

ano 23 – n. 92 | abril/junho – 2023
Belo Horizonte | p. 1-260 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v23i92
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-
	Trimestral ISSN impresso 1516-3210 ISSN digital 1984-4182
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A3 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A3 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Lei de conflitos de interesses e Lei de Improbidade Administrativa reformada

Conflict of Interest Act and the reformed Administrative Improbability Act

José Roberto Pimenta Oliveira*

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
jroliveira@pucsp.br

Dinorá Adelaide Musetti Grotti**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
mugrotti@uol.com.br

Recebido/Received: 09.01.2023 / 09 January 2023.

Aprovado/Approved: 05.06.2023 / 05 June 2023.

Resumo: O presente trabalho analisa o conflito de interesse, como prática de ato de improbidade administrativa, à luz da Lei de Improbidade Administrativa Revisada. O delineamento normativo do conflito de interesses quer proteger a confiabilidade do exercício de funções públicas, em prol de interesses públicos. O tratamento da matéria é medida estruturante contra a corrupção, no setor público, onde agentes públicos agem em nome da coletividade, no exercício de competências públicas, em vínculos com caráter fiduciário invariável. Ausência de potencial ou efetivo conflito de interesses imprime confiabilidade, e, como corolário, assegura impessoalidade e imparcialidade à ação do agente público, revelando proteção ao bem jurídico da probidade no aparelho e funcionamento do Estado.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Conflito de Interesses. Lei nº 14.230/2021. Lei nº 12.813/2013. Direito Administrativo.

Como citar este artigo/*How to cite this article:* OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Lei de conflitos de interesses e Lei de Improbidade Administrativa reformada. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 173-220, abr./jun. 2023. DOI: 10.21056/aec.v23i92.1746.

* Professor de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil), dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação *lato sensu* e *stricto sensu* em Direito. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Líder do Grupo de Pesquisa “Direito e Corrupção” (PUC-SP-CNPq). Presidente do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (IDASAN). Procurador Regional da República na 3ª Região.

** Professora Aposentada da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Doutora e Mestre pela PUC-SP. Ex-Procuradora do Município de São Paulo.

Abstract: The present work analyzes the conflict of interest, as an act of administrative improbity, in the light of the Revised Administrative Improbability Act. The normative design of the conflict of interest wants to protect the reliability of the exercise of public functions, in favor of public interests. The treatment of the matter is a structuring measure against corruption, in the public sector, where public agents act on behalf of the community, in the exercise of public competences, in bonds with an invariable fiduciary character. Absence of potential or actual conflict of interests imprints reliability, and, as a corollary, ensures impersonality and impartiality to the action of the public agent, revealing protection of the legal good of probity in the apparatus and functioning of the State.

Keywords: Administrative Improbability. Conflict of interests. Law No. 14.230/2021. Law No. 12.813/2013. Administrative law.

Sumário: **1** Introdução – **2** Conflito de interesse no direito administrativo – **3** Legislação administrativa anterior à Lei nº 12.813/2013 e conflito de interesse – **4** Marco legal sobre conflito de interesses: a Lei nº 8.429/1992 (lei geral) e Lei nº 12.813/2013 (lei especial) – **5** Conclusões – Referências

1 Introdução

A presente investigação tem como objeto de análise o tratamento normativo atribuído ao “conflito de interesses” (doravante CI) como ato de improbidade administrativa, para o efeito específico do artigo 37, parágrafo 4º da Constituição Federal.

A norma constitucional estabelece que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. O artigo 37, parágrafo 4º da Constituição foi regulamentado pela Lei nº 8.429/1992 (doravante Lei Geral de Improbidade Administrativa – LIA), que tipifica e estabelece as sanções pela prática da improbidade administrativa.

A exigência de disciplina sistemática sobre o conflito de interesses no âmbito da atuação preventiva e repressiva à corrupção surge com a Convenção Interamericana contra a Corrupção. No seu artigo III (Decreto nº 4.410/2002), a Convenção da OEA sublinha o dever de cada Estado de criar, manter e fortalecer “normas de conduta para o desempenho correto, honrado e adequado das funções públicas”, com a finalidade de “prevenir conflitos de interesses”, visando “preservar a confiança na integridade dos funcionários públicos e na gestão pública”.

De outro lado, a Convenção Internacional contra a Corrupção também destacou a disciplina legal dos conflitos de interesses. Nos termos do artigo nº 7 (Decreto nº 5.687/2006), a Convenção da ONU dispõe que “cada Estado Parte, em conformidade com os princípios de sua legislação interna, procurará adotar sistemas destinados a promover a transparência e a prevenir conflitos de interesses, ou a manter e fortalecer tais sistemas”.

A LIA enquadrando situações de conflito de interesses em seu bojo, mormente no artigo 9º, inciso VIII e artigo 11, *caput*. A Lei nº 12.813/2013 – doravante Lei

de Conflito de Interesses (LCI), dispôs especificamente “sobre o conflito de interesses no exercício do cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego”, estabelecendo, no seu artigo 12, que “o agente público que praticar os atos previstos nos arts. 5º e 6º desta Lei incorre em improbidade administrativa, na forma do art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando não caracterizada qualquer das condutas descritas nos arts. 9º e 10 daquela Lei”.

A LIA sofreu intensas reformulações nas suas disposições, com o advento da Lei nº 14.230/2021, exigindo a atenção doutrinária sobre a sua aplicação na matéria.¹ Sobremodo, quando se verifica a manutenção do artigo 9º, inciso VIII, a alteração do artigo 11, e a consagração expressa da existência de legislações especiais de improbidade administrativa (artigo 1º, §1º, e artigo 11, §2º).

O enfrentamento da corrupção pública, como patologia que se espalha na organização, atividade, atuação e controle da ação administrativa dos Estados nacionais, tem sido progressivamente fortalecido com a criação de novos mecanismos institucionais para sua prevenção e repressão. É neste contexto que exsurge a disciplina preventiva e repressiva de conflitos de interesse, cuja verificação independe do recebimento de vantagens indevidas ou da produção de dano ao erário para ser censurado.

O delineamento normativo do CI quer proteger a confiabilidade do exercício de funções públicas, em prol de interesses públicos. O tratamento da matéria é medida estruturante contra a corrupção, no setor público, onde agentes públicos agem em nome da coletividade, no exercício de competências públicas, em vínculos com caráter fiduciário invariável. Ausência de potencial ou efetivo conflito de interesses imprime confiabilidade, e, como corolário, assegura impessoalidade e imparcialidade à ação do agente público, revelando proteção ao bem jurídico da probidade no aparelho e funcionamento do Estado.

2 Conflito de interesse no direito administrativo

Tratar de conflito de interesse no âmbito do direito administrativo implica uma análise da contraposição entre o exercício de função pública regida necessariamente por interesses públicos frente a interesses privados vislumbrados ou presentes no desempenho funcional, que surgem pela sua aderência à esfera pessoal do agente público, sejam estes próprios do agente ou de terceiros vinculados ao mesmo.

¹ Conferir: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Panorama crítico da Lei de Improbidade Administrativa, com as alterações da Lei 14.230/2021. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, v. 6, p. 97-141, 2022.

Trata-se, assim, de elemento do regime do exercício de função pública fundamental para a tutela da moralidade, imparcialidade e lealdade administrativas, como valores ético-jurídicos essenciais para a tutela jurídica de interesses públicos contra o próprio administrador público.

Celso Antônio Bandeira de Mello notabilizou-se ao fundamentar o regime jurídico-administrativo nos princípios da supremacia (constitucionalmente plasmada e realizável à luz da ordem jurídica em cujo ápice está a Lei Fundamental) dos interesses públicos sobre os interesses particulares e da indisponibilidade dos interesses públicos. Como se trata de satisfação de necessidades de índole coletiva, o interesse público justifica a própria existência do direito público, como consequência inarredável da própria existência e sustentabilidade do Estado como organização sociopolítica.

A supremacia implica o reconhecimento de que, no plano normativo, o ordenamento jurídico reconhece o valor jurídico diferenciado de interesses públicos, que a “organização do Estado” está obrigada a realizar e concretizar, o que é conatural à instituição do Estado Democrático de Direito, como forma de governo republicana (art. 1º, CF).

A indisponibilidade, por sua vez, assinala a intransponível exigência de que somente a Constituição e Lei – esta, constitucionalmente amparada ou legitimada, sob o ponto de vista material e formal – podem dispor sobre os interesses públicos, restando ao administrador público a sua ponderação e concretização no exercício da atividade administrativa, na forma habilitada, definida ou limitada pelo ordenamento jurídico, através de seus escalões normativos, via processo de ponderação de valores aderentes às normas positivadas e às circunstâncias do agir administrativo.

Tanto a supremacia quanto a indisponibilidade – como princípios fundamentais e estruturantes do sistema republicano e democrático – encontram sua forma de realização nos quadrantes do Estado de Direito, com o devido respeito dos direitos e garantias fundamentais, individuais e sociais, também, perfilhados igualmente conforme o Texto Constitucional.

Como ensinava J. H. Meirelles Teixeira, a Constituição

é a fonte imediata, fundamental, do Direito Constitucional, síntese da organização política e jurídica do Estado, repositório supremo das normas fundamentais dos ordenamentos jurídicos, entre as quais as assecuratórias das liberdades civis e políticas e as determinantes dos fins do Estado e dos limites postos à sua atividade.²

² MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de Direito Constitucional*. Organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 265-266.

A distinção entre interesses públicos *versus* interesses privados defendido pelo administrador público (para satisfação de interesses próprios ou de outrem), permeia, em rigor, toda a construção do próprio direito administrativo como parcela do ordenamento jurídico disciplinador do exercício da função administrativa, redutor de arbitrariedade estatal, e conformador dos modelos jurídico-institucionais que permitem atender aos interesses públicos, atrelados ao atendimento legítimo de inúmeras e complexas demandas sociais, na realidade dinâmica, transformada, acelerada e multifacetada na contemporaneidade.

Esta diferenciação ou dicotomia formal é a justificativa última para as características das competências administrativas. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, as competências administrativas são caracterizadas pela obrigatoriedade do seu exercício, imodificabilidade, intransferibilidade, irrenunciabilidade e imprescritibilidade. Também se pode acrescentar a nota de determinabilidade e mensurabilidade.³

Esta distinção axiológica fundamental entre interesses públicos e interesses privados está sedimentada no direito administrativo brasileiro. A tutela ético-jurídica desta dicotomia insere-se na projeção do princípio constitucional da moralidade e da impessoalidade administrativa, nos termos do artigo 37, *caput*, da CF. De um lado, a moralidade administrativa implica na exigência de que o exercício da competência administrativa não seja contaminado pela defesa ou tutela de interesses privados, de quaisquer índoles, como motor da ação do administrador. De outro lado, a impessoalidade submete o administrador ao dever de atuação imparcial, o que exige desconsideração de quaisquer interesses juridicamente irrelevantes no processo decisório na Administração Pública, e regular e motivada aderência, avaliação e ponderação dos interesses juridicamente relevantes nos quadrantes e o processo de individualização do direito.

Por afrontar de forma grave o princípio da moralidade administrativa, a atuação administrativa pautada em interesses privados beneficiados pela atuação do administrador público é inválida. Admiti-la simplesmente implicaria no reconhecimento de que competências públicas são suscetíveis de manipulação para servir de autênticas moedas de troca no processo de produção jurídica pela Administração Pública. Assim é que todo o ordenamento jurídico está estruturado para prevenir, reduzir, censurar, reprimir o conflito de interesses no exercício da função administrativa. Há diversidade de normas constitucionais, infraconstitucionais e legais (e, mesmo, regulamentares), com esta específica funcionalidade no direito administrativo.

A prevenção e repressão ao conflito de interesses é uma forma do direito objetivar as exigências de moralidade pública, plasmadas na Constituição, na vertente

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros; Salvador: Juspodivm, 2022.

fundamental de impor impessoalidade no exercício da função pública e aderência aos fins públicos, valores que somente se viabilizam quando esta função pública é movimentada exclusivamente por obra de agentes públicos norteados, comprometidos com a realização exclusiva dos interesses públicos, cuja guarda o direito público lhes assinala.

Existe uma vinculação umbilical entre a moralidade administrativa e o dever de impessoalidade e seus corolários de lealdade, zelo, neutralidade, isenção. Dissecando os deveres gerais dos funcionários públicos, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello deixou apostilado que: “Devotamento e fidelidade dizem respeito ao zelo a que o funcionário público deve emprestar às instituições e respectivo serviço, ao sigilo nos assuntos funcionais, e à boa conduta profissional e moral”.⁴

O dever de fidelidade

é o mais importante dos deveres dos funcionários públicos, pois compreende todos os demais, e antecede ao próprio exercício do cargo, pois nasce no momento em que o servidor presta compromisso. Já alguém lhe chamou dever de sentimento, porque corresponde a uma atitude de consciência, informadora de todas as ações e omissões pelas quais se desempenha o cargo. Pela fidelidade, o funcionário adere aos interesses superiores do Estado e jamais se coloca em antagonismo com os fins e com o prestígio da Administração. Não será um cumpridor mecânico de obrigações, mas um ser livremente vinculado ao serviço, a empregar nele toda diligência, boa vontade e energia.^{5 6}

A bela e forte expressão vinculação aos fins do serviço público já oferece a perfeita compreensão de que, no sistema republicano, agentes públicos só estão legitimados a perseguir interesses públicos, dissociados dos seus propósitos, alheios à órbita pessoal, objetivamente forjados pelo seu exercício funcional, na forma estabelecida pelo direito (Estado de Direito). Constitui norma essencial ao paradigma ético-jurídico que nasce da matriz axiológica própria de aparelhos estatais que moldam o exercício democrático de competências estatais.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v. II, p. 468.

⁵ MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*, p. 218 apud FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. A improbidade administrativa: comentários à Lei 8.429 de 1992. *Revista Jurídica do Ministério Público – JUS 94*, Belo Horizonte, n. 17, p. 297-380, 1994, p. 348-349.

⁶ “(...) Define-se a fidelidade como a vontade de agir constantemente no interesse da administração e de lhe evitar, tanto quanto dependa do sujeito, todo dano, perigo ou diminuição de prestígio. É a obrigação de operar no interesse exclusivo da administração. Todo empregado deve lealdade ao patrão que lhe contratou. O funcionário que desempenha as funções superficialmente, passageiramente e sem energia, age contra o dever, mesmo quando executa o que lhe é ordenado (...)” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa: reflexões sobre laudos periciais ilegais e desvio de poder em face da Lei Federal 8.429/92. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 01 out. 2008).

