



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 208.524/2015-AsJConst/SAJ/PGR

**Medida cautelar na arguição de descumprimento
de preceito fundamental 353/DF**

Relatora: Ministra **Cármem Lúcia**
Requerente: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil
(CSPB)
Interessados: Congresso Nacional
Presidente da República

CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 43, INCISOS I LXIII, DA LEI 4.878/1965. LEGITIMIDADE ATIVA DA REQUERENTE. INFRAÇÕES DISCIPLINARES APLICÁVEIS A POLICIAIS FEDERAIS E POLICIAIS CIVIS DO DISTRITO FEDERAL. TIPOS ADMINISTRATIVOS ABERTOS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA MEDIDA CAUTELAR.

1. A Confederação dos Servidores Públicos do Brasil (CSPB) possui legitimidade ativa para ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental em defesa de direitos da categoria profissional que representa. Precedentes.
2. Leis administrativas podem criar infrações com tipos abertos e genéricos, até certo ponto, com uso de conceitos e termos indeterminados, que permitam certo grau de discricionariedade da autoridade administrativa na aplicação da penalidade.
3. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência pacífica de que lapso temporal significativo entre a vigência da norma e o ajuizamento da ação de controle concentrado de constitucionalidade denota, em princípio, a ausência de *periculum in mora*. Pode haver situações, todavia, nas quais permaneça risco importante na demora processual, ainda que o ajuizamento da ação tenha tardado.
4. Parecer pelo conhecimento da arguição e indeferimento da cautelar.

I RELATÓRIO

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, ajuizada pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil (CSPB) contra o art. 43, I ao LXIII, da Lei 4.878, de 3 de dezembro de 1965, que define transgressões disciplinares dos “policiais civis da União e do Distrito Federal”, atuais policiais federais. É esta a redação dos dispositivos:

Art. 43. São transgressões disciplinares:

I – referir-se de modo depreciativo às autoridades e atos da administração pública, qualquer que seja o meio empregado para esse fim;

II – divulgar, através da imprensa escrita, falada ou televisada, fatos ocorridos na repartição, propiciar-lhes a divulgação, bem como referir-se desrespeitosa e depreciativamente às autoridades e atos da administração;

III – promover manifestação contra atos da administração ou movimentos de apreço ou despreço a quaisquer autoridades;

IV – indispor funcionários contra os seus superiores hierárquicos ou provocar, velada ou ostensivamente, animosidade entre os funcionários;

V – deixar de pagar, com regularidade, as pensões a que esteja obrigado em virtude de decisão judicial;

VI – deixar, habitualmente, de saldar dívidas legítimas;

VII – manter relações de amizade ou exibir-se em público com pessoas de notórios e desabonadores antecedentes criminais, sem razão de serviço;

VIII – praticar ato que importe em escândalo ou que concorra para comprometer a função policial;

IX – receber propinas, comissões, presentes ou auferir vantagens e proveitos pessoais de qualquer espécie e, sob qualquer pretexto, em razão das atribuições que exerce;

X – retirar, sem prévia autorização da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;

- XI – cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de encargo que lhe competir ou aos seus subordinados;
- XII – valer-se do cargo com o fim, ostensivo ou velado, de obter proveito de natureza político-partidária, para si ou terceiros;
- XIII – participar da gerência ou administração de empresa, qualquer que seja a sua natureza;
- XIV – exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, salvo como acionista, cotista ou comanditário;
- XV – praticar a usura em qualquer de suas formas;
- XVI – pleitear, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de percepção de vencimentos, vantagens e proventos de parentes até segundo grau civil;
- XVII – faltar à verdade no exercício de suas funções, por malícia ou má-fé;
- XVIII – utilizar-se do anonimato para qualquer fim;
- XIX – deixar de comunicar, imediatamente, à autoridade competente faltas ou irregularidades que haja presenciado ou de que haja tido ciência;
- XX – deixar de cumprir ou de fazer cumprir, na esfera de suas atribuições, as leis e os regulamentos;
- XXI – deixar de comunicar à autoridade competente, ou a quem a esteja substituindo, informação que tiver sobre iminente perturbação da ordem pública, ou da boa marcha de serviço, tão logo disso tenha conhecimento;
- XXII – deixar de informar com presteza os processos que lhe forem encaminhados;
- XXIII – dificultar ou deixar de levar ao conhecimento de autoridade competente, por via hierárquica e em 24 ([...]) horas, parte, queixa, representação, petição, recurso ou documento que houver recebido, se não estiver na sua alçada resolvê-lo;
- XXIV – negligenciar ou descumprir a execução de qualquer ordem legítima;
- XXV – apresentar maliciosamente, parte, queixa ou representação;

