

idp

idn

MESTRADO PROFISSIONAL

EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**O SANCIONAMENTO DAS SITUAÇÕES DE CONFLITO DE
INTERESSES COMO ATO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

**FÁBIO MANOEL FRAGOSO BITTENCOURT
ARAÚJO**

Brasília-DF, 2022

FÁBIO MANOEL FRAGOSO BITTENCOURT ARAÚJO

O SANCIONAMENTO DAS SITUAÇÕES DE CONFLITO DE INTERESSES COMO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Dissertação de Mestrado submetida ao Programa de Mestrado Profissional em Administração Pública do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, como requisito à obtenção do título de Mestre em Administração Pública.

Orientador

Professor Mestre Weder de Oliveira.

Brasília-DF 2022

FÁBIO MANOEL FRAGOSO BITTENCOURT ARAÚJO

O SANCIONAMENTO DAS SITUAÇÕES DE CONFLITO DE INTERESSES COMO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Dissertação de Mestrado submetida ao Programa de Mestrado Profissional em Administração Pública do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, como requisito à obtenção do título de Mestre em Administração Pública.

Aprovado em 23 / 06 / 2022

Banca Examinadora

Prof. Ms. Weder de Oliveira - Orientador

Prof. Dr. Milton de Souza Mendonça Sobrinho

Prof. Dr. Inácio Magalhães

A663s Araújo, Fábio Manoel Fragoso Bittencourt
O sancionamento das situações de conflito de interesses como ato de improbidade administrativa / Fábio Manoel Fragoso Bittencourt Araújo. – Brasília: IDP, 2022.

97 p.: il. Color
Inclui bibliografia.

Trabalho de Conclusão de Curso (Dissertação) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Mestrado Profissional em Administração Pública, Brasília, 2022.
Orientador: Prof. Dr. Weder de Oliveira.

1. Conflito de interesses. 2. Poder Executivo Federal. 3. Informação privilegiada. 4. Interesse público. 5. Improbidade administrativa. I. Título.

CDD: 341.387

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Ministro Moreira Alves
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa



AGRADECIMENTOS

A conclusão de um mestrado, com certeza é a realização de um sonho, por esta razão, não poderia realizá-lo sozinho.

Gostaria de agradecer, primeiramente a Deus, por ter me dado forças e me acompanhado durante essa caminhada, acreditando em mim em momentos que nem eu mesmo conseguia acreditar;

Aos meus professores, em especial ao meu orientador, Prof. Weder de Oliveira, pelo auxílio, disponibilidade, orientações, debates, e, principalmente pela paciência que teve comigo durante o correr desta dissertação;

À minha família, minha base de tudo, meus pais: Fábio José Bittencourt Araújo e Morgana Maria Fragoso Bittencourt Araújo, e meu irmão José Agnaldo de Souza Araújo Neto por todo suporte, amizade, carinho, amor, força, confiança e incentivo;

À minha namorada Cynthia, por todo incentivo, compreensão, apoio e amor;

Aos meus avós: Theotônio Fragoso de Araújo e Maria Vitória de Farias Fragoso; José Agnaldo de Souza Araújo (*in memoriam*) e Maria Nilzete Bittencourt Araújo (*in memoriam*), por todo carinho, amor, dedicação e proteção;

Aos meus tios: Teotonio (*in memoriam*), Fernando, Magno, Morgan e Vitória por todo amor, apoio, carinho, dedicação, ensinamentos, incentivo e cuidados dados a mim como se fosse um filho desde que nasci;

Aos meus primos, por todo carinho e amor;

Aos meus tios de coração, Rita e Humberto Martins por todo cuidado e apoio;

A todos do Escritório de Advocacia Martins, em especial, Eduardo Martins, por todo apoio, orientação, confiança, suporte, parceria e aprendizado;

A todos que integram o Tribunal de Contas do Estado de Alagoas – TCE/AL., em especial ao Conselheiro Presidente Otávio Lessa, pela confiança e oportunidade a mim dada, e ao Procurador-Chefe, Marcelo Teixeira, por todo aprendizado e parceria;

Aos meus amigos que sempre estiveram ao meu lado, me alegrando, acompanhando e fortalecendo;

RESUMO

A pergunta da pesquisa é se a Lei nº 12.813/2013 pode sancionar todas as situações de conflito de interesses como improbidade administrativa, independentemente do disposto na nova redação da Lei nº 8.429/1992, que estabelece requisitos específicos para a caracterização do ato ímprobo. Diante disso, o objetivo é analisar as situações definidas como conflito de interesses e aplicação do art. 12 da Lei nº 12.813/2013 à luz do sistema de responsabilização por improbidade previsto na nova redação da Lei nº 8.429/1992. A justificativa para a elaboração do presente trabalho consiste no fato de que o novo texto da Lei de Improbidade Administrativa modificou a caracterização de atos ímprobos, impactando diretamente a responsabilização por improbidade do agente em situação de conflito de interesses. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, de cunho qualitativo, razão pela qual foi feita uma revisão da literatura especializada no tema e objeto de pesquisa ora tratado. Os resultados encontrados apontaram que o agente público federal, em situação de conflito de interesses, não incorre automaticamente em improbidade administrativa, conforme se depreende da leitura do art. 12 da Lei nº 12.813/2013. A conclusão alcançada é de que não é possível sancionar todas as situações de conflito de interesses como ato ímprobo, pois é necessário levar em consideração o regime jurídico de responsabilização imposto pela nova redação da Lei de Improbidade Administrativa.

Palavras-chaves: Conflito de Interesses; Poder Executivo Federal; Informação Privilegiada; Interesse Público; Improbidade Administrativa.

ABSTRACT

The question of the research is whether Law n° 12.813/2013 can sanction all situations of conflict of interest as administrative misconduct, regardless of the provisions of the new wording of Law n° 8.429/1992, which establishes specific requirements for the characterization of the improbable act. Therefore, the objective is to analyze the situations defined as conflict of interest and application of Art. 12 of Law n° 12.813/2013 in the light of the system of liability for misconduct provided for in the new wording of Law n° 8.429/1992. The justification for the preparation of this work consists in the fact that the new text of the Law of Administrative Improbity modified the characterization of unjustified acts, directly impacting the responsibility for the improbity of the agent in a situation of conflict of interest. The methodology used was bibliographic research, of qualitative nature, which is why a review of the literature specialized in the theme and object of research is currently treated. The results showed that the federal public agent, in a situation of conflict of interest, does not automatically incur administrative misconduct, as can be insinuated from the reading of Article 12 of Law n° 12.813/2013. The conclusion reached is that it is not possible to sanction all situations of conflict of interest as an unimpeachable act, because it is necessary to take into account the legal regime of accountability imposed by the new wording of the Law of Administrative Improbity.

