Persecução do interesse público
em um cenário de múltiplos
interesses: recomendações da
OCDE e os conflitos regulados
pela Lei nº 12.813/2013*

*Persecution of the public interest
in a scenario of multiple interests:
the OECD's recommendations and
the conflicts regulated by Law
12.813/2013*

*Fabício Motta***

*Bruno Belém****

* Artigo recebido em 13 de abril de 2018 e aprovado em 2 de maio de 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v277.2018.76708>.

** Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil. E-mail: fabicio.motta@uol.com.br. Vice-coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (Brasil). Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Doutor em direito do estado (USP) e mestre em direito administrativo (UFMG). Procurador do Ministério Público de Contas (MPC TCM/GO).

*** Instituto de Direito Administrativo de Goiás (Idag), Goiânia, Goiás, Brasil. E-mail: brunomfmb@hotmail.com. Mestre em ciências jurídico-políticas (Universidade Clássica de Lisboa/USP). Diretor do Instituto de Direito Administrativo de Goiás (Idag). Advogado e procurador do estado de Goiás.

RESUMO

O artigo analisa a estrutura dos conflitos de interesses públicos e privados, tendo como foco central o exercício de competências por parte de agentes públicos. Com fundamento nos estudos realizados por organismos internacionais, especialmente pela OCDE, são identificados os elementos integrantes das políticas públicas da gestão de conflitos de interesses e sua organização, com o foco voltado para a preservação da integridade das decisões públicas e prevenção à corrupção, analisando-se a normatização e o conteúdo da lei brasileira que disciplina o conflito de interesses no âmbito da administração pública federal.

PALAVRAS-CHAVE

Interesse público — conflitos de interesse — corrupção

ABSTRACT

The article analyzes the composure of conflicts of public and private interests, having as central focus the exercise of competences by public agents. Based on the studies carried out by international organizations, the elements that are part of the public policies of the management of conflicts of interest and their organization are identified, with a focus on preserving the integrity of public decisions and preventing corruption.

KEYWORDS

Public interest — conflicts of interests — corruption

Introdução

O esforço internacional de combate à corrupção, empreendido por organismos como Organização das Nações Unidas (ONU), Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e Transparência Internacional (TI), entre outras, tem demonstrado que se trata de fenômeno que não respeita fronteiras e que é objeto de preocupação geral em razão de seus efeitos nefastos.¹

¹ “O custo com a corrupção alcança cifras importantíssimas. Segundo a OCDE — Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, a corrupção representa 5% (cinco por

Não é arriscado dizer que a corrupção floresce com maior ardor em ambientes propícios formados por um conjunto de fatores sociais, culturais, políticos, econômicos e também jurídicos. Entretanto, a referência inicial ao instrumental jurídico denota desde já o recorte metodológico feito neste artigo, que não ignora a complexidade do fenômeno corrupção, mas opta pelo enfoque estritamente jurídico-normativo, isto é, considerando a dogmática jurídica hoje vigente no Brasil.

A complexidade do fenômeno corrupção acarreta dificuldade conceitual, podendo-se admitir a existência de conceitos variados de corrupção com maior ou menor amplitude. Entretanto, independentemente de qualquer aproximação conceitual, a corrupção possui em sua gênese o abuso de posição, sob variadas formas, para obtenção de vantagens pessoais.

Dessa forma, a existência de interesses distintos e contrários entre os envolvidos é imanente à corrupção, seja na esfera pública, objeto deste estudo, seja na esfera privada. Conflito de interesses envolve, para esse efeito, a contraposição entre interesses públicos e privados, com potencial de prejuízo àqueles, gerada em razão de relação jurídica envolvendo Estado e agente público.

A constatação da existência de uma multiplicidade de interesses que permeiam o agir dos agentes públicos é imperativa. Entretanto, a máxima de que “administrar é servir ao interesse público, e não se servir dele” não consegue retratar a complexidade residente na identificação de uma miríade de interesses, protegidos ou não pelo ordenamento jurídico, com fontes diversas de legitimidade, que vivem em potencial latente de conflito na práxis administrativa.

cento) do GDP global, estimando-se o pagamento de mais de 1 trilhão de dólares pagos todos os anos, adicionando-se um custo de 25% (vinte e cinco por cento) dos contratos públicos em países em desenvolvimento, afetando a economia e os direitos dos cidadãos. A OCDE noticia a relação entre mortalidade infantil e corrupção. Não apenas a falta de recursos destinados à saúde pode promover a mortalidade (infantil ou não), mas o conluio entre agentes públicos e contratados na fase da definição do objeto e na fase da execução do ajuste pode levar à utilização de remédios inadequados ou mal produzidos. Há de se ter em mente que os países em que o *custo corrupção* existe tendem a receber menor quantidade de investimentos, reforçando o problema social. Segundo a Transparência Internacional, há outros efeitos negativos provenientes de práticas relacionadas à corrupção: 1) prejudica-se a inovação tecnológica porque as empresas corruptas não têm interesse (razão) em fazê-lo ou não precisam fazê-lo para manter-se no mercado, enquanto as demais não se sentem estimuladas a alocar recursos para essa finalidade; 2) destroem-se os empregos porque afeta-se o ambiente competitivo provocando o fim de empresas idôneas” (FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, a. 16, n. 64, p. 93-113).

No Brasil, os marcos normativos recentes ligados ao assunto decorrem de compromissos internacionais assumidos. Nesse particular, por intermédio da Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 29 de março de 1962,² os Estados-partes se comprometeram a envidar medidas destinadas a criar, manter e fortalecer normas de conduta para o desempenho correto, honrado e adequado das funções públicas, tendo também por finalidade prevenir conflitos de interesses. A Convenção da ONU contra a Corrupção, por seu turno, assinada em 9 de dezembro de 2003,³ trouxe aos Estados-partes novas obrigações voltadas à promoção e ao fortalecimento de medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção, requerendo adaptações legislativas e ações concomitantes à aplicação da convenção a cada país.

A Lei brasileira nº 12.813/2013 foi editada com a finalidade de cumprir esses compromissos internacionais ao definir situações que configuram conflito de interesses no Poder Executivo da União. Apesar de a maior parte de suas prescrições vincular apenas a administração pública federal, a lei tem inspirado a edição de normas semelhantes nos estados da federação e municípios.

