

Entrevista: Fábio Medina Osório, especialista em Direito Administrativo



A profusão de ações de improbidade administrativa no Brasil não significa necessariamente que agentes públicos estão cometendo penças de graves irregularidades em suas gestões. Para o advogado **Fábio Medina Osório**, um dos maiores especialistas na matéria, muitas destas ações são propostas de forma açodada, sem que o Ministério Público e outros órgãos fiscalizadores sopesem a probabilidade de êxito do processo.

“O processo tem que ter compromisso com a efetividade. O ajuizamento da ação de improbidade administrativa tem que ter em vista a sua plausibilidade, razoabilidade, a sua eficácia futura”, defendeu Medina em entrevista à revista **Consultor Jurídico**. Para o advogado, muitas vezes o administrador não tem idéia de que seu ato pode ser classificado como grave.

Medina alerta que o uso desmedido das ações pode gerar um efeito contrário ao pretendido: “Não são todas as transgressões que merecem o mesmo remédio. Pode-se acabar matando o paciente ou desmoralizando o próprio remédio se ele é utilizado para tudo”. O advogado se sente à vontade com o assunto porque já esteve dos dois lados do balcão. Foi promotor de Justiça no Rio Grande do Sul de 1991 a 2006, e se exonerou para exercer a advocacia.

Foi como promotor que, em 1997, Medina lançou seu primeiro livro sobre improbidade administrativa. E passou a se dedicar ao tema com afinco — é mestre e doutor em Direito Público e Administrativo. O advogado admite que, como promotor, até propôs algumas “ações incendiárias” e, por isso mesmo, passou a se preocupar com a efetividade de seu trabalho.

Hoje, aos 43 anos, talvez seja o advogado que mais se aprofundou no estudo da improbidade administrativa no país. Medina pediu exoneração do Ministério Público em 2006 para assumir uma diretoria da Companhia Bozano. Logo depois, fundou seu escritório de advocacia e, desde então, tem se destacado pela quantidade de trabalhos acadêmicos envolvendo a interpretação da Lei de Improbidade



Administrativa. Sua tese de doutorado foi a *Teoria da Improbidade Administrativa*, publicada como livro pela Editora RT, que já está na segunda edição. O advogado atua predominantemente como advogado na defesa de agentes públicos e políticos acusados de improbidade.

Sua cliente mais conhecida foi a ex-governadora do Rio Grande do Sul, Yeda Crusius. Em sua defesa, obteve vitórias no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal Federal da 4ª Região com a tese de que a Lei de Improbidade é inaplicável aos agentes políticos como governadores de Estado.

Leia a entrevista:

ConJur — Recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça afastam a possibilidade de se aplicar a responsabilidade objetiva para condenação de agente públicos por improbidade administrativa.

São decisões razoáveis?

Fábio Medina — Sim. A improbidade administrativa está submetida ao regime jurídico do Direito Administrativo sancionador, porque a definição do ilícito e a cominação das sanções passam pelo Direito Administrativo. Se ele define os tipos sancionadores da improbidade e, ao mesmo tempo, comina sanções, temos um Direito Administrativo punitivo em jogo.

ConJur — Logo, não se trata de matéria cível...

Medina — Não. Mas em alguns momentos a improbidade foi apontada como matéria cível, de forma equivocada. Na verdade, se trata de matéria de direito punitivo, que envolve a tutela de direitos fundamentais difusos da sociedade que são agredidos pelo ato ilícito. Por outro lado, envolve também a proteção dos direitos fundamentais dos acusados. Portanto, o pressuposto da responsabilidade subjetiva é inafastável e vem sendo aceito pela jurisprudência dos tribunais superiores e dos tribunais regionais.

ConJur — Ou seja, para a condenação por improbidade administrativa é necessário que haja dolo ou culpa do agente público?

Medina — Sem dúvida. A Constituição Federal estabelece que a ação de regresso só é possível quando há dolo ou culpa. Se até mesmo para as hipóteses de mero ressarcimento é exigível dolo ou culpa, muito mais quando se tratam de imposições de sanções que afetam direitos fundamentais, como os direitos políticos. As sanções são graves, como perda do cargo público, multas civis pesadas, proibição de contratar com a administração pública. Portanto, é correta a orientação que foi sedimentada no STJ.

ConJur — Se qualquer ato irregular fosse enquadrado como ilícito de improbidade administrativa, agentes públicos não poderiam mais tomar decisões, certo?