Keywords: Conflict of Interests; Federal Executive Branch; Privileged Information; Public Interest; Administrative Dishonesty.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 10

- 1.1 Apresentação da Pergunta/Problema de Pesquisa **10**
- 1.2 Objetivos e Justificativa **13**
- 1.3 Metodologia **13**
- 1.4 Estrutura da Dissertação **14**

2. REFERENCIAL TEÓRICO 16

- 2.1 Da promoção da ética pública antes da promulgação da Lei nº 12.813/2013..... **16**
- 2.2 Da promulgação da Lei de Conflito de Interesses – Lei nº 12.813/2013..... **20**
- 2.3 Da definição de conflito de interesses e sua configuração..... **24**
- 2.4 Do conflito de interesses e a proteção do interesse público..... **29**
- 2.5 Do conflito de interesses e a preservação da informação privilegiada..... **33**
- 2.6 Da prevenção de conflito de interesses e benefícios para a Administração Pública **35**

3. DESCRIÇÃO DO PROBLEMA 47

- 3.1 Da repressão do conflito de interesses por meio da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa **47**

4. DISCUSSÃO 63

- 4.1 Do sancionamento como improbidade administrativa das situações de conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego **63**
- 4.2 Do sancionamento como improbidade administrativa das situações de conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego **76**
- 4.3 Das implicações para a Administração Pública **83**

5. CONCLUSÃO 86

- Referências Bibliográficas **90**



1

INTRODUÇÃO

1.1 APRESENTAÇÃO DA PERGUNTA/PROBLEMA DE PESQUISA

O agente público federal, em razão do cargo ou emprego que ocupa, pode ter acesso a assuntos sigilosos e/ou informações que possuem repercussão econômica e não são de amplo conhecimento público, ou que são relevantes ao processo decisório do poder ao qual está vinculado.

O acesso à informação privilegiada por esse agente público pode ensejar uma situação de conflito de interesses, isto é, um confronto entre interesses públicos e privados que pode acabar comprometendo o interesse da coletividade ou influenciar de modo impróprio o exercício da função pública.

Em atenção às diretrizes gerais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre a implementação de uma política pública destinada à prevenção e repressão dos conflitos de interesses, o governo brasileiro editou a Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, também conhecida como Lei de Conflito de Interesses.

O objetivo da referida Lei é explicitar as situações que configuram conflito de interesses, ou seja, define requisitos e restrições a ocupantes de cargo ou emprego que tenham acesso a informações privilegiadas e os impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego. Além disso, estabelece as competências para fiscalização, avaliação e prevenção de conflitos de interesses.

Ressalta-se, que as disposições contidas na Lei de Conflito de Interesses (LCI) se aplicam somente aos cargos e empregos no âmbito do Poder Executivo Federal, notadamente: ministro de Estado; de natureza especial ou equivalentes; de presidente, vice-presidente e diretor, ou equivalentes, de autarquias, fundações públicas, empresas

públicas ou sociedades de economia mista; do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis 6 e 5 ou equivalentes; e cujo exercício permite acesso à informação privilegiada com potencial de gerar vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro.

A Lei nº 12.813/2013 traz situações que configuram conflito de interesses no exercício do cargo ou emprego e após o exercício do cargo ou emprego, sendo que o enquadramento da situação como conflito de interesses não requer a existência de lesão ao patrimônio público, nem recebimento de qualquer vantagem ou ganho pelo agente público ou por terceiro.

Convém registrar, que o art. 12 da Lei nº 12.813/2013 estabelece que o agente público federal que praticar qualquer uma das situações definidas como conflitos de interesses incorre em improbidade administrativa, na forma do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, quando não caracterizada qualquer das condutas descritas nos artigos 9º e 10 dessa Lei (BRASIL, 2013).

Com efeito, o agente público em situação de conflito de interesses incorre em improbidade administrativa quando o ato importar enriquecimento ilícito (art. 9 da LIA) ou causar prejuízo ao erário (art. 10 da LIA). Por sua vez, se a situação de conflito de interesses não resultar em tais consequências, o agente público incorre em improbidade administrativa tão somente por atentar contra os princípios da Administração Pública (art. 11 da LIA) (BRASIL, 1992).

Desse modo, com o advento da Lei nº 12.813/2013, foram estabelecidas situações de conflito de interesses durante ou após o exercício do cargo ou emprego que se qualificam como improbidade administrativa.

Ocorre que, com a aprovação da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, promoveu-se profundas alterações na Lei nº 8.429/1992, que, inclusive, passou a ser denominada como nova Lei de Improbidade Administrativa.

A partir de agora, para a caracterização dos atos de improbidade administrativa descritos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade, é obrigatório a presença do elemento dolo na conduta do agente público,

ou seja, a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito, notadamente: enriquecer ilicitamente, causar prejuízo ao erário ou atentar contra os princípios da Administração Pública.

A nova redação da Lei nº 8.429/1992 também dispõe que a caracterização do ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública depende da comprovação de que o agente público agiu com o fim de obter proveito ou benefício indevido. Vale destacar, que tal requisito se aplica a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa, ou seja, abrange as situações de conflito de interesses.

Assim, cabe o seguinte questionamento: a Lei nº 12.813/2013 pode sancionar todas as situações de conflito de interesses como improbidade administrativa, a despeito do previsto na nova redação da Lei de Improbidade Administrativa, que traz requisitos específicos para o sancionamento de atos ímprobos?

O interesse pelo tema reside no fato de que o conflito de interesses é um tema que está sendo cada vez mais discutido no âmbito da Administração Pública, pois tem sido motivo de preocupação para o governo da maioria dos países em todo o mundo, e no Brasil não é diferente, sobretudo pelo fato de as instituições públicas estarem envolvidas em grandes escândalos de corrupção.

É imprescindível garantir a integridade e a imparcialidade na tomada de decisões públicas, evitando que seja comprometida pelos interesses privados dos agentes estatais, para que as instituições públicas desfrutem da confiança da sociedade. Daí a importância de abordar sobre o conflito de interesses e, conseqüentemente, sobre o seu sancionamento como ato de improbidade.