A impessoalidade exigida do administrador público – igualmente consagrada como princípio constitucional da Administração Pública – implica um mandamento de imparcialidade, que, por seu turno, desdobra-se na imposição de exclusividade, no sentido magistralmente exposto na lição de Maria Teresa de Melo Ribeiro: “A Administração Pública visa a prossecução do interesse público: o princípio da imparcialidade exige, simultaneamente, a prossecução exclusiva do interesse público e a exclusividade na prossecução do interesse público”.⁷

Com efeito, a exclusividade é vista, sob o primeiro prisma, como vedação a atendimento de outros interesses que não estejam cristalizados na regra de competência e no ordenamento jurídico-administrativo; sob o segundo prisma, a exclusividade surge como elemento essencial no exercício pessoal da função pública, impondo limites seja ao acúmulo de funções públicas, seja ao desempenho de atividades privadas em concomitância com o desempenho de funções públicas, a legitimar vedação de acumulações, incompatibilidades (impedimentos e suspeições), proibições e sanções.

O tratamento do conflito de interesse no exercício de função pública não apenas reverencia a moralidade e impessoalidade, mas igualmente assegura a eficiência, na medida em que, tutelando a lealdade e exclusividade na implementação de interesses públicos como bússolas do agir administrativo, projetam o campo fértil necessário para a disseminação da profissionalização, otimização de recursos, melhores processos e resultados, no exercício da função pública.

Como interesse público primário do Estado, a profissionalização da função pública – na abalizada lição de Raquel Dias da Silveira – encontra fundamento no princípio da impessoalidade, pois esta

é característica do Estado de Direito antagônica à ideia de que os governantes ou os servidores possam deduzir da investidura em cargos e empregos públicos uma conquista pessoal e particular. Trata-se de um múnus, um encargo exercido por quem gere coisa alheia, e, na gestão de coisa alheia, não interessa a personalidade do gestor, mas a finalidade a que serve.⁸

Nenhum interesse que se aloja ou transita na órbita pessoal do gestor pode revelar-se ou permanecer em situação de conflito com os interesses públicos validamente firmados no direito positivo.

O sistemático tratamento do conflito de interesse no setor público se intensificou com a progressiva necessidade de construção de política pública anticorrupção.⁹

⁷ RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 165.

⁸ SILVEIRA, Raquel Dias da. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 72.

⁹ Conforme ressalta Maria Garcia: “‘As diretrizes da Administração Pública de um país refletem a sua filosofia dominante de sociedade e de governo’ (Samuel H. Jameson). Tais diretrizes constituem o que

Ao nível do enfrentamento da corrupção, a disciplina normativa de conflitos de interesse aparece, primeiramente, como técnica de prevenção ao fenômeno da corrupção, entendida no sentido amplo de exercício de função pública para angariar vantagens indevidas à custa da probidade. O direito quer impedir e prevenir o nascimento ou continuidade de situação jurídico-institucional que favorece objetivamente a prática da corrupção, dissuadindo agentes a movimentar-se em sua direção.

Por outro lado, a qualificação de situações de conflito de interesse também pode receber enquadramento como atos ilícitos – logo, como técnica de repressão, a ensejar as devidas consequências sancionatórias, em variados sistemas de responsabilização que visam a tutela da probidade, como bem jurídico norteador de suas estruturas. Proclama-se a rejeição institucionalizada na incursão dolosa de agentes públicos em situações de conflito de interesses, atrelando-se-lhes sanções pelo descumprimento da correlata proibição.

O aumento do fenômeno da corrupção em escala local, estadual, nacional, continental e internacional exige o tratamento do conflito de interesse, sob a perspectiva preventiva e sob a perspectiva punitiva. Em outros termos, para desincentivar a ocorrência da corrupção, justificam-se, na atualidade, legislações especificamente dedicadas à matéria.

Como o tema da prevenção à corrupção tornou-se objeto de política pública específica de Estado, a partir da internalização de Convenções Internacionais contra a Corrupção no direito brasileiro (destacadamente no plano das Convenções Internacionais Anticorrupção da OCDE, OEA e ONU), fácil é constatar que, ao nível doméstico, era urgente a necessidade de um tratamento, não apenas específico, mas sobretudo sistemático, do conflito de interesse, visando atender aos compromissos internacionais.

Enfrentar e superar conflitos de interesses também foi progressivamente alinhavada como diretriz estruturantes de Governança Pública.

Também a importância do tratamento conferido no cenário internacional, na atualidade, à temática do conflito de interesse vem, indubitavelmente, da progressiva exigência de novos parâmetros de Governança Pública. Isto é bem demonstrado ao nível da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE),

se denomina políticas públicas, ou seja, princípios, ‘metas coletivas conscientes’ que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público. Interesse público – para Hector Escola ‘é o conjunto de interesses individuais compartilhados e coincidentes de um grupo majoritário, que se atribui à Comunidade, prevalecendo sobre os interesses individuais, mas sem aniquilá-los’. Isto porquanto, conforme ressalta Agustín Gordillo, o interesse público em que cada indivíduo não possa encontrar ou identificar sua porção concreta de interesse individual é uma simples falácia. O interesse público – ainda Hector Escola – ‘é o verdadeiro fundamento do Direito Administrativo, para o qual deve tender toda a atividade administrativa, no seu variado conjunto’ – diríamos, toda a atividade estatal” (GARCIA, Maria. Políticas públicas e atividade administrativa do Estado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo*. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 419-424).

que, em 2003, aprovou e divulgou o Guia *Managing Conflict of Interest in the Public Service*, que ilustra a crescente preocupação pública:

Servir o interesse público é a missão fundamental dos governos e instituições públicas. Os cidadãos esperam que os funcionários públicos individuais desempenhem seus deveres com integridade, de forma justa e imparcial. Demanda-se, de forma crescente, junto aos governos que os funcionários públicos não permitam que interesses e afiliações próprias possam comprometer o processo de tomada de decisões oficiais e gestão. Numa sociedade cada vez mais exigente, mal gerida, conflitos de interesse por parte de funcionários públicos têm o potencial de enfraquecer confiança dos cidadãos nas instituições públicas.¹⁰

Em 2017, a OCDE apresentou outro relevante estudo sobre a necessidade de reconstrução da confiança pública – *Trust and Public Policy: How Better Governance Can Help Rebuild Public Trust* –, destacando a normatização de conflitos de interesse para atingimento deste objetivo.¹¹ Em 2020, a OCDE reavivou a indispensabilidade de sistema de gerenciamento de conflitos de interesse no campo da estruturação de sistemas de integridade pública, através do Guia *Public Integrity Handbook*.¹²

A referida Organização Internacional, à qual o Brasil apresentou candidatura para tornar-se membro, segue desenvolvendo os parâmetros de Governança Pública, com a invariável atribuição à regulamentação de conflitos de interesse nos serviços públicos como um dos esteios deste programa de aperfeiçoamento governamental de seus membros.

Em rigor, a existência dessa legislação sistemática na matéria é exigência da própria Constituição Federal, na exata medida do tratamento constitucional conferido à tutela da moralidade, probidade, impessoalidade, e eficiência no campo da gestão pública. A realização da vontade constitucional, desde a promulgação, já assinalava esta indispensável complementação pela legislação, com o objetivo de desdobrar e consolidar o sistema republicano e democrático reinstaurado no escalão primário do ordenamento brasileiro.

O aperfeiçoamento do arcabouço normativo sobre o conflito de interesse no direito brasileiro foi um dos objetivos da promulgação da Lei nº 12.813/2013, que constitui marco relevante no tema, não só pela abordagem preventiva (e pedagógica), mas sobretudo pela criação e enquadramento de hipóteses sancionatórias

¹⁰ OCDE. *Guidelines for managing conflict of interest in the public service*. Paris: OCDE, 2003, p. 22. Este Guia compila os princípios fundamentais para administrar os conflitos de interesse no campo do serviço público.

¹¹ OECD. *Trust and public policy: how better governance can help rebuild public trust*. Paris: OECD Publishing, 2017.

¹² OECD. *Public integrity handbook*. Paris: OECD Publishing, 2020.

de conflitos de interesses (durante e após o exercício funcional) como atos de improbidade administrativa.

3 Legislação administrativa anterior à Lei nº 12.813/2013 e conflito de interesse

A terminologia “conflito de interesses” na seara jurídica tem origem no direito inglês na expressão *conflict on interests* (COI), e tem sido objeto de análise e estudo no âmbito do direito societário, como espécie de “fraude corporativa”, pois nesta seara designa situação em que membro da corporação se afasta do “interesse primário” da mesma para atender a “interesse secundário”. Em outros termos, ocorre confronto entre interesses societários e interesses pessoais na condução dos negócios da empresa.

No âmbito privado, o conflito de interesse é contrário à ética empresarial, sendo proibido por lei.¹³ No direito comercial brasileiro, a Lei das Sociedades Anônimas – Lei nº 6.404/1976 – trata do conflito de interesse, notadamente em seus artigos 115 e 156. Ao disciplinar o direito de voto dos acionistas, a Lei das SAs estabelece que o acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia e “não poderá votar em quaisquer deliberações da assembleia-geral que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia”. Em relação à administração da companhia, prescreve a lei que é vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse.

Idêntica condenação do conflito de interesse também restou incluído no atual Código Civil, em seus artigos 1.010, §3º, 1.017, parágrafo único e 1.053,¹⁴ no

¹³ MOREIRA, Joaquim Manhães. *Aspectos éticos e legais do conflito de interesses na empresa*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI23617,81042-Aspectos+eticos+e+legais+do+conflito+d e+interesses+na+empresa>. Acesso em: 11 nov. 2014.

¹⁴ “Art. 1.010. Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um. (...) §3º Responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto.”

“Art. 1.017. O administrador que, sem consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, terá de restituí-los à sociedade, ou pagar o equivalente, com todos os lucros resultantes, e, se houver prejuízo, por ele também responderá.

Parágrafo único. Fica sujeito às sanções o administrador que, tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, tome parte na correspondente deliberação.”

“Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.”

tratamento dispensado às sociedades simples e sociedades limitadas, no Livro II dedicado ao Direito de Empresa.

Dada a natureza funcional da atividade de agentes públicos, o tratamento do conflito de interesse migrou do direito societário para o direito administrativo. Certamente, a incorporação do dever dos Estados-Partes de prevenção destes conflitos em matéria de gestão pública, reiteradamente destacado nas Convenções Internacionais Anticorrupção (acima citadas), foi a mola propulsora para a criação de legislações específicas sobre o tema, nos diferentes ordenamentos.

Vale reiterar que a Convenção da ONU trata da temática seja no setor público seja no setor privado, sendo que, em ambos os setores, a Convenção estabelece o dever de Estados signatários prevenir e punir conflitos de interesse (artigo 7, item 4 e artigo 12, item 2, alínea “b”):

Artigo 7. Setor Público. (...)

4. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios de sua legislação interna, procurará adotar sistemas destinados a promover a transparência e a prevenir conflitos de interesses, ou a manter e fortalecer tais sistemas. (...)

Artigo 12. Setor Privado. (...)

2. As medidas que se adotem para alcançar esses fins poderão consistir, entre outras coisas, em: (...)

b) Promover a formulação de normas e procedimentos com o objetivo de salvaguardar a integridade das entidades privadas pertinentes, incluídos *códigos de conduta para o correto, honroso e devido exercício das atividades comerciais e de todas as profissões pertinentes e para a prevenção de conflitos de interesses*, assim como para a promoção do uso de boas práticas comerciais entre as empresas e as relações contratuais das empresas com o Estado; (...). (grifos nossos)

Com a Lei nº 12.813/2013, o ordenamento jurídico administrativo brasileiro passou a contar, a nível legal, com uma definição geral de conflito de interesse, em seu artigo 3º, inciso I: “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”.

Primeiramente, cumpre atentar que conflito de interesses representa uma situação jurídico-funcional em que o agente público se coloca em determinada posição conflitante, que possa comprometer ou resultar prejuízo ao exercício leal, impessoal, imparcial e probo da função pública, pela ocorrência ou existência de interesse privado (próprio ou de terceiro), passível de influenciar e desvirtuar o processo decisório, conforme os princípios e regras do regime jurídico-administrativo brasileiro.

Não é necessário que a situação criada possa redundar em alguma forma de enriquecimento ilícito (próprio ou de outrem), ou em atividade danosa ao patrimônio

público. É suficiente que estejam previa e objetivamente configurados os interesses privados que despontam da situação pessoal do agente, relativamente ao exercício de determinada função pública, e que tais interesses revelem aptidão para influenciar e contaminar o processo decisório, maculando sua legitimidade. O interesse privado subjacente retira a certeza sobre a isenção e neutralidade do exercício funcional, denegrindo sua qualificação como legítima avaliação institucional.

O conflito de interesse configura-se apenas pela conformação da “situação de confronto ou de colidência”, ou seja, pelo antagonismo dos interesses públicos e privados em determinada atuação funcional, e sua prevenção, mitigação, cessação ou desconsideração (pela insignificância) será ditada pela eficácia dos princípios da moralidade, impessoalidade, imparcialidade e eficiência administrativa, impostos pela Constituição, reverberados em lei, nos termos das circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso.

Até ao advento da Lei nº 12.813/2013, a melhor sistematização normativa do conflito de interesses, ao nível de responsabilização, aparece no âmbito do direito administrativo federal, na esteira da definição deontológica da moralidade administrativa, tendo como base o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal e o Código de Conduta da Alta Administração Federal, e resoluções aprovadas pela Comissão de Ética Pública, órgão vinculado à Presidência da República, que exerce função central no Sistema de Gestão da Ética no Poder Executivo Federal.

Merecem registro normas inseridas em Códigos de Ética, aprovados no âmbito das Administrações Públicas, dentre cujos objetivos está exatamente o da elucidação, prevenção, eliminação ou cessação de situações de conflitos de interesses.

Jesús González Pérez observou a relevância da determinação de deveres exigidos de agentes públicos através da formulação de códigos de conduta para a promoção e garantia da ética “como exigência de todos e de cada um dos servidores públicos, qualquer que seja a atividade administrativa que realize”.¹⁵ A existência de código de condutas, medidas preventivas e reações a infrações ocorridas são temas essenciais, na visão do autor, para se lograr a observância de princípios éticos na Administração. É incontestável a tendência no direito administrativo de utilização de sua força delimitadora e limitadora da atuação do administrador para promover a ética como fim da ação administrativa, na contemporaneidade.