Medina — Essa discussão diz respeito ao direito ao erro por parte do administrador público. Profissionais de qualquer área têm o direito de errar. O administrador público também precisa ter margens juridicamente toleráveis para o erro, até para que ele possa assumir riscos e inovar. A inovação está ligada ao risco, ao erro. Isso é importante para que a administração pública não se paralise e se torne excessivamente burocrática. Não tolerar o erro, nestes casos, pode fazer com que a administração seja blindada pela burocracia excessiva, uma patologia que não inibe fraudes. Ao contrário! Muitas vezes as fraudes acontecem debaixo da fachada da legalidade. Portanto, é fundamental que se estimule o debate sobre o direito ao erro.



ConJur — O direito ao erro já é uma figura jurídica discutida nos tribunais?

Medina — Doutrinariamente, é uma proposta explícita que fizemos no livro *Teoria da Improbidade Administrativa*. Mas, sem dúvida, tem perpassado a pauta dos tribunais nas discussões sobre a responsabilidade subjetiva de agentes públicos. Na área penal, a discussão sobre categorias relacionadas ao “erro” são mais frequentes. Daí a importância também do paralelo permanente com os princípios penais.

ConJur — Há hipóteses em que pode ser dispensada a culpa ou o dolo para condenação de um agente público por improbidade administrativa?

Medina — Em nenhuma hipótese. É necessário que esteja presente o dolo ou a culpa — e a culpa tem de ser grave, na minha visão. É preciso investigar e provar. Os órgãos investigativos colegitimados para a ação de improbidade têm instrumentos de investigação poderosos. Basta notar que o Ministério Público é o principal protagonista nas ações punitivas da improbidade. Há instrumentos como o inquérito civil, no qual se pode formular ampla dilação probatória. O investigado, o administrador, o cidadão se encontra até em posição bastante frágil nesse momento, de tal modo que não é possível cogitar do abandono desse tipo de pressuposto que é inerente ao Estado Democrático de Direito e um princípio humanitário.

ConJur — A discussão sobre improbidade administrativa caminha de mãos dadas com a discussão do foro por prerrogativa de função, que é fortemente atacado por entidades como a Associação dos Magistrados Brasileiros. Qual a opinião do senhor sobre o foro privilegiado?

Medina — Considero necessário o foro por prerrogativa de função porque ele protege a independência das autoridades. O foro existe na área criminal e deve existir por analogia na área da improbidade administrativa. Não é razoável supor que um juiz de primeiro grau possa vir a julgar um ministro de tribunal superior decretando sua perda do cargo ou suspensão dos direitos políticos, quando essa autoridade hierarquicamente superior tem prerrogativa correlata na área criminal. Podemos discutir de forma mais ampla a prerrogativa de foro. Mas, se houver a prerrogativa na área criminal, tem que ser arrastada por analogia também para o campo da improbidade administrativa.

ConJur — Por quê?

Medina — O Direito Administrativo sancionador pressupõe a aplicação dos princípios penais de forma simétrica para equacionar os direitos fundamentais em jogo.

ConJur — Sem a prerrogativa de foro uma autoridade como o presidente do Banco Central, por exemplo, depois de implantar determinada medida econômica, pode ser acionado em diversas instâncias e ser obrigado a se defender em processos espalhados por todo o país...

Medina — Por isso digo que a prerrogativa protege a independência das autoridades, a segurança jurídica e a harmonia do sistema. Se em uma ponta há um governador eleito democraticamente com milhões de votos, na outra há o risco de que, pela responsabilidade de tomada de decisões, ele venha a responder múltiplas ações de improbidade administrativa. Isso vale também para o presidente da República e outras autoridades. Se a autoridade tiver de responder pelo mesmo fato em diversas instâncias, terá enfraquecida sua independência e isso criará um cenário de insegurança jurídica colossal, que pode inclusive atrasar o desenvolvimento do país. Ao contrário do objetivo que seria combater a impunidade, o fim da prerrogativa de foro pode gerar um ambiente hostil no sentido do enfraquecimento



das instituições.

ConJur — Qualquer ilegalidade pode ser classificada como improbidade administrativa?

Medina — Não. A improbidade é uma ilegalidade qualificada pela gravidade, pela tipicidade e pela interface com outros normativos. Em primeiro lugar, pelos valores constitucionais agredidos pelo ato, há uma gravidade intrínseca. Em segundo lugar, pelo processo de tipicidade, há uma limitação inequívoca aos comandos proibitivos. Os tipos sancionadores da improbidade têm que ser interpretados em consonância com outras normas subjacentes à própria lei de improbidade. Por exemplo, a improbidade urbanística ou ambiental decorre da prévia inobservância das normas de Direito Urbanístico ou Ambiental. Improbidade associada às fraudes licitatórias pressupõe não apenas a Lei 8.429/1992, mas a legislação e os normativos que regem as licitações. É preciso que uma proibição exista e que possa ser racionalmente rastreável, previsível, para os destinatários. Se a proibição só se materializa no momento do julgamento, da interpretação da norma por parte do julgador, ela é uma proibição imprevisível. A punição, nestes casos, acaba se transformando em uma forma de retroatividade da lei.