A justificativa para a elaboração do presente trabalho consiste no fato de que, com o advento da Lei nº 14.230/2021, ocorreram alterações sensíveis na Lei de Improbidade Administrativa, como, por exemplo, na caracterização de atos ímprobos, o que enseja uma releitura da Lei nº 12.813/2013, sobretudo quando dispõe que o agente público que praticar situação descrita como conflito de interesses incorre em improbidade administrativa.

O estudo do tema é relevante para a Administração Pública, tendo em vista que se nem todas as situações definidas como conflito de interesses forem sancionadas como improbidade administrativa, conseqüentemente, não será possível reprimir tal conduta e aplicar sanções ao agente público por meio da propositura da ação por improbidade administrativa, embora haja outras formas de sanção.

Diante disso, o trabalho trará contribuição para a área da Administração Pública no sentido de evidenciar uma lacuna existente na Lei nº 12.813/2013, especialmente no que se refere à repressão do conflito de interesses por meio da Lei nº 8.429/1992, limitando uma possibilidade de punição ao agente que desempenhou a função pública de modo impróprio.

1.2 OBJETIVOS

O objetivo geral do trabalho consiste em analisar as situações definidas como conflito de interesses e a aplicação do art. 12 da Lei nº 12.813/2013 à luz do sistema de responsabilização por improbidade administrativa previsto na nova redação da Lei nº 8.429/1992.

Em relação aos objetivos específicos, destacam-se: i) abordar sobre o conflito de interesses no âmbito da Administração Pública; ii) discutir sobre os principais aspectos da Lei de Conflito de Interesses; iii) debater sobre a importância da ética e da probidade na Administração Pública; iv) abordar sobre a repressão do conflito de interesses por meio da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa; v) averiguar o impacto da nova redação da Lei de Improbidade Administrativa na aplicação do art. 12 da Lei de Conflito de Interesses.

1.3 METODOLOGIA

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, a fim de localizar e selecionar produções científicas significativas ao cotidiano acadêmico, tais como livros, dissertações, monografias e publicações periódicas com ênfase no Direito Público, especialmente nas áreas do Direito Administrativo e Constitucional.

Com a opção pela pesquisa bibliográfica como abordagem metodológica, o presente estudo foi pautado em material já elaborado,

investigando vários posicionamentos sobre o problema da pesquisa a partir das fontes bibliográficas ora mencionadas.

Desse modo, foi feita uma revisão de literatura, através da técnica qualitativa, o que permitiu identificar, catalogar e confrontar os argumentos mais relevantes já publicados sobre o tema, no intuito de encontrar respostas para a pergunta da pesquisa.

Além disso, foi empregada como abordagem metodológica a pesquisa documental, tendo como objetivo coletar informações constantes em documentos oficiais publicados pelo Estado Brasileiro, sobretudo de conteúdo normativo, tais como a Constituição Federal de 1988, a Lei de Conflito de Interesses, a Lei de Improbidade Administrativa, dentre outras leis.

1.4 ESTRUTURA DA DISSERTAÇÃO

A dissertação foi estruturada em seções, com o objetivo de alcançar uma melhor exposição das ideias defendidas, assim como para facilitar a compreensão do leitor sobre o tema, sua relevância, o problema, os objetivos, os resultados e as conclusões da presente pesquisa.

Neste sentido, o referencial teórico foi desenvolvido a partir da abordagem de temas como a promoção da ética pública antes da promulgação da Lei nº 12.813/2013, a promulgação da Lei de Conflito de Interesses – Lei nº 12.813/2013, a definição de conflito de interesses e sua configuração, o conflito de interesses e a proteção do interesse público, o conflito de interesses e a preservação da informação privilegiada, bem como a prevenção de conflito de interesses e benefícios para a Administração Pública.

Posteriormente, procedeu-se com a descrição do problema, notadamente a repressão do conflito de interesses por meio da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. E por fim, realizou-se a discussão do tema, pautando-se no sancionamento como improbidade administrativa das situações de conflito de interesses durante e após o exercício de cargo ou emprego.



?

2

REFERENCIAL TEÓRICO**2.1 DA PROMOÇÃO DA ÉTICA PÚBLICA ANTES DA PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 12.813/2013**

Inicialmente, faz-se necessário abordar sobre a promoção da ética no serviço público na perspectiva do ordenamento jurídico pátrio, sobretudo para entender como o conflito de interesses era concebido antes da promulgação da Lei nº 12.813/2013.

O conflito de interesses deve ser abordado sob o ângulo mais abrangente possível, tendo como ponto de partida a ética no serviço público, sobretudo porque tal fenômeno não se limita ao tráfico da função pública ou ao uso do cargo público para atender a interesses particulares (MORAIS, 2009, p. 21-22).

O primeiro momento de promoção da ética pública ocorreu com o ímpeto legislativo que se seguiu após a redemocratização, a começar pela promulgação da Constituição Federal de 1988. O texto constitucional, em seu artigo 37, prevê uma série de diretrizes que, obrigatoriamente, passam a integrar o que se entende por “serviço público íntegro” ou “ético”, pois estabelece que a Administração Pública deve agir com fundamento em cinco princípios ou valores fundamentais (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) (REIS; ABREU, 2008, p. 161).

No âmbito infraconstitucional, foi aprovada a Lei nº 8.027, de 12 de abril de 1990, resultado da conversão da Medida Provisória 159/90, que dispõe sobre normas de conduta dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas, e dá outras providências.

Na forma do art. 2º da lei supra, o agente público deve: exercer com zelo e dedicação as atribuições legais inerentes ao cargo ou função (inc. I); ser leal às instituições a que servir (inc. II); observar as normas legais e regulamentares (inc. III); cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais (inc. IV); atender com presteza (inc. V); zelar pela economia do material e pela conservação do patrimônio público (inc. VI); guardar sigilo sobre assuntos da repartição, desde que

envolvam questões relativas à segurança pública e da sociedade (inc. VII); manter conduta compatível com a moralidade pública (inc. VIII); ser assíduo e pontual ao serviço (inc. IX); tratar com urbanidade os demais servidores públicos e o público em geral (inc. X); representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder (inc. XI) (BRASIL, 1990).

