

## **Corrupção e conflito de interesses: confluência entre direito e política na administração pública brasileira**

### **Fabício Motta**

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (Brasil)

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA

[fabriciomotta@gmail.com](mailto:fabriciomotta@gmail.com)

**Eixo temático:** Transparencia, Corrupción y Rendición de Cuentas

"Trabajo preparado para su presentación en el X Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, de la Asociación Latinoamericana de Ciencias Políticas (ALACIP), en coordinación con la Asociación Mexicana de Ciencias Políticas (AMECIP), organizado en colaboración con el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM), los días 31 de julio, 1, 2 y 3 de agosto de 2019"

**Palavras chave:** Interesse público – conflitos de interesse – corrupção

**Key words:** Public interest – conflicts of interests – corruption

**Resumo:** O artigo analisa a composição dos conflitos de interesses públicos e privados, tendo como foco central o exercício de competências por parte de agentes públicos. Com fundamento nos estudos realizados por organismos internacionais, são identificados os elementos integrantes das políticas públicas da gestão de conflitos de interesses e sua organização, com o foco voltado para a preservação da integridade das decisões públicas e prevenção à corrupção.

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

### **Introdução**

Os instrumentos jurídicos para prevenção e enfrentamento da corrupção nunca estiveram tão em voga no Brasil como nos últimos anos. Há um

sentimento talvez exagerado em nós, brasileiros, de que a corrupção é uma maldição perpétua que nos aflige com especial intensidade, o que não implica afirmar que existiriam nações imunes. O esforço internacional de combate à corrupção, empreendido por organismos como Organização das Nações Unidas – ONU, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE e Transparência Internacional - TI, dentre outras, demonstra que trata-se de um fenômeno que não respeita fronteiras e que é objeto de preocupação geral em razão de seus efeitos nefastos.

Não é arriscado dizer que a corrupção floresce com maior ardor em ambientes propícios formados por um conjunto de fatores sociais, culturais, políticos, econômicos e também jurídicos. Entretanto, a referência inicial ao instrumental jurídico denota desde já o recorte metodológico feito neste artigo, que não ignora a complexidade do fenômeno corrupção, mas opta, quanto a este, pelo enfoque estritamente jurídico-normativo<sup>1</sup>.

A complexidade do fenômeno corrupção acarreta dificuldade conceitual, podendo-se admitir a existência de conceitos variados de corrupção com maior ou menor amplitude. Entretanto, independentemente de qualquer aproximação conceitual a corrupção possui em sua gênese o abuso de posição, sob variadas formas, para obtenção de vantagens pessoais. Desta forma, a existência de interesses distintos e contrários entre os envolvidos é imanente à corrupção, seja na esfera pública, objeto deste estudo, seja na esfera privada. Conflito de interesses envolve, para este efeito, a contraposição entre interesses públicos e privados, com potencial de prejuízo àqueles, gerada em razão de relação jurídica envolvendo Estado e agente público.

No Brasil, os marcos normativos recentes ligados ao assunto decorrem de compromissos internacionais assumidos. A lei brasileira nº 12.813/13 foi editada com a finalidade de cumprir esses compromissos internacionais ao definir

---

<sup>1</sup> “O debate sobre corrupção tem se centrado nos seus aspectos econômicos e jurídicos no Ocidente, todavia o problema é quando estes âmbitos de enquadramento restringem outras abordagens que dizem com causas e consequências para além deles, deixando de se reconhecer que, em verdade, que a *corruption destroys the fundamental values of human dignity and political equality, making it impossible to guarantee the rights to life, personal dignity and equality, and many other rights*. É fácil entender que tais restrições de compreensão do fenômeno sob comento também são decorrência do foco e da intensidade das violações econômicas e jurídicas que ele provoca” (ROGÉRIO GESTA LEAL, *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*, Santa Cruz do Sul, 2013, p.15)

situações que configuram conflito de interesses no Poder Executivo da União. A despeito de sua aplicabilidade restrita à esfera federal, a lei tem inspirado a edição de normas semelhantes nos Estados da Federação e Municípios.

O objeto central deste artigo é analisar a política pública de gestão dos conflitos de interesses públicos e privados, tendo como foco central o exercício de competências por parte de agentes públicos.