O objeto central deste artigo é analisar a compostura dos conflitos de interesses públicos e privados, tendo como foco central o exercício de competências por parte de agentes públicos. Diante da multiplicidade de interesses nem sempre facilmente identificáveis, as políticas públicas da gestão de conflito de interesses devem primar pela transparência, informação e prevenção. De maneira não exaustiva, o presente ensaio pretende abordar recomendações da OCDE para uma eficaz política pública voltada aos conflitos de interesses e também tangenciar algumas normas da Lei nº 12.813/2013. No que diz respeito à norma nacional, o propósito principal é analisar aspectos relevantes de ordem prática relacionados com sua aplicação, especialmente porque tal conjunto normativo, como dito, tem inspirado a concepção de regras semelhantes países afora.

² A Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002 (promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002).

³ A Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

1. Interesse público e interesses particulares

O interesse público é como o amor, escreveu Guillermo Andrés Muñoz: muitos podem conhecê-lo, dizer que suas veias já pulsaram por ele; entretanto, na hora de defini-lo, é como se perdesse forças, desaparecesse, perdesse tudo — então, é melhor não defini-lo.⁴ A inspirada metáfora demonstra a dificuldade de definir uma expressão naturalmente fluida, imprecisa, utilizada com sentidos e funções variados. A propósito, a utilização ideológica da expressão interesse público tem despertado discussões acadêmicas intensas, inclusive no Brasil.⁵

A despeito de qualquer definição, a categoria jurídica interesse público possui plena operatividade jurídica, inclusive em razão de sua presença em normas fundamentais de alguns ordenamentos, como as Constituições do Brasil e da República Portuguesa.⁶ Em uma administração pública dialógica,⁷

⁴ MUÑOZ, Guillermo Andrés. El interés público es como el amor. In BACELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 23-30.

⁵ A respeito, ver SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro, 2010, e HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

⁶ Além das diversas referências a categorias variadas que podem ser consideradas interesse público em sentido amplo, como interesse geral e interesse coletivo, a Constituição da República Federativa do Brasil utiliza a expressão interesse público nos artigos 19, I; 37, IX; 57, §6º, II, 66, §1º; 93, VIII e IX; 95, II, 114, §3º; 127, §5º, I, “b”, e 231, §6º. Na Constituição da República Portuguesa, basta a referência ao artigo 266, segundo o qual “1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos” e ao artigo 269. Regime da função pública: “1. No exercício das suas funções, os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas estão exclusivamente ao serviço do interesse público, tal como é definido, nos termos da lei, pelos órgãos competentes da Administração”.

⁷ As transformações e desafios da administração pública e do direito administrativo são bem resumidas por Carla Amado Gomes: “O Direito Administrativo enfrenta, desde finais do século passado, vários desafios dilacerantes — e porventura descaracterizantes. Pode dizer-se que a alavanca das mudanças foi a transição da Administração agressiva para a Administração (também) prestadora, com abertura à colaboração dos particulares na realização de múltiplas novas tarefas através do contrato; com a tomada de consciência da necessidade de gestão planificada nos domínios económico, social, urbanístico, ambiental, através do regulamento; com a percepção de que a concretização da democracia passa pela alteração da realidade física e não somente pelas injunções no ordenamento jurídico, através das operações materiais. A par dessas novas formas de atuação, que vieram pôr em causa o monopólio do ato administrativo, surge a miscigenação entre direito público e direito privado no seio da Administração e a privatização de sujeitos na orgânica administrativa, em nome da eficiência; a abertura ao contraditório, através de metodologias de criação de acordos pré-decisórios; a consensualização, através de contratos substitutivos de atos administrativos; a massificação,

que se move tendo como rumo principal a dignidade humana e como bússola o ordenamento jurídico, o interesse público é uma categoria central.

Sem qualquer pretensão conceitual e mesmo de especificar os diferentes significados que a expressão pode assumir, é importante identificar, topicamente, os elementos formadores do conceito de interesse público, etapa prévia à delimitação dos conflitos de interesses:

a) o interesse público depende de reconhecimento pelo ordenamento jurídico, não cabendo admitir sua busca e realização além dos limites da juridicidade. Logo, trata-se de um conceito jurídico-positivo, isto é, cujos contornos estão a depender da conformação legislativa dada em um determinado ordenamento jurídico. Como aduz Celso Antônio Bandeira de Mello, cuja doutrina sobre interesse público é a mais difundida no Brasil, o conteúdo jurídico do princípio do interesse público não pode ser encontrado em outro lugar senão no próprio direito positivo;⁸

b) o interesse público possui substrato material, residente na persecução do bem comum e no respeito à dignidade da pessoa humana, sendo fundamento, critério e limite de todo agir da administração pública,⁹ de acordo com os lineamentos de cada ordenamento jurídico;

c) não há exclusividade do Estado na defesa do interesse público, compartilhada com a sociedade, tampouco identificação entre interesse público e interesse estatal. O conceito de interesse público não é construído a partir do Estado, mas sim da sociedade;

d) a multiplicidade de interesses igualmente públicos não desnatura a importância da categoria, pois pode ser creditada às mudanças da sociedade e ao incremento de complexidade na identificação das demandas atribuídas ao Estado. Em situações específicas, a atuação do Estado possui característica mediadora, reguladora e/ou ponderadora: “o interesse público concreto é o resultado de um procedimento em que intervêm autoridades públicas e cidadãos, num contexto multipolar, cada um exteriorizando visões do bem comum determinante na configuração e solução da situação subjacente”.¹⁰

através da informatização; a mercantilização, com atribuição de efeitos de ativos mobiliários a licenças de emissão de CO₂; a informalização das formas de atuação — entre outras” (GOMES, Carla Amando. O dom da ubiquidade administrativa: reflexões sobre a atividade administrativa informal. *Textos dispersos de direito administrativo*. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 371-422).

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68.

⁹ OTERO, Paulo. *Direito do procedimento administrativo*, I. Coimbra: Almedina, 2016.