ConJur — Mas as proibições e respectivas punições não estão todas descritas na lei que tipifica a improbidade administrativa?

Medina — A Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) regulamenta o parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição Federal. Portanto, para que ocorra a improbidade prevista constitucionalmente, é necessário um processo de adequação que passa não apenas pela Lei 8.429, mas também por toda uma normatização que não aparece explicitamente na 8.429, e que envolve a regulação dos atos dos agentes públicos, o chamado Direito da função pública. Para julgar a regularidade de um concurso público ou de uma despesa indevida, por exemplo, o juiz não pode deixar de lado a legislação que preside os concursos públicos, inclusive normas constitucionais, assim como leis orçamentárias para o tema das despesas públicas. Por isso, eu defino a lei que tipifica a improbidade como uma espécie de lei em branco, porque os tipos são preenchidos também por outras normas setoriais. Trata-se de normas sancionadoras em branco.

ConJur — O bloqueio de bens de um agente público acusado por improbidade administrativa pode recair sobre o patrimônio adquirido antes de ele ter cometido pelo qual responde?

Medina — Em princípio, não se pode descartar que o bloqueio atinja bens adquiridos anteriormente se houver necessidade de restituição ao erário e a comprovação do montante devido. Mas o cálculo tem de ser correto porque não pode ocorrer um bloqueio genérico, sem correlação com a lesão aos cofres públicos.

ConJur — Na prática, a acusação tem feito essa correlação antes de pedir o bloqueio ou a indisponibilidade dos bens?

Medina — Não existem estatísticas a respeito disso, mas há processos nos quais se observa que a indisponibilidade dos bens atinge todo o patrimônio da pessoa acusada sem que haja sequer um cálculo adequado da lesão ao erário. Há superestimativas desconectadas da realidade. Nem sempre a autoridade investigativa se preocupa em apurar corretamente o prejuízo aos cofres públicos. O mais impressionante é que as autoridades investigadoras dispõem de poderosos instrumentos para busca de provas, tais como inquérito civil ou processos administrativos. Ainda assim, as lacunas parecem frequentes.



ConJur — O senhor pode dar um exemplo?

Medina — Em um caso de fraude à licitação é preciso que a acusação leve em consideração se o serviço foi efetivamente prestado. Esse é apenas um exemplo de como a apuração da lesão aos cofres públicos tem de ser feita de modo mais científico, mais consistente do que normalmente é feita pelos órgãos investigativos. Em ações com mais de um réu, por exemplo, o bloqueio de bens para ressarcir os cofres públicos tem de ser proporcional à participação de cada um no ato ilícito. E tem de ser bloqueado apenas aquilo que garanta o ressarcimento ao erário e o pagamento das demais penalidades previstas, como a multa civil. O que não se pode fazer é bloquear o patrimônio de forma desproporcional com relação ao dano e à presença de vários réus.

ConJur — Não existem estatísticas sobre a eficácia das ações de improbidade administrativa, mas no cotidiano o senhor verifica muitos abusos nas acusações?

Medina — Me parece que existe um campo muito grande para o arbítrio no manejo das ações de improbidade administrativa. A própria dinâmica formal da Lei 8.429 permite espaços aparentemente discricionários de atuação.

ConJur — Por quê?

Medina — Penso que os tipos sancionadores previstos na lei são amplos, ambíguos e impregnados de conceitos excessivamente indeterminados. E existe uma tendência de ações midiáticas. O processo punitivo de maneira geral, e as ações de improbidade em particular, têm assumido essa dimensão de espetáculo público, ou seja, de execração pública dos acusados. De um lado, é algo próprio da República a exposição das pessoas a esse desgaste. Mas, por outro lado, tais iniciativas podem gerar também distorções, agentes públicos buscando uma exposição excessiva na mídia, ganhando espaços corporativos de suposto prestígio junto aos seus colegas, quando não fomentando ambições políticas internas ou externas. A lei de improbidade tem se prestado a muitos abusos.

ConJur — Há má-fé ou falta amadurecimento?