XXVI – aconselhar ou concorrer para não ser cumprida qualquer ordem de autoridade competente, ou para que seja retardada a sua execução;

XXVII – simular doença para esquivar-se ao cumprimento de obrigação;

XXVIII – provocar a paralisação, total ou parcial, do serviço policial, ou dela participar;

XXIX – trabalhar mal, intencionalmente ou por negligência;

XXX – faltar ou chegar atrasado ao serviço, ou deixar de participar, com antecedência, à autoridade a que estiver subordinado, a impossibilidade de comparecer à repartição, salvo motivo justo;

XXXI – permutar o serviço sem expressa permissão da autoridade competente;

XXXII – abandonar o serviço para o qual tenha sido designado;

XXXIII – não se apresentar, sem motivo justo, ao fim de licença, para o trato de interesses particulares, férias ou dispensa de serviço, ou, ainda, depois de saber que qualquer delas foi interrompida por ordem superior;

XXXIV – atribuir-se a qualidade de representante de qualquer repartição do Departamento Federal de Segurança Pública e da Polícia do Distrito Federal, ou de seus dirigentes, sem estar expressamente autorizado;

XXXV – contrair dívida ou assumir compromisso superior às suas possibilidades financeiras, comprometendo o bom nome da repartição;

XXXVI – frequentar, sem razão de serviço, lugares incompatíveis com o decoro da função policial;

XXXVII – fazer uso indevido da arma que lhe haja sido confiada para o serviço;

XXXVIII – maltratar preso sob sua guarda ou usar de violência desnecessária no exercício da função policial;

XXXIX – permitir que presos conservem em seu poder instrumentos com que possam causar danos nas dependências a que estejam recolhidos, ou produzir lesões em terceiros;

XL – omitir-se no zelo da integridade física ou moral dos presos sob sua guarda;

- XLI – desrespeitar ou procrastinar o cumprimento de decisão ou ordem judicial, bem como criticá-las;
- XLII – dirigir-se ou referir-se a superior hierárquico de modo desrespeitoso;
- XLIII – publicar, sem ordem expressa da autoridade competente, documentos oficiais, embora não reservados, ou ensejar a divulgação do seu conteúdo, no todo ou em parte;
- XLIV – dar-se ao vício da embriaguez;
- XLV – acumular cargos públicos, ressalvadas as exceções previstas na Constituição;
- XLVI – deixar, sem justa causa, de submeter-se a inspeção médica determinada por lei ou pela autoridade competente;
- XLVII – deixar de concluir, nos prazos legais, sem motivo justo, inquéritos policiais ou disciplinares, ou, quanto a êstes últimos, como membro da respectiva comissão, negligenciar no cumprimento das obrigações que lhe são inerentes;
- XLVIII – prevalecer-se, abusivamente, da condição de funcionário policial;
- XLIX – negligenciar a guarda de objetos pertencentes à repartição e que, em decorrência da função ou para o seu exercício, lhe tenham sido confiados, possibilitando que se danifiquem ou extraviem;
- L – dar causa, intencionalmente, ao extravio ou danificação de objetos pertencentes à repartição e que, para os fins mencionados no item anterior, estejam confiados à sua guarda;
- LI – entregar-se à prática de vícios ou atos atentatórios aos bons costumes;
- LII – indicar ou insinuar nome de advogado para assistir pessoa que se encontre respondendo a processo ou inquérito policial;
- LIII – exercer, a qualquer título, atividade pública ou privada, profissional ou liberal, estranha à de seu cargo;
- LIV – lançar em livros oficiais de registro anotações, queixas, reivindicações ou quaisquer outras matérias estranhas à finalidade deles;
- LV – adquirir, para revenda, de associações de classe ou entidades beneficentes em geral, gêneros ou quaisquer mercadorias;

LVI – impedir ou tornar impraticável, por qualquer meio, na fase do inquérito policial e durante o interrogatório do indiciado, mesmo ocorrendo incomunicabilidade, a presença de seu advogado;

LVII – ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais, ou com abuso de poder;

LVIII – submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou constrangimento não autorizado em lei;

LIX – deixar de comunicar imediatamente ao Juiz competente a prisão em flagrante de qualquer pessoa;

LX – levar à prisão e nela conservar quem quer que se proponha a prestar fiança permitida em lei;

LXI – cobrar carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa que não tenha apoio em lei;

LXII – praticar ato lesivo da honra ou do patrimônio da pessoa, natural ou jurídica, com abuso ou desvio de poder, ou sem competência legal;

LXIII – atentar, com abuso de autoridade ou prevalecendo-se dela, contra a inviolabilidade de domicílio.