No âmbito federal, o Decreto nº 1.171, de 22.06.1994 aprovou o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo. Este Código inclui entre os deveres fundamentais do servidor público, nas alíneas do inciso XIV: c) ser probo, reto, leal e justo, demonstrando toda a integridade do seu caráter, escolhendo sempre, quando estiver diante de duas opções, a melhor e a mais vantajosa

¹⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La ética en la Administración pública*. Madri: Civitas, 2000, p. 33.

para o bem comum; f) ter consciência de que seu trabalho é regido por princípios éticos que se materializam na adequada prestação dos serviços públicos; i) resistir a todas as pressões de superiores hierárquicos, de contratantes, interessados e outros que visem obter quaisquer favores, benesses ou vantagens indevidas em decorrência de ações imorais, ilegais ou aéticas e denunciá-las.

Por meio do Decreto de 26 de maio de 1999, o Presidente da República criou a Comissão de Ética Pública, órgão vinculado ao Presidente da República, com a missão de elaborar e propor a instituição de Código de Conduta das Autoridades, no âmbito do Poder Executivo. Através da Exposição de Motivos nº 37, de 18.08.2000, foi aprovado o Código de Conduta da Alta Administração Federal, em 21.08.2000. Foi neste Código que, pela primeira vez, objetivou-se “estabelecer regras básicas sobre conflitos de interesses públicos e privados e limitações às atividades profissionais posteriores ao exercício do cargo público”.

No âmbito federal, o Decreto nº 4.081, de 11.11.2002 instituiu o Código de Conduta Ética dos Agentes Públicos em exercício na Presidência e Vice-Presidência da República. Este Decreto foi alterado pelo Decreto nº 9.895, de 27.06.2019 (alterado pelo Decreto nº 10.584/2020). Um de seus objetivos é evitar a ocorrência de situações que possam suscitar conflitos entre o interesse privado e as atribuições públicas do agente público, conforme art. 2º, inciso VI, no seu âmbito pessoal e material de aplicação.

Através da Resolução nº 8, de 25.09.2003, a Comissão de Ética Pública aprovou norma específica que “identifica situações que suscitam conflito de interesses e dispõe sobre o modo de preveni-los”, para as autoridades submetidas ao Código de Conduta da Alta Administração Federal.¹⁶

Em sintonia com o Decreto nº 1174/1994 e Decreto nº 4.081 (alterado pelo Decreto nº 9.895/2019), o Decreto nº 6.029, de 01.02.2007 instituiu o Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal, tendo como objetivo central o de integrar os órgãos, programas e ações relacionadas com a Ética Pública no âmbito federal.

Há, por conseguinte, clara consciência de que o conflito de interesses no âmbito da Administração Pública é tópico fundamental à estruturação do princípio da moralidade administrativa. Em linha de princípio, a matéria é objeto de disciplina

¹⁶ Conforme a Resolução: “1. Suscita conflito de interesses o exercício de atividade que: a) em razão da sua natureza, seja incompatível com as atribuições do cargo ou função pública da autoridade, como tal considerada, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias afins à competência funcional; b) viole o princípio da integral dedicação pelo ocupante de cargo em comissão ou função de confiança, que exige a precedência das atribuições do cargo ou função pública sobre quaisquer outras atividades; c) implique a prestação de serviços a pessoa física ou jurídica ou a manutenção de vínculo de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão individual ou coletiva da autoridade; d) possa, pela sua natureza, implicar o uso de informação à qual a autoridade tenha acesso em razão do cargo e não seja de conhecimento público; e) possa transmitir à opinião pública dúvida a respeito da integridade, moralidade, clareza de posições e decoro da autoridade”.

administrativa regulamentar, sem objetivar a “responsabilidade jurídica”, mas com o fito de imprimir uma “responsabilidade política” em razão da sua ocorrência.¹⁷

Antes da Lei de Conflito de Interesses, o tratamento a nível legislativo conferido ao tema, no que toca à disciplina do exercício de funções públicas na Administração Pública – qualificava-se fundamentalmente como de índole repressiva “não jurídica” – a lei tipificava situações de conflito de interesses para efeitos sancionatórios ou punitivos “morais”; casuística – a legislação não disciplinava de forma abrangente as situações de conflito de interesse, elegendo algumas condutas para fins de qualificação legal; incompleta – a legislação promovia a fragmentação da disciplina necessária ao tratamento adequado do tema; e assistemático – a legislação não buscava estabelecer uma ordenação congruente e lógica sobre este relevante aspecto do enfrentamento à corrupção.

O Direito Administrativo Sancionador Disciplinar sempre acolheu uma “responsabilização jurídica” da ocorrência de conflitos de interesse.

Esta forma paradigmática de repressão ao conflito de interesses encontra-se, no âmbito federal, na Lei nº 8.112/1990. E, com facilidade, está refletida em estatutos nos demais âmbitos federativos.

Nos termos do Regime Jurídico Único da União e entidades autárquicas federais, são condutas proibidas aos exercentes de cargo público federal, nos termos do regime jurídico único, conforme incisos do artigo 117: X – participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; XVIII – exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho. Entre as consequências, está a pena de demissão, nos termos do artigo 132, inciso XIII. Dispositivos semelhantes são encontrados em regimes estatutários de carreiras públicas federais específicas. As normas caminham para afastar conflitos de interesses, mas as descrições típicas não são suficientes para a adequada disciplina sancionatória.

O Regime Jurídico Único autoriza o rompimento sancionatório do vínculo estatutário. Em geral, o estatuto do servidor público federal tipifica ilícitos que, substancialmente, buscam tutelar a impessoalidade, imparcialidade e isenção, punindo conflitos de interesses configurados nas condutas legalmente vedadas.

¹⁷ Conforme exposição de motivos nº 37, de 18.08.2000, do Código de Conduta da Alta Administração Federal: “Na verdade, o Código trata de um conjunto de normas às quais se sujeitam as pessoas nomeadas pelo Presidente da República para ocupar qualquer dos cargos nele previstos, sendo certo que a transgressão dessas normas não implicará, necessariamente, violação de lei, mas, principalmente, descumprimento de um compromisso moral e dos padrões qualitativos estabelecidos para a conduta da Alta Administração. Em consequência, a punição prevista é de caráter político: advertência e censura ética. Além disso, é prevista a sugestão de exoneração, dependendo da gravidade da transgressão”.

Percebe-se que a tipificação está adstrita ao momento do exercício da função pública. Ocorre que o conflito de interesse pode despontar após o exercício funcional. O Direito Administrativo Sancionador passou a enfrentá-las.¹⁸ Em princípio, isto se cristalizou de forma pontual. Após os experimentos iniciais, esta disciplina dilatada foi melhor sistematizada.

Esta lógica normativa começa a ganhar força somente no contexto da denominada Reforma do Estado, especialmente no tratamento conferido ao exercício da função pública em órgãos colegiados de “Agências Reguladoras”, como restou sintetizado na Lei nº 9.986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Autarquias ANATEL, ANEEL, ANP, ANVISA, e ANS, até então criadas por lei federal.

Para assegurar o exercício do cargo público diretivo de forma isenta e imparcial, a Lei nº 9.986/2000 estabelece que o ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de 6 (seis) meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato, conforme art. 8º (redação da Lei nº 13.848/2019).

Por fim, prescreveu que, na hipótese de o ex-dirigente ser servidor público, poderá ele optar (1) ou por ficar vinculado à agência, fazendo jus a remuneração compensatória equivalente à do cargo de direção que exerceu e aos benefícios a ele inerentes (art. 8º, §2º), (2) ou pelo retorno ao desempenho das funções de seu cargo efetivo ou emprego público, desde que não haja conflito de interesse (art. 8º, §5º).

Referida norma atende a diversos interesses públicos. Ao estabelecer o “período de quarentena”, após o exercício do cargo, a medida busca, dentre outros, fortalecer o exercício imparcial da regulação independente outorgada à Autarquia, de modo a preservar os interesses públicos a serem resguardados e implementados no setor regulado. “Supõe-se que, ao longo desse período, o desenvolvimento normal das atividades da agência conduziria à diluição da influência pessoal e à obsolescência das informações privilegiadas eventualmente titularizadas pelo administrador”.¹⁹

Interessante registrar que a Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001, inconstitucionalmente (por razões materiais), criminalizou a inobservância da vedação legal (art. 8º, §4º). Houve na Lei nº 9.986/2000 remissão ao Código Penal, especialmente ao crime de advocacia administrativa.

O tratamento conferido pela Lei nº 9.986/2000 – como acima se verifica – mesmo já inspirado na necessidade de prevenir conflitos de interesses, restou incompleto. Não tratou detalhadamente sobre as hipóteses de conflito de interesse no exercício do cargo; do mesmo modo há clara limitação quanto ao âmbito subjetivo de abrangência da regra, restrita a membros de Conselho Diretor/Diretoria.

¹⁸ Conferir: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Direito Administrativo Sancionador. Breve evolução Identidade. Abrangência e Funcionalidades. *Interesse Público*, v. 22, p. 83-126, 2020.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 472.

É certo que a regra instituída era e continua necessária, pelas características da atividade regulatória e o risco de “captura” presente nas agências reguladoras setorializadas independentes.²⁰

A Lei nº 13.848, de 25.06.2019 dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, no plano Federal. Conforme o artigo 3º, “a natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação”. A regulação somente é legítima se, quando e na medida necessária à tutela de interesses públicos (artigo 4º).

A Lei Geral de Agências Reguladoras Federais reforça a necessidade de monitoramento e apuração de conflitos de interesse nas Agências. O processo decisório disciplinado nos artigos 4º a 13 pressupõem ausência de posições conflitantes para que as decisões regulatórias (normativas e concretas) atendam aos fins de interesse público.

O mesmo tratamento normativo pontual é encontrado na Medida Provisória nº 2.225-45, de 04.09.2001 (em vigor), que tratou da matéria (CI após o desligamento do exercício funcional, no plano da Administração Federal Direta) nos seus artigos 6º e 7º.

Esta norma não se dirige a membros de diretoria de Agências Reguladoras, mas exclusivamente a “Ministros de Estado e titulares de cargos comissionados Grupo DAS nível 6 e autoridades equivalentes” na Administração Pública Federal.²¹ A Medida Provisória é posterior ao Código de Conduta da Alta Administração Federal.

O artigo 6º determinou que os exercentes destes cargos, que tenham tido acesso a informações que possam ter repercussão econômica, na forma definida em regulamento, “ficam impedidos de exercer atividades ou de prestar qualquer serviço no setor de sua atuação, por um período de quatro meses, contados da exoneração”.

No aludido prazo, referidos agentes públicos devem: (i) não aceitar cargo de administrador ou conselheiro, ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica com a qual tenha mantido relacionamento oficial direto e relevante nos seis meses anteriores à exoneração; (ii) não intervir, em benefício ou em nome de pessoa física ou jurídica, junto a órgão ou entidade da Administração

²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 366.

²¹ Na atualidade, a organização administrativa federal está disciplinada pela Lei nº 13.844, de 18.06.2019, que estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, arrolados em 18 (dezoito) órgãos ministeriais.

Pública Federal com que tenha tido relacionamento oficial direto e relevante nos seis meses anteriores à exoneração.

O artigo 7º estabeleceu que, durante o período de impedimento, as pessoas referidas no art. 6º ficam vinculadas ao órgão ou à entidade em que atuaram, fazendo jus à remuneração compensatória equivalente a do cargo em comissão que exerceram. Em se tratando de servidor público, este poderá optar pelo retorno ao desempenho das funções de seu cargo efetivo nos casos em que não houver conflito de interesse, não fazendo jus à remuneração.

Os dispositivos foram objeto de regulamentação pelo Decreto nº 4.187, de 08.04.2002, merecendo destaque a definição das “autoridades que tenham tido acesso a informações que possam ter repercussão econômica” (art. 3º)²² e atribuição de competência à Comissão de Ética Pública, criada pelo Decreto s/n de 26.05.1999, para decidir, em cada caso, sobre a ocorrência dos impedimentos.

A necessidade de prevenção de conflitos de interesses, como aspecto essencial do regime jurídico-administrativo, não se acantona em matéria legislativa afeta ao exercício da função pública. Há diversos dispositivos inspirados na moralidade administrativa, em outras legislações administrativas, no domínio de atividades instrumentais e finalísticas da Administração Pública.

Em termos de legislação processual administrativa, avultam as normas sobre impedimento e suspeição encartadas na Lei Geral de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999). O impedimento (art. 18) pode resultar da presença de (i) interesse direto ou indireto na matéria; (ii) participação do agente ou de seu cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau, como perito, testemunha ou representante; (iii) litígio (judicial ou administrativo) com o interessado ou seu cônjuge/companheiro. A suspeição (art. 20) deriva de (i) amizade íntima ou (ii) inimizade notória com interessado ou seu cônjuge, companheiro, parentes e afins até o terceiro grau.

Outros relevantes dispositivos, por constituírem formas de tutela ao interesse público anticorrupção, encontram-se na legislação de licitação e contratos da Administração Pública. A nova Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) contém regramentos, tutelando o interesse público, protegendo-o de posições conflitantes em seu detrimento.

De um lado, só legítima designação pela autoridade competente de agentes públicos para “desempenho de funções essenciais à execução da lei” daqueles que “não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o

²² Autoridades que tenham tido acesso a informações que possam ter repercussão econômica são exclusivamente os membros do Conselho de Governo, do Conselho Monetário Nacional, da Câmara de Política Econômica e da Câmara de Comércio Exterior do Conselho de Governo, do Comitê de Gestão da Câmara de Comércio Exterior e do Comitê de Política Monetária do Banco Central do Brasil. (Redação cf. Decreto nº 4.405, de 3.10.2002).

terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil” (artigo 7º, inciso III). Demais disso, proíbe agente público em situação de CI, conforme legislação específica, de atuar, direta ou indiretamente, no processo administrativo (artigo 9º, §1º).

De outro lado, dentre as hipóteses legais, além de consagrar impedimentos que tutelam a isonomia entre licitantes (artigo 14, incisos I, II, III e V), a nova LGLC impede de licitar “aquele que mantenha vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato”, ou aquele “que deles seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau”, impondo que a proibição conste expressamente do edital de licitação (art. 14, inciso IV).

A nova LGLC renova a tutela do interesse público, em disposição própria da nova modalidade de licitação, denominada diálogo competitivo, quando estende a proibição de conflito de interesses para profissionais contratados pela Administração Pública para “assessoramento técnico” da Comissão que conduzirá este certame (artigo 32, §2º).

Na execução de contratos, a nova LGLC estabelece que “é vedado ao contratado contratar cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, de dirigente do órgão ou entidade contratante ou de agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato”, conforme artigo 48, parágrafo único, que exige esta proibição expressamente alocada no edital de licitação.

O repúdio legislativo ao conflito de interesses também reverbera na gestão contratual, quando veda-se “a subcontratação de pessoa física ou jurídica, se aquela ou os dirigentes desta mantiverem vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato”, inclusive quando houver vínculo, relativamente a “cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau” (artigo 122, §3º), exigindo indicação expressa no Edital.

Referidos dispositivos cumprem função relevante de tutela da impessoalidade, na condução de licitações e contratações em geral, preservando os interesses públicos de situações de colidência, que fragilizam o seu objetivo atendimento.

4 Marco legal sobre conflito de interesses: a Lei nº 8.429/1992 (lei geral) e Lei nº 12.813/2013 (lei especial)

A proibição de conflitos de interesses é forma de tutela da probidade como bem jurídico constitucionalmente tutelado no artigo 37, §4º da CF.

O cidadão comum tem a expectativa legítima de que graves situações de colidência entre interesses públicos (que devem ser perseguidos pelos agentes públicos) e interesses privados (que fluem da condição pessoal de interesses particulares desses agentes) não sejam admissíveis ou tolerados, sob pena de eternizar-se o patrimonialismo historicamente observado nas Administrações Públicas. Daí que é legítima a construção legislativa que tipifica conflitos de interesses como formas especiais de atos de improbidade administrativa. Isto é interpretar a Constituição, pela perspectiva do cidadão, como nos ensina Maria Garcia.²³

4.1 Lei nº 8.429/1992 (Lei Geral de Improbidade Administrativa – LIA)

4.1.1 Conflitos de Interesse na redação original da LIA

A tutela da probidade administrativa, preconizada no artigo 37, §4º da CF, foi objeto de regulamentação pela Lei nº 8.429/1992. Estruturou-se o sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade, com a delimitação de seus componentes (bens jurídicos tutelados, ilícitos, sanções e processo de investigação e de aplicação das sanções).

O alcance da tipologia dos ilícitos está na própria axiologia constitucional. Será improbidade ofensa aos bens jurídicos relevantes extraídos da probidade, tal como protegida no regime jurídico-administrativo plasmado para a organização do Estado. A norma constitucional representa incontestável mandado de reprovação de atos ímprobos, com a missão de reconhecer condutas ilegais, de agentes públicos e terceiros, a merecer as sanções já previstas na Constituição, bem como sanções passíveis de estatuição no plano infraconstitucional.

Na versão originária da LIA, o conflito de interesse já estava presente na tipificação legal. Enquadrava-se, sob uma perspectiva geral, como conduta ilícita no bojo do artigo 11, *caput*, constituindo forma de abalo ao dever de honestidade, legalidade, imparcialidade e lealdade institucional. O próprio artigo 11 já especializava a conduta de “revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo”, como tipo especial no seu inciso III. Para revelar improbidade, a quebra do sigilo tinha como pressuposto ofensa aos bens jurídicos do *caput*, o que diferenciava quaisquer ilegalidades com esta fisionomia de ilicitudes graves a irromper a competência sancionatória da LIA.

²³ Uma indagação fundamental: “O ato de interpretar, atribuir significado à norma (Kalinowski) a fim de que se possibilite a sua aplicação ao caso concreto, envolve a pré-compreensão do intérprete e toda uma teoria da interpretação, métodos e formas de atuação, até a norma de decisão: ‘Isto posto, decido: (...)’. Em toda essa operação, contudo, deve existir um momento de indagação: como o homem comum, ignorante das teorias e dos métodos, veria esta questão? (...)” (GARCIA, Maria. A interpretação da lei como a interpretação da lei pelo cidadão comum. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 52, p. 44-50, jul./set. 2005).

Não bastasse esta norma geral, outra estava (e continua na LIA), descrevendo no rol de atos de enriquecimento ilícito “aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade”, no inciso VIII, do artigo 9º.

A topografia legislativa do ilícito levou a entendimento dogmático de que o inciso VIII exigia comprovação de fatos subsumidos no *caput*. Todavia, o sistema de tipificação da LIA (desde o originário até os dias atuais) é tecnicamente deficiente. O inciso VIII constitui um tipo geral de repressão a conflito de interesse.²⁴ O melhor entendimento é reconhecer a autonomia do tipo no sistema da LIA, no bojo do artigo 9º.

Veja-se que o tipo abrange duas condutas diversas: (i) ação de aceitar emprego ou comissão; (ii) além de aceitá-la, exercer atividade de consultoria ou assessoramento nos sujeitos indicados na norma. Nos dois casos, estão delineadas situações de conflito de interesses.

Neste dispositivo (artigo 9º, inciso VIII), a LIA não enquadra estas condutas ilícitas apenas quando delas se origina o recebimento de vantagens patrimoniais indevidas (art. 9º, *caput*). A técnica tipificatória utilizada autoriza o intérprete a subsumir condutas de conflito de interesse a gerar remunerações resultantes da prestação efetiva de serviço, por parte do agente público, em prol dos sujeitos referenciados. Neste caso, descabe assimilar os valores recebidos como “vantagens econômicas indevidas”, ressalvada outorga de valores incompatíveis com o mercado. A conduta permanece ímproba, e o agente deverá sofrer as sanções cominadas ao tipo do artigo 9º.

Também está implícito no inciso VIII que a ilicitude exige ofensa ao bem jurídico probidade (no caso, honorabilidade funcional), para que conflitos de interesses possam ser inseridos no tipo legal. Agente público e terceiros, envolvidos no contexto infracional, respondem conforme as regras de imputação legal.

Nesta perspectiva, Fábio Medina Osório, na leitura do artigo 9º, inciso VIII, observa que “a improbidade administrativa exige que haja interesses concretamente incompatíveis”, e que “há graus de incompatibilidades a serem sopesados e avaliados”, concluindo que grave desonestidade funcional está atrelada a grave conflito de interesses.²⁵

²⁴ Waldo Fazzio Júnior analisa o artigo 9º, inciso VIII, e descortina sua diferenciação no contexto do artigo 9º, identificando norma de “conflito de interesses” (cf. FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 132).

²⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 459.

A norma do artigo 9º, inciso VIII não trata de conflito de interesses após o desligamento da função pública. Este tema foi discutido no processo legislativo, mas não foi disciplinado pela regra ao seu final.²⁶

A doutrina também destacava a responsabilidade da pessoa jurídica, no contexto do artigo 9º, inciso VIII. Conforme Pedro Roberto Decomain,

aquele que se torna empregador do agente público nas condições foadas no inciso, ou que de qualquer modo lhe contrata os serviços de assessoria ou de consultoria ou lhe paga comissão, deve ser havido como beneficiário da improbidade, ficando sujeito, portanto, à incidência das sanções previstas pelo art. 12, inciso I, da Lei n. 8.429/92.²⁷

Ao nosso ver, a imputação é de coautoria, e não mero beneficiamento.

Quando abrangida conflitos de interesse na sua estrutura sancionatória, a LIA não se dedica a estabelecer sistema de prevenção, monitoramento ou solução do conflito, como forma de reação à constatação da ilicitude. Em outros termos, não disciplina de forma sistemática este tema fulcral na tutela do interesse público anticorrupção. Além disso, os tipos genéricos não oferecem parâmetros mais densos da forma em que CI são relevados, divisando deste universo amplo de práticas ilícitas os CI filtrados a merecer as sanções da LIA.

Esta reforma necessária da LIA, todavia, não foi engendrada pela Lei nº 14.230/2021, que manteve a disciplina no terreno de legislação especial.

4.1.2 Conflitos de Interesse na LIA, com as alterações da Lei nº 14.230/2021

A Lei nº 14.230/2021 (lei de reforma) manteve a continuidade típica, relativamente às hipóteses já agasalhadas na Lei nº 8.429/1992.

De um lado, não houve nenhuma alteração no artigo 9º, inciso VIII, acima analisado. Mas as correspondentes sanções do artigo 12, inciso I foram alteradas, em patamares mais gravosos e menos gravosos, conforme o tipo de sanção.

De outro lado, promoveu modificações não substanciais nas hipóteses presentes nos incisos do artigo 11. Mas houve inconstitucional exclusão das sanções de perda da função pública e da suspensão dos direitos políticos do rol do artigo 12, inciso III, ao lado de patamares mais gravosos e menos gravosos, conforme o tipo de sanção mantido.

A Lei nº 14.230 teria inovado na retirada de capacidade subsuntiva do *caput* do artigo 11, tornando taxativo o elenco dos seus incisos. Esta conclusão não se

²⁶ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 200.

²⁷ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2014, p. 112.

sustenta. A tipologia de atos ímprobos (sem enriquecimento ilícito ou dano causado ao Erário) é vastíssima, sendo certo que o legislador não tem aptidão para esgotar sua definição no plano legislativo, sob pena de tutela deficiente da probidade, resguardada no artigo 37, §4º, da CF. Portanto, a caracterização dos atos ofensivos à honestidade, legalidade e imparcialidade (artigo 11, *caput*) mantém exemplificativa. Por outro lado, merece elogio, no contexto do artigo 11, a expressa exigência de “lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos” (art. 11, §4º).

A descrição típica do inciso III foi aperfeiçoada: “revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado”.

Também é certo que, no quadro tipificatório do artigo 11, conforme a Lei nº 14.230/2021, somente haverá improbidade “quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade” (art. 11, §1º). Este enunciado normativo merece atenção na tipificação de conflitos de interesse, já que o tipo especial (artigo 11, inciso III), tipifica a improbidade em conduta que “propicie beneficiamento”.

Em qualquer descrição típica do artigo 11 da LIA exige-se exclusivamente dolo, e merecerá interpretação conforme o artigo 28 da Convenção de Mérida, pelo qual “o conhecimento, a intenção ou o propósito que se requerem como elementos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas”. Com efeito, caso descumprida esta norma convencional, tornar-se-ia impossível ou diabólico comprovar o elemento anímico pretendido da conduta do agente público, que cria a posição de colidência, inerente aos conflitos de interesses que atentam contra a isenção, neutralidade e imparcialidade no setor público.

Por fim, importante reavivar a regulamentação do Acordo de Não Persecução Cível, previsto no novo artigo 17-B, da LIA, conforme a Lei nº 14.230/2021.²⁸ A solução consensualizada poderá ocorrer antes ou após o ajuizamento de ação civil pública de improbidade administrativa, evitando ou extinguindo a judicialização. Induvidosamente, situações de conflitos de interesse podem ser objeto de tratativas de ANPC, que “considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as

²⁸ Conferir: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Consensualidade no Direito administrativo sancionador. Breve análise do Acordo de Não Persecução Cível, na Orientação Normativa nº 10/2020, da 5ª CCR-MPF. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIRÓZ, Ronaldo Pinheiro de; KIRCHER, Luís Felipe Schneider (Org.). *Justiça consensual: acordos penais, cíveis e administrativo*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 01-49.

vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso” (art. 17-B, §2º). Este ANPC também poderá engendrar aperfeiçoamento de “mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (art.17-B, §6º), envolvida em conflitos de interesse.

No tocante ao processo judicial da ação civil pública de improbidade administrativa, merece ênfase a estipulação de fatores de dosimetria a governar o processo de dosimetria de sanções cabíveis, conforme novo artigo 17-C da LIA, em homenagem ao princípio constitucional de individualização, que também constitui esteio do Direito Administrativo Sancionador, em cujo terreno a improbidade está alocada (artigo 1º, §4º)

4.2 Sistema de improbidade administrativa específico, cristalizado na Lei nº 12.813/2013

4.2.1 Caráter nacional de normas da LCI estruturantes de sistema especial de improbidade administrativa

O tema do conflito de interesses foi objeto de disciplina normativa específica na Lei nº 12.813/2013, aprovada pelo Congresso Nacional. O primeiro aspecto relevante a esclarecer é o seu caráter de norma nacional, com as devidas e possíveis adequações na sua aplicabilidade em todos os âmbitos federativos.

É certo que a Lei nº 12.813/2013 expressamente preceitua que irá tratar das situações que configuram conflito de interesses envolvendo ocupantes de cargo ou emprego “no âmbito do Poder Executivo Federal” (art. 1º). Todavia, outros dispositivos da própria Lei demonstram que o regime jurídico nela estabelecido deve alcançar campo de aplicação maior do que o pretendido, abarcando todos os agentes públicos que exercem função administrativa na Federação.

Em rigor, desde a Lei nº 12.813/2013, o direito administrativo brasileiro passa a ter verdadeiro sistema normativo específico para reger a matéria regulada, na medida em que a lei ingressou no tema da improbidade administrativa, sendo certo que, na atualidade, a Lei nº 8.429/1992 agasalha expressamente leis especiais, conforme novo art. 1º, §1º, na redação da Lei nº 14.230/2021.

O tratamento é sistemático, porque construído com ordenação lógica com o fim de assegurar disciplina orgânica e congruente à prevenção, eliminação e punição de conflitos de interesses na função pública.

Define-se o conceito central da normatização (art. 3º, inciso I). Identifica-se o alcance subjetivo do regime (art. 2º). Positiva-se o dever público do exercente de função pública em atuar para prevenir ou impedir o conflito de interesses (art. 4º), instituindo processo de consulta. Estabelecem-se as situações configuradoras de

conflito no exercício do cargo ou emprego (art. 5º), ao mesmo tempo que delimita o conflito após o exercício do cargo ou emprego (artigo 6º). Atribuem-se competências de monitoramento, fiscalização e avaliação para determinados órgãos públicos (art. 8º). Estatuem-se deveres de declaração e de comunicação dos agentes públicos essenciais à efetividade do sistema de prevenção que almeja a lei (art. 9º).

A tipificação legal das hipóteses de conflito de interesse como novas categorias de improbidade administrativa, por força do artigo 12 da Lei nº 12.813/2013, é a razão maior para outorgar a determinados dispositivos o caráter de norma nacional, aplicável não apenas à União, mas também a Estados-membros, Municípios e Distrito Federal. Trata-se aqui de exercício de competência legislativa privativa da União Federal, por força da competência instituída no artigo 37, §4º da Constituição.

A repartição de competências adotada na atual Constituição, está estruturada em “(...) um sistema complexo em que convivem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente (...)”, sendo certo que as competências privativas da União não estão restritas aos artigos 21 (competências materiais) e 22 (competências legislativas) do Texto Constitucional.²⁹ Melhor exemplo desta complexidade está no artigo 37, §4º, que funda o sistema de responsabilização de agentes públicos (e terceiros) pela prática de improbidade administrativa, e que, consoante uma interpretação sistemática, deve valer para toda a Administração Pública, disciplinada pelo artigo 37. Tem-se o que Celso Ribeiro Bastos qualificava como “verdade inquestionável”, ao analisar a repartição de competências constitucionais: “a regra de ouro da nossa Federação tornou-se a de que a União cumpre um papel hegemônico na atividade legislativa em todos os níveis”.³⁰

Somente lei nacional pode dispor sobre “atos de improbidade administrativa”, para o efeito sancionatório estabelecido no dispositivo constitucional citado. Só regulamentação legislativa de competência exclusiva do Congresso Nacional. Não se toleram tipos de improbidade administrativa que acarretem efeitos normativos sancionatórios inovadores apenas para agentes públicos da Administração Federal. A restrição da Lei nº 12.813/2013 à dimensão nacional de seu regime, não encontra guarida no artigo 37, §4º da CF.

A conclusão inarredável, em face da Lei nº 12.813/2013, é que esta, por conseguinte, deve ser objeto de interpretação conforme a Constituição, para mantê-la no ordenamento, de modo a produzir validamente seus efeitos sancionatórios.

Nesta direção, é necessário examinar a Lei, aquilatando suas normas nacionais ou federais. São normas nacionais os seguintes artigos: artigo 3º e artigo 4º e

²⁹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 74.

³⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 295.

seu §2º, pelas definições estruturantes do sistema especial; artigos 5º e 6º, pela natureza tipificatória de condutas ilícitas; e artigo 12, pelo conteúdo institutivo de sanções aplicáveis aos ilícitos estabelecidos. Os demais dispositivos ostentam caráter federal, mas o seu regramento deve ser aplicado nos demais níveis federativos, com observância do princípio da simetria.

Os demais dispositivos contidos na Lei nº 12.813/2013 constituem normas federais, e não normas nacionais, já que todos se justificam em razão da organização da Administração Pública federal para implementar o sistema de identificação, prevenção, eliminação e repressão de conflitos de interesse na sua órbita própria, cuja temática, em outras órbitas da Federação, deverá ser objeto de obrigatória legislação de cada esfera federativa.

Cabe aos Estados, Municípios e Distrito Federal estabelecer suas próprias regras de organização administrativa, para regulação da matéria, podendo neste mister utilizar-se dos parâmetros já estabelecidos na legislação federal, no exercício da autonomia administrativa consagrado no artigo 18 da Constituição.

É importante observar que o regramento existente sobre conflito de interesses com base no Código de Conduta da Alta Administração Federal e Resolução nº 8, de 25.09.2003, da Comissão de Ética Pública, vinculada à Presidência da República não tem a mesma dimensão jurídica das normas aprovadas na Lei nº 12.813/2013. São normas de nível hierárquico formal diferentes (normas administrativas federais infralegais v. normas administrativas nacionais). Estabelecem sanções diferentes (no Código e Resolução, censura ética; na LCI, penalidades disciplinares e sanções por improbidade administrativa). São normatizações cujas sanções institucionalizadas estão em campos distintos (esfera administrativa v. esfera jurisdicional). Isto não retira a importante contribuição do regramento do Código e da Resolução para a elaboração da LCI.

Assim, no pertinente à improbidade administrativa, as normas jurídicas veiculadas no seio da Lei nº 12.813/2013 possuem caráter nacional.

Não só por expressa exigência constitucional doméstica (artigo 37, §4º, da CF), mas também por ilação necessária da estrutura do Sistema Brasileiro Anticorrupção, cujos esteios fundamentais estão desenhados na Convenção Anticorrupção da ONU (Mérida), vez que a disciplina normativa de conflitos de interesse é aspecto fulcral na política pública anticorrupção.

4.2.2 Hipóteses de conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego

Relevante a delimitação do regime sistemático de disciplina do conflito de interesses, como especificação normativa de situações fáticas que o configurem, sobretudo quando o regime legal apresenta objetivos preventivos e punitivos. Entra

neste aspecto sancionatório a observância do princípio da tipicidade, que impõe ao Estado a prévia definição de ilícitos imputáveis a infratores.

Por força do artigo 12 da Lei nº 12.813/2013, a prática de atos que consubstanciam conflito de interesses foi categorizada como ato de improbidade administrativa. Logo, os artigos 5º e 6º, para efeito de improbidade administrativa, devem ser considerados tipos especiais de atos de improbidade.

O regime legal classifica hipóteses de conflito no exercício da função pública (art. 5º) e após o desligamento do agente público da respectiva função (art. 6º). Na primeira situação, a conduta também é vedada ao agente público, “ainda que em gozo de licença ou em período de afastamento” (art. 5º, parágrafo único), independentemente do motivo legal. Em outros termos, mantido o vínculo com o Estado (institucional ou profissional, estatutário ou contratual), permanecerão aplicáveis as proibições legais.

As hipóteses de conflito de interesses são expressamente catalogadas como improbidade administrativa, no artigo 12 da LCI. A tipificação dirige-se, primariamente, à conduta do agente público, mas igualmente abarca terceiros nela envolvidos.

A previsão das situações de conflito de interesses persegue duas finalidades públicas, igualmente relevantes, a de prevenção de sua configuração ou instauração, e a de eliminação e punição de sua ocorrência. É certo que toda norma sancionatória tem este duplo escopo.

O artigo 4º preceitua que o ocupante de cargo ou emprego no Poder Executivo federal deve agir de modo a prevenir ou a impedir possível conflito de interesses e a resguardar informação privilegiada. Logo a seguir, em norma federal, cria o mecanismo de consulta à Comissão de Ética Pública ou à Controladoria-Geral da União, para casos de dúvida. Ao arrolar as situações características de conflito aumenta o grau de segurança jurídica para o desempenho imparcial e legal de cargos e empregos públicos, na matéria legislada. E criou-se, ainda, o dever de prevenção, coroado pelo instituto da consulta a órgão administrativo especializado na apreciação de condutas de agentes públicos, sob o prisma profissional ético-jurídico. O artigo 4º é norma nacional, pois deve valer para toda a Administração Pública.

A seguir, pretende-se efetuar uma análise pontual de cada hipótese, buscando compreender o seu conteúdo e alcance.

a) Hipótese do artigo 5º, inciso I

A LCI inicia o processo de tipificação considerando conflito a ação de “divulgar ou fazer uso de informação privilegiada em proveito próprio ou de terceiros, obtida em razão das atividades exercidas” (art. 5º, inciso I). A toda evidência, a utilização privada de informação pública “privilegiada” é fator propício a práticas de corrupção.

A EC nº 19/1998 estabeleceu que “a lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que

possibilite o acesso a informações privilegiadas” (artigo 37, §7º). Instituiu competência legislativa, que, no âmbito federal, foi exercida na Lei nº 12.813/2013, que enuncia uma definição legal para o conceito constitucional: “informação privilegiada” é “a que diz respeito a assuntos sigilosos ou aquela relevante ao processo de decisão no âmbito do Poder Executivo federal que tenha repercussão econômica ou financeira e que não seja de amplo conhecimento público” (artigo 3º, inciso II). Para efeitos punitivos, a norma tem caráter nacional. No “âmbito do Poder Executivo Federal” deve ser lido como “no âmbito da Administração Pública”.

A definição da LCI distingue informações sobre “assuntos sigilosos”. Neste caso, chega-se a maior delimitação conceitual utilizando a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), destacadamente, o seu artigo 23, que reproduz o que legalmente se deve considerar como informação sigilosa, regulamentando o direito fundamental à informação pública.

Ressalte-se que o sigilo é imposto para satisfazer interesses públicos. Após a sua decretação, utilizar informações sigilosas, para além da sua razão de ser, mostra ostensiva e objetiva situação funcional de desatrelamento aos interesses públicos a serem protegidos, em desarmonia à imparcialidade, isenção e neutralidade do exercício da função pública. A utilização cria, por si só, a posição conflitante, que não pode ser tolerada.

Dependendo da interpretação do artigo 11, inciso III da LIA (com redação da Lei nº 14.230/2021), a descrição típica do artigo 5º da LCI terá alcance mais dilatado em CI derivados de informações sigilosas.

Como visto, a LCI também considera informação privilegiada como “aquela relevante ao processo de decisão no âmbito do Poder Executivo Federal que tenha repercussão econômica ou financeira e que não seja de amplo conhecimento público”.

Sublinhem-se os pressupostos fáticos da ilicitude: (i) informação relevante ao processo de decisão pública, no exercício de função administrativa; (ii) informação com repercussão na ordem econômica (artigo 170 da CF), destacadamente o sistema financeiro nacional (artigo 192 da CF); (iii) informação não divulgada para amplo conhecimento público; (iv) informações obtidas em razão do exercício direto da função pública. São essas características que a tornam informação privilegiada, no sentido de que não está disponível a todos. Agente público que utiliza esta informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, coloca-se igualmente em posição de colidência com interesses públicos, atuando sem isenção, neutralidade e imparcialidade.

O agente público aproveita-se da circunstância pessoal de acesso à informação privilegiada, visando atender interesse privado, e passa a utilizar a informação, em proveito próprio ou de terceiro.

O conflito de interesses instaura-se quando há quebra do dever jurídico de isenção, neutralidade e imparcialidade. O agente público que persegue proveito

com o uso indevido dessa “informação privilegiada” coloca, em plano superior, interesses privados em detrimento de interesse públicos. Afasta-se dos limites institucionais impostos à sua atuação.

Para reconhecimento da hipótese de conflito de interesses (artigo 5º, inciso I), não basta a acessibilidade da informação. A hipótese supõe atuação externa e efetiva representada na ação de divulgar ou fazer uso. Divulgar é tornar conhecida a informação. É difundi-la ou propagá-la. Fazer uso é não apenas divulgar, mas sobretudo utilizar-se da informação. Em ambos os casos, deve agir em proveito próprio ou de terceiro.

A norma não se restringe a agentes públicos que estão lotados em órgãos auxiliares do Poder Executivo, com atribuições institucionais diretas na área econômica. Tampouco se limita a agentes de entidades da Administração indireta na área econômica. O tipo qualifica a ilicitude pela aptidão da decisão estatal (órgão ou entidade da Administração) em deflagrar relevantes efeitos econômicos ou financeiros na ordem econômica e social, e pelo fato de o acesso à informação privilegiada ser inerente ao exercício da função. O plexo orgânico de lotação do agente é apenas circunstância agravante ou não do conflito de interesses.

Interfere na compreensão da norma em epígrafe o artigo 4º, §2º da LCI, que estabelece que a ocorrência de conflito de interesses independe da existência de lesão ao patrimônio público, bem como do recebimento de qualquer vantagem ou ganho pelo agente público ou por terceiro.

Logo, a atuação típica se perfaz com o ato de divulgação ou de utilização em proveito. Neste sistema especial de improbidade, a tipificação é reconduzida pela LCI, como regra, ao artigo 11 da LIA (art. 12 da LCI).

A expressão “proveito” do artigo 5º, inciso I, deve ser interpretada no sentido de “vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro”, nos termos do artigo 2º, parágrafo único, da LCI. A expressão econômica do proveito é elemento nuclear da tipificação da conduta, sendo que qualquer outro tipo de proveito não autoriza o enquadramento legal. Este “proveito econômico” do agente público ou de terceiro, reputa-se ilícito. Comprovada a sua ocorrência (ou materialização deste resultado fenomênico), deverá a vantagem indevida ser objeto de perdimento. Será uma hipótese de fatos enquadráveis no artigo 9º, caput, da LIA, e artigo 5º, inciso I, da LCI, ensejando as sanções do artigo 12, inciso I, da LIA.

Acréscimo patrimonial fundado em utilização indevida de informação privilegiada é contrário à lei, não podendo subsistir na esfera jurídica do agente ou terceiro que agiram em descompasso com a probidade.

No caso de ausência de vantagem indevida (ou não comprovado o ato de seu recebimento), a utilização indevida de informação privilegiada por agente público será tipificável no artigo 5º, inciso I, da LCI, ensejando as sanções do artigo 12, inciso III da LIA.

No caso de conduta praticada por agente público que divulga ou faz uso da informação privilegiada, mas esta não é acessível em razão da função institucionalmente exercida, segue-se caracterizado o ato de improbidade, mas o enquadramento será exclusivo na LIA.

Por fim, vale o registro de que o uso indevido de informação privilegiada (*insider trading*) constitui crime previsto na Lei da CVM, em seu artigo 27-D (redação da Lei nº 10.303/2001): “Utilizar informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários”. A pena é reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

O fato tipificado na LCI, em seu artigo 5º, inciso I pode receber esta qualificação criminal, preenchidas as condições de tipificação objetiva e subjetiva de normas penais.

Em termos de crimes praticados por funcionário público contra a Administração Pública (Título XI, Capítulo I, do Código Penal), não há crime específico. Relativamente aos fatos aderentes ao contexto infracional da LCI, a responsabilidade penal deverá seguir a observância das normas penais em vigor. Dos crimes em vigor, avulta a violação de sigilo funcional (art. 325), praticada mediante conduta de “revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação”, com pena de detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

b) Hipótese do artigo 5º, inciso II

Constitui conflito de interesses “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”. Uma vez descrita esta situação como conflito, resta, pois, tipificado ato de improbidade administrativa. Em razão dos elementos do tipo, conclui-se que se trata de tipo especial, relativamente aos tipos gerais do artigo 11, *caput*, e artigo 9º, inciso VIII, da Lei de Improbidade Administrativa.

Com efeito, tornar expresso que a conduta figurada no dispositivo é ímproba reverencia a probidade administrativa, já que considerar legítimas “prestação de serviço” ou “relação de negócio” com agentes públicos na situação descrita é abrir as portas para a corrupção mascarada, e incentivar o agente público a tentar extrair toda e quaisquer vantagens de decisões tomadas no exercício da função pública. O agente deve exercer a função de forma isenta, neutra, norteado pelos interesses públicos em cena no contexto decisório.

O artigo 11, *caput* da LIA censura qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, legalidade e imparcialidade. A expressa referência à

imparcialidade agasalha violações graves à lealdade institucional. O *caput* do artigo 11 possui capacidade normativa, de aplicação subsuntiva, na tutela destes bens jurídicos públicos.

Da mesma forma, confrontando-o com o inciso VIII do artigo 9º, também há singularidades neste tipo especial da LCI. A norma geral da LIA proíbe o ato de “aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade”. A LCI ampliou o âmbito de atividades exercidas. Também alargou o CI, que se vislumbra a partir de decisões atribuídas a colegiado administrativo, de que participa o agente, e não apenas de decisões restritas à sua esfera subjetiva singularizada. A LCI também fortalece o repúdio ao conflito de interesses, abarcando posições de colidência pontuais ou contínuas, no curso do tempo.

Vale sempre destacar que não se trata de recebimento de vantagens indevidas (propinas), ou seja, ato de “receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público” (artigo 9º, inciso I, LIA). A hipótese na LCI (artigo 5º, inciso II), não pressupõe ato de oferta e ato de recebimento de vantagens ilícitas. O desvirtuamento da decisão do agente público está atrelado à existência da relação de “prestação de serviço” ou “relação de negócio” com quem tem interesse na decisão, embaralhando a neutralidade no atingimento do interesse público subjacente à decisão.

São características da ilicitude: (i) exercer atividade em prol da pessoa física ou jurídica interessada em decisão estatal que está na órbita da competência do agente; (ii) atividade da qual o agente pode extrair vantagens econômicas ou financeiras; (iii) relação entre pessoa física ou jurídica com processo decisório envolvendo o agente público; (iv) decisão estatal na esfera singular ou colegiada, vinculada à atuação do agente.

A prestação de serviços ou relação de negócios verificada entre agente público e terceiro (pessoa física ou jurídica), tendo este sujeito privado “interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe”, faz irromper conflito de interesses. Não são admissíveis estes tipos de relações. Esta situação, por si só, é refratária aos deveres de honestidade, imparcialidade e lealdade, já que a mola propulsora do agente na emanação da decisão (singular ou colegiada) deixará de ser exclusivamente o interesse público. Se o fato está caracterizado, o agente público deve proclamar seu impedimento para decidir, ou participar da decisão.

Em matéria de organização administrativa, é clássica a divisão de órgãos, quanto à estrutura, em órgãos simples e colegiais, “conforme suas decisões sejam formadas

e manifestadas individualmente por seus agentes ou, então, coletivamente pelo conjunto de agentes que os integram (...), caso, este, em que suas deliberações são imputadas ao corpo deliberativo, e não a cada qual de seus componentes”.³¹ Conforme a estrutura do órgão, produzido ato administrativo, este será, quanto à vontade produtora do ato, ato administrativo simples singular ou simples colegial.³²

O artigo 5º, inciso II da LCI aplica-se independentemente da estrutura do órgão ou do modo de composição da vontade produtora do ato na produção jurídica (“decisão”). O que é exigência típica repousa na demonstração do próprio confronto entre o interesse público (que deve ser perseguido pelo agente público) e o interesse privado passível de interferir ou ser atendido na decisão.

Nas circunstâncias do artigo 5º, inciso II, evidenciam-se duas relações jurídicas bem distintas: de um lado, a relação jurídico-administrativa que decorre do exercício da função administrativa, cujo desenlace é objeto de interesse de certa pessoa física ou jurídica; paralelamente, estabelece-se outra relação jurídica, entre agente público e referido sujeito, indicada na lei como relação de “prestação de serviços” ou “relação de negócio”, na qual deve haver algum lucro, proveito, vantagem ou utilidade para o agente público ou terceiro vinculado ao mesmo.

Esta segunda relação faz nascer interesse pessoal que colide com o interesse funcional. Este quadro fático e jurídico faz, por fim, surgir a relação jurídico-sancionatória entre o Estado e o agente público, autorizando o primeiro a aplicar penalidades ao segundo, para resguardar a probidade administrativa, exigindo a cessação do conflito de interesses.

Interessa notar a forma de identificação legal da segunda relação (agente público e sujeito): a pessoa física ou jurídica deve ter interesse na decisão. Logo, para consubstanciar o conflito de interesses, este sujeito não necessita ostentar participar, formalmente, da relação jurídico-administrativa objeto do processo decisório. Poderá ser outro sujeito de direitos, terceiro alheio ao polo privado do vínculo. Para efeito de responsabilidade, impõe-se a demonstração do enlace entre os sujeitos privados, nestas situações.

Esta anotação é fundamental já que não raro estará à luz do dia revelado o vínculo entre a pessoa física ou jurídica, com a qual se relaciona o agente público, e o processo decisório. Pode-se camuflar o conflito de interesses.

O caminho ou iter que vai do interesse da pessoa (física ou jurídica) até a decisão deverá ser demonstrado e poderá ser longo e complexo – o que certamente se verificará na maioria das vezes em função de elevada probabilidade de ocultamento

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros; Salvador: Juspodivm, 2022, p. 145.

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros; Salvador: Juspodivm, 2022, p. 431.

– ou curto e direto, hipóteses raras. De todo modo, a justificação da imputação exigirá tal demonstração e motivação em qualquer caso.

Na situação, tem-se como necessário que seja demonstrado vínculo entre particular (pessoa jurídica física ou jurídica) e o agente público, desdobrado no desempenho de certa “atividade”. Não há referência legislativa a recebimento de remuneração, vantagens ou valores no texto normativo por esta atividade. Não há diferenciação entre “atividade” permanente ou esporádica. No texto, aparecem apenas a “prestação de serviços” ou “relação de negócios”, cuja presença já é condição necessária e suficiente para coloração positiva do conflito de interesses. Nas duas expressões, não houve rigor técnico-jurídico na linguagem. Foram usados termos da linguagem comum, que possibilitam vasto campo semântico no processo de aplicação da regra jurídica.

Vale indagar se a “atividade” consubstanciada na prestação de serviços ou manutenção de relação de negócios deve ser exercida pelo próprio agente público. Sob a perspectiva da tipicidade, há previsão de atividade exercida pelo agente, a quem se imputa o conflito de interesse.

Uma observação final diz respeito ao momento da ocorrência da “prestação de serviços” ou da “relação de negócios”, comparativamente ao momento da “decisão” em cujo quadro valorativo o conflito de interesses pode despontar.

Como a hipótese alude a atividade que implique “prestação” ou “manutenção”, é correto afirmar que há necessária antecedência, tomando como parâmetro a atuação decisória do agente público. A “prestação de serviços” ou o “negócio”, produtos da relação que gera o conflito de interesse, podem até não se materializar ao longo do curso do processo de decisão, mas a existência da relação entre agente público e particular tem de ser prévia. Com efeito, a norma não agasalha aceitação de promessa de futura relação, pelo agente público, o que já seria outra forma de corrupção.

Ocorrido o conflito de interesses indicado no artigo 5º, inciso II, haverá, pois, prática de improbidade administrativa, aplicando-se o artigo 12 da LCI, a justificar a sanção do artigo 12, inciso III da LIA.

Indaga-se se a “pessoa física ou jurídica” referida no comando legal deve ser punida nos termos do artigo 3º da LIA. Sob a égide de que o vínculo prévio deve ser reconhecido no processo decisório, por quaisquer dos envolvidos no conflito (agente público e particular), entende-se que a omissão dolosa do terceiro em não revelar o conflito de interesse é passível de sancionamento, nos termos do artigo 3º e 12, inciso III, da LIA.

Também ocorrerá quando a “prestação de serviços” ou “relação de negócios” caracterizar pagamento de vantagens indevidas ao agente público, de forma direta ou indireta, quando então os fatos se submeterão a normas tipificatórias do artigo 9º da LIA, havendo responsabilidade do agente público e terceiro (artigo 3º da LIA).

A LCI blinda o exercício da função administrativa, reforçando a cláusula de exclusividade de interesses públicos na formação do móvel do agente público que delibera na Administração Pública. Do ponto de vista psicológico ou volitivo, a lei exige atuação funcional isenta e imparcial, para lograr efetividade ao padrão de imparcialidade que é pressuposto no exercício de misteres públicos.

Na prática administrativa brasileira, as situações colhidas no artigo 5º, inciso II, repetem-se cotidianamente e formam o pano de fundo que alimenta a corrupção. A vedação da conduta – e a tipificação do ilícito como improbidade administrativa – é esforço institucional para promover a probidade na gestão pública.

Vale igualmente o disposto no artigo 4º, §2º, pelo qual a ocorrência do conflito de interesses, previsto no artigo 5º, inciso II, da LCI, independe da existência de lesão ao patrimônio público, bem como do recebimento de qualquer vantagem ou ganho pelo agente público ou por terceiro.

c) Hipótese do artigo 5º, inciso III

O artigo 5º, inciso III da LCI reproduz descrição típica de ilícito funcional, já presente em regimes estatutários, mas não especificada no regime de improbidade administrativa. Constitui conflito de interesses “exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas”.³³

É notório que, aproveitando-se da experiência, da posição, do *status* ou da atividade exercida na Administração Pública, agentes públicos são levados a exercer atividades privadas que possuem elevado coeficiente ou possibilidade de desnaturar um processo legítimo de decisão e de realização de interesses públicos.

A hipótese de conflito de interesses ganhou melhor especificação na Lei nº 12.813, comparativamente ao descritor da Lei nº 8.112/1990, por diversas razões: primeira, promoveu a qualificação do exercício, direto ou indireto, da atividade privada vedada; segunda, afastou a controvérsia sobre a necessidade de avaliação da conduta, relativamente ao horário de trabalho do agente público; terceira, fez clara referência à incompatibilidade com “as atribuições do cargo ou emprego”; e, quarta, enquadrou como conflito de interesses atividades desempenhadas pelo agente público em “áreas ou matérias correlatas”.

Há, obviamente, utilização de conceitos jurídicos indeterminados na proibição legal, estatuindo as condições de reconhecimento de conflito de interesse, para efeito sancionatório. “Exercício indireto”, “natureza incompatível”, “áreas ou matérias correlatas” são todos exemplos de conceitos fluidos que oferecem abertura

³³ O regime jurídico único federal (Lei nº 8.112/1990), estabelece a proibição ao servidor público de exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho (art. 117, inciso XVIII).

adequada à norma tipificatória, para que sirva de instrumento de tutela da probidade, no setor público.

A atividade vedada ao agente público deve ser aquela incompatível, em razão da sua natureza, com as atribuições do cargo. A proibição é instrumental, e direcionada a proteção do exercício impessoal, imparcial e isento do cargo ou emprego, em vista dos interesses públicos cujo zelo e guarda estão inseridos no campo de atuação profissional do agente.

Atividade incompatível é aquela que não pode ser exercida conjuntamente com a função pública, porque compromete os fins perseguidos por esta. Não há como harmonizar seu exercício pelo agente, em razão da sua natureza, com a posição decorrente do exercício da função pública.

A incompatibilidade está no confronto inequívoco entre a situação de titular de determinado cargo ou emprego público com potencial vantagem, benefício ou proveito que referida condição pode suscitar em favor do interesse pessoal do agente público, colocando em xeque a cura isenta ou despersonalizada dos interesses públicos.

A atividade incompatível não pode ser desempenhada: de forma direta, isto é, pelo próprio agente público; ou de forma indireta, através de subterfúgios, como ocorre através da ocultação da atividade, exercida pelo agente, mas associada a terceiros.

O conceito jurídico indeterminado – “atividades incompatíveis com as atribuições do cargo” – foi reforçado na Lei nº 12.813/2013 pela exclusão já no próprio texto de “atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas”, que, podendo ser alocada em zona de incerteza conceitual, passou a ser incluída na zona de certeza positiva do conceito.

Atividade em “área ou matéria correlata” será atividade desenvolvida em setor ou campo econômico ou profissional que demonstra uma relação ostensiva com a “área ou matéria” inerente às atribuições do cargo ou emprego, criando situação de que as atribuições públicas do agente podem satisfazer ou concretizar outros interesses que os estritamente públicos informativos da atividade funcional.

A atividade da função pública e a denominada “atividade correlata” devem estar de tal modo ligadas, que a atuação no domínio da primeira resvala deste para o domínio da segunda. Se a finalidade da LCI é assegurar o exercício impessoal, imparcial e leal do cargo ou emprego, eliminando conflitos entre interesses públicos e interesses privados, correta a extensão da vedação legal.

Há cargos públicos que a vedação de atividades privadas impostas aos agentes públicos – inspirada na prevenção de conflitos de interesses – atinge grau superlativo, tal como se vislumbra para membros do Poder Judiciário e Ministério Público.

Há proibição total, com o direito objetivo estatuindo as exceções.³⁴ Todavia, em sua maioria, a lógica da disciplina legal segue a revelada na Lei nº 12.813/2013. Não há proibição total, mas ficam vedadas as atividades privadas incompatíveis, que suscitam conflito de interesses no exercício da função pública.

Verificada a prática de atividade legalmente proibida – conflito de interesses a dimensionar prática de improbidade administrativa – deverá o agente público ser responsabilizado nos termos do artigo 12, inciso III da LIA, subsumindo-se a conduta ao tipo especial do artigo 5º, inciso III da LCI.

Com a tipificação, a própria LCI está a indicar a gravidade da situação descrita a justificar imputação de improbidade administrativa, com as sanções rigorosas da LIA, havendo necessidade de ofensa relevante aos bens jurídicos tutelados no caso concreto.

Vale igualmente o disposto no artigo 4º, §2º, pelo qual a ocorrência do conflito de interesses, previsto no artigo 5º, inciso II, da LCI, independe da existência de lesão ao patrimônio público, bem como do recebimento de qualquer vantagem ou ganho pelo agente público ou por terceiro.

De um lado, isto significa que o exercício da atividade incompatível não está em contexto infracional, surgindo como contrapartida oferecida ao agente público, visando afetar o seu exercício funcional, quando será o caso de possível tipificação no artigo 9º da LIA. De outro lado, também está pressupondo ausência de dano ao erário, verificável quando o exercício incompatível compromete o efetivo exercício da função pública, ensejando remuneração paga para serviços não prestados, quando será o caso de possível tipificação no artigo 10 da LIA.

d) Hipótese do artigo 5º, inciso IV

Constitui conflito de interesses “atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (art. 5º, inciso IV).

Se a Lei nº 12.813/2013 busca apartar interesse público e interesse privado no exercício funcional, nada mais lógico do que a estipulação do inciso IV. A comercialização da função pública e o processo de corrupção passa necessariamente pelo conflito de interesses descrito. A mera situação catalogada é uma das portas de entrada da corrupção na Administração Pública. É intolerável, no Estado de Direito, que agentes públicos possam atuar em nome de sujeitos privados em prol de seus interesses privados, no âmbito do aparelho administrativo. Em uma Federação, isto vale em qualquer nível federativo.

³⁴ Cf. artigo 95, parágrafo único e artigo 128, parágrafo 5º, inciso III, da Constituição.

Considerando proibições similares inseridas em estatutos de função pública, como a previsão na Lei nº 8.112/1990,³⁵ observa-se que a tipificação da situação de conflito de interesses tornou-se mais abrangente e condizente com a finalidade da norma.

São pontos fortes de delimitação do ilícito: (i) regulamenta a situação nela descrita quando não há exteriorização formal do conflito, ou seja, quando toda a atuação do agente ocorre “informalmente”; (ii) esboça como ilícita toda e qualquer forma de defesa de interesses privados por agentes públicos no âmbito da Administração Pública, independentemente do aspecto principal da formatação adotada (procurador, consultor, assessor ou intermediário); (iii) considerou haver conflito de interesses – logo, passível de punição no âmbito da responsabilidade administrativa e, igualmente, no âmbito da improbidade – qualquer atuação de agente público, em prol de interesse privado em todas as esferas da Federação, para além da esfera a que está vinculado.

Este último aspecto mostra que não faz sentido imaginar a situação como improbidade administrativa aplicável apenas a agentes públicos da Administração Federal. Em rigor, como norma nacional de improbidade, a proibição da conduta vale para toda a Administração Pública.

O agente público não pode assumir a cura ou defesa de interesses privados no âmbito da Administração Pública, sob pena de grave violação da probidade administrativa. A defesa de interesses privados junto a aparelhos administrativos não necessita da participação de agentes públicos. Estes não podem atuar com poderes de representação, não podem agir fornecendo conselhos ou pareceres para atendimento a interesse privado, não podem ministrar qualquer espécie de auxílio ou assistência a particulares, e, por fim jamais poderão comparecer como intermediários de interesses privados.

A atuação de agentes públicos deve observar a Lei e o Direito, neste incluídos os princípios fundamentais da impessoalidade (isenção, neutralidade e imparcialidade) e da moralidade administrativa (honestidade, veracidade e lealdade institucional). A atividade privada descrita no dispositivo deve ficar a cargo de particulares.

A LCI não prevê a exceção vista no artigo 117, inciso XI da Lei nº 8.112/1990 (“salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro”). Ao cuidar da matéria de conflito de interesses de forma geral, inclusive para fins de responsabilidade administrativa, a melhor conclusão é no sentido de revogação implícita da exceção. Com efeito, não há justificativa objetiva e razoável para a exceção,

³⁵ “Art. 117. Ao servidor é proibido: (...) XI – atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro.”

que acaba legitimando a defesa de interesse privado por agente público na esfera administrativa.

Na vedação legal da LCI, não há referência a valores ou vantagens recebidas em razão da situação colidente. Bastará o agente se colocar na situação cristalizada na regra. Donde, uma vez constatado o fato descrito na norma, incidirão as penalidades do artigo 12, inciso III da LIA, na medida necessária à prática de conduta inserida em tipo especial (artigo 5º, inciso IV, da LCI).

O desempenho da atividade descrita, com recebimento de vantagens econômicas indevidas, implicará subsunção da conduta ilícita no artigo 9º da LIA. Caso este desempenho não produza enriquecimento para o agente, mas implique dano ao erário público, a conduta deverá ser enquadrada no artigo 10 da LIA. Em ambos, a tipificação se afasta da lei especial, e volta a ser governada pela lei geral.

Comprovado o recebimento de valores pela defesa de interesses privados perante a Administração Pública, as circunstâncias fáticas abandonam o modelo tipificatório da LCI, e entram nos tipos da Lei de Improbidade Administrativa.

A ocorrência de conflito de interesses independe da existência de lesão ao patrimônio público, bem como do recebimento de qualquer vantagem ou ganho pelo agente público ou por terceiro (art. 4, §2º).

A responsabilidade de terceiros – no caso, da pessoa física ou jurídica beneficiada pela atuação do agente, ainda que informal – deverá ser examinada à luz dos elementos objetivos e subjetivos do artigo 3º da LIA.

A vedação a quaisquer formas de representação de interesses privados no aparelho administrativo constitui forte desincentivo a conflitos de interesses, que abrem canais de práticas de corrupção. Imprime segurança, credibilidade e impessoalidade na função pública. Torna transparente o comprometimento ético-jurídico com os valores fundamentais do regime jurídico-administrativo. Impede, de forma absoluta, que a função pública seja posta a serviço de facilidades ou dificuldades que a desorientam do fim público a realizar. Dificulta, por fim, o surgimento de rede de relações espúrias entre agentes públicos em aparelhos administrativos diversos que só visam satisfação de interesses privados.

e) Hipótese do artigo 5º, inciso V

A Lei nº 12.813/2013 imputa a prática de conflito de interesses na ação, por agente público, de “praticar ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão” (art. 5º, inciso V).

Na delimitação da ilicitude, merece destaque: (i) produção de ato administrativo de que resulte benefício para pessoa jurídica, em regime de vinculação ou discricionariedade; (ii) integração do agente público (ou parentes) na composição

da pessoa jurídica; (iii) titularidade de poder de decisão na produção do ato; (iv) capacidade do agente público em interferir na gestão da pessoa jurídica.

A hipótese tem explícita finalidade de proteção do exercício da competência pública em benefício próprio ou de familiares, impedindo o agente público de “praticar ato em benefício de pessoa jurídica”, de cujo quadro societário participe o agente ou pessoas com relações de parentesco (até o 3º grau). É uma forma de enfrentamento ao nepotismo na Administração Pública, no sentido amplo da expressão.

A norma nacional tem como efeito estabelecer situação de impedimento da atuação de agente público em processos administrativos, a ser observada em todas as esferas federativas.

Entende-se que a hipótese acolhe situações de processos administrativos cujo resultado seja favorável a pessoa jurídica privada, em cuja tramitação interveja a atuação decisória do agente público. Deste fragmento de texto também se depreende que a vedação à prática de ato inclui decisões em regime de vinculação e, sobretudo, em regime de discricionariedade.

Na competência discricionária, o dispositivo estabelece impedimento para o exercente de discricionariedade na situação de conflito tipificada, para preservar a aplicação da regra de competência e sua correlata margem de decisão, de quaisquer juízos subjetivos tendentes a escudar interesses privados, e não concretizar interesses públicos.

A parte final do dispositivo prefigura contexto em que o agente público ostenta a aptidão para “influir” em atos de gestão da pessoa jurídica. A redação é confusa: ora tal situação parece cumular as demais condicionantes legais, ora tal situação avulta com autonomia, indicando posição do agente público na condução da pessoa jurídica beneficiada pelo seu ato, de cuja composição societária pode ou não participar formalmente.

Entende-se que a parte final do inciso V tem como escopo abranger e vedar a prática de atos pelo agente em favor de pessoas jurídicas em que há influência dele na gerência ou administração, sem inclusão dele na composição societária. Busca-se, ao extremo, impedir a utilização da função pública para promoção de interesses privados, que orbitam ao redor do agente público.

Na verificação da hipótese, extrai-se da lei que haverá conflito, independentemente dos integrantes formais do quadro societário da pessoa jurídica. Definido que, em caso concreto, a verdadeira administração ou propriedade da pessoa jurídica está na órbita do agente público, haverá conflito. O dispositivo, em rigor, exige demonstração apenas de “influência na gestão”. O sujeito terá influência na gestão se revelado poder sobre a sua condução ou destino. A gestão refere-se à administração ou direção da pessoa jurídica.

Pondere-se, por fim, que o dispositivo não qualifica se este “poder de influência” exige certa temporalidade como condição de existência. De modo que bastará

a caracterização da situação de poder, desde que a influência na gestão da pessoa jurídica seja contemporânea à produção do ato benéfico.

Disso resulta que, enquadrada a conduta na hipótese legal, haverá prática de improbidade administrativa, prevista no tipo especial da LCI, e, como consequência jurídica, haverá aplicação das sanções previstas no seu artigo 12, inciso III.

Vale, sempre, destacar que a ocorrência de conflito de interesses independe da existência de lesão ao patrimônio público, bem como do recebimento de qualquer vantagem ou ganho pelo agente público ou por terceiro (art. 4º, §2º, LCI).

Em havendo enriquecimento ilícito do agente público, os fatos ilícitos serão analisados à luz do artigo 9º da LIA. Se da prática de ato concessivo de benefício implicar dano ao erário, as circunstâncias serão apuradas conforme o artigo 10 da LIA. Em ambos os casos, os atos de improbidade serão tipificados na norma geral, e não na norma especial.

As hipóteses previstas na Lei nº 14.133/2021 devem ser analisadas, no sistema da LCI, sob a égide deste artigo 5º, inciso V: (i) se agente público praticar atos, no exercício de função em descumprimento ao artigo 7º, inciso III, o mesmo poderá incorrer em CF, descrito neste inciso V; (ii) constatado o conflito de interesse descrito no artigo 14, inciso IV, é causa de inabilitação do licitante; caso o licitante seja mantido no certame, atos praticados por agente público poderão ensejar subsunção neste inciso V; (iii) verificado inobservância do artigo 48, parágrafo único, haverá infração administrativa contratual, com possível sanção administrativa (com fulcro na LGLC) em detrimento da contratada; neste caso, ato administrativo autorizando a contratação ilegal poderá ensejar responsabilidade do agente público, nos termos do presente inciso V; (iv) constatada subcontratação ilícita prevista no artigo 122, a contratada incorrerá em infração administrativa a ensejar possível sanção administrativa (com fulcro na LGLC); havendo ato administrativo autorizando a subcontratação, o agente público poderá incorrer na hipótese do inciso V em análise.

Também será nos limites da descrição típica do artigo 5º, inciso V, da LCI, que incidirá o descumprimento do artigo 39, da Lei nº 13.019/2014 (Lei de Parcerias Voluntárias). A lei impede celebração de parcerias com organização que “tenha como dirigente membro de Poder ou do Ministério Público, ou dirigente de órgão ou entidade da administração pública da mesma esfera governamental na qual será celebrado o termo de colaboração ou de fomento, estendendo-se a vedação aos respectivos cônjuges ou companheiros, bem como parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau”. Celebrada parceria em desacordo com a lei, o agente incorrerá na hipótese do artigo 5º, inciso V, da LCI, sem embargo da nulidade do ato jurídico.

As hipóteses de impedimento de agentes públicos em participar de processos administrativos, nos termos do artigo 18 da Lei nº 9.784/1999 podem ensejar (ou

não) subsunção dos fatos no artigo 5º, inciso V da LCI. As hipóteses elencadas nos incisos I, II e III exigem que agente público comunique o fato e abstenha-se de atuar.

No caso do inciso I, há necessidade de apuração dos fatos que originam o “interesse direto ou indireto”, atos praticados pelo agente público nesta condição serão nulos sob a égide da LGPA, e podem receber subsunção variável, à luz dos tipos da LCI. No caso do artigo 18, inciso II da LGPA, o impedimento do agente decorre de ter “participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau”, sendo que deverá receber o mesmo tratamento: atos praticados serão nulos, e conduta pode ser enquadrada na LCI, conforme a descrição típica. No caso do artigo 18, inciso III da LGPA, o impedimento deriva de o agente estar “litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro”, o que implica as mesmas consequências: na prática de atos nesta situação ilícita, os atos serão nulos, e o agente poderá responder na LCI, conforme a descrição típica do artigo 5º, verificada no caso concreto. Destaque-se que não há como vincular as hipóteses apenas ao tipo do artigo 5º, inciso V, da LCI, visto que as circunstâncias podem ser diversas e autorizar subsunção em outros incisos.

No caso de suspeição, em razão de “amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau” (artigo 20 da LGPA), a situação de conflito de interesse poderá também ser apreciada à luz da tipologia do artigo 5º, e poderá configurar subsunção em qualquer dos seus tipos

f) *Hipótese do artigo 5º, inciso VI*

Configura conflito de interesses a ação de “receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento” (art. 5º, inciso VI, da LCI).

O recebimento de presentes, por agentes públicos, pode ocorrer como forma explícita de corrupção, na forma de vantagens indevidas. Todavia, esta situação também pode ocorrer em ofertas sem este significado corruptivo, mas que, no contexto de tutela do interesse público, pode conduzir a conflito de interesses. Com efeito, tendo recebido determinado presente de sujeitos privados, o agente público pode desconfigurar o exercício das suas atribuições, direcionando em favor de interesses privados. Por este motivo, o ordenamento jurídico regula esta atividade e busca impedir que se estabeleçam as condições para instalação de posições colidentes.

A descrição legal cataloga como conflito de interesses prática ilícita funcional, classicamente tipificada em estatutos de servidores públicos, como o faz o artigo 117, inciso XII da Lei nº 8.112/1990.³⁶

Na esfera federal, registre-se o Código de Conduta da Alta Administração Federal (CCAAF), que traz idêntica vedação (art. 9º), com uma ressalva (presentes de autoridades estrangeiras nos casos protocolares em que houver reciprocidade), e com delimitações conceituais. Com efeito, não se consideram presentes para os fins do CCAAF, os brindes (i) que não tenham valor comercial, e (ii) que, distribuídos por entidades de qualquer natureza a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas, não ultrapassem o valor de R\$100,00 (cem reais).

Observe-se que, nas exceções, o tratamento diferenciado está na natureza ou espécie de bem, que materializam os presentes normativamente tolerados.

A Comissão de Ética Pública editou a Resolução nº 3, de 23.11.2000 (de “caráter interpretativo” do CCAAF), que estabelece regras sobre o tratamento de presentes às autoridades públicas abrangidas pelo Código *supra*.

Conforme a Resolução, a proibição do CCAAF se refere ao recebimento de presentes de qualquer valor, em razão do cargo que ocupa a autoridade, quando o ofertante for pessoa, empresa ou entidade que: (i) esteja sujeita à jurisdição regulatória do órgão a que pertença a autoridade; (ii) tenha interesse pessoal, profissional ou empresarial em decisão que possa ser tomada pela autoridade, individualmente ou de caráter coletivo, em razão do cargo; (iii) mantenha relação comercial com o órgão a que pertença a autoridade; ou (iv) represente interesse de terceiros, como procurador ou preposto, de pessoas, empresas ou entidades compreendidas nos incisos I, II e III.

Ainda conforme a Resolução, permite-se a aceitação de presentes: (i) em razão de laços de parentesco ou amizade, desde que o seu custo seja arcado pelo próprio ofertante, e não por pessoa, empresa ou entidade que se enquadre em qualquer das hipóteses previstas no item anterior; (ii) quando ofertados por autoridades estrangeiras, nos casos protocolares em que houver reciprocidade ou em razão do exercício de funções diplomáticas. Registre-se que a Resolução estipula outros condicionantes que tornam legítimo o recebimento de presentes, sempre no intuito que o ato de presentear não introduza ou crie situação colidente de interesses no exercício da função pública.

São circunstâncias configuradoras do conflito, tipificado no artigo 5º, inciso VI da LCI: (1) a ação efetiva de recebimento; (2) a caracterização da ação de presentear agente público; (3) o exercício da ação de presentear por sujeito “que tenha

³⁶ “Art. 117. Ao servidor é proibido: (...) XII – receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições; (...)”

interesse em decisão” relacionada com o exercício funcional do agente; e (4) não observância de condições regulamentares.

É certo que entre ação de corromper e ação de presentear há diferenciações de significado. Todavia, quando está em pauta o exercício de função pública, a probidade administrativa assinala vedações em ambos os casos, já que o recebimento de presentes pode comprometer o exercício impessoal, isento ou imparcial das atribuições públicas.

A LCI constrói a ilicitude a partir da qualificação da origem da ação que beneficia o agente público. Em havendo relação – noção ampla que certamente acolhe interesse patrimonial, profissional, comercial, empresarial etc. – entre presenteador e a conduta do exercente de função pública, o recebimento importará conflito de interesses. Não está evidenciada na regra a necessidade de efetiva prática da decisão, que será tomada após instalada a situação de conflito. Basta o ato de receber presentes.

Entende-se como aplicáveis, na esfera federal, as ressalvas e delimitações conceituais, previstas no Código de Conduta da Alta Administração Federal (CCAAF), embasadas na ideia de que há situações envolvendo presentes que não são infrações ético-jurídicas, e, por conseguinte, não merecem enquadramento sancionatório, porque não ensejam posições colidentes.

Em todas as situações, previstas no CCAAF e interpretadas pela Resolução da CEF, não há demonstração de que o presente que se oferece ao agente público serve ao propósito de indevidamente beneficiá-lo, a ponto de influenciar o seu exercício funcional.

A resolução da CEF publiciza a diferença correta entre presente e premiação, recebida por agentes públicos. Claro que, no caso de premiação, não há que se cogitar de conflito de interesses. Assim ocorre nas hipóteses de: (i) prêmio em dinheiro ou bens concedido à autoridade por entidade acadêmica, científica ou cultural, em reconhecimento por sua contribuição de caráter intelectual; (ii) prêmio concedido em razão de concurso de acesso público a trabalho de natureza acadêmica, científica, tecnológica ou cultural; (iii) bolsa de estudos vinculada ao aperfeiçoamento profissional ou técnico da autoridade, desde que o patrocinador não tenha interesse em decisão que possa ser tomada pela autoridade, em razão do cargo que ocupa. Atente-se que, mesmo originada em entidades privadas, as premiações são legitimamente aceitas, observando invariavelmente condições que desqualificam conflitos de interesses.

A Resolução da CEF também publiciza a distinção entre presente e brinde. Adota-se conceito de brinde, qualificando aqueles bens recebidos por agentes públicos que, não superiores a R\$100,00, (i) não tenham valor comercial; (ii) sejam distribuídos a título de cortesia, propaganda e divulgação habitual; (iii) sejam distribuídos por ocasião de eventos ou datas comemorativas de caráter histórico ou

cultural. Também são brindes (iv) bens cuja periodicidade de distribuição não seja inferior a 12 (doze) meses; e (v) bens que são distribuídos em caráter geral. Não importa a entidade que oferece o brinde ao agente. O relevante é que a situação objetiva do oferecimento e recebimento se atrele à concessão de brinde, que, em síntese, demonstra um presentear despersonalizado e necessariamente desinteressado entre sujeito presenteador e agente agraciado.

Interessante que, se o valor do brinde ultrapassar R\$100,00 (cem reais), será ele tratado como presente, no regramento da CEF. É uma forma de impedir, sob critério quantitativo, que se venha a burlar o caráter de certo bem como mero brinde.

O recebimento de brindes não suscitará conflito de interesses: quando o agente público recebe brindes que não tenham valor comercial; quando o agente público recebe brindes de valor não expressivo, que são distribuídos por entidade a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos ou datas comemorativas de caráter histórico ou cultural; quando o agente público recebe brindes, de uma mesma pessoa, mas em intervalos de tempos razoáveis (superior a 12 meses); quando o agente público recebe brindes que são de caráter geral.

Em todas as situações (presentes e brindes), observa-se que a oferta personalizada ou despersonalizada não é formulada para agraciar exclusivamente o agente público, e afastá-lo do dever de impessoalidade e imparcialidade.

Todavia, deflagrado ato de recebimento de presentes que reverbere em conflito de interesse, nos termos do artigo 5º, VI, da LCI, deverá o agente ser responsabilizado nos termos da LIA, porquanto reunidos os elementos de enquadramento em ato de improbidade, na lei especial.

Quando apurado o recebimento de vantagens indevidas – e não presentes – a tipificação passará pelo crivo do artigo 9º da LIA. Caso haja comprovação de dano ao erário no ilícito funcional, haverá aplicação do artigo 10 da LIA. Nessas situações, afasta-se o aplicador do campo punitivo exclusivo da legislação especial de improbidade (LCI), e volta-se para a legislação geral (LIA).

g) Hipótese do artigo 5º, inciso VII

O último dispositivo caracterizador de conflito de interesses no exercício de função pública descreve como tal a ação de “prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado” (art. 5º, inciso VII).

A compreensão da última situação ganha cores próprias e melhor apreendidas, quando o intérprete faz correlação com o inciso II, acima já analisado.

No inciso II, também há prestação de serviços para “pessoa física ou jurídica”, mas a fonte do conflito é determinada: o agente público presta serviços para quem tem interesse em determinada “decisão” (singular ou colegiada). No inciso VII, a prestação de serviços se dirige à “empresa”, sendo que a singularidade da

situação está em que atividade empresarial está comprovadamente submetida ao controle, fiscalização ou regulação do ente “ao qual o agente público está vinculado”, de modo que o vínculo agente/empresa faz nascer posição colidente, que pode comprometer os interesses públicos, subjacentes ao exercício de competências públicas controladoras, fiscalizadoras ou regulatórias, desnaturando-as.

Aparece, pois, o claro intento em considerar conflito de interesses apenas a existência de relação de prestação de serviços – “ainda que eventuais” – a sujeito submetido ao exercício de relevantes competências administrativas, que devem ser manuseadas com absoluta impessoalidade e imparcialidade, pela natureza restritiva de direitos que lhes é inerente.

Conforme a dicção da norma, exigem-se: (i) prestação de serviços, permanentes ou eventuais, pelo agente público, em favor de determinada empresa; (ii) empresa que esteja submetida às competências de regulação, fiscalização e controle; (iii) agente público que exerce função pública no ente (público ou governamental) titular das competências.

Veja-se que não é relevante a existência de processo administrativo em curso, seja individual, seja normativo, que redundaria em possível decisão, no âmbito do ente público ou governamental. Este dispositivo acerta em destacar – e proteger – atividades administrativas de controle, fiscalização e regulação.

Relativamente ao âmbito do controle, avulta a relevância da norma sobre a estrutura de controle interno da Administração Pública, cujos agentes não podem incorrer na posição colidente exposta no dispositivo. Quem controla não pode ostentar vínculos com pessoas físicas ou jurídicas subordinadas ao controle institucional, por imperativo de impessoalidade e imparcialidade.

No tocante à atividade de fiscalização, o dispositivo tem alcance ímpar, pois se aplica a qualquer agente público com o referido encargo, no seio de atividades instrumentais (v.g., contratos da Administração) e atividades finalísticas da Administração Pública (v.g., polícia administrativa).

No que se refere à atividade de regulação, a vedação legal é uma proteção ao exercício impessoal, imparcial, isento, técnico e transparente de competências regulatórias, que devem exclusivamente mirar os interesses públicos. Da forma como foi positivada, a vedação abrange agentes públicos em toda a estrutura administrativa de “entes” reguladores, isto é, membros de Diretoria e todos os demais titulares de cargos e empregos públicos que integram o quadro institucional e estão vinculados ao exercício da regulação.

É intolerável a instauração de conflitos de interesse na atividade de controle, fiscalização ou regulação. A “prestação de serviços” por agentes controladores sobre sujeitos controlados, por agentes fiscalizadores sobre sujeitos fiscalizados, por agentes reguladores sobre atores regulados, constitui forma relevante de blindar a definição e implementação de interesses públicos.

Impedir esta “prestação de serviços” rejeitada na lei – configurando-a como mola propulsora de conflito de interesses – é fundamental para assegurar a legitimidade ético-jurídica da atividade administrativa em todos estes domínios.

Nos termos da Lei nº 13.848/2019 (Lei Geral de Agências Reguladoras Federais – LGARF), a agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público (art. 4º). A agência reguladora deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos (art. 5º). Para que ocorra efetiva submissão aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da motivação técnico-jurídica, impõe-se a inexistência de conflitos de interesses entre agentes públicos e atores regulados.

Em rigor, a identidade e razão de ser de agências reguladoras independentes – caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela existência de mandatos do corpo diretivo, reconhecido no artigo 4º da LGARF – depende, estruturalmente, da inexistência de conflitos de interesses, o que a protege de inúmeras formas de “captura” da ação regulatória em detrimento de interesses públicos e favorecimento ilícito de interesses privados.

5 Conclusões

1. A Lei de Conflitos de Interesse (Lei nº 12.813/2013) criou sistema especial de identificação, prevenção, mitigação, eliminação e punição de conflitos de interesses no direito administrativo brasileiro, em atendimento às Convenções Internacionais Anticorrupção (OEA e ONU), bem como às exigências de Governança Pública (fomentadas sobretudo pela OCDE), tendência observada a partir da década de 1990, na esteira da Reforma do Estado.

2. A LCI alterou o sistema de responsabilização de agentes públicos (e terceiros) pela prática de atos de improbidade administrativa, previsto no artigo 37, §4º da Constituição, e regulamentado pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

3. A Lei nº 14.230/2021, alterando a LIA, agasalha expressamente leis especiais de improbidade administrativa, entre as quais está a LCI.

4. A Lei nº 14.230/2021 deve ser aplicada em conformidade com a Constituição Federal (artigo 37, §4º), assegurando-se a proteção necessária e suficiente da probidade como bem jurídico público tutelado.

5. As normas jurídicas atinentes à improbidade administrativa aprovadas na LCI possuem caráter de norma nacional, porquanto esta matéria somente pode

ser objeto de competência legislativa exclusiva da União Federal, com âmbito de validade pessoal extensível a todos os entes federativos.

6. A LCI não revogou os tipos inscritos na LIA, os quais já tratavam de hipóteses de conflito de interesses (destacadamente, os artigos 9º, inciso VIII, artigo 11, *caput* e seu inciso III). A LCI estipulou novos tipos especiais de improbidade administrativa.

7. A Lei nº 14.230/2021 somente alterou o regramento da matéria, modificando o tipo geral previsto no artigo 11, *caput* (com suposta ausência de capacidade subsuntiva da regra), bem como o tipo específico do seu inciso III. Não revogou os tipos especiais da LCI.

8. As sanções aplicáveis a agentes públicos (e terceiros) pela verificação de conflitos de interesse no exercício da função pública, nas hipóteses tipificadas na LCI, encontram-se regidas pela LIA, conforme as alterações da Lei nº 14.230/2021.

9. A Lei nº 14.230/2021 regulamentou as diretrizes para celebração de Acordos de não Persecução Cível, no domínio da improbidade administrativa, os quais podem ser celebrados nas hipóteses de ilícitos previstos na LCI.

10. Ao nível do processo judicial, a LCI provocou alteração relevante, na medida em que o Ministério Público competente, entes públicos ou governamentais legitimados e Poder Judiciário deverão verificar, em cada caso, no respectivo processo administrativo extrajudicial ou processo judicial, não apenas a tipificação formal e material do conflito de interesse ocorrido, mas igualmente a situação do agente no contexto institucional, em razão de instrumentos de prevenção de conflito de interesses, estabelecidos na LCI.

11. A incorporação de tratamento sistematizado das hipóteses de conflito de interesse no sistema geral e autônomo de improbidade, através da LCI, demonstra que esta matéria não pode ficar acantonada nos Códigos de Ética aprovados na órbita administrativa. Em outros termos, integram pauta relevante do Sistema Brasileiro Anticorrupção.

12. A criação de tipologia legal própria de conflitos de interesses como atos de improbidade administrativa constitui mecanismo fundamental para tutela de interesses públicos em face de interesses privados, fortalecendo, ao fim e ao cabo, as políticas públicas anticorrupção, em prol da afirmação dos princípios do Estado Democrático de Direito e da República, no ordenamento brasileiro.

13. A cidadania tem direito fundamental à moralidade administrativa, ou à boa gestão pública, e neste direito está o dever estatal de tratamento sistematizado de conflitos de interesses no aparelho estatal. Conhecer o direito positivado é fundamental. Exigir seu cumprimento igualmente.

14. Como bem assinala Maria Garcia, “o exercício dos direitos da Cidadania depende, portanto, do conhecimento desses direitos, o qual depende da educação

política. Daí a imperiosa necessidade do ensino da Constituição, desde o ensino fundamental, nas universidades, empresas, associações, sindicatos e partidos políticos naquilo que compete, precipuamente ao exercício da Cidadania”.

Referências

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros; Salvador: Juspodivm, 2022.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. II.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2014.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Atlas, 2014.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Revisão: Carlos Ari Sundfeld. Tradução: José Alberto Froes Cal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. I.
- GARCIA, Maria. A interpretação da lei como a interpretação da lei pelo cidadão comum. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 52, p. 44-50, jul./set. 2005.
- GARCIA, Maria. Políticas públicas e atividade administrativa do Estado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo*. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 419-424.
- GARCIA, Maria. Trinta anos da Constituição e a efetividade da cidadania. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 113. p. 213-222, maio/jun. 2019.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La ética en la Administración pública*. Madrid: Civitas, 2000.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Direito Administrativo Sancionador. Breve evolução Identidade. Abrangência e Funcionalidades. *Interesse Público*, v. 22, p. 83-126, 2020.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Panorama crítico da Lei de Improbidade Administrativa, com as alterações da Lei 14.230/2021. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, v. 6, p. 97-141, 2022.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Consensualidade no Direito administrativo sancionador. Breve análise do Acordo de Não Persecução Cível, na Orientação Normativa nº 10/2020, da 5ª CCR-MPF. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIRÓZ, Ronaldo Pinheiro de; KIRCHER, Luís Felipe Schneider (Org.). *Justiça consensual: acordos penais, cíveis e administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2022. v. 1, p. 001-049.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de Direito Constitucional*. Organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

MOREIRA, Joaquim Manhães. Aspectos éticos e legais do conflito de interesses na empresa. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI23617,81042-Aspectos+eticos+e+legais+do+conflito+de+interesses+na+empresa>. Acesso em: 11 nov. 2014

OCDE. *Guidelines for managing conflict of interest in the public service*. Paris; OCDE, 2003.

OCDE. *Trust and Public Policy: how better governance can help rebuild public trust*. Paris: OECD Publishing, 2017.

OCDE. *Public Integrity Handbook*. Paris: OECD Publishing, 2020.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade Administrativa: reflexões sobre laudos periciais ilegais e desvio de poder em face da Lei Federal 8.429/92. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 01 out. 2008.

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da Administração Pública*. Coimbra; Almedina, 1996.

SILVEIRA, Raquel Dias da. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Lei de conflitos de interesses e Lei de Improbidade Administrativa reformada. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 173-220, abr./jun. 2023. DOI: 10.21056/aec.v23i92.1746.