¹⁰ *Ibid.*

Por essas razões, a fluidez e indeterminação do conceito lhe conferem operatividade, ao invés de descaracterizá-lo ou torná-lo inútil;¹¹

e) em um estado social e democrático de direito, o procedimento administrativo participativo, contando com a plena e verdadeira atuação do cidadão, é a matriz que assegura atuação legítima e eficaz da administração na identificação e defesa do interesse público;¹² e

f) o interesse público não é autônomo com relação aos interesses dos indivíduos por ser considerada sua dimensão pública, ou seja, o interesse do indivíduo considerado como membro da sociedade na qual está inserido, na clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello.¹³ Dessa forma, o interesse público não é necessariamente antagônico aos interesses dos indivíduos por se tratar de uma de suas dimensões. Um dos mais reputados monografistas sobre o tema no Brasil, Daniel Wunder Hachem, avança na distinção ao propor a identificação do interesse público em dois sentidos:

(a) interesse público em sentido amplo: trata-se do interesse público genericamente considerado, que compreende todos os interesses juridicamente protegidos, englobando tanto o interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral) quanto interesses individuais e coletivos (interesses específicos), quando albergados pelo Direito positivo. [...] (b) interesse público em sentido estrito: cuida-se do interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral), a ser identificado no caso concreto pela Administração Pública, em razão de uma competência que lhe tenha sido outorgada expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico. Pode se manifestar na forma de um conceito legal ou de uma competência discricionária. Consiste num pressuposto positivo de validade da atuação administrativa, eis que o ordenamento jurídico só autorizará a prática do ato quando presente esse interesse público em sentido estrito, hipótese em que estará

¹¹ “A indeterminação não é um defeito do conceito, mas um atributo destinado a permitir sua aplicação mais adequada caso a caso. A indeterminação dos limites do conceito propicia a aproximação do sistema normativo à riqueza do mundo real” (JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26, p. 116, 1999).

¹² BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica*. Direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017.

¹³ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 60-62.

autorizada a sua prevalência sobre interesses individuais e coletivos (interesses específicos) também protegidos pelo sistema normativo.¹⁴

Sem avançar na complexidade das relações entre interesses públicos e interesses privados, convém lembrar que direitos e interesses não se confundem — na clássica formulação de Rudolf Von Ihering, direitos são interesses juridicamente protegidos.¹⁵ Dessa forma, o interesse privado juridicamente tutelado compõe o interesse público em sentido amplo; o interesse que deve sempre ceder ao interesse público é aquele “exclusivamente particular, egoístico do indivíduo enquanto tal, desprovido de proteção jurídica. Ele engloba o interesse puro e simples da pessoa (física ou jurídica, de Direito Público ou de Direito Privado) carente de tutela pelo ordenamento jurídico, e os interesses ilícitos”.¹⁶

2. Conflito de interesses

A referência bíblica é irresistível para introduzir a análise do conflito de interesses: “Nenhum servo pode servir dois senhores; porque, ou há de odiar um e amar o outro, ou se há de chegar a um e desprezar o outro. Não podeis servir a Deus e a Mamom”.¹⁷ O exercício da função pública há de ser pautado pelas normas — regras e, especialmente, princípios — publicísticas, que podem conter inclusive prerrogativas que desigualam a relação jurídica com o cidadão. Ainda que se admita a existência de interesses privados dos agentes públicos, mesmo egoísticos, que se lícitos podem ser buscados por vias comuns, no exercício da função pública não se admite a intersecção desses interesses próprios com o interesse público. A questão essencial é justamente identificar os interesses privados do agente público e como podem eventualmente colocar em risco a consecução do interesse público.

¹⁴ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional — A&C*, a. 11, n. 44, p. 59-110.

¹⁵ Na lição de Emerson Gabardo, “o interesse difere do direito, entre outros motivos, justamente porque não possui um dever a ele correspondente, escapando da natureza deontica típica da normatividade jurídica” (GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade* — o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 304).

¹⁶ Daniel Wunder Hachem, *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit., p. 292.

¹⁷ Evangelho Segundo Mateus, cap. 6, 24.

De outra parte, nem sempre é livre de obstáculos o estabelecimento, *a priori*, dos casos em que existe de forma objetiva e nítida um confronto permanente de interesses.

A fim de reduzir o nível de incerteza que circunda o tema, a Lei Federal nº 12.813/2013 define conflito de interesses como “a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública” (art. 3º, I).

A regulação dos conflitos de interesses possui objetivo essencialmente preventivo, evitando a materialização de atos de corrupção. Trata-se de identificar riscos para a integridade dos objetivos públicos e dos meios de alcançá-los, evitando danos ao erário, ao interesse público e também atentados aos princípios que regem a administração pública (isonomia e moralidade, entre eles).

Uma das razões para a grande exposição do Estado a esses conflitos é justamente sua ausência de exclusividade na defesa dos interesses públicos, compartilhado com a sociedade. A multiplicidade de atores que interagem nos variados procedimentos públicos e sua difusa gama de interesses tornam o interesse público estrito mais vulnerável aos diversos interesses privados.

No mesmo sentido, o incremento das diversas formas de parceria com instituições da sociedade — seja no campo social, seja no campo econômico —, característica de diversos Estados atuais, configura potencial emergente para que fatores externos influenciem as decisões públicas em razão, sobretudo, de questões econômicas.

Podem existir também conflitos de interesses na relação entre o Estado e seus diversos prestadores de serviços. Empresas ou profissionais que atuaram em favor de empresas com interesses conflitantes com os do Estado e que, posteriormente, passam a se relacionar com o Estado no mesmo setor produtivo, com outro interesse. Nesse caso, percebe-se que não apenas servidores públicos possuem interesses potencialmente conflitantes com o interesse público.

3. Gestão dos conflitos de interesses: as diretrizes da OCDE

A desconfiança na integridade das instituições públicas corrói a confiança do cidadão, que legitimamente espera que os agentes públicos utilizem de suas prerrogativas e exerçam suas competências para bem servir o

interesse público, não para servirem-se dele. Ambientes propícios a conflitos de interesses configuram também risco à integridade dos mercados e da justa concorrência, situações que ainda podem ser agravadas por processos decisórios governamentais despidos de transparência.

Determinados setores da administração pública concentram maiores riscos de ocorrência de conflitos em razão da maior interface com o setor privado e do manejo de poderes públicos. Com efeito, contratações públicas (incluindo todos os procedimentos preparatórios), exercício do poder de polícia administrativa (abrangendo atividades de inspeção, sanção, autorização, por exemplo) e atividades de regulação social e econômica são exemplos de setores sensíveis que devem ser objeto de maior atenção e, sobretudo, transparência.

O reconhecimento da natureza, probabilidade e gravidade dos riscos é essencial para o desenho da política pública de prevenção. Com efeito, diferentes estratégias devem ser adotadas de acordo com os respectivos riscos, tomando como parâmetro as múltiplas atividades executadas pela administração pública. Situações de conflitos severos (natureza) e com alta probabilidade de ocorrência (chances de verificação) demandam políticas explícitas de enfrentamento do problema, controles fortes e monitoramento externo.¹⁸

Os riscos para a desnaturação dos interesses da sociedade e para a integridade dos mercados explicam a preocupação atual com conflitos de interesse, nos setores público e privado, sobretudo nos Estados ocidentais. O cenário impeliu a OCDE a estabelecer diretrizes para a gestão de conflitos de interesses no setor público, com o declarado objetivo de ajudar as instituições e agências governamentais a desenvolver políticas públicas em que conflitos de interesse sejam adequadamente identificados e resolvidos ou gerenciados, de forma adequada e transparente, contribuindo para evitar a prática de atos de corrupção.¹⁹

Existem diversas modelagens possíveis de política pública para regular conflitos de interesses, não existindo solução absoluta. As diversas possibilidades dependem de circunstâncias históricas, sociais, políticas e culturais das nações, além do necessário enquadramento no respectivo ordenamento jurídico.