Afirma a arguente possuir legitimidade para propor a ação, por ser entidade sindical de grau superior, representativa de servidores públicos de todo o território nacional. Em retrospectiva, contextualiza a edição da norma no período da ditadura militar, orientada pela “Doutrina da Segurança Nacional”, cuja motivação seria criar polícia subserviente, hierarquizada, amordaçada e impossibilitada de descumprir ordens ilegais e violadoras de direitos fundamentais, mormente quando elástico e subjetivo o rol punitivo sobre o servidor encarregado da atividade policial (folha 14 da peça 2). Defende não recepção de todos os incisos do art. 43 da Lei 4.878/1965 pela Constituição de 1988, “por conflitante, em sua origem e essência, com os preceitos fundamentais que inspiraram a elaboração da Carta Cidadã ora vigente” (fl. 17). Aduz que o

Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário 458.555/CE, teria declarado não recepção dos incisos V, VI e XXXV do art. 43, com a consideração de que a prática de endividamento reiterado, embora reprovável, não ocorreu, naquele caso, no exercício da função pública ou em razão dela. Com referência aos incs. I a III, que vedam manifestações de desprezo e divulgação de fatos ocorridos no órgão, assevera que afrontam a liberdade de expressão e comunicação, garantidos no art. 5º, IV, IX, e XIV, da Constituição, e que respaldam perseguição a servidores policiais sindicalistas.

Relativamente aos incs. VII e XXXVI, argumenta constituírem afronta ao direito de locomoção e intervirem na vida privada dos servidores policiais, restringindo suas relações pessoais e sociais. No que se refere ao inc. XXXVI, ataca sua subjetividade, que causaria insegurança jurídica aos policiais, ao vedar que possam frequentar lugares considerados incompatíveis com o decoro da função policial. No que tange aos incs. VIII, XXV, XXIX e XLII, afirma que contêm termos excessivamente abertos e têm permitido que policiais sejam constrangidos por instauração de procedimentos administrativos sem justa causa; em razão disso, contrariariam os princípios da impessoalidade e da moralidade (art. 37, *caput*, da CR), a dignidade humana, a liberdade de expressão, o direito de petição, a inafastabilidade de jurisdição e o devido processo legal (arts. 1º, III, e 5º, I, IV, XXXIV, *a*, XXXV e LIV, da CR). No que concerne aos incs. XLIV e LI, assevera que ofendem o princípio da dignidade humana, porquanto alcoolismo e outras

formas de dependência química, de acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), são problemas de saúde pública, que merecem atenção e tratamento, não punição disciplinar.

Sustenta que todo o art. 43 da lei deve ser declarado não recepcionado pela CR e que deveria essa Suprema Corte proceder da mesma forma que na ADPF 130, quando declarou não recepção da Lei de Imprensa e, a fim de evitar lacuna legislativa, determinou aplicação do Código Penal. Aos servidores policiais, entende que o STF deveria determinar aplicação do regime disciplinar aplicável aos demais servidores públicos civis (Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990). Alega violados o Sistema das Nações Unidas de Proteção dos Direitos Humanos, notadamente o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o art. 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, os quais garantem a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento. Afirma contrariedade à Convenção 151 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que reconhece liberdade sindical a todos os trabalhadores, sem distinção, inclusive servidores públicos. Aduz ser imprescindível controle de convencionalidade dos dispositivos impugnados, pois a Convenção da OIT foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 7.944, de 6 de março de 2013.

Requer medida liminar, aduzindo, quanto ao *periculum in mora*, situação de permanente apreensão vivida pelos servidores policiais, os quais podem ser vítimas de perseguição pessoal, política e ideológicas e, a qualquer momento, responder a processos

disciplinares, com suas consequências morais, psíquicas e físicas, por motivos divorciados dos preceitos fundamentais que informam a Constituição do Brasil (fl. 50 da peça 2).

Solicitou a relatora manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República no prazo comum de cinco dias, invocando o art. 5º, § 2º, da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (peça 72).

Informações da Presidência da República defendem a constitucionalidade da norma (peça 81).

É o relatório.

II PRELIMINARES

II.1 LEGITIMIDADE ATIVA DA CSPB

Embora a autora não tenha juntado comprovante de inscrição no Cadastro Nacional de Entidades Sindicais, do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), na ADI 5.124/BA a documentação foi anexada, o que confirma sua condição de entidade sindical de grau máximo do sistema confederativo.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal acerca de sua ilegitimidade estão superados,¹ tendo em vista que, pelo exame do art. 4º de seu estatuto,² não subsiste a hibridez que a caracterizava.

1 Supremo Tribunal Federal. Plenário. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 1.409/ES. Relator: Ministro MOREIRA ALVES. 3/6/1996, unânime. *Diário da Justiça*, 4 out. 1996, p. 36.

2 “Artigo 4º. Poderão filiar-se à CSPB, exclusivamente, federações sindicais representativas da categoria profissional dos servidores públicos civis dos

A despeito do não reconhecimento de sua legitimidade no julgamento da ADI 1.565/PE,³ o voto condutor do acórdão expressamente consignou que os novos estatutos da CSPB lhe confirmam as características de entidade sindical de terceiro grau, pendente, na época, apenas demonstração de registro atualizado no MTE:

O registro no Ministério do Trabalho tem se entendido, mesmo no sistema da Constituição em vigor, art. 8º, I, que se faz mister como prova da regularidade da entidade sindical no Ministério do Trabalho.

Dessa maneira, embora os estatutos novos da autora lhe confirmem as características de entidade sindical de terceiro grau, compreendo que, *si et in quantum*, aos efeitos do inciso IX do art. 103, da Constituição, não comprovou a autora ter sido devidamente registrada no Ministério competente, em data posterior à alteração dos estatutos, como entidade sindical de grau superior, o que somente lhe teria resultado da mudança estatutária aludida.

Do exposto, não conheço da ação, por ainda não poder reconhecer à autora condição de entidade sindical de grau superior, eis que não comprovou registro atualizado no Ministério do Trabalho.

Neste caso, como dito, a despeito da falta de comprovante de inscrição regular no MTE, em processo semelhante sabe-se que efetuou juntada da documentação.

Ademais, está presente o requisito da pertinência temática, pois, segundo a arguente, as disposições questionadas afetam di-

Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, das três esferas constitucionais do poder, em todas as suas divisões e subdivisões da administração direta e indireta.”

3 STF. Plenário. ADI 1.565/PE. Rel.: Min. NÉRI DA SILVEIRA. 23/10/1997, un. *DJ eletrônico*, 17 dez. 1999.

retamente direitos e interesses da categoria por ela representada, referentes a transgressões disciplinares previstas para servidores policiais. Ao ver da Procuradoria-Geral da República, está demonstrada sua legitimidade ativa.

III PRESSUPOSTOS DA MEDIDA CAUTELAR

III.1 AUSÊNCIA PARCIAL DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA

Não estão presentes os pressupostos para concessão da medida cautelar pleiteada nesta ação.

Insurge-se a arguente contra todas as 63 infrações disciplinares previstas no art. 43 da Lei 4.878, de 3 de dezembro de 1965, as quais incidem sobre condutas funcionais dos antigos “Políciais Civis da União”, hoje policiais federais e policiais civis do Distrito Federal.⁴

Segundo a autora, tais disposições foram editadas sob o regime ditatorial instaurado após o golpe militar de 1964 e não mais se harmonizariam com o paradigma constitucional instituído em 1988. Em linhas gerais, alega que os tipos de infrações administrativas seriam demasiado abertos, a permitir grau exacerbado de subjetividade.

4 Regem-se os policiais civis do Distrito Federal por lei federal, em razão do art. 21, XIV, da CR: “Art. 21. Compete à União: [...] XIV – organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]”.

No juízo de cognição próprio das medidas cautelares – superficial, portanto –, considerando o prazo comum e exíguo determinado pela relatoria (a despeito de a ação atacar lei que em breve completará 50 anos de vigência), esta análise não se debruçará sobre todas as alegações da autora e sobre todos os incisos impugnados. Ater-se-á a aspectos gerais da norma e deixará o aprofundamento do exame para o parecer a produzir por ocasião do julgamento definitivo.

Leis administrativas podem criar infrações com tipos abertos e genéricos, até certo ponto, com uso de conceitos e termos indeterminados, que permitam certo grau de discricionariedade da autoridade administrativa na aplicação da penalidade. Exemplo é a própria Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União), cuja aplicação deseja a requerente, que disciplina infrações administrativas com base em tipos relativamente abertos. O art. 117 da Lei 8.112/1990 define condutas ilícitas de servidores federais dessa maneira:

Art. 117. Ao servidor é proibido: (*Vide* Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

[...]