Medina — A ação de improbidade administrativa tem que ser muito mais amadurecida, principalmente pelas instituições fiscalizadoras, fortalecendo os mecanismos investigativos com investigações idôneas. Talvez devêssemos nos inspirar na cultura anglo-saxônica. Quando se propõe uma ação como essa, ela tem que ser absolutamente plausível, consistente, que tenha uma perspectiva de êxito. Nossa cultura não é assim. No Brasil a cultura é de ajuizar a ação e ver no que dá. Mas o processo já é uma pena autônoma, é uma pena tremenda, porque gera efeitos aflitivos, custos enormes para as partes, danos morais e a mácula da improbidade. Aliás, o processo como penalidade autônoma parece ser uma alternativa eleita por vários fiscalizadores, uma forma de escapar ao rigor do judiciário no controle das garantias. A mentalidade talvez seja a seguinte: já que no judiciário não se consegue condenar a qualquer custo, melhor começar a punir através do processo.

ConJur — O que pode ser feito para mudar esse quadro?

Medina — A Justiça tem de refrear esse ímpeto acusatório e principalmente as ações puramente midiáticas. O Judiciário tem o compromisso de se descongestionar, não permitir ações temerárias e coibir o abuso do direito de ação, por parte de quem quer que seja. Inclusive de instituições altamente respeitadas, como é o caso do Ministério Público. O MP, por sua vez, detém instrumentos para aprofundar a investigação e buscar todos os elementos necessários ao reconhecimento da plausibilidade



da ação. Mas nem sempre isso é feito e a responsabilidade é jogada para o Judiciário.

ConJur — Mas com a pacificação do entendimento dos tribunais de que é preciso haver dolo para a caracterização da improbidade administrativa, não é possível que as ações sem fundamento diminuam de volume?

Medina — Quando a corte superior pacifica determinado entendimento, me parece altamente recomendável que os juízes de primeiro grau, os tribunais ordinários, sigam aquele entendimento até que ele seja revisto. A obediência a decisões de tribunais superiores privilegia o princípio da segurança jurídica, que tem sido muito arranhado e desprezado em múltiplas ocasiões no Brasil. Quanto ao problema do dolo ou da culpa, penso que não é o tema central das discussões. Casos que retratem culpa grave ou erros grosseiros podem ser apanhados pela lei de improbidade.

ConJur — Quais as maiores lacunas que existem na Lei de Improbidade Administrativa para combater a má gestão no Brasil?

Medina — As maiores lacunas estão menos na lei e mais nas instituições. A lei tem que ser interpretada como instrumento que visa coibir hipóteses extremas de desonestidade e de ineficiência. O processo tem que ter compromisso com a efetividade. O ajuizamento da ação tem que ter em vista a sua plausibilidade, razoabilidade, a sua eficácia futura. A ação não pode se mostrar fora desses marcos institucionais. No entanto, há uma fragmentação absurda de ações, uma falta de humildade do Ministério Público brasileiro na fixação dos critérios para articular esse direito punitivo. O que pensa um promotor é muitas vezes totalmente diferente do que pensa o promotor vizinho, que está na mesma comarca. Os estados têm que estar mais entrelaçados entre si, o Ministério Público Estadual tem de trabalhar melhor com Ministério Público Federal para firmar entendimentos que possam ser balizadores das expectativas de conduta dos cidadãos. A interpretação larga, sem critérios balizadores, não deixa de ser uma fórmula para aplicação retroativa da lei, ou seja, uma roupagem para o arbítrio intolerável.

ConJur — Por quê?

Medina — Porque você está criando uma proibição a partir do intérprete da lei. O destinatário da punição, muitas vezes, não tinha idéia de que seu ato seria classificado como grave. Não são todas as transgressões que merecem o mesmo remédio. Pode-se acabar matando o paciente ou desmoralizando o próprio remédio se ele é utilizado para todas as transgressões. Também se pode especular sobre improbidade dos fiscalizadores no manejo abusivo de ações de improbidade. Se a acusação maneja uma ação de improbidade, destrói um mega investimento, ocasiona prejuízos materiais para uma amplitude de funcionários, e aquela ação se revela inconsistente, porque não cogitar que se trate também neste caso de uma hipótese de improbidade. O rigor da lei tende a ganhar uma via de mão dupla. Assim como a margem de atuação do administrador público não é ilimitada de ação, a margem da autoridade fiscalizadora tampouco é. Ela tem que se mover dentro das regras do Estado de Direito. Se ela transbordar e atuar abusivamente, pode ser responsabilizada. Aliás, essa é a tendência mundial: ampliação das responsabilidades dos agentes fiscalizadores.

Date Created

23/01/2011