¹⁸ NATIONAL AUDIT OFFICE, *Conflicts of interest* — report by the controller. Londres, 2015. Disponível em: <www.nao.org.uk/report/conflicts-interest-2/>. Acesso em: 20 mar. 2018.

¹⁹ OECD, *Managing Conflict of Interest in the Public Service* — OECD guidelines and country experiences. Paris, 2003. Disponível em: <www.oecd.org/gov/ethics/managingconflict-of-interest-in-the-public-service.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

Via de regra, como é possível intuir e como esclarece a OCDE, a questão é tratada como parte de política pública mais ampla de prevenção e combate à corrupção. As diretrizes, dessa forma, propõem um quadro estrutural geral mínimo que pode ser aplicado a qualquer desenho de política pública preventiva.

A recomendação inicial da OCDE é a definição, por cada ordenamento, do que se considera conflito de interesses para que seja possível identificar e efetivamente gerenciar as situações respectivas. Para a Organização, “conflito de interesses” envolve possibilidade de divergência entre o dever público e interesses privados de um agente público, no qual o agente tem capacidade privada e interesses que possam influenciar indevidamente o desempenho de seus deveres públicos.

Interessante anotar a importância de não relacionar conflito de interesses com prejuízo econômico, danos ou mesmo com a configuração de atos de corrupção ou improbidade. A definição ampla importa em qualquer abuso de posição, por parte do agente público, que o permita auferir vantagens com relação ao cidadão comum. É o caso, por exemplo, da utilização de informações privilegiadas para benefícios próprios ou de terceiros, e também do recebimento de qualquer tipo de vantagem — não necessariamente financeira — que possa *influenciar* as decisões do agente. O foco é eminentemente preventivo, voltado a impedir interferências indevidas.

Na efetiva realização de qualquer modelagem de política pública, a OCDE destaca a importância de promover a responsabilidade individual e o exemplo pessoal — os agentes públicos devem atuar em todos os momentos para que sua integridade sirva de exemplo para outros agentes e também para o público.

Além disso, estimular uma cultura organizacional de intolerância com os conflitos de interesse, o que depende de comunicação, orientação e treinamento para promover as regras e práticas estabelecidas. A implementação de “parcerias para a integridade” com o setor empresarial e com entidades do terceiro setor é recomendada como elemento de sensibilização e assimilação cultural.

O estímulo ao envolvimento dos cidadãos e de entidades da sociedade civil é também encarecido pela Transparência Internacional²⁰ como forma de aumentar a efetividade das diversas políticas de integridade. A TI ressalta

²⁰ MARTINI, Maíra. *Conflict of interest in public procurement*. Transparency Internacional, 2013. Disponível em: <www.transparency.org/whatwedo/answer/conflict_of_interest_in_public_procurement>. Acesso em: 20 mar. 2018.

a importância de encorajar as denúncias (ou reporte de informações, para buscar uma tradução mais adequada para *whistleblowing*) que possam trazer informações relevantes a respeito de riscos de corrupção e conflitos de interesses, o que deve ser feito por meio de uma política de incentivo, tratamento da informação e, especialmente, de proteção ao denunciante.

Algumas diretrizes propostas pela OCDE merecem destaque.

3.1 Definir as situações específicas de conflitos de interesse relevantes

A existência de linhas nem sempre precisas que separam o interesse público em sentido amplo dos interesses privados acarreta a necessidade de descrição, tanto quanto possível, clara e realista das situações e circunstâncias que podem caracterizar conflito de interesses. A definição clara das situações objetiva proteger não somente a integridade do interesse público como também a boa-fé do agente público, diante de situações complexas, sujeitas a interpretações variadas.

A identificação específica das situações, recomenda a OCDE, deve ser feita utilizando exemplos de interesses privados que têm a aptidão para provocar o conflito: interesses financeiros e econômicos, participações societárias, filiações partidárias, participação em organizações sem fins lucrativos, afiliações sindicais ou profissionais.

As situações podem abranger relações ainda mais marcadas pela personalidade, tais como relacionamentos pessoais, profissionais, étnicos, familiares ou religiosos. Nesse particular, o objetivo é identificar qualquer tipo de condicionamento que possa afetar o dever de imparcialidade do agente público no exercício de suas atribuições, ainda que despido de intencionalidade.

Definir as situações é o primeiro passo, que deve ser conjugado com o estabelecimento de organizações e estratégias práticas para ajudar a identificar, *in concreto*, a variedade de casos de conflito de interesses. A OCDE destaca a necessidade do conjunto normativo como etapa necessária, mas não suficiente para a política preventiva. Orientações, treinamentos e possibilidade de esclarecimento de dúvidas são iniciativas que darão suporte à clareza e efetividade da política pública.

3.2 Existência de procedimentos para identificar as situações de conflito

A segurança jurídica impõe a necessidade de que os agentes públicos saibam o que deles se espera com relação à defesa do interesse público, sobretudo em situações de menor clareza no tocante ao eventual conflito.

A exigência de declaração expressa, por parte de determinados agentes públicos, de informações relativas a seus interesses privados é uma estratégia recomendada pela OCDE e também pela Transparência Internacional. No caso, cuida-se de exigir determinadas informações dos agentes que irão assumir certos cargos, informações que deverão ser periodicamente atualizadas.

Os interesses privados relevantes que possam entrar em conflito com as atribuições públicas podem ser divulgados para o público em geral ou para acesso interno dos órgãos de controle e governança. A OCDE destaca ainda a importância de agilidade na divulgação das informações e também da atualização, em existindo mudança das circunstâncias iniciais, para incentivar a confiança do público e assegurar o cumprimento dos deveres por parte dos agentes.

3.3 Necessidade de regras claras para a gestão e resolução dos conflitos identificados

A declaração dos interesses privados relevantes e a identificação concreta de situações não resolvem o conflito de interesses. A OCDE destaca a importância de estabelecer medidas claras para resolução ou gerenciamento dos conflitos, de acordo com cada situação.

A gestão do conflito concreto pode resultar, por exemplo, no afastamento de um determinado agente de um processo administrativo decisório, transferência de setor ou alteração de atribuição, restrição de acesso a determinadas informações etc. O procedimento deve assegurar a adoção de estratégia compatível com o conflito específico verificado. As recomendações não se aplicam às situações envolvendo danos ao erário, prática de crimes ou atos de improbidade, as quais demandam providências de apuração específicas.

4. Vertentes

As recomendações dos órgãos internacionais permitem identificar três grandes vertentes de estruturação da política de prevenção de conflitos de interesses: normativa, institucional/organizacional e funcional.

4.1 *Vertente normativa*

A política pública de prevenção aos conflitos de interesses na esfera pública demanda a edição de normas, em variados patamares hierárquicos. Por normas válidas entendem-se aquelas produzidas de acordo com uma norma hierárquica superior e anterior, indiretamente ligada à norma fundamental do sistema, na lição insuperável de Kelsen, e integradas ao ordenamento jurídico.

A investigação a respeito da integração deve recair sobre a fonte que produziu o ato normativo e a existência de autorização ou reconhecimento para tanto. Os atos normativos possuem generalidade e abstração em variadas intensidades, assim como a extensão e aplicabilidade de seus efeitos, muito embora seja sempre possível e necessário aferir a incorporação da fonte responsável por sua edição.

A inserção no ordenamento jurídico é necessária para conferir cogência às regras, sob pena de serem consideradas meros conselhos morais ou funcionais. A criação de normas de conduta e o estabelecimento de infrações e penalidades, em especial, estão alcançados pelo campo da reserva legal, demandando a edição de lei em sentido formal. A Lei Federal nº 12.813/2013, por exemplo, estabelece situações que configuram conflito de interesse e as tipifica como atos de improbidade administrativa, como tal sujeitos às rígidas sanções da Lei nº 8.429/1992.

As diversas normas e seus diferentes graus de integração ao ordenamento jurídico dependem da concepção da política pública e também das limitações de cada sistema. A lei brasileira, novamente invocada, utiliza a técnica da remissão normativa para reenviar a ato normativo inferior e posterior, a ser elaborado pela administração, a regulação de certos elementos que complementam a ordenação estabelecida na própria lei.

A lei, no caso, incumbe expressamente à Comissão de Ética Pública a tarefa de estabelecer normas, procedimentos e mecanismos que objetivem prevenir ou impedir eventual conflito de interesses (art. 8º, I).

A utilização desta técnica é bastante comum e necessária, sobretudo em razão da necessidade de pormenorizar alguns pontos específicos da atividade administrativa, que costumam mudar com facilidade, e que por isso podem não encontrar tratamento adequado no rígido processo de elaboração da lei.

Os atos normativos editados com apoio em lei devem obedecer, em seu conteúdo, aos parâmetros legalmente estabelecidos. A obediência aos princípios constitucionais também é imperativa, inclusive na ausência de parâmetros legais claros. O processo de interpretação, aplicação e controle desses atos normativos deve seguir uma trilha de generalização sucessiva: dos princípios específicos para os setoriais; destes últimos para os princípios gerais, e assim sucessivamente.

Instrumentos jurídicos não impositivos (*soft law*) também podem ser utilizados, a depender da natureza dos riscos de conflito e da estratégia da política pública. Se não forem reconhecidos pelo ordenamento jurídico (por intermédio da adstrição à competência formal e material para edição), não possuirão efeitos obrigatórios, tendo maior utilidade na interpretação das normas e na indicação de padrões de condutas. Nessa situação podem ser enquadrados Códigos de Ética e Códigos de Conduta, cujo reconhecimento pelo ordenamento deve ser verificado em cada caso.

Convém anotar que o estabelecimento de normas atende à necessidade de previsibilidade, entendida como possibilidade de prever, antecipadamente, as ações levadas a cabo pela administração. Os atos normativos editados devem possuir pretensões de estabilidade e permanência, possibilitando aos cidadãos que possuem vínculo com a administração planejar suas atividades com segurança e certeza. A edição de normas infralegais é também importante para criar critérios e orientações para a aplicação do ordenamento, de preferência mediante procedimentos públicos e motivados.

4.2 Vertente institucional/organizacional

Pode-se falar em “organização da administração pública” em *sentido amplo*, abrangendo as acepções *subjetiva* e *objetiva*, definindo-a como a composição e conformação de estruturas, competências, processos e instrumentos da administração voltados ao alcance de finalidades públicas.

Nesse sentido amplo, a organização da administração compreende objetos diversos, tais como: a) criação e composição de estruturas subjetivas e objetivas adequadas para o alcance de finalidades; b) determinação e

distribuição das tarefas entre estruturas e agentes mediante critérios estabelecidos e voltados para o alcance dos objetivos; c) provisão de pessoal para o exercício das tarefas; d) relações de coordenação, subordinação e controle entre as diversas estruturas organizativas; e) estruturação da prestação das diversas atividades realizadas pela administração de forma a atingir, de forma satisfatória, as finalidades públicas específicas buscadas; e f) controle de todos os processos planejados e executados.²¹

Trata-se da *avaliação e concepção de desenhos institucionais e ferramentas gerenciais voltadas ao alcance de objetivos determinados*. No que toca à *administração pública em sentido subjetivo*, no interior do ordenamento deverá ser buscada a estrutura jurídico-subjetiva mais adequada para a realização de determinados fins.

A “organização estrutural da administração pública” possui uma *função garantista própria* ligada à predeterminação das condições de futuro desenvolvimento da atividade. No caso, a garantia do cidadão está na atribuição de uma função a um ente ou órgão dotado das características necessárias para sua adequada realização. A garantia está não somente na individualização de funções e estabelecimento de seu regime jurídico, mas também na sua adequada atribuição a sujeitos predeterminados.

Ao ensinar que o “direito da organização” é geralmente descritivo, Schmidtt-Assmann anota que as atividades da administração se desenvolvem *em e por meio* de organizações, e é nelas onde entram em contato o Estado como organização e as forças sociais. Como ensina o autor, é justamente o direito da organização que permite que as atividades prestacionais da administração e as possibilidades de participação dos cidadãos se encontrem em estruturas determinadas.²²

As estruturas subjetivas atuantes na identificação, gestão e resolução dos conflitos de interesses devem ser conformadas de forma adequada para o exercício da função. Ressalta-se, em especial, a necessidade de posicionamento institucional adequado no organograma estatal para impedir ingerências político-partidárias. A estrutura deve ser modelada de forma que possa garantir o pleno cumprimento de suas atribuições, sem subordinações hierárquicas que coloquem em risco a gestão dos conflitos de interesses.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. *Tratado de direito administrativo*, Vol. II — Administração pública e servidores públicos. São Paulo: Thomson Reuters, 2014.

²² SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madri; Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2003. p. 251.

4.3 Vertente funcional

Enquanto a vertente institucional enfoca as estruturas organizativas concebidas para a execução das atividades administrativas, a vertente funcional considera os agentes públicos que executarão as competências legalmente atribuídas.

Nesse particular, a eficiente e eficaz gestão dos conflitos de interesses demanda não somente treinamento dos agentes que aplicarão o conjunto normativo como também o estabelecimento de garantias adequadas para o correto e imparcial desempenho das atribuições.

Estabilidade no serviço público ou na função e exercício de mandato são algumas das modalidades de garantias que costumam ser previstas para que o agente público que exerce determinadas atividades possa ter a tranquilidade necessária para cumprir as normas da forma mais adequada e eficiente, sem qualquer temor de perseguições e retaliações profissionais em razão do exercício de atribuições nem sempre simpáticas aos olhos de alguns.

5. Transparência, o pressuposto democrático

Democracia e transparência andam de mãos dadas, pois a opacidade é incompatível com o reconhecimento de que o poder emana dos cidadãos. A publicidade, princípio componente da república e da democracia, é fundamental meio de legitimação, pressuposto necessário à efetivação do controle e da participação popular, sendo pressuposto à efetividade da responsabilidade democrática da administração. O princípio da publicidade administrativa caracteriza-se também como direito fundamental do cidadão, indissociável do princípio democrático, possuindo um *substrato positivo* — o dever estatal de promover amplo e livre acesso à informação como condição necessária ao conhecimento, à participação e ao controle da administração — e outro *negativo* — salvo no que afete à segurança da sociedade e do Estado e o direito à intimidade, as ações administrativas não podem desenvolver-se em segredo.²³

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Nessa linha de raciocínio, por trás do princípio da publicidade, estão a exigência de segurança do direito e a proibição da política do “segredo”, entendida esta última proibição não somente como uma vedação ao arbítrio, mas como um dever de satisfação por parte do Estado.

A visibilidade necessariamente conferida à administração possibilita o combate à ineficácia das disposições de garantia legalmente instituídas. Em obra sobre a chamada “administração paralela”, Agustín Gordillo assim identifica aquela que se constitui de procedimentos informais paralelos aos formalmente estabelecidos.²⁴ O autor conclui que a participação popular e a publicidade na elaboração das normas tocantes à administração são condições de sua futura eficácia, evitando a criação de um parassistema, ou, segundo a terminologia de Bobbio, de um poder invisível. Essas ideias trazem consigo a noção de *transparência*.

A partir da acepção comum das palavras, pode-se entender a *publicidade* como característica do que é público, conhecido, não mantido secreto. Não obstante, a *publicidade oficial* atua como requisito para a eficácia dos atos, em geral, praticados pelo poder público.²⁵

Transparência, ao seu turno, é atributo do que é transparente, límpido, cristalino, visível; é o que se deixa perpassar pela luz e ver nitidamente o que está por trás. A transparência exige não somente a disponibilidade de conhecimento, mas também a possibilidade de *entendimento* dos atos.

Os atos administrativos devem ser públicos e transparentes. Públicos porque devem ser levados a conhecimento dos interessados por meio dos instrumentos legalmente previstos (citação, publicação, comunicação etc.); e transparentes porque devem ser facilmente acessíveis e permitir entender com clareza seu conteúdo e todos os elementos de sua composição, inclusive o motivo e a finalidade, para que seja possível efetivar seu controle.

Transparência é requisito essencial para a participação social e para o controle da administração, materializando, no plano real, o poder reconhecido ao povo pelo ordenamento.

A gestão dos conflitos de interesses deve ser pautada pela plena transparência, como foi dito ao longo deste artigo, para permitir o conhecimento e controle dos cidadãos. O amplo conhecimento dos interesses privados de

²⁴ GORDILLO, Agustín. *La administración paralela*. Madri: Civitas, 1992. p. 54 (tradução livre).

²⁵ MOTTA, Fabrício. Notas sobre publicidade e transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal no Brasil. *A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 7, n. 30, p. 91-108, out./dez. 2007.

agentes que exercem funções públicas compartilha com o cidadão e com a sociedade civil organizada a responsabilidade de evitar, nas múltiplas relações jurídicas travadas, que se configure conflito em detrimento do interesse público.

6. O conflito de interesses na Lei nº 12.813/2013

Finalmente, no contexto da vertente normativa que foi anteriormente descrita, busca-se alinhar algumas impressões acerca de algumas normas da Lei nº 12.813/2013, que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao respectivo exercício.

No que se poderia considerar sistema normativo de enfrentamento à corrupção, a Lei nº 12.813/2013 expressa um conjunto normativo específico voltado à prevenção e repressão de condutas de agentes públicos que configurem conflito de interesses.

Uma primeira abordagem poderia ter em conta o desafio de compatibilizar a interpretação e a aplicação das regras da Lei anteriormente citada com normas que integram outros subsistemas de natureza sancionatória e/ou indenizatória formados por comandos de natureza administrativa, penal e jurídico-políticas, tais como: lei de improbidade administrativa, estatutos disciplinares aplicáveis a determinadas categorias de servidores, lei de improbidade voltada ao setor privado e regras eleitorais direcionadas a agentes políticos.

É necessário que o sistema seja, de um lado, coerente, estável e, na medida do possível, íntegro, isto é, sem lacunas normativas; e, de outro, delimite, objetivamente, o tipo e a natureza das responsabilidades que poderão recair sobre os agentes (públicos e privados) que praticarem atos ilícitos.

No plano da responsabilização por ato de improbidade administrativa, vale a observação de que apenas a União dispõe de competência legislativa para dispor sobre o assunto (art. 37, §4º, e art. 22, I da CF).²⁶

²⁶ A propósito, José Roberto Pimenta Oliveira considera que são normas nacionais os seguintes dispositivos da Lei nº 12.813/13: artigo 3º e artigo 4º e seu §2º, pelo caráter definatório das regras; artigos 5º e 6º, pela natureza tipificatória de condutas ilícitas; e o artigo 12, pelo conteúdo institutivo de sanções aplicáveis aos ilícitos estabelecidos (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública — RBEFP*, Belo Horizonte, a. 3, n. 9, p. 104, set./dez. 2014).

Foi nesse contexto constitucional que a União editou a Lei nº 12.813/2013, que visa à tutela do interesse público em situações de conflito com interesses privados, designadamente em situações envolvendo servidores ou ex-servidores públicos. Assim, um dos principais objetivos da lei é assegurar que o agente público aja com imparcialidade, isto é, sem sofrer influência de fatores fáticos ou jurídicos existentes na sua vida privada.

A título de comparação, convém identificar outras normas jurídicas brasileiras que há tempos já regulam o conflito de interesses privados, designadamente no campo do direito civil e do direito societário.

No denominado direito privado, o Código Civil de 2002 prevê o conflito de interesses na administração das sociedades. De acordo com o §3º do art. 1.010, o sócio responde por perdas e danos quando, “tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto”.

No mesmo sentido, o parágrafo único do art. 1.017 do Código Civil prevê que “fica sujeito às sanções o administrador que, tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, tome parte na correspondente deliberação”.

Ainda no plano da proteção de interesses privados, o art. 156 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, proíbe o administrador de sociedades anônimas de intervir “em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia”. E o que se poderia considerar conflito de interesses?

Na administração das sociedades anônimas, na ausência de um conceito normativo de conflito de interesses, Luis Felipe Spinelli afirma o que segue:

[...] há confronto de interesses em sentido estrito na administração da sociedade anônima quando o gestor, de posse de informações do ente coletivo, utiliza de sua posição e, tendo interesse particular que influencia de modo determinante algum ato decisório (de competência individual dele ou colegiada — mas do qual ele participa), acaba por auferir vantagem em detrimento da companhia.²⁷

²⁷ SPINELLI, Luis Felipe. *Conflito de interesses na administração da sociedade anônima*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 137.

No direito público, antes da Lei nº 12.813/2013, que visa ao enfrentamento dos conflitos de interesse sob um viés preventivo, o ordenamento jurídico brasileiro já previa situações de conflitos de interesses em estatutos de servidores públicos, estabelecendo para tanto algumas sanções de ordem disciplinar (art. 117, VII, VIII, IX, X, XI, e XVIII da Lei nº 8.112/1993).

Interessa salientar, ainda, que o art. 9º da Lei nº 8.666/1993 veda a participação, direta ou indireta, na licitação ou na execução de obra ou serviço e no fornecimento de bens: (i) o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica; (ii) empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado; e (iii) servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

No art. 3º, I, da Lei nº 12.813/2013, introduziu-se uma definição de conflito de interesses, que alcança “a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública”.

Curioso como a Lei exige para a configuração da situação de conflito de interesses a potencialidade de comprometimento do interesse coletivo ou de influência “imprópria” sobre o desempenho da função pública.

A pressão exercida por grupo de interesses interessados em influenciar a concepção ou modificação de políticas públicas ou mesmo a alteração de cenários regulatórios é uma realidade contra a qual não se pode duelar. Em verdade, a participação de tais grupos de pressão pode inclusive melhorar as decisões regulatórias do Estado.²⁸

O desafio está em assegurar a qualidade das decisões tomadas com a intervenção de tais grupos de pressão e, principalmente, se elas se encontram em consonância com o interesse público ou geral.

Na sequência do esforço de definir conflito de interesses, a Lei nº 12.813/2013 indica algumas situações de confronto tanto no exercício de função pública como após o desligamento do agente público (Capítulos II e III, respectivamente).

²⁸ Nesse sentido, confira SELIGMAN, Milton; BANDEIRA, Mateus Affonso. Manual de melhores práticas em relações institucionais. In: SELIGMAN, Milton; MELLO, Fernando (Org.). *Lobby desvendado*. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 217-225.

Dadas as limitações deste ensaio, bem como o propósito de examinar o conflito de interesses no direito público *vis-à-vis* o regime vigente no domínio do direito privado, a presente análise ficará restrita à hipótese do art. 5º, II, da Lei nº 12.813/2013. E isso especialmente porque a circunstância descrita nesse dispositivo revela um exemplo típico de aproximação entre o público e o privado capaz de a um só tempo prejudicar a tomada de decisões públicas e desequilibrar o acesso de agentes privados ao centro de comando do poder político.

Eis a hipótese de conflito de interesses da referida norma:

Art. 5º Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:

[...]

II — exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe.

As situações que configuram conflito de interesses estabelecidas no artigo 5º aplicam-se aos ocupantes dos cargos ou empregos de direção superior indicados no art. 2º, bem como aos ocupantes de cargos ou empregos, cujo exercício proporcione acesso a “informação privilegiada” capaz de trazer vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro, conforme definido em regulamento. É importante frisar que a situação de conflito alcança o agente ainda quando ele estiver em gozo de licença ou em período de afastamento (art. 5º, parágrafo único).

Para que fique configurada a situação de conflito, deve-se, inicialmente, identificar uma relação jurídico-negocial entre o agente público e o privado. Tal relação pode ser de natureza esporádica ou permanente.

De outro lado, o agente privado deve possuir interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe. Aqui surge uma questão interessante: o interesse privado relevante residiria em determinada situação ou operação ou em toda e qualquer atividade desenvolvida pela administração pública à qual se encontra vinculado o agente público?

O texto da parte final do inciso II, do art. 5º, da Lei nº 12.813/2013 não deixa espaço para outro entendimento que não o de que o conflito relevante deve se relacionar com situação específica sobre a qual o próprio agente público deverá

ou poderá exercer sua competência decisória. Aquela disposição menciona expressamente o interesse do privado em “decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe”.

Em outras palavras, para a configuração do conflito de interesses, na forma do dispositivo legal anteriormente citado, pressupõe-se uma situação específica e concreta de conflito de interesses. Em outros termos, não basta o vínculo de trabalho com o poder público.

Isso não quer dizer que não haja normas proibitivas de ação por parte de servidores públicos a alcançar situações de permanente conflito de interesses, considerando, para tanto, apenas o vínculo do agente público com a administração pública.

Como exemplo do quanto afirmado anteriormente, podem ser relacionadas, no exercício da advocacia, as situações de incompatibilidade e impedimento previstas no cap. VII da Lei nº 8.906/1994. Nesse contexto, as incompatibilidades geram a proibição total e os impedimentos determinam a proibição parcial do exercício da advocacia.

Para deixar mais evidente a distinção, pode-se indicar a situação descrita no inciso II, do art. 30, que impõe o impedimento para o exercício da advocacia dos servidores da administração direta, indireta e fundacional, “contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora”.

No caso anterior, o servidor é impedido de exercer a advocacia contra o poder público ao qual se encontra administrativamente vinculado, independentemente da situação em concreto. Basta a contraposição do interesse do seu constituinte com o interesse do ente público que o remunera, para o que se mostra relevante apenas a identificação da entidade ou do ente público ao qual o agente está *formalmente* ligado.

Nas situações de conflito de interesses indicadas na Lei nº 12.813/2013 o foco está na competência decisória do agente público, individualmente considerado ou como membro de órgão colegiado. Daí por que deve-se considerar o conflito sob uma perspectiva *substancial*, já que não existe de maneira plena um confronto permanente e geral de interesses. É isso porque o objetivo da lei é evitar que o agente público interessado possa interferir no processo decisório de forma favorável ou mesmo desfavorável ao agente privado com quem mantém relação de negócio.²⁹

²⁹ Comentando a regra geral de conflito no âmbito societário (art. 156 da Lei nº 6.404/1976), Luis Felipe Spinelli chega a afirmar que, caso a operação em que o gestor tenha interesse

Nas palavras de José Roberto Pimenta Oliveira:

[...] o que é juridicamente relevante é que o interesse privado suscitado por essas atividades e vínculos seja reconhecido pelo agente público, comprometendo ou influenciando o exercício funcional, gerando a colidência vedada em lei.³⁰

O mesmo autor ainda chama a atenção para relevante questão temporal. Para ele, a “prestação de serviços” ou a “relação de negócios” deve ser anterior ao momento da atuação do agente público.³¹

Eis, portanto, alguns parâmetros interpretativos que podem, numa primeira aproximação, auxiliar na construção de um sistema jurídico eficaz e equilibrado de enfrentamento dos casos de conflito de interesses na administração. Com isso, espera-se, no limite, fortalecer as instituições públicas, de modo a criar um ambiente jurídico-institucional estável, com condições que reduzirão as incertezas e contribuirão para a criação de um ambiente favorável às interações humanas de cooperação.

O agente público deve ser fiel ao interesse público. A obviedade dessa afirmação, por vezes esquecida, implica concluir que a prossecução do interesse público deve ter prevalência em relação à busca por interesses eminentemente privados. E com o propósito de reagir contra as forças aliadas de um Estado patrimonial ou patrimonialista, em que a coisa pública se confunde com os bens privados, como bem retratou Raymundo Faoro,³² é imperativo que sejam delimitados, com a maior objetividade possível, os limites do interesse público e do interesse privado.

Não se deve ignorar, por outro lado, que são muitas as dificuldades práticas de se desenhar com nitidez os limites entre o interesse privado e o interesse geral ou público, o que, por consequência, repercute na também nem sempre fácil tarefa de identificar as situações de conflito entre um e outro.

conflitante não entre em sua competência, mas sim na de outro, desnecessário seria qualquer procedimento especial (Luis Felipe Spinelli, *Conflito de interesses na administração da sociedade anônima*, op. cit., p. 223).

³⁰ José Roberto Pimenta Oliveira, O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa, op. cit., p. 113.

³¹ Ibid., p. 113.

³² FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo Livros, 2001. p. 63.

Conclusão

Conflitos de interesses aparecem como um tópico novo e urgente para a administração pública e sua eficiente gestão é essencial para preservar a integridade das decisões públicas e evitar a prática de atos de corrupção.

A atual complexidade das demandas sociais e multipolaridade da administração tornam a governação dos conflitos um grande desafio, que exige seriedade, preparo e transparência no seu enfrentamento.

Para além da necessidade de não distorcer o funcionamento do mercado e a imparcialidade na identificação dos interesses públicos está a imperiosa necessidade de recuperar a confiança do cidadão em seu Estado e em seu governo. Corroer a confiança do cidadão é, sem dúvida, retirar a legitimidade do Estado.

No contexto da vertente normativa de fortalecimento da confiança nas instituições brasileiras, editou-se a Lei nº 12.813/2013, que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego.

No que se poderia considerar sistema normativo de enfrentamento à corrupção, a Lei nº 12.813/2013 expressa um conjunto normativo específico voltado à prevenção e repressão de condutas de agentes públicos que configurem conflito de interesses.

Referências

- ALFONSO, Luciano Parejo. *Derecho administrativo*. Barcelona: Ariel, 2003.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica*. Direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017.
- BRASIL. Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias nºs 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 maio 2013. Disponível em: <www.

planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112813.htm>. Acesso em: 22 mar. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORREIA, Sérvulo. Controlo judicial da administração e responsabilidade democrática da administração. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto e; BITENCOURT NETO, Eurico. *Direito administrativo e direitos fundamentais — diálogos necessários*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 299-315.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. *Tratado de direito administrativo*, Vol. II — Administração pública e servidores públicos. São Paulo: Thomson Reuters, 2014.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo Livros, 2001.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade — o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 304.

GOMES, Carla Amado. O dom da ubiquidade administrativa: reflexões sobre a atividade administrativa informal. In: _____. *Textos dispersos de direito administrativo*. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 371-422.

GORDILLO, Agustín. *La administración paralela*. Madri: Civitas, 1992.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. *A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, a. 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

_____. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2013.

MARTINI, Maíra. *Conflict of interest in public procurement*. Transparency Internacional, 2013. Disponível em: <www.transparency.org/whatwedo/answer/conflict_of_interest_in_public_procurement>.

MOTTA, Fabrício. Notas sobre publicidade e transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal no Brasil. *A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 7, n. 30, p. 91-108, out./dez. 2007.

MUÑOZ, Guillermo Andrés. El interés público es como el amor. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

NATIONAL AUDIT OFFICE, *Conflicts of interest — report by the controller*. Londres, 2015. Disponível em: <www.nao.org.uk/report/conflicts-interest-2/>.

OECD, *Managing conflict of interest in the public service*. OECD guidelines and country experiences, Paris, 2003. Disponível em: <www.oecd.org/gov/ethics/managingconflictinterestinthepublicservice.htm>.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública — RBEFP*, Belo Horizonte, a. 3, n. 9, p. 79-141, set./dez. 2014.

OTERO, Paulo. *Direito do procedimento administrativo*, I. Coimbra: Almedina, 2016.

RAIMUNDO, Miguel Assis. *A formatação dos contratos públicos — uma concorrência ajustada ao interesse público*. Lisboa: AAFDL, 2013.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madri; Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2003.

SELIGMAN, Milton; BANDEIRA, Mateus Affonso. Manual de melhores práticas em relações institucionais. In: ____; MELLO, Fernando (Org.). *Lobby desvendado*. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 217-225.

SPINELLI, Luis Felipe. *Conflito de interesses na administração da sociedade anônima*. São Paulo: Malheiros, 2012.