## **1. Políticas públicas: entre ciência política, ciência da administração e ciência jurídica**

Políticas públicas constituem tema complexo cuja origem se liga mais diretamente à Ciência Política e Ciência da Administração Pública do que propriamente à Ciência Jurídica. Ao contrário, tradicionalmente as considerações jurídicas ligadas às políticas públicas têm como critério seu enquadramento jurídico-positivo, tomando como ponto de partida – e de chegada – o ordenamento jurídico e suas disposições a respeito do assunto. A abordagem interdisciplinar do tema não é necessariamente nova – novidade, talvez, seja a maior abertura dos juristas à conexão com outras ciências diante de fenômenos complexos.

Ciência Política, Administração Pública e Direito têm encontro marcado no objeto de estudo políticas públicas. A ciência política possui seu foco central nas questões do poder – seus fundamentos, distribuição, exercício e controle. Por outro lado, pode-se reconhecer à ciência da Administração Pública o estudo das possibilidades de organização para atender às necessidades de produção eficiente de bens e serviços públicos, enquanto que ao Direito incumbe cuidar dessas questões sob o prisma normativo. Isoladamente, como se percebe, nenhuma das ciências é suficiente para a complexidade e multidimensionalidade das políticas públicas.

No que pertine ao enfoque jurídico, convém destacar que o tema ganhou novo e decisivo realce com o advento e desenvolvimento do Estado Social. Na quadra, a necessidade de conferir plena eficácia a direitos fundamentais sociais, atendidos por intermédio de serviços e políticas públicas, traz a necessidade de

enfocar a análise de políticas públicas como instrumento para a plena eficácia dos direitos fundamentais sociais.

“A análise das políticas públicas parte de contributos teóricos gerais da ciência política, mas também da economia, da psicologia, da sociologia, da história e dos estudos das organizações. Porém, define um campo de estudos específico pluridisciplinar e abre espaço ao desenvolvimento de teorias de médio alcance, modelos, mapas, metáforas e conceitos próprios, que permitem explicar e pensar as políticas públicas, permitem compreender os modos e as regras gerais de funcionamento da ação pública e analisar as suas continuidades e ruturas, bem como os processos e as determinantes do seu desenvolvimento, e identificar a multiplicidade de fatores e forças que formam os processos reais das políticas públicas. O seu objetivo não é explicar o funcionamento do sistema político, mas a lógica da ação pública, as continuidades e ruturas nas políticas públicas, as regras do seu funcionamento, a afetação de recursos e o papel e os modos de interação de atores e instituições nos processos políticos”<sup>2</sup>.

Esta abordagem indica a caracterização da política pública como instrumentos para a concretização de direitos fundamentais sociais. Na conceituação de Maria Paula Dallari Bucci, precursora da análise jurídica das políticas públicas no Brasil:

“Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planeamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Luísa Araújo e Maria de Lurdes Rodrigues, « Modelos de análise das políticas públicas », *Sociologia, Problemas e Práticas*, 83 | -1, 11-35.

<sup>3</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico* (Maria Paula Dallari Bucci, org.) São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 1-50.

Ainda que sob o enfoque predominantemente jurídico, adotado em razão das perspectivas de se imprimir eficácia aos direitos fundamentais sociais, os influxos da ciência política e da ciência da administração pública serão necessariamente colhidos para que a complexidade das políticas públicas permita a análise de aspectos organizacionais e subjetivos.

## **2. Interesse público e interesses particulares**

O interesse público é como o amor, escreveu Guillermo Andrés Muñoz: muitos podem conhecê-lo, dizer que suas veias já pulsaram por ele; entretanto, na hora de defini-lo, é como se perdesse forças, desaparecesse, perdesse tudo – então, é melhor não defini-lo<sup>4</sup>. A inspirada metáfora demonstra a dificuldade de definir uma expressão naturalmente fluida, imprecisa, utilizada com sentidos e funções variados. A propósito, a utilização ideológica da expressão interesse público tem despertado discussões acadêmicas intensas.

A despeito de qualquer definição, a categoria jurídica interesse público possui plena operatividade jurídica, inclusive em razão de sua presença em normas fundamentais de alguns ordenamentos, como as Constituições do Brasil e da República Portuguesa, por exemplo. Em uma Administração Pública dialógica, que se move tendo como rumo principal a dignidade humana e como bússola o ordenamento jurídico, o interesse público é uma categoria central. Sem qualquer pretensão conceitual e mesmo de especificar os diferentes significados que a expressão pode assumir, é importante identificar, topicamente, os elementos que consideramos integrar a compreensão jurídica do interesse público para efeito da análise dos conflitos de interesses:

- a) o interesse público depende de reconhecimento pelo ordenamento jurídico, não cabendo admitir sua busca e realização além dos limites da juridicidade. Como aduz Celso Antônio Bandeira de Mello, cuja doutrina sobre interesse público é a mais difundida na doutrina

---

<sup>4</sup> GUILLERMO ANDRÉS MUÑOZ, El interés público es como el amor, In ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO/DANIEL WUNDER HACHEM, *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*, Belo Horizonte, 2010. pp. 23-30.