Ressalta-se que, todos esses deveres foram incluídos no título do Regime Disciplinar da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Além disso, algumas proibições e outras regras da Lei nº 8.027/1990 foram adotadas pela Lei nº 8.112/1990.

Merece destaque a publicação do Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994, que aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, a fim de estabelecer regras deontológicas, os principais deveres e as proibições. O referido decreto também criou as Comissões de Ética Setoriais, com a incumbência de orientar e aconselhar sobre a ética profissional do servidor, especialmente no tratamento com as pessoas e o patrimônio público.

Posteriormente, por meio do Decreto de 26 de maio de 1999, foi criada a Comissão de Ética Pública (CEP), que possui competência para proceder à revisão das normas que dispõem sobre conduta ética na Administração Pública Federal, elaborar e propor o Código de Conduta das autoridades no âmbito do Poder Executivo Federal.

Vale destacar, que com a aprovação do Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007, foi instituído o Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal, sistema este composto pela Comissão de Ética Pública (CEP), pelas Comissões de Ética Setoriais e por outras Comissões de Ética e equivalentes nas entidades e órgãos do Poder Executivo Federal.

Acerca disto, Reis e Abreu (2008, p. 162) lecionam que:

Com a criação da Comissão de Ética Pública, duas alterações nessa perspectiva são observáveis. A primeira diz respeito à limitação do escopo de atuação da comissão, que se ocupa, fundamentalmente, com a “alta administração”, ao contrário das normas anteriores, que se estendem a todo o serviço público civil. A segunda diz respeito à introdução de um foco diferente, voltado

também para a orientação e a prevenção. É justamente nesse contexto, que começa a apontar na direção da mudança da perspectiva da disciplina para a prevenção, que começa a ganhar importância o conceito de “conflito de interesses”.

É no contexto de promoção da ética pública que emerge a questão do conflito de interesse. Fato é que, a partir da instituição do Código de Conduta da Alta Administração Federal, pela primeira vez fica explícito a preocupação com o confronto entre o interesse público e o privado.

Como bem destaca Máximo (2017, p. 6), o conflito de interesses, como prática promotora de desvios éticos e legais na Administração Pública, “passou a ser tratado como questão específica a partir da criação da Comissão de Ética Pública - CEP, em maio de 1999, com a edição do Código de Conduta da Alta Administração Federal, em agosto de 2000”.

Uma das finalidades do Código de Conduta da Alta Administração Federal é “minimizar a possibilidade de conflito entre o interesse privado e o dever funcional das autoridades públicas da Administração Pública Federal”, conforme prevê o art. 1º, inc. V, do referido Código.

Antes da criação da Comissão de Ética Pública e do Código de Conduta da Alta Administração Federal, o que predominava, de modo quase exclusivo, era uma concepção altamente disciplinar e punitiva. Aliás, essa visão disciplinar, de fato, ainda prevalece, porém com algumas influências têm gerado correções em seu ímpeto. A preocupação explícita com o conflito de interesses poderia, enfim, apontar uma alteração no foco do enfrentamento da questão da ética pública (REIS; ABREU, 2008, p. 162).

Na perspectiva da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), é preciso ter uma atenção especial com os titulares de cargos e empregos públicos que exercem funções estruturais do Estado, que formam políticas e que são responsáveis por decisões em áreas delicadas na interação entre os setores público e privado. A finalidade é incentivar uma cultura de serviço público na qual situações de conflitos de interesses sejam

facilmente reconhecidas, solucionadas ou gerenciadas, de modo transparente e no tempo adequado (MOTTA, 2017, n.p).

Entretanto, na opinião de Morais (2009, p. 20), o Código de Conduta da Alta Administração Federal se propõe a “regular a questão do conflito de interesses, mas não o define. Ademais, é bastante reduzido o número de agentes públicos a ele submetidos, haja vista sua aplicação estar limitada às altas autoridades do Poder Executivo Federal”.

Acompanhando essa linha de raciocínio, Máximo (2017, p. 6) assevera que:

[...] o Código de Conduta da Alta Administração Federal destinava-se a um pequeno número de agentes públicos, os que ocupam os cargos do primeiro escalão no Poder Executivo Federal. Os demais servidores públicos estavam fora do alcance das regras desse Código. Em janeiro de 2002, outro grupo de agentes públicos foi alcançado por normas que tratavam especificamente sobre o conflito de interesses com a edição do “Código de Conduta dos Agentes Públicos em exercício na Presidência e Vice-Presidência da República”. O normativo tinha por objetivo, dentre outros, o de “evitar a ocorrência de situações que possam suscitar conflitos entre o interesse privado e as atribuições públicas do agente público”. Os servidores alcançados por esse Código, como o seu próprio nome indica, são apenas os que se encontravam em atividade na Presidência e na Vice-Presidência da República, mantendo a situação vigente no sentido de que pequena parcela de servidores públicos federais se sujeitava às regras.

Embora o Código de Conduta da Alta Administração Federal tenha como objetivo principal disciplinar o conflito de interesses, a fim de minimizar ou evitar a sua ocorrência, trata-se tão somente de um código de adesão, ou seja, sua transgressão não implicará necessariamente violação de lei, porém apenas descumprimento do compromisso pessoal e moral firmado pelo administrador (MORAIS, 2009, p. 46).

Assim, como parte do desenvolvimento de uma conduta ética no serviço público, promovendo valores que devem nortear o desempenho da função pública, o governo brasileiro decidiu aprovar

uma lei especificamente destinada ao conflito de interesses na administração pública federal.

2.2 DA PROMULGAÇÃO DA LEI DE CONFLITO DE INTERESSES - LEI Nº 12.813/2013

De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (2003, p. 3), é uma preocupação pública crescente assegurar a integridade na tomada de decisões oficiais a fim de que não seja contaminada pelos interesses privados dos agentes públicos.

É forçoso reconhecer que a existência de conflito de interesses é um fenômeno constatável ao longo da história da Administração Pública, sendo praticamente impossível a sua eliminação. Isto não significa, entretanto, que não deve existir uma preocupação com a garantia da integridade do serviço público ou com a ética pública em geral (REIS; ABREU, 2008, p. 162).

