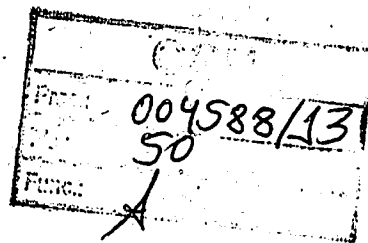




ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
ASSESSORIA JURIDICA JUNTO A CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO  
COORDENAÇÃO-GERAL DE PROCESSOS JUDICIAIS E DISCIPLINARES



**PARECER n. 00170/2015/ASJUR-CGU/CGU/AGU**

**NUP: 00190.004588/2013-11**

**INTERESSADOS: CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO - CGU/CRG-PR**

**ASSUNTOS: PROPORCIONALIDADE DA PENA DISCIPLINAR**

**EMENTA:** O princípio da proporcionalidade deve ser considerado na análise jurídica do processo disciplinar apenas no momento do enquadramento da conduta ao ilícito funcional e não para a dosagem da pena, a qual, para as hipóteses do art. 132 da Lei 8.112, não admite discricionariedade, sendo a demissão ou cassação de aposentadoria obrigatórias. Posição da Consultoria-Geral da Advocacia-Geral da União

Senhor Chefe da Assessoria Jurídica,

**1. HISTÓRICO DO PRESENTE PROCESSO**

1. Trata-se de processo que traz a lume o Parecer 871/2012/CGCA/CONJUR-MMA/tclm da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Meio Ambiente, o qual adotou a tese de que seria possível atenuar a pena de demissão de ilícito disciplinar enquadrado no art. 117, XI da Lei 8.112/90, mesmo diante do comando expresso do art. 132, da mesma Lei, o qual diz que o servidor **será demitido** quando sua conduta for enquadrada numa das hipóteses para as quais a Lei prescreve a pena de demissão.

2. Para defender essa possibilidade de atenuação da pena disciplinar o citado Parecer se valeu de decisões do STJ que afirmaram que seriam ilegais os Pareceres GQ-177 e GQ-183, da AGU, que obrigam a aplicação da demissão, uma vez enquadrado o fato numa das hipóteses para as quais a lei prescreve a pena única de demissão.

004588/13
51
Func:

3. A Corregedoria-Geral da União pediu à CONJUR/MMA que revise sua posição e esta elaborou o Parecer 949/2013/CGCA/CONJUR/MMA/CGU/AGU/frstclm. Este parecer sustenta que o art. 182 da Lei 8.112/90 não permite a revisão da decisão punitiva para agravar a penalidade; e reitera o posição quanto a ser possível aplicar o princípio da proporcionalidade na fase de aplicação da pena, reafirmando o que, para ele, seria a posição do STJ.

4. A Corregedoria-Geral da União elaborou a Nota Técnica 185/2015/CRG/CGU-PR na qual reitera a tese contrária à da CONJUR/MMA quanto à possibilidade de aplicação da proporcionalidade na espécie. Destaca recentes acórdãos do STJ que seguem a tese de que a Administração não tem discricionariedade para atenuar a pena de demissão; e envia os autos para esta Assessoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União para ciência e manifestação.

## 2. ANÁLISE DO MÉRITO

### 2.1 DA IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DA DECISÃO APLICADA NO CASO CONCRETO

5. Com efeito, há que se concordar com a preliminar da CONJUR/MMA de que o art. 182 da Lei 8.112/90 não albergaria uma *reformatio in pejus* na espécie. Assim, pode-se de dizer que o objeto prático do presente processo já se perdeu pela decisão consolidada que, *data venia*, apesar de consideramos equivocada, não temos mais como revertê-la administrativamente.

6. Contudo, sugiro que seja encaminhada à CONJUR/MMA, a título de colaboração para enriquecer o debate, a nossa posição sobre o tema para, quem sabe, em casos futuros, haver uma mudança de entendimento.

### 2.2 DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM CASOS SEMELHANTES SEM DESCUMPRIR O COMANDO DO ART. 132 DA LEI 8.112/90

7. Duas questões precisam ser esclarecidas sobre este tema. Primeiro que, na verdade, não existe uma única posição pacífica sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça. Segundo que o entendimento de que o art. 132 da Lei 8.112/90 obriga a aplicação da demissão sempre que houver o enquadramento em alguma hipótese que a lei preveja como passível de demissão, não significa que tal entendimento olvida o princípio da proporcionalidade. Na verdade, é perfeitamente possível adequar o comando do art. 132, com o do 128 da mesma lei e com o princípio da proporcionalidade. A diferença é que podemos aplicar a proporcionalidade no momento do enquadramento e não da aplicação da pena. Ou seja, é possível à autoridade

Proc.:	004588/13
Fls.:	50
Func.:	

juulgadora, como base em juizos de proporcionalidade, modificar o enquadramento dos fatos aos tipos administrativos, de maneira a enquadrar os fatos a tipos administrativos que não levam à demissão. Mas caso o enquadramento seja num dos tipos que levam à demissão, a atenuação da pena seria medida tecnicamente ilegal, por contrariar a literalidade do art. 132.