- brasileira, o conteúdo jurídico do princípio do interesse público não pode ser encontrado em outro lugar senão no próprio direito positivo<sup>5</sup>;
- b) o interesse público possui substrato material, residente na persecução do bem comum e no respeito à dignidade da pessoa humana, sendo fundamento, critério e limite de todo agir da Administração Pública<sup>6</sup>, de acordo com os lineamentos de cada ordenamento jurídico;
  - c) não há exclusividade do Estado na defesa do interesse público, compartilhada com a sociedade, tampouco identificação entre interesse público e interesse estatal. O conceito de interesse público não é construído a partir do Estado, mas sim da sociedade;
  - d) a multiplicidade de interesses igualmente públicos não desnatura a importância da categoria, pois pode ser creditada às mudanças da sociedade e ao incremento de complexidade na identificação das demandas atribuídas ao Estado. Em situações específicas, a atuação do Estado possui característica mediadora, reguladora e/ou ponderadora: “o interesse público concreto é o resultado de um procedimento em que intervêm autoridades públicas e cidadãos, num contexto multipolar, cada um exteriorizando visões do bem comum determinante na configuração e solução da situação subjacente”<sup>7</sup>. Por estas razões, a fluidez e indeterminação do conceito lhe conferem operatividade, ao invés de descaracterizá-lo ou torna-lo inútil<sup>8</sup>;
  - e) em um Estado Social e Democrático de Direito, o procedimento administrativo participativo, contando com a plena e verdadeira atuação do cidadão, é a matriz que assegura atuação legítima e eficaz da Administração na identificação e defesa do interesse público<sup>9</sup>; e

---

<sup>5</sup> CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, 27ª ed., São Paulo, 2010, p.68

<sup>6</sup> PAULO OTERO, *Direito do procedimento administrativo*, I, Coimbra, 2016.

<sup>7</sup> PAULO OTERO, *Direito do procedimento administrativo*, I, Coimbra, 2016.

<sup>8</sup> “A indeterminação não é um defeito do conceito, mas um atributo destinado a permitir sua aplicação mais adequada caso a caso. A indeterminação dos limites do conceito propicia a aproximação do sistema normativo à riqueza do mundo real”. (MARÇAL JUSTEN FILHO, Conceito de interesse público e a personalização do Direito Administrativo, in *Revista Trimestral de Direito Público*, nº26, 1999, p.116).

<sup>9</sup> EURICO BITENCOURT NETO, *Concertação administrativa interorgânica. Direito administrativo e organização no século XXI*, São Paulo, 2017.

f) o interesse público não é autônomo com relação aos interesses dos indivíduos por ser considerado sua dimensão pública, ou seja, o interesse do indivíduo considerado como membro da sociedade na qual está inserido, na clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>10</sup>. Desta forma, o interesse público não é necessariamente antagônico aos interesses dos indivíduos por se tratar de uma de suas dimensões. Um dos mais reputados monografistas sobre o tema no Brasil, Daniel Wunder Hachem, avança na distinção ao propor a identificação do interesse público em dois sentidos: “(a) interesse público em sentido amplo: trata-se do interesse público genericamente considerado, que compreende todos os interesses juridicamente protegidos, englobando tanto o interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral) quanto interesses individuais e coletivos (interesses específicos), quando albergados pelo Direito positivo. [...] (b) interesse público em sentido estrito: cuida-se do interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral), a ser identificado no caso concreto pela Administração Pública, em razão de uma competência que lhe tenha sido outorgada expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico. Pode se manifestar na forma de um conceito legal ou de uma competência discricionária. Consiste num pressuposto positivo de validade da atuação administrativa, eis que o ordenamento jurídico só autorizará a prática do ato quando presente esse interesse público em sentido estrito, hipótese em que estará autorizada a sua prevalência sobre interesses individuais e coletivos (interesses específicos) também protegidos pelo sistema normativo”<sup>11</sup>.