Há um notório potencial emergente para novas formas de conflito de interesses envolvendo os interesses privados e os deveres públicos de um agente estatal, razão pela qual os governos estão sendo pressionados a garantir a integridade na tomada de decisões oficiais. Até porque, se as situações de conflito de interesses não forem administradas adequadamente, podem resultar em corrupção. Com efeito, essa temática tem se tornando o foco de uma política específica dos governos, no aspecto da gestão e do ponto de vista legal (OCDE, 2003, p. 22).

No dia 13 de outubro de 2006, o ministro da Controladoria-Geral da União (CGU), Jorge Hage Sobrinho, apresentou ao Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, proposta de projeto de lei com a pretensão de regulamentar o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego.

No entendimento do Ministro da CGU, a busca de mecanismos legais que elevassem os padrões de integridade dos agentes públicos no exercício de suas funções consistia em tema de alta relevância na Administração Pública brasileira, sobretudo pelo fato de ser também uma preocupação crescente na maioria dos países da comunidade

internacional, visando à eficiência na prestação de serviços públicos e à prevenção e combate da corrupção (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2006).

Como bem alerta a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (2003, p. 13), quando as situações de conflito de interesses não são devidamente identificadas e gerenciadas, podem constituir sério risco a integridade das instituições estatais, resultando em corrupção, tanto no setor público, quanto no setor privado.

Por isso, na elaboração do anteprojeto de lei foram levados em consideração as mais contemporâneas normas do direito comparado, a fim de prevenir que o servidor público atue motivado por interesses privados, assim como os princípios que regulam a matéria no Brasil, posto que, embora incipientes e tratados em normas dispersas, não poderiam ser desconsideradas (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2006).

Com o objetivo de avançar no enfrentamento de situações geradas pelo confronto, em prejuízo do interesse coletivo, entre interesses públicos e privados, a proposta de projeto de lei mantinha como principais objetivos:

- a) adequar a legislação pátria ao previsto em convenções internacionais, com destaque para a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 31 de outubro de 2003, ratificada pelo Congresso Nacional e promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006;
- b) prevenir conflitos de interesses e a corrupção dos agentes do Poder Executivo Federal;
- c) estabelecer requisitos e restrições aos servidores da Administração Pública Federal que tenham acesso a informações privilegiadas;
- d) dispor sobre impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego no âmbito Poder Executivo Federal; e,
- e) delimitar competências para fiscalização, avaliação e prevenção de conflitos de interesses. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2006, p. 6).

Insta salientar, que o anteprojeto foi discutido e aprovado no âmbito do Conselho da Transparência e Combate à Corrupção, com o objetivo de aperfeiçoar e legitimar o texto final, além de ser ter sido submetido a consulta pública. À época, a proposta representava um

marco significativo na legislação brasileira destinada à prevenção da corrupção, atendendo a compromissos internacionais pactuados pelo Brasil (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2006).

A proposta de projeto de lei foi apresentada em 27/10/2006 ao plenário da Câmara dos Deputados, sob o PL nº 7.528/2006. O projeto de lei foi aprovado em 03/04/2012 pelo plenário da Câmara. A matéria foi encaminhada ao Senado Federal, sob o PL nº 7.528-C/2006, sendo aprovado sem alterações.

No dia 16 de março de 2013 foi sancionada a Lei nº 12.813, que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego, assim como dá outras providências.

A Lei nº 12.813/2013 representou uma inovação na ordem jurídica pátria, pois introduziu situações definidas como conflito de interesses, com o objetivo de promover e assegurar a ética na esfera pública federal. Por este motivo, ficou popularmente conhecida no mundo jurídico como Lei de Conflito de Interesses.

A referida Lei atende à expectativa da Administração Pública no sentido de promover as melhores práticas relacionadas à transparência pública, incluindo a limitação do sigilo, e a responsabilização de agentes públicos pelo descumprimento de seus deveres legais e éticos, sobretudo aqueles que ocupam postos importantes na Administração ou que tenham, por conta de seu cargo ou emprego, acesso a informações privilegiadas (FORTINI; SHERMAM, 2017, p. 37-38).

De acordo com a OCDE (2003, p. 29), é fundamental descrever as situações nas quais os interesses privados criam, ou tem o potencial de criar, conflito com o bom exercício da função pública, fortalecendo a confiança da sociedade nas instituições públicas. Embora o conflito de interesses, na prática, seja inevitável, o Estado tem o dever de estabelecer quais situações e atividades particulares são incompatíveis com a função pública, sob pena de ter que arcar com os danos desse conflito, com a falta de integridade e imparcialidade nas instituições públicas.

Existem vários interesses privados que podem ensejar situações de conflito de interesses, como, por exemplo: interesses financeiros,

econômicos, dívidas e ativos, afiliação com organizações políticas, sindicais, profissionais ou sem fins lucrativos, empreendimentos, relacionamentos pessoais pautados em questões familiares, comunitárias ou religiosas, dentre outros. Por isso a preocupação com as ações e os relacionamentos estabelecidos pelos agentes estatais, sobretudo quando atuam em áreas de risco, ou seja, àquelas funções sujeitas a escrutínio público ou que chamam a atenção da mídia (OCDE, 2003, p. 29).

Daí a importância de uma legislação que trate das definições necessárias, princípios e requisitos essenciais da política de conflito de interesses, além de orientações e aconselhamentos sobre medidas concretas para evitar ou resolver situação de conflito de interesses, sobretudo em um contexto onde é cada vez maior a interação entre o setor público e o privado (OCDE, 2003, p. 29).

Assim, a Lei de Conflito de Interesses atende à expectativa da OCDE, que recomenda a implementação de uma política pública destinada à prevenção dos conflitos de interesses, abrangendo os seguintes aspectos: i) reconhecer riscos para a integridade das instituições públicas e seus agentes; ii) proibir formas específicas inadmissíveis de interesse privado; iii) conscientizar as instituições públicas e seus agentes sobre os cenários em que podem acontecer conflitos; iv) assegurar que os processos efetivos sejam estabelecidos para identificar, divulgar, gerir e promover a resolução adequada de situações de conflito de interesses (MOTTA, 2017, n.p).