XV – proceder de forma desidiosa;

[...]

XVIII – exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;

[...].

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

[...]

IV – improbidade administrativa;

V – incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;

[...]

XI – corrupção;

[...].

Como se vê, há diversos conceitos indeterminados na Lei 8.112/1990, assim como na Lei 4.878/1965. De forma semelhante (conquanto se trate de lei com outro âmbito de aplicação), a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), igualmente se vale de tipos administrativos relativamente abertos. Essa técnica legislativa já foi declarada legítima por esse Supremo Tribunal, como, por exemplo, neste precedente:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE.

1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, *caput*, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90.

2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de “conceitos indeterminados” estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.

3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia – art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do in-

dicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos.

4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão.

Recurso ordinário provido.⁵

À configuração de infrações administrativas não se aplicam as rígidas exigências da seara penal. O tipo penal não se confunde com o administrativo. O princípio de ordem pública possui maior intensidade nos ilícitos criminais, devido à maior gravidade das sanções deles decorrentes. FÁBIO OSÓRIO MEDINA, acerca dos tipos abertos de ilícitos administrativos, observa:

A tipicidade do ato ilícito pode, fora de dúvida, ser composta por conceitos ou termos indeterminados, vazados com cláusulas gerais, regras ou princípios, que descrevem, abstratamente, as condutas proibidas, com um mínimo de previsibilidade [...]. A primeira e fundamental aproximação que se faz é com a seara penal, de modo válido, porquanto a teoria das normas penais em branco pode aplicar-se à esfera do Direito Administrativo Sancionador, guardadas as cautelas necessárias.

Há um aspecto interessante no tocante a uma significativa parcela dos atos ilícitos ou infrações administrativas. As condutas proibidas não resultam, aqui, ontologicamente, de restrições à ‘liberdade’ dos agentes públicos, na exata medida em que estes estão jungidos aos estreitos ditames legais. Não

5 STF. Primeira Turma. Recurso em mandado de segurança 24.699/DF. Rel.: Min. EROS GRAU. 30 nov. 2004, un. *DJ*, 1º jul. 2005, p. 56; *RDDP*, n. 31, 2005, p. 237-238; *LexSTF*, v. 27, n. 322, 2005, p. 167-183; *RTJ*, vol. 195(1), p. 64.

gozam de liberdade, mas estão sempre vinculados às leis. Daí que a conduta proibida traduz, por via de regra, um comportamento positivo ou negativo que não está autorizado por lei. Há necessidade de uma tipicidade permissiva que, quando inobservada, acarreta a incidência de sanções legais, que também devem estar, portanto, pela própria definição, previstas em lei. [...]

Todavia, vale destacar que é possível proibir comportamentos através de cláusulas gerais, especialmente no Direito Administrativo. A legalidade que passa a operar, em tais casos, é bem diversa. Atende finalidades superiores abrigadas na Constituição e outorga espaços generosos de movimentação à Administração. [...]

Sem dúvida o tipo sancionador deve conter grau mínimo de certeza e previsibilidade acerca da conduta reprovada, o que exige do intérprete uma movimentação racional pautada por critério de razoabilidade e proporcionalidade na definição do conteúdo proibitivo da norma jurídica. Tampouco cabe uma deslegalização completa em matéria sancionadora, de modo que a lei possa abrir espaço para uma atuação administrativa inferior arbitrária, limitada e descontrolada, sem o necessário *status* para restringir liberdades individuais.

Nem as chamadas normas em branco podem dispor arbitrariamente de suas próprias competências. Não é possível uma lei sancionadora delegar, em sua totalidade, a função tipificatória à autoridade administrativa, pois isso equivaleria a uma insuportável deterioração da normatividade legal sancionadora, violentando-se a garantia da legalidade.

Como se vê, a garantia da tipicidade não pode ser interpretada em dissonância com o princípio da segurança jurídica, tendo em conta, sempre, a dinâmica interna do Direito Administrativo Sancionador, que é diferente do Direito Penal, mas guarda raízes comuns com a normativa que preside o Direito Público Punitivo. Essas peculiaridades do terreno administrativo admitem uma tipicidade proibitiva mais ampla, genérica, tendo referência o comando legislativo, mas também exigem coberturas normativas que induzam à previsibilidade dos comportamentos proibidos.