Sem avançar na complexidade das relações entre interesses públicos e interesses privados, convém lembrar que direitos e interesses não se confundem – na clássica formulação de Rudolf Von Ihering, direitos são

---

<sup>10</sup> CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, 27ª ed., São Paulo, 2010, p.60-62

<sup>11</sup> DANIEL WUNDER HACHEM, A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo, in *Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C*, n.44, ano 11, p. 59-110.

interesses juridicamente protegidos<sup>12</sup>. Desta forma, o interesse privado juridicamente tutelado compõe o interesse público em sentido amplo; o interesse que deve sempre ceder ao interesse público é aquele “exclusivamente particular, egoístico do indivíduo enquanto tal, desprovido de proteção jurídica. Ele engloba o interesse puro e simples da pessoa (física ou jurídica, de Direito Público ou de Direito Privado) carente de tutela pelo ordenamento jurídico, e os interesses ilícitos”<sup>13</sup>.

### **3.Conflito de interesses**

A referência bíblica é irresistível para introduzir a análise do conflito de interesses: “Nenhum servo pode servir dois senhores; porque, ou há de odiar um e amar o outro, ou se há de chegar a um e desprezar o outro. Não podeis servir a Deus e a Mamom”<sup>14</sup>. O exercício da função pública há de ser pautado pelas normas – regras e, especialmente, princípios – publicísticas, que podem conter inclusive prerrogativas que desigualam a relação jurídica com o cidadão. Ainda que se admita a existência de interesses privados dos agentes públicos, mesmo egoísticos, que se lícitos podem ser buscados por vias comuns, no exercício da função pública não se admite a intersecção desses interesses próprios com o interesse público. A questão essencial é justamente identificar os interesses privados do agente público e como podem eventualmente colocar em risco a consecução do interesse público.

A Lei Federal brasileira nº 12.813/13 define conflito de interesses como “a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública” (art.3º, I). Não se tratarão necessariamente de interesses ilícitos ou mesmo egoísticos, meramente privados. Retomando o que foi dito no tópico anterior, pode se tratar até mesmo de interesse público em sentido amplo, mas cuja prossecução por agente público, no exercício de função

---

<sup>12</sup> Na lição de Emerson Gabardo, “o interesse difere do direito, entre outros motivos, justamente porque não possui um dever a ele correspondente, escapando da natureza deontica típica da normatividade jurídica”. (EMERSON GABARDO, *Interesse público e subsidiariedade – o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*, Belo Horizonte, 2009, p.304).

<sup>13</sup> DANIEL WUNDER HACHEM, *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, Belo Horizonte, 2011, P.292

<sup>14</sup> Evangelho Segundo Mateus cap.6, 24.

pública, poderia colocar em risco o interesse público em sentido estrito. Pensemos, por exemplo, em um agente público com um interesse particular juridicamente protegido – direito subjetivo, talvez – que se utiliza das facilidades do seu cargo para vê-lo – o direito – reconhecido em situação mais célere ou favorável.

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

Uma das razões para a grande exposição do Estado a esses conflitos é justamente sua ausência de exclusividade na defesa dos interesses públicos, compartilhado com a sociedade. A multiplicidade de atores que interagem nos variados procedimentos públicos e sua difusa gama de interesses torna o interesse público estrito mais vulnerável aos diversos interesses privados. No mesmo sentido, o incremento das diversas formas de parceria com instituições da sociedade – seja no campo social, seja no campo econômico -, característica de diversos Estados atuais, configura potencial emergente para que que fatores externos influenciem as decisões públicas em razão, sobretudo, de questões econômicas.