De acordo com as lições de Pereira (2018, p. 79-80), a Lei de Conflito de Interesses é relevante para a Administração Pública, tendo em vista que:

[...] (a) disciplina as situações que acarretam o conflito entre os interesses públicos e privados; (b) define as regras e obrigações para ocupantes de cargo ou emprego que tenham acesso a informações privilegiadas; (c) fixa as competências de fiscalização, avaliação e prevenção de condutas que possam ensejar conflitos de interesses; e (d) estabelece as sanções aplicáveis aos servidores e empregados públicos que praticarem atos caracterizadores de conflito de interesses. [...]. Essa relevância, dada a natureza acautelatória da LCI, pode-se verificar também com a implementação inédita de procedimentos consultivos

disponibilizados aos agentes públicos a fim de suscitem eventuais dúvidas existentes, durante ou após o exercício do cargo ou emprego público, acerca de situações que possam acarretar conflito de interesses.

Conforme Gervasio e Azevedo (2014, p. 12), existe um traço suave que divide, geralmente, o público do privado, “o que pode gerar situações de dúvida quanto à atuação do agente público. Dessa forma, o conflito de interesses foi regulado, de modo a promover um processo transparente e justo na tomada de decisões”.

Se anteriormente o conflito de interesses estava previsto apenas em tratados e normas esparsas, a partir de então passou a ter previsão em lei específica destinada aos agentes públicos do governo federal, atendendo à necessidade de estabelecer mecanismos legais que aumentem os padrões de integridade no exercício da função pública, algo que tem conquistado cada vez mais importância no Brasil e na maioria dos países da comunidade internacional (MÁXIMO, 2017, p. 6).

Uma das inovações trazidas pela Lei nº 12.813/2013 foi introduzir no ordenamento jurídico pátrio a definição de conflito de interesses no âmbito da Administração Pública.

2.3 DA DEFINIÇÃO DE CONFLITO DE INTERESSES E SUA CONFIGURAÇÃO

O conflito de interesses no âmbito da Administração Pública é uma expressão que envolve casos bem diversificados, sempre associados com a influência que interesses privados podem agir sobre o comportamento funcional do agente público (MORAIS, 2009, p. 19).

É um fenômeno que normalmente acontece quando o agente público, de modo potencial ou aparente, se depara com uma certa situação que poderá gerar um rompimento na confiança, posto que sua decisão estará embaraçada (GERVASIO; AZEVEDO, 2014, p. 25).

O conceito legal de conflito de interesse encontra amparo no art. 3º, inc. I, da Lei nº 12.813/2013, compreendido 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” (BRASIL, 2013).

A partir dessa definição, Oliveira (2014, p. 168) define o conflito de interesses como uma condição “jurídico-funcional em que o agente público coloca-se em determinada posição de que possa resultar prejuízo ao exercício leal, impessoal e imparcial da função pública, pela ocorrência ou existência de interesse privado (próprio ou de terceiro)”.

De acordo com Pereira (2018, p. 83), o conflito de interesses é marcado pelo “antagonismo de interesses existente entre a esfera privada, no caso, do agente público ou de terceiro, e a esfera pública à qual o agente está vinculado em face de sua função, de modo que possa comprometer o interesse coletivo”.

Na busca por auxiliar na identificação eficaz e para gerir conflito de interesses, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (2003, p. 24) define o conflito de interesses como a contraposição entre o dever público e os interesses privados de um agente estatal, de tal modo que os interesses desse último possam influenciar indevidamente o exercício de sua função pública. Ressalta-se, a existência do potencial conflito, que ocorre quando interesses privados do agente público comprometem o desempenho futuro de responsabilidades oficiais.

Na opinião de Moraes (2009, p. 19):

Essa definição está focada na questão do interesse patrimonial privado em contraposição ao interesse público. Logo, ela não alcança todas as formas de conflito de interesses, porque a existência de interesse patrimonial privado não é condição necessária à configuração de uma situação de conflito de interesses no serviço público. O interesse pessoal do agente público, que pode contrapor-se ao interesse público, não precisa ser, necessariamente, de natureza patrimonial. Ele pode ter outra natureza e apresentar-se, inclusive, dissimulado por um suposto interesse público, como ocorre quando um agente público investido de poderes para tomar decisão que afeta interesse de órgão público que tenha, sob sua esfera de poder, caso específico de interesse daquele agente.

Nessa perspectiva, o art. 4º, § 2º, da Lei de Conflito de Interesses, prevê 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”.

Assim, o conflito de interesses é caracterizado pela contraposição entre interesses privados e públicos, com potencial de prejuízo financeiro ou não a esses interesses, ocasionada pela relação jurídica composta por Estado e agente público (MOTTA; BELÉM, 2018, p. 151).

É uma situação caracterizada pela contrariedade de uma atividade pública legítima, envolvendo um interesse familiar, uma afiliação pessoal ou associação privada. São interesses que podem razoavelmente ser considerados como propensos a comprometer indevidamente o exercício da função pública (OCDE, 2003, p. 25).

Conforme explica Motta (2021, p. 7), o conflito de interesses “pode restar caracterizado não só quando verificados prejuízos concretos para a coletividade, mas também diante da sua mera potencialidade, posto que isso já seria capaz de minar a confiança na moralidade, legitimidade e reputação públicas”. Isto é, o conflito pode ser potencial, quando fundado em uma análise prévia, “em abstrato, na qual se verificam um conjunto de fatores e circunstâncias que indicam a sua possível configuração; ou *em concreto*, que seria uma situação *a posteriori*, em que o conflito de interesses já ocorreu efetivamente”.

Na forma da Lei nº 12.813/2013, observa-se que as situações de conflito de interesses se desdobram em duas espécies, notadamente: i) conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego; ii) após o exercício do cargo ou emprego.

As situações de conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego estão previstas no art. 5º da Lei nº 12.813/2013, nesses termos:

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

- I - divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas;
- II - exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe;
- III - 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;

- IV - 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;
- V - 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;
- VI - 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; e
- VII - prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado (BRASIL, 2013).

Convém registrar, na forma do parágrafo único do art. 5º da referida Lei, que essas situações de conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego também se aplicam aos agentes públicos que estejam sob o gozo de licença ou em período de afastamento (BRASIL, 2013).

Desse modo, a expressão “no exercício de cargo ou emprego” deve ser compreendida de modo amplo, alcançando também os agentes que estão licenciados ou afastados.