8. Ou seja, na tentativa de conciliar o princípio da proporcionalidade com o da legalidade podemos desenvolver o seguinte raciocínio:

9. Tendo em vista os Pareceres (vinculantes) da AGU-GQ nºs 177/98 e 183/98, a autoridade julgadora, uma vez configuradas as hipóteses previstas no art. 132, da Lei 8.112/90, não possui discricionariedade para graduar a pena.

10. Contudo, em razão do disposto no Parecer nº AGU-GQ-173/98, para aplicar a penalidade ao servidor, a autoridade deve estar convencida da respectiva responsabilidade administrativa pelos fatos a ele imputados.

11. Assim, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado no momento do enquadramento da conduta do acusado à base hipotética do ilícito funcional e não após esse enquadramento.

12. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem oscilado entre o caráter vinculante e o caráter discricionário do art. 132, da Lei nº 8.112/90, existindo jurisprudência da 1ª e da 3ª Seções em ambos os sentidos. Mas entendemos que a Advocacia Pública -- até em respeito aos pareceres vinculantes -- deve trabalhar pela prevalência dos julgados que atendem ao enunciado acima, pois existe farta e recente jurisprudência neste sentido:

**“(...) APLICAÇÃO DA PENA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CONDOTA QUE SE ENQUADRA À HIPÓTESE DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE PARA APLICAÇÃO DE PENA MENOS GRAVOSA. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO**

**5. Este Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que a Administração Pública, deparando-se com situações nas quais a conduta do investigado se amolda às hipóteses de demissão ou cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa, por tratar-se de ato vinculado.**

6. Agravo regimental a que se nega provimento”.

AgRg no REsp 1.160.218/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, Julgado em 5/06/2014, DJ 16/06/2014)

CCU	
Proc.:	004588/13
Fls.:	53
Func.:	1

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS FORMAIS. DESPROPORCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA. SEGURANÇA DENEGADA.

(...).

6. Autoria e materialidade da conduta comprovadas, em perfeita subsunção dos fatos às normas proibitivas (art. 117, IX e X, e 132, XIII, da Lei 8.112/90), aplicando-se a pena indicada no dispositivo legal, sem chance de discricionariedade”.

(MS 19.823/DF, Primeira Seção, Eliana Calmon,

Julgado em 14/08/2013, DJ 23/08/2013).

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. NULIDADES. AFASTADAS. PROPORCIONALIDADE. OBSERVADA. SEGURANÇA DENEGADA.

(...)

4. A Administração Pública, ao se deparar com situações em que a conduta do investigado se amolda às hipóteses de demissão ou cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa, por tratar-se de ato vinculado.

Precedentes 5. Segurança denegada”.

(MS 11.971/DF, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2013, DJe 27/08/2013)

‘ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. PENA DE DEMISSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. NÃO OCORRÊNCIA. SEGURANÇA DENEGADA. (...)

4. Diante dos fatos imputados ao impetrante, capitulados, por sua vez, no art. 117, IX, c/c 132, XIII, da Lei 8.112/90, a única punição

Proc.:	004888/13
Pub.:	5/
Func.:	

prevista em lei é a de demissão, não havendo falar, no presente caso, em suposta afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

5. Segurança denegada”.

(MS 17.472/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/06/2012, DJe 22/06/2012)

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NA SANÇÃO. VERIFICADA. PREJUÍZO AO ERÁRIO. EXISTENTE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. (...)

3. "A Administração Pública, quando se depara com situações em que a conduta do investigado se amolda nas hipóteses de demissão ou cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por tratar-se de ato vinculado" (MS 15.517/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 18.2.2011). No mesmo sentido: MS 16.567/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18.11.2011). No mesmo sentido: MS 15.951/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 27.9.2011. Segurança denegada”.

(MS 12.200/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2012, DJe 03/04/2012).

13. Ademais, tendo em vista o caráter vinculante dos Pareceres AGU-GQ acima referenciados, a interpretação literal do disposto no art. 132 e a aplicação do princípio da legalidade, tem-se que, uma vez caracterizadas as hipóteses previstas no art. 132, da Lei nº 8.112/90, não há que se falar em aplicação do princípio da proporcionalidade após o enquadramento.

14. Neste sentido, acreditamos que a advocacia pública consultiva e contenciosa deve atuar proativamente e atentamente no sentido de sensibilizar o STJ e demais órgãos do Judiciário para que refutem a equivocada posição de alguns julgados do STJ que afirmam que a Administração deve observar os princípios da proporcionalidade na fixação da pena, como ocorreu, v. g., no MS 15097/DF, Terceira Seção, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 03/09/2012. Na verdade, ao lermos este acórdão, facilmente percebemos que, no fundo, a

Proc:	004588/13
Fic:	55
Func:	A

desproporcionalidade alegada não está entre o enquadramento e a pena, mas sim entre as provas que foram carreadas aos autos e o enquadramento. O tribunal parece confundir o enquadramento com a pena e é isso que a Advocacia Pública precisa demonstrar para dar cumprimento ao comando vinculado do art. 132 da Lei 8.112/90 sem desprezar o princípio da proporcionalidade.

15. Tecnicamente, a solução para compatibilizar o comando vinculado do art. 132 com o princípio da proporcionalidade é aplicarmos a proporcionalidade no momento do enquadramento e não após, quando a pena de demissão (ou cassação de aposentadoria) já se tornou vinculada. Esta, com certeza, não é a solução jurídica mais perfeita, mas é a possível diante das falhas legislativas que não impedem a aplicação do princípio da legalidade.

16. Ressalte-se que esta posição tem de ser aplicada também para os casos de cassação de aposentadoria que, a teor do art. 134 da Lei 8.112/90 nada mais são do que uma decorrência de um enquadramento que levaria à demissão que, por estar o servidor já aposentado, deve ser convertida em cassação de aposentadoria.

### 2.3 DO ENUNCIADO Nº 6 DAS "DIRETRIZES PARA O ASSESSORAMENTO JURÍDICO EM MATÉRIA DISCIPLINAR" DA CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

17. A Consultoria-Geral da União, a propósito, adotou esta tese que esposamos nas "Diretrizes para o Assessoramento Jurídico em Matéria Disciplinar", publicada no final de 2014 e que encontra-se disponível no site da CGU/AGU.

#### ENUNCIADO Nº 6

O princípio da proporcionalidade deve ser considerado na análise jurídica do processo disciplinar para o efeito do enquadramento da conduta ao ilícito funcional. Nas hipóteses previstas no art. 132 da Lei nº 8.112/90, não há discricionariedade para graduar a pena, mas apenas para realizar o enquadramento, quando será observado o princípio da proporcionalidade. Uma vez enquadrado em uma das hipóteses do art. 132 da Lei nº 8.112, a demissão ou a cassação de aposentadoria serão obrigatórias. Em não se tratando de conduta grave o suficiente para justificar a aplicação da pena expulsiva, caberá o devido enquadramento da conduta para outra mais compatível com a gravidade dos fatos, nunca a atenuação da pena, medida que seria tecnicamente incorreta por ser ilegal.

CGU	
Proc.:	004588/13
Flo.:	56
Func.:	/

### 3. CONCLUSÃO

18. Assim, entendemos que o princípio da proporcionalidade deve ser considerado na análise jurídica do processo disciplinar apenas no momento do enquadramento da conduta ao ilícito funcional e não para a dosagem da pena, a qual, para as hipóteses do art. 132 da Lei 8.112, não admite discricionariedade, sendo a demissão ou cassação de aposentadoria obrigatórias.

19. A Advocacia Pública deve laborar no consultivo e no contencioso no sentido de defender a tese de parte da Jurisprudência do STJ, a qual sustenta que acerca da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da pena de demissão, é firme o entendimento da Corte Superior de Justiça no sentido de que, caracterizada conduta para a qual a lei estabelece, peremptoriamente, a aplicação dessa penalidade, inexistente para o Administrador discricionariedade a autorizar a aplicação de pena diversa (AgRg no REsp 1.160.218/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 16/06/2014; MS 19.823/DF, Primeira Seção, Eliana Calmon, DJ 23/08/2013; MS 11.971/DF, Terceira Seção, Desembargadora Convocada do TJ/PE Alderita Ramos de Oliveira, DJ 27/08/2013; MS 17.472/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJ 22/06/2012; MS 12.200/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 03/04/2012).

20. Sugiro, destarte, no intuito de colaborar com o estudo do tema, que os presentes autos, com este Parecer, sejam encaminhados à Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Meio Ambiente para ciência e, se possível, adoção desta tese em casos futuros (considerando que o caso dos presentes autos já não pode ser revisto).

21. À consideração superior.

Brasília, 03 de julho de 2015.

  
VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA

PROCURADOR FEDERAL

COORDENADOR-GERAL DE PROCESSOS JUDICIAIS E DISCIPLINARES

ASJUR/CGU-PR

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190004588201311 e da chave de acesso c37fc899



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
ASSESSORIA JURIDICA JUNTO A CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO  
GABINETE

CGU	
Proc.:	004588/13
Fis.:	57
Func.:	

**DESPACHO n. 00413/2015/ASJUR-CGU/CGU/AGU**

**NUP: 00190.004588/2013-11**

**INTERESSADOS: CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO - CGU/CRG-PR**

**ASSUNTOS: REVISÃO**

De acordo.

Aprovo o Parecer nº 00170/2015/ASJUR-CGU/CGU/AGU.

Encaminhem-se os autos à Corregedoria-Geral da União.

Brasília, 23 de julho de 2015.

HENRIQUE DE SOUSA LIMA  
CHEFE DA ASSESSORIA JURÍDICA

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190004588201311 e da chave de acesso c37fc899