Resulta clara a possibilidade de uso de normas em branco, cujos preceitos primários são incompletos, carentes de uma integração normativa, em matéria de Direito Administrativo

Sancionador, até porque tal técnica não constitui novidade nos sistemas punitivos comparados e nacional. Porém, os limites e fronteiras entre o permitido e o vedado, nesse terreno, são flexíveis, dependendo dos valores ou bens jurídicos em perspectiva, além da natureza das relações submetidas ao império estatal.

É indubitável que os conceitos ou termos jurídicos indeterminados, que nem sempre se esgotam nas ‘normas em branco’, transcendem e alcançam vários tipos de normas, comportam margens de apreciação dos intérpretes ou dos aplicadores das normas sancionadoras, dentro de pautas de razoáveis escolhas, sempre vedada a arbitrariedade, mas abertos espaços não raro incontornáveis numa perspectiva prática, pois envolvem as adesões a valores fluídos. Nesse passo, não custa lembrar que os termos indeterminados até podem implicar a chamada ‘unidade de solução justa’, mas essa unidade não significa a existência de margens de apreciação, sendo que essas margens podem ser mais ou menos elásticas, inclusive comportando alguma discricionariedade hermenêutica. Tais aberturas são, de algum modo, inevitáveis nessa época.⁶

No mesmo sentido é a análise de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

Não há, com relação ao ilícito administrativo, a mesma tipicidade que caracteriza o ilícito penal. A maior parte das infrações não é definida com precisão, limitando-se a lei, em regra, a falar em falta de cumprimento dos deveres, falta de exatidão no cumprimento do dever, insubordinação grave, procedimento irregular, incontinência pública; poucas são as infrações definidas, como o abandono de cargo ou os ilícitos que correspondem a crimes ou contravenções.⁷

Se, por um lado, a administração possui discricionariedade no enquadramento da falta dentre os ilícitos previstos em lei, por ou-

6 MEDINA, Fábio Osório. *Direito Administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 274-282.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

tro, exige-se do administrador precisa motivação da penalidade imposta, para demonstrar a adequação típica entre o fato e a norma sancionadora. Ademais, exige-se, em qualquer caso, obediência à garantia da ampla defesa, por disposição constitucional explícita, aplicável a processos administrativos (art. 5º, LV).⁸

A liberdade do servidor público difere, em certos aspectos, de sua liberdade como cidadão comum, ante a necessidade de certas restrições impostas pelo bem coletivo, pela supremacia do interesse público e pelo vínculo jurídico que mantém com a administração. Trata-se do que a doutrina denomina de relações especiais de sujeição, como observa PAULO GUSTAVO GONET BRANCO:

Em algumas situações, é possível cogitar-se de restrição de direitos fundamentais, tendo em vista acharem-se os seus titulares numa posição singular diante dos poderes públicos. Na expressão de VIEIRA DE ANDRADE, “por vezes os titulares de direitos fundamentais não são meros indivíduos”. É o que ocorre com os militares, com os funcionários públicos, com os presos, com os internados em estabelecimentos públicos ou com os estudantes em escola pública. O estado peculiar em que se encontram essas pessoas induz um tratamento diferenciado com respeito ao gozo dos direitos fundamentais.⁹

É o que igualmente pondera KONRAD HESSE:

As relações de *status* especiais e as ordens, nas quais elas ganham configuração jurídica, muitas vezes, não poderiam cumprir suas tarefas na vida da coletividade, se o *status* geral,

8 “Art. 5º. [...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]”.

9 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 191-192.

jurídico-constitucional, fundamentado pelos direitos fundamentais, do particular, também permanecesse conservado completamente no *status* especial. Assim, seria incompatível com a obrigação do funcionário à discricionariedade profissional se ele, diante dela, pudesse apoiar-se no direito de manifestar livremente sua opinião, ou não iria corresponder a uma execução da pena apropriada, se o preso pudesse empregar o direito fundamental, legalmente não restringível, da liberdade de reunião em lugares fechados.¹⁰

O reconhecimento dessas relações especiais de sujeição permite flexibilizar, de maneira limitada e proporcional, alguns direitos do servidor público. O potencial de geração de conflitos inspira a vedação legal, a qual prescreve maior rigor em se tratando de agentes integrantes da estrutura de segurança do Estado.

Para DI PIETRO, “[a] vida privada do funcionário, na medida em que afete o serviço, pode interessar à Administração, levando-a a punir disciplinarmente a má conduta fora do cargo”.¹¹ Ao mesmo tempo, enfatiza que, para configurar ilícito disciplinar, mau comportamento na privacidade do servidor deve, direta ou indiretamente, surtir reflexos na vida funcional.