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

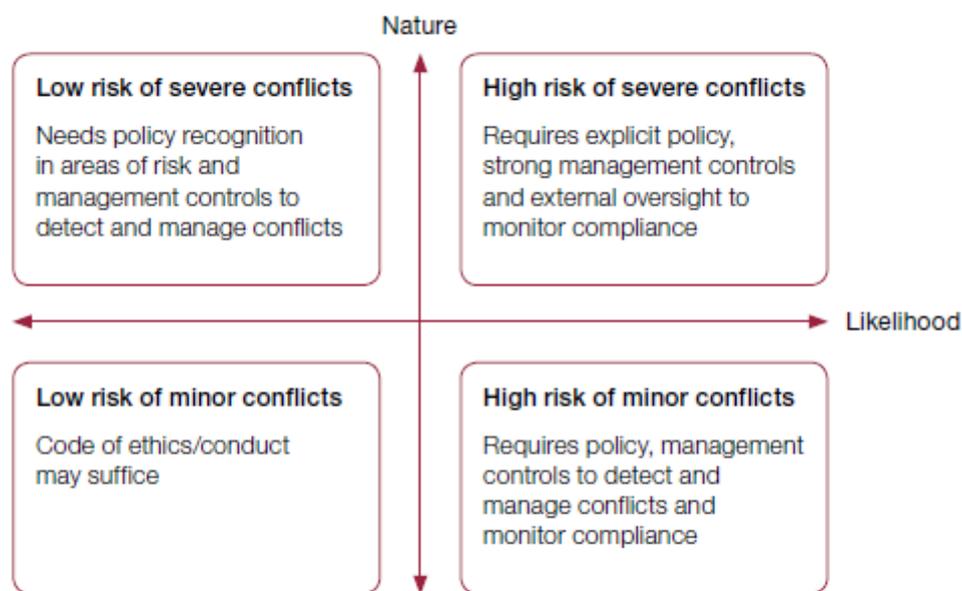
#### **4.Gestão dos conflitos de interesses: as diretrizes da OCDE**

A desconfiança na integridade das instituições públicas corrói a confiança do cidadão, que legitimamente espera que os agentes públicos utilizem de suas prerrogativas e exerçam suas competências para bem servir o interesse público, não para servirem-se dele. Ambientes propícios a conflitos de

interesses configuram também risco à integridade dos mercados e da justa concorrência, situações que ainda podem ser agravadas por processos decisórios governamentais despidos de transparência. Determinados setores da Administração Pública concentram maiores riscos de ocorrência de conflitos em razão da maior interface com o setor privado e do manejo de poderes públicos. Com efeito, contratações públicas (incluindo todo os procedimentos preparatórios), exercício do poder de polícia administrativa (abrangendo atividades de inspeção, sanção, autorização, por exemplo) e atividades de regulação social e econômica são exemplo de setores sensíveis que devem ser objeto de maior atenção e, sobretudo, transparência.

O reconhecimento da natureza, probabilidade e gravidade dos riscos é essencial para o desenho da política pública de prevenção. O quadro elaborado pelo *National Audit Office* – NAO<sup>15</sup>, da Inglaterra, demonstra as diferentes estratégias a serem adotadas de acordo com os respectivos riscos, tomando como parâmetro as múltiplas atividades executadas pela Administração Pública:

### Taking a proportionate approach to managing conflicts



Source: National Audit Office

<sup>15</sup> NATIONAL AUDIT OFFICE, *Conflicts of interest - Report by the Controller*, Londres, 2015, pesquisável em: <https://www.nao.org.uk/report/conflicts-interest-2/>

Os exemplos trazidos pelo NAO demonstram os conflitos que podem ocorrer nas diversas etapas do ciclo de qualquer política pública. De acordo com o órgão, uma investigação do British Medical Journal em 2013 constatou que 426 (36%) dos 1.179 médicos do governo de determinada categoria têm potencial conflito de interesse em razão de possuírem cargos de administração ou parcerias com empresas de saúde privadas. O relatório fornece também exemplos ilustrativos de conflitos na área da educação pública, como escolas que celebram contratos com empresas privadas em que seus funcionários, curadores, ou patrocinadores tiveram interesse financeiro<sup>16</sup>.

Os riscos para a desnaturação dos interesses da sociedade e para a integridade dos mercados explicam a preocupação atual com conflitos de interesse, nos setores público e privado, sobretudo nos Estados Ocidentais. O cenário impeliu a OCDE a estabelecer diretrizes para a gestão de conflitos de interesses no setor público, com o declarado objetivo de ajudar as instituições e agências governamentais a desenvolver políticas públicas em que conflitos de interesse sejam adequadamente identificados e resolvidos ou gerenciados, de forma adequada e transparente, contribuindo para evitar a prática de atos de corrupção<sup>17</sup>.

Existem diversas modelagens possíveis de política pública para regular conflitos de interesses, não existindo solução absoluta. As diversas possibilidades dependem de circunstâncias históricas, sociais, políticas e culturais das nações, além do necessário enquadramento no respectivo ordenamento jurídico. Via de regra, como é possível intuir e como esclarece a OCDE, a questão é tratada como parte de política pública mais ampla de prevenção e combate à corrupção. As diretrizes, desta forma, propõem um quadro estrutural geral mínimo que pode ser aplicado a qualquer desenho de política pública preventiva.