De outra banda, as situações de conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego estão elencadas no art. 6º da Lei nº 12.813/2013, nesses termos:

- Art. 6º Configura conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:
- I - a qualquer tempo, divulgar ou fazer uso de informação privilegiada obtida em razão das atividades exercidas; e
 - II - no período de 6 (seis) meses, contado da data da dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria, salvo quando expressamente autorizado, conforme o caso, pela Comissão de Ética Pública ou pela Controladoria-Geral da União:
 - a) prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a pessoa física ou jurídica com quem tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego;

- b) aceitar cargo de administrador ou conselheiro ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica que desempenhe atividade relacionada à área de competência do cargo ou emprego ocupado;
- c) celebrar com órgãos ou entidades do Poder Executivo federal contratos de serviço, consultoria, assessoramento ou atividades similares, vinculados, ainda que indiretamente, ao órgão ou entidade em que tenha ocupado o cargo ou emprego; ou
- d) intervir, direta ou indiretamente, em favor de interesse privado perante órgão ou entidade em que haja ocupado cargo ou emprego ou com o qual tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego (BRASIL, 2013).

Diante disso, a prática de qualquer uma das situações estabelecidas no art. 5º ou 6º da Lei nº 12.813/2013, caracteriza conflito de interesses, podendo ocorrer durante ou após o exercício do cargo ou emprego. A lei pressupõe que, em tais casos, há confronto entre os interesses públicos e privados, podendo comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de modo impróprio, o desempenho da função pública.

Ou seja, enquanto o art. 3º, inc. I, da Lei nº 12.813/2013 traz a definição ampla e genérica do que é conflito de interesses, os arts. 5º e 6º da referida Lei apresentam um rol de situações que, intrinsecamente, configuram conflito de interesses, seja no exercício do cargo ou emprego público ou após a quebra do elo funcional com o Poder Público (PEREIRA, 2018, p. 85).

A opção feita pelo legislador, no sentido de definir de forma ampla o conflito de interesses e elencar as suas situações caracterizadoras, tem como objetivo abarcar vários acontecimentos cotidianos nos órgãos da Administração Pública, o que exige dos agentes partícipes, órgãos e servidores, a aceitação de boas práticas e compromisso ético para que se cumpra as finalidades almejadas pelo legislador (MÁXIMO, 2017, p. 13).

Neste sentido, um dos objetivos aspirados pela Lei de Conflito de Interesses é a proteção do interesse público, princípio de elevado valor para a Administração Pública que deve pautar a conduta de todos os seus agentes.

2.4 DO CONFLITO DE INTERESSES E A PROTEÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

Como visto, o conflito de interesses no exercício da função pública ocorre sempre que os interesses públicos e privados se contrapõem, o que pode gerar o desprezo, a desconsideração ou a redução do interesse público, de modo integral ou parcial, deixando de possuir elevado valor (PEREIRA, 2018, p. 85).

Por se tratar de uma situação que coloca em rota de colisão o interesse público e o interesse privado, o conflito de interesses em instituições públicas é algo que pode comprometer o interesse coletivo ou influenciar indevidamente o exercício da função pública, o que, por sua vez, afeta o desempenho das atividades estatais (GERVASIO; AZEVEDO, 2014, p. 25).

Acompanhando essa linha de raciocínio, Motta (2019, p. 9) leciona que:

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 fatores externos influenciem as decisões públicas em razão, sobretudo, de questões econômicas.

Insta salientar, que o interesse público é um dos pilares que sustenta a edição das normas de direito público e cinge a Administração Pública em toda e qualquer decisão a ser tomada, devendo aplicar a lei no exercício da função administrativa (DI PIETRO, 2020, p. 223).

O interesse público, também chamado pela doutrina pátria de finalidade pública, é um dos princípios que regem a Administração Pública, obtendo destaque no art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de

1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal¹.

De acordo com o entendimento de Hachem (2011, p. 62), o interesse público constitui, simultaneamente, fundamento e limite do poder do Estado, pois tanto “permite que as autoridades públicas ampliem o seu poder, outorgando-lhe competências mais alargadas (para a consecução do interesse da coletividade)”, como representa “um limite a esse poder, uma vez que lhes impede de agir para além da medida exigida pelo interesse público”.

A expressão “interesse público” está presente em vários discursos e debates públicos da contemporaneidade, associando-se a outras expressões de conteúdo semelhante, tais como vontade geral, interesse geral ou interesse coletivo, cumprindo a rotineira função de motivar e legitimar a atuação pública em diversos modos. Sem a presença do interesse público não é possível afirmar que uma intervenção estatal é legítima, ou seja, se o agir da Administração Pública for motivado por outro interesse que não o da vontade coletiva, cometerá o agente desvio de poder (GABARDO; REZENDE, 2017, p. 268-269).

Consoante os ensinamentos de Hachem (2011, 68-69), o interesse público pode ser concebido em sentido amplo e estrito. O interesse público em sentido amplo abrange “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”. Por outro lado, o interesse público em sentido estrito é aquele “identificado no caso concreto pela Administração Pública, em razão de uma competência que lhe tenha sido outorgada expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico”.

No Direito Administrativo Contemporâneo há uma ênfase na noção de poder público, sobretudo a partir da concepção de conferir

¹ “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”. Cf. BRASIL, Planalto. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

aos agentes públicos os poderes essenciais para o bom desempenho de sua função, que deve pautar-se na gestão dos interesses públicos com o objetivo de alcançar os bens coletivos. Neste contexto, merece destaque a noção de que o interesse público deve predominar sobre os interesses privados, desde que a lei lhe atribua os respectivos poderes para isto (GABARDO, 2017, p. 97).

Observa-se, que o interesse público (em sentido estrito) pode se revelar através de um conceito legal ou de uma competência discricionária. Logo, representa um pressuposto positivo de validade da atuação administrativa, pois o ordenamento jurídico só permitirá a prática do ato quando existir esse interesse público em sentido estrito. A partir daí, permite-se a predominância do interesse público sobre interesses individuais e coletivos, concebidos como interesses específicos, mas também resguardados pelo sistema normativo (HACHEM, 2011, p. 69).

A predominância do interesse público sobre o interesse privado é algo inafastável da atuação estatal, chegando a dominá-la, tendo em vista que o Estado foi criado e se justifica pela persecução do interesse público (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2015, p. 113).