Ante a exiguidade do prazo fixado pela relatoria e a extensão das normas impugnadas, não é possível analisar especificadamente os dispositivos questionados, nesta fase liminar.

Sem embargo, mesmo em exame superficial, há transgressões administrativas no dispositivo que parecem legítimas, como a in-

10 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 261.

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 526-527.

solvência no pagamento de pensão alimentícia, uma vez que a própria Constituição autoriza prisão civil por dívida de alimentos (art. 5º, LXVII), a qual tem por escopo garantir a sobrevivência do(s) alimentando(s). Não é desarrazoado presumir que policiais nessa situação de inadimplemento causarão dano à prestação normal de sua função pública e atrairão descrédito para a instituição, donde, em princípio, se justifica a previsão legal de suspensão estabelecida pelo parágrafo único do art. 47 da Lei 4.878/1965.¹²

Por outro lado, há tipos infracionais na lei atacada que, em exame mais detido, poderiam configurar ofensa às garantias da Constituição de 1988. O tipo do art. 43, I, por exemplo (“referir-se de modo depreciativo às autoridades e atos da administração pública, qualquer que seja o meio empregado para esse fim”), poderia ser invocado para tolher críticas legítimas lançadas em documentos oficiais, em escritos científicos, em requerimentos administrativos, inclusive de caráter coletivo, e em documentos de associações de servidores. Nesses casos, sem prejuízo de outros, a proibição legal estaria a restringir de forma não aceita pela Constituição o exercício da liberdade de expressão, a vedação de censura e a liberdade de associação de servidores públicos. Poderia caber

12 “Art. 47. A pena de suspensão, que não excederá de noventa dias, será aplicada em caso de falta grave ou reincidência.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, são de natureza grave as transgressões disciplinares previstas nos itens I, II, III, VI, VII, VIII, X, XVIII, XX, XXI, XXVI, XXVII, XXIX, XXX, XXXI, XXXII, XXXIII, XXXIV, XXXV, XXXVII, XXXIX, XLI, XLII, XLVI, XLVII, LVI, LVII, LIX, LX e LXIII do art. 43 desta Lei.”

interpretação do dispositivo conforme a Constituição, de modo a afastar sua aplicabilidade nas hipóteses acima.

Outro tipo administrativo que merece exame mais detido é o do inc. XLIV, que sanciona a conduta de “dar-se ao vício da embriaguez”. Corretamente observa a arguente que a embriaguez, em alguns casos, não deriva de atitude reprovável do indivíduo, mas de doença, uma vez que álcool é droga com capacidade de causar dependência. A Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, 10^a Revisão (CID-10), considera o alcoolismo como patologia, em alguns casos, e define diversos possíveis transtornos a ele associados, no grupo F10.¹³ Desse modo, cabe à instituição policial averiguar se a embriaguez do servidor policial decorre de comportamento reprovável ou de condição que demande tratamento apropriado, em lugar de punição.

13 F10: Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool; F10.0: Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool – intoxicação aguda; F10.1: Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool – uso nocivo para a saúde; F10.2: Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool – síndrome de dependência; F10.3: Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool – síndrome (estado) de abstinência; F10.4: Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool – síndrome de abstinência com *delirium*; F10.5: Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool – transtorno psicótico; F10.6: Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool – síndrome amnésica; F10.7: Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool – transtorno psicótico residual ou de instalação tardia; F10.8: Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool – outros transtornos mentais ou comportamentais; F10.9: Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool – transtorno mental ou comportamental não especificado.

Outro tipo que merece exame cauteloso é o do inc. LI (“entregar-se à prática de vícios ou atos atentatórios aos bons costumes”). Nesse caso, igualmente, parece haver uso de expressões excessivamente abertas, que geram margem talvez inaceitável de discricionariedade para o aplicador.

A decisão no recurso extraordinário 458.555/CE, invocada pela arguente, em princípio, não deve ser tomada como reflexo de jurisprudência da corte. Conquanto respeitável, naturalmente, trata-se de decisão unipessoal, tomada em face de circunstâncias do caso.¹⁴ O agravo regimental dela decorrente não chegou a se deter de forma minuciosa sobre a discussão jurídica correspondente.¹⁵

Não se pode ignorar que a profissão policial, ao lado de sua grande relevância para a sociedade, envolve, em muitas situações, elevado grau de tensão e de risco pessoal. Isso pode desencadear transtornos de comportamento que exigem atenção profissional adequada, tanto no campo médico (inclusive psiquiátrico) quanto psicológico. Não é aceitável que o Departamento de Polícia Federal e a Polícia Civil do Distrito Federal pretendam adotar apenas abordagem punitiva de desvios de conduta ocasionais de seus servidores.

14 STF. Segunda Turma. RE 458.555/CE. Rel.: Min. CEZAR PELUSO. 9 jul. 2009, decisão monocrática. *DJe* 151, 13 ago. 2009.

15 STF. Segunda Turma. AgR no RE 458.555/CE. Rel.: Min. CEZAR PELUSO. 1º dez. 2009, un. *DJe* 237, 18 dez. 2009. Sua ementa é a seguinte: “RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Jurisprudência assentada. Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte.”

Essa temática, contudo, deve ser enfrentada com profundidade por ocasião do julgamento de mérito. Ademais, falta o outro requisito das medidas cautelares, o do perigo na demora, como se passará a examinar.

III.2 AUSÊNCIA DE *PERICULUM IN MORA*

A Lei 4.878 foi promulgada em 3 de dezembro e entrou em vigor em 6 de dezembro de 1965, data de sua publicação. Esta ação foi ajuizada em 30 de junho de 2015, 49 anos e meio após entrada em vigor da norma. O lapso temporal decorrido desde a vigência da lei até o ajuizamento da ação é de quase meio século, portanto.

Mesmo que se diga que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é instituto jurídico recente, introduzido com a Emenda Constitucional 3, de 17 de março de 1993, ainda assim mais de vinte anos decorreram sem que a Lei 4.878/1965 tenha sido questionada.

O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência pacífica de que lapso temporal significativo entre a vigência da norma e o ajuizamento da ação de controle concentrado de constitucionalidade denota, em princípio, ausência de *periculum in mora*:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
LEI PAULISTA 7.844/92. ESTUDANTES MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTO DE ENSINO DO PRIMEIRO, SEGUNDO E TERCEIRO GRAUS. DIREITO AO PAGAMENTO DE MEIA-ENTRADA EM EVEN-

TOS ESPORTIVOS, CULTURAIS E DE LAZER. O lapso temporal decorrido entre o começo da vigência da lei questionada e o ajuizamento da ação é de mais de seis anos. Inocorre o requisito do *periculum in mora*, essencial ao acolhimento da medida cautelar. Liminar indeferida.¹⁶

ADIN – LEI N. 8.024/90 – PLANO COLLOR – BLOQUEIO DOS CRUZADOS – AUSÊNCIA DO *PERICULUM IN MORA* – LIMINAR INDEFERIDA. – O tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, desautoriza – não obstante o relevo jurídico da tese deduzida – o reconhecimento da situação configuradora do *periculum in mora*, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar postulada. – Votos vencidos dos Ministros CELSO DE MELLO (Relator), PAULO BROSSARD e NÉRI DA SILVEIRA, que ordenavam a liberação imediata dos cruzados bloqueados, por entenderem que a salvaguarda do padrão monetário não justifica o desrespeito, pelo Estado, de princípios inscritos na Constituição da República [...].¹⁷

Esse entendimento não deve ser tomado de forma inflexível e intransigente, pois pode haver situações nas quais permaneça risco importante na demora processual, ainda que o ajuizamento da ação tenha tardado. Há situações nas quais os efeitos indesejados da permanência de eficácia da norma recomendem pôr em segundo plano a crítica ao lapso entre o início de vigência do ato e a promoção da ação apropriada.

Neste caso, em princípio, possível demora no julgamento da ação não parece que causará danos graves a ponto de caracterizar *periculum in mora* após décadas de vigência da lei.

16 STF. Plenário. Medida cautelar na ADI 1.950 MC/SP. Rel.: Min. NELSON JOBIM. 3/11/1999, un. DJ, 18 dez. 2000, p. 54.

17 STF. Plenário. MC na ADI 534/DF. Plenário. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 27/6/1991, maioria. DJ, 8 abr. 1994, p. 210.

Ademais, concessão de cautelar com suspensão de eficácia dos dispositivos poderia causar *periculum in mora* inverso. Teria como consequência indesejada a suspensão de todos os processos administrativos instaurados contra policiais federais no Brasil e contra policiais civis do Distrito Federal, a representar estímulo a servidores faltosos.

IV CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina o Procurador-Geral da República pelo conhecimento da arguição e pelo indeferimento da medida cautelar.

Após exame da medida, requer vista dos autos para elaboração de parecer quanto ao mérito.

Brasília (DF), 7 de outubro de 2015.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República

RJMB/WS/TVM-Par.PGR/WS/2.097/2015