A recomendação inicial da OCDE é a definição, por cada ordenamento, do que se considera conflito de interesses para que seja possível identificar e

---

<sup>16</sup> NATIONAL AUDIT OFFICE, *Conflicts of interest - Report by the Controller*, Londres, 2015, pesquisável em: <https://www.nao.org.uk/report/conflicts-interest-2/>

<sup>17</sup> OECD, *Managing Conflict of Interest in the Public Service - OECD GUIDELINES AND COUNTRY EXPERIENCES*, Paris, 2003, pesquisável em <http://www.oecd.org/gov/ethics/managingconflictinterestinthepublicservice.htm>

efetivamente gerenciar as situações respectivas. Para a Organização, "conflito de interesses" envolve possibilidade de divergência entre o dever público e interesses privados de um agente público, no qual o agente tem capacidade privada e interesses que possam influenciar indevidamente o desempenho de seus deveres públicos.

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

Na efetiva realização de qualquer modelagem de política pública, a OCDE destaca a importância de promover a responsabilidade individual e o exemplo pessoal - os agentes públicos devem atuar em todos os momentos para que sua integridade sirva de exemplo para outros agentes e também para o público. Além disso, estimular uma cultura organizacional de intolerância com os conflitos de interesse, o que depende de comunicação, orientação e treinamento para promover as regras e práticas estabelecidas. A implementação de “parcerias para a integridade” com o setor empresarial e com entidades do terceiro setor é recomendada como elemento de sensibilização e assimilação cultural. O estímulo ao envolvimento dos cidadãos e de entidades da sociedade civil é também encarecido pela Transparência Internacional<sup>18</sup> como forma de aumentar a efetividade das diversas políticas de integridade. A TI ressalta a importância de encorajar as denúncias (ou reporte de informações, para buscar uma tradução mais adequada para *whistleblowing*) que possam trazer informações relevantes a respeito de riscos de corrupção e conflitos de

---

<sup>18</sup> MAÍRA MARTINI, *Conflict of interest in public procurement*. Transparency Internacional, 2013, pesquisável em [https://www.transparency.org/whatwedo/answer/conflict\\_of\\_interest\\_in\\_public\\_procurement](https://www.transparency.org/whatwedo/answer/conflict_of_interest_in_public_procurement)

interesses, o que deve ser feito por meio de uma política de incentivo, tratamento da informação e proteção ao denunciante.

## **5. Vertentes**

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

### **5.1. Vertente normativa**

A política pública de prevenção aos conflitos de interesses na esfera pública demanda a edição de normas, em variados patamares hierárquicos. Consideramos como normas válidas aquelas produzidas de acordo com uma norma hierárquica superior e anterior, indiretamente ligada à norma fundamental do sistema, na lição insuperável de Kelsen, e integradas ao ordenamento jurídico. A investigação a respeito da integração deve recair sobre a fonte que produziu o ato normativo e a existência de autorização ou reconhecimento para tanto. Os atos normativos possuem generalidade e abstração em variadas intensidades, assim como a extensão e aplicabilidade de seus efeitos, muito embora seja sempre possível e necessário aferir a incorporação da fonte responsável por sua edição.

A inserção no ordenamento jurídico é necessária para conferir cogência às regras, sob pena de serem consideradas meros conselhos morais ou funcionais. A criação de obrigações de conduta e o estabelecimento de infrações e penalidades, em especial, estão alcançados pelo campo da reserva legal, demandando a edição de lei em sentido formal. A lei brasileira nº 12.913/13, por exemplo, estabelece situações que configuram conflito de interesse e as tipifica como atos de improbidade administrativa, como tal sujeitos às rígidas sanções da Lei nº 8.429/92.

As diversas normas e seus diferentes graus de integração ao ordenamento jurídico dependem da concepção da política pública e também das limitações de cada sistema. A lei brasileira, novamente invocada, utiliza a técnica da remissão normativas para reenviar a ato normativo inferior e posterior, a ser elaborado

pela Administração, a regulação de certos elementos que complementam a ordenação estabelecida na própria lei. A lei, no caso, incumbe expressamente a Comissão de Ética Pública de estabelecer normas, procedimentos e mecanismos que objetivem prevenir ou impedir eventual conflito de interesses (art.8º, I). A utilização desta técnica é bastante comum e necessária, sobretudo em razão da necessidade de pormenorizar alguns pontos específicos da atividade administrativa, que costumam mudar com facilidade, e que por isso podem não encontrar tratamento adequado no rígido processo de elaboração da lei. Os atos normativos editados com apoio em lei devem obedecer, em seu conteúdo, aos parâmetros legalmente estabelecidos. A obediência aos princípios constitucionais também é imperativa, inclusive na ausência de parâmetros legais claros. O processo de interpretação, aplicação e controle destes atos normativos deve seguir uma trilha de generalização sucessiva: dos princípios específicos para os setoriais; destes últimos para os princípios gerais, e assim sucessivamente.