Acerca disto, convém destacar que o interesse público não é sinônimo de vontade do povo, conforme leciona Gabardo (2017, p. 97):

Desse modo, o interesse público componente do atual princípio da supremacia do interesse público não se confunde com uma noção incipiente característica da filosofia política liberal-revolucionária, ligada à vontade geral do povo; nem mesmo equivale ao “interesse geral” contido no conceito de “serviço público”. A perspectiva contemporânea e que é suscitada simultaneamente ao Estado social interventor do pós-guerra decorre de uma visão conceitual do Direito administrativo pautada no seu regime jurídico (portanto, mediante a identificação de um interesse público que é encontrado não diretamente na vontade do povo ou na ontologia da solidariedade social, mas sim nos termos de um sistema constitucional positivo e soberano, cujo caráter sócio-interventor precisa conviver em um equilíbrio complexo com direitos subjetivos).

Consoante as lições de Blanchet (2015, p. 168-169), “o agente da Administração deve pautar sua conduta pela vontade do Estado (do povo) e não pela sua vontade psicológica válida para direcionar suas ações apenas na vida privada”. Partindo dessa perspectiva, “a vontade do povo, para cuja satisfação foi criado o Estado, é vinculante para o agente, não é algo etéreo e indefinido, não é um enigma, não é um fenômeno amorfo e imprevisível, tampouco indeterminável”.

Neste contexto, o agente público possui o dever de agir de acordo com o interesse público, ou seja, por ser um representante do Estado, sua atuação deve ser pautada no regime jurídico, pois é dele que provém o interesse público, e que predominará sobre o interesse privado, a fim de alcançar o bem comum.

A razão de ser do interesse público, como princípio norteador da administração pública, é impedir que interesses particulares possam contagiar indevidamente processos decisórios públicos, arriscando a integridade, a impessoalidade, a moralidade e outros preceitos que devem conduzir o desempenho de toda e qualquer função pública. É por isso que a inexistência de qualquer benefício ou proveito efetivo não elimina o conflito de interesses², pois a intenção é impedir a promiscuidade entre interesses por parte do sujeito que deveria proteger apenas o interesse público, tendo em vista a busca pela integridade e confiabilidade das decisões públicas (MOTTA, 2017, n.p).

Embora se reconheça a existência de interesses privados dos agentes públicos, sobretudo egoísticos, que se lícitos podem ser alcançados por caminhos comuns, no exercício da função pública não se permite o cruzamento desses interesses particulares com o interesse público. A questão que se coloca é justamente distinguir os interesses próprios dos representantes estatais e como podem ocasionalmente pôr em risco a conquista do interesse público (MOTTA; BELÉM, 2018, p. 156).

² Vale destacar o que dispõe o art. 3º, § 2º, da Lei de Conflito de Interesses: “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”. *In*: BRASIL, Planalto. Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013. (Lei do Conflito de Interesses). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm. Acesso em: 23 set. 2021.

Diante disso, o conflito de interesses merece ser prevenido e reprimido para que o interesse público não seja maculado.

2.5 DO CONFLITO DE INTERESSES E A PRESERVAÇÃO DA INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA

Conforme o art. 3º, inc. II, da Lei nº 12.813/2013, a informação privilegiada é aquela “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”.

De acordo com Pereira (2018, p. 85):

O cerne do conflito de interesses é a informação privilegiada adquirida durante o exercício da função pública [...]. Nesse particular, a LCI resguardou a publicidade de informações versando sobre assuntos sigilosos, bem como daquelas necessárias ao embasamento de decisões acerca da adoção de políticas públicas, enquanto em maturação, e de informações capazes de gerar consequências econômicas ou financeiras e que ainda não sejam de conhecimento público. Destarte, todo ocupante de cargo ou emprego público e que no exercício de suas funções ou atribuições tome conhecimento de informação privilegiada, tal como conceituada linhas atrás, e que possa acarretar vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro, estará submetido ao regramento da Lei no 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI).

A mutabilidade entre setor público e privado é algo que preocupa a Administração Pública, tendo em vista o potencial de ensejar situação de conflito de interesses, especialmente pela utilização de informação privilegiada obtida, seja em proveito próprio ou de terceiros, o que é bastante lesivo ao interesse da sociedade, além de manchar a confiança e reputação do Poder Público (MOTTA, 2021, p. 2).

Assim, a Lei nº 12.813/2013 é uma tentativa de evitar o embate entre os interesses públicos e privados que pode imiscuir o interesse público, especialmente no que diz respeito ao assunto de caráter sigiloso ou importante no âmbito deliberativo da Administração

Pública com impacto econômico ou financeiro e que não seja de notório conhecimento (PEREIRA, 2018, p. 85).

A preservação da informação privilegiada é necessária para proteger o interesse público, pois o acesso à informação privilegiada por agente público ou terceiro pode lhe render vantagem econômica ou financeira e, de igual modo, representa um risco, de natureza econômica ou não, para a Administração Pública.

Convém lembrar, que o conflito de interesses existe mesmo quando não há lesão ao patrimônio público ou auferimento de qualquer vantagem ou ganho pelo agente público ou por terceiro, na forma do art. 4^a, § 2^o, da Lei de Conflito de Interesses.

A título exemplificativo, é o caso do uso de informações privilegiadas para benefícios próprios ou de terceiros, e do auferimento de qualquer tipo de vantagem, não necessariamente econômica ou financeira, que pode contaminar as decisões do agente público. Daí a importância de não relacionar conflito de interesses com prejuízo econômico ou danos ao erário (MOTTA, 2019, p. 12).

Ademais, o conflito de interesses também pode acontecer mesmo após o afastamento temporário do cargo ou emprego público, ou com o término do vínculo do agente público com a Administração, razão pela qual ele fica permanentemente proibido de utilizar a informação privilegiada ou divulgá-la. Nesse caso, a Lei nº 12.813/2013 traz uma restrição que não se limita a um lapso temporal, pois se trata de um imperativo ininterrupto (PEREIRA, 2018, p. 85).

O acesso à informação privilegiada representa uma potencial ameaça para a Administração Pública, tendo em vista que o assunto sigiloso pode acabar se tornando público ou, ainda que não seja dada publicidade, pode contaminar processos decisórios dentro do Poder Público. Por isso é necessário estabelecer requisitos e limitações aos agentes públicos que possuem acesso à informação privilegiada, como faz a Lei de Conflito de Interesses.

Consoante às lições de PEREIRA (2018, p. 85-86):

Estão incluídos no rol dos ocupantes de cargos ou empregos públicos que devem obediência à LCI, não

apenas os detentores diretos de funções de comando, direção, mas todos aqueles que em razão do exercício funcional tenham acesso a assuntos sigilosos ou a informações privilