º, §2º, que “a vedação de atividade político-partidária aos magistrados não os impede de exercer o direito de expressar convicções pessoais sobre a matéria prevista no caput deste artigo, desde que não seja objeto de manifestação pública que caracterize, ainda que de modo informal, atividade com viés político-partidário.” Mais uma vez, cabe ressaltar que a vedação é no sentido de que magistrados atuem como cabos eleitorais de candidatos em processos eletivos. Nada impede, no entanto, que convivam e coexistam, de modo harmônico, com integrantes de outros Poderes e instituições.