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

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

## **5.2. Vertente institucional/organizacional**

Pode-se falar em “organização da Administração Pública” em *sentido amplo*, abrangendo as acepções *subjetiva* e *objetiva*, definido-a como a composição e conformação de estruturas, competências, processos e instrumentos da Administração voltados ao alcance de finalidades públicas. Nesse sentido amplo, a organização da Administração compreende objetos diversos, tais como: a) criação e composição de estruturas subjetivas e objetivas adequadas para o alcance de finalidades; b) determinação e distribuição das tarefas entre estruturas e agentes mediante critérios estabelecidos e voltados para o alcance dos objetivos; c) provisão de pessoal para o exercício das tarefas; d) relações de coordenação, subordinação e controle entre as diversas estruturas organizativas; e) estruturação da prestação das diversas atividades realizadas pela Administração de forma a atingir, de forma satisfatória, as finalidades públicas específicas buscadas; e f) controle de todos os processos planejados e executados<sup>19</sup>.

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

*“[...] se ofrece a la Administración, encuanto poder o sistema administrativo, como una constelación de soluciones de organización y acción. Y una constelación, además, que si hace posible un muy amplio margen en la selección de las opciones que pone a disposición, no permite, sin embargo, que dicha selección se verifique con total libertad. De onde se sigue la negación de libertad, por indiferencia jurídica, em el ejercicio de la potestad de organización”*.<sup>20</sup>

A “organização estrutural da Administração Pública” possui uma *função garantista própria* ligada à predeterminação das condições de futuro desenvolvimento da atividade. No caso, a garantia do cidadão está na atribuição de uma função a um ente ou órgão dotado das características necessárias para

---

<sup>19</sup>MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO/FABRÍCIO MOTTA, *Tratado de Direito Administrativo*, Vol.II - Administração pública e servidores públicos, Thomson Reuters, 2014.

<sup>20</sup>LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, Barcelona, 2003, p.370.

sua adequada realização. A garantia está não somente na individualização de funções e estabelecimento de seu regime jurídico, mas também na sua adequada atribuição a sujeitos predeterminados. Na prática, trata-se de identificar a estrutura subjetiva responsável pela relação jurídica travada com o cidadão. Ao ensinar que o “direito da organização” é geralmente descritivo, Schmidtt-Assmann anota que as atividades da Administração se desenvolvem *em e por meio* de organizações, e é nelas onde entram em contato o Estado como organização e as forças sociais. Como ensina o autor, é justamente o direito da organização que permite que as atividades prestacionais da Administração e as possibilidades de participação dos cidadãos se encontrem em estruturas determinadas<sup>21</sup>.

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

### **5.3 Vertente funcional**

Enquanto a vertente institucional enfoca as estruturas organizativas concebidas para a execução das atividades administrativas, a vertente funcional considera os agentes públicos que executarão as competências legalmente atribuídas. Nesse particular, a eficiente e eficaz gestão dos conflitos de interesses demanda não somente treinamento dos agentes que aplicarão o conjunto normativo como também o estabelecimento de garantias adequadas para o correto e imparcial desempenho das atribuições. Estabilidade no serviço público ou na função e exercício de mandato são algumas das modalidades de garantias que costumam ser previstas para que o agente público que exerce determinadas atividades possa ter a tranquilidade necessária para cumprir as

---

<sup>21</sup> EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid-Barcelona, 2003, p.251.

normas da forma mais adequada e eficiente, sem qualquer temor de perseguições e retaliações profissionais em razão do exercício de atribuições nem sempre simpáticas aos olhos de alguns.

## **6. Transparência, o pressuposto democrático**

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

Nessa linha de raciocínio, por trás do princípio da publicidade, estão a exigência de segurança do direito e a proibição da política do “segredo”, entendida esta última proibição não somente como uma vedação ao arbítrio, mas como um dever de satisfação por parte do Estado. A visibilidade necessariamente conferida à Administração possibilita o combate à ineficácia das disposições de garantia legalmente instituídas.

Participação popular e a publicidade na elaboração das normas tocantes à Administração são condições de sua futura eficácia, evitando a criação de um para-sistema, ou, segundo a terminologia de Bobbio, de um poder invisível. Estas ideias trazem consigo a noção de **transparência**. A partir da aceção comum das palavras, pode-se entender a **publicidade** como característica do que é público, conhecido, não mantido secreto. Não obstante, a *publicidade oficial* atua como requisito para a eficácia dos atos, em geral, praticados pelo poder público. **Transparência**, ao seu turno, é atributo do que é transparente, límpido, cristalino, visível; é o que se deixa perpassar pela luz e ver nitidamente o que está por trás. A transparência exige não somente a

disponibilidade de conhecimento mas também a possibilidade de *entendimento* dos atos.

Os atos administrativos devem ser públicos e transparentes – públicos porque devem ser levados a conhecimento dos interessados por meio dos instrumentos legalmente previstos (citação, publicação, comunicação, etc.); transparentes porque devem ser facilmente acessíveis<sup>22</sup> e permitir entender com clareza seu conteúdo e todos os elementos de sua composição, inclusive o motivo e a finalidade, para que seja possível efetivar seu controle. Transparência é requisito essencial para a participação social e para o controle da Administração, materializando, no plano real, o poder reconhecido ao povo pelo ordenamento<sup>23</sup>.

A gestão dos conflitos de interesses deve ser pautada pela plena transparência, como foi dito ao longo deste artigo, para permitir o conhecimento e controle dos cidadãos. O amplo conhecimento dos interesses privados de agentes que exercem funções públicas compartilha com o cidadão e com a sociedade civil organizada a responsabilidade de evitar, nas múltiplas relações jurídicas travadas, que se configure conflito em detrimento do interesse público.

## **Conclusão**

---

<sup>22</sup> O alerta de Miguel Raimundo para o procedimento das contratações públicas é importante para a compreensão do dever geral de transparência: “[...] a relativa facilidade de acesso à informação corre o risco de ser ilusória: na grande maioria dos casos, o público em geral está insuficientemente informado sobre as decisões de contratação pública e sobretudo faltar-lhe-á conhecimento técnico sobre o enquadramento jurídico das mesmas. Essa informação incompleta poderá ter o efeito perverso de serem questionadas e destruídas na opinião pública decisões bem tomadas, ao deslocar-se o centro das decisões para fóruns de discussão com características de amadorismo ou ataque estratégico e levando inevitavelmente à degradação da qualidade do debate e à deslegitimação das instâncias tecnicamente qualificadas e revestidas de autoridade e responsabilidade atribuídas pelo Direito”. (MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formatação dos contratos públicos – uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa, 2013, p. 360).

<sup>23</sup> “Controlar os poderes públicos e obrigá-los a controlarem-se é uma condição de bom governo. A prestação informação é, a vários títulos, um instrumento essencial deste controlo. O European Label of Governance Excellence - ELoGe - certificado europeu de bom governo nas autarquias locais - incorpora esta exigência em pelo menos quatro dos seus doze princípios: o da abertura e transparência, o da responsividade, o de boa gestão financeira e o da eficácia e eficiência” (ANA FERNANDA NEVES, Os deveres de informação das autarquias locais, in CARLA AMADO GOMES/ANA FERNANDA NEVES/RUTE SARAIVA (coord.), *Finanças públicas locais e good governance*, Lisboa, 2017, pp.84-136).

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

As políticas públicas voltadas à prevenção de interesses devem considerar as diversas vertentes necessárias para seu planejamento, execução e controle: a vertente normativa, afeta por natureza à ciência jurídica; a vertente objetivo-organizacional, afeta predominantemente à ciência da administração, e a vertente subjetiva-organizacional, estudada pela ciência política. Todas as vertentes encontram-se interligadas, sendo a compreensão e gestão das mútuas conexões essencial para a eficiência e eficácia da política pública.

A atual complexidade das demandas sociais e multipolaridade da Administração torna a governação dos conflitos um grande desafio, cujo enfrentamento exige seriedade, preparo e transparência. Para além da necessidade de não distorcer o funcionamento do mercado e a imparcialidade na identificação dos interesses públicos está a imperiosa necessidade de recuperar a confiança do cidadão em seu Estado e em seu governo. Corroer a confiança do cidadão é, sem dúvida, retirar a legitimidade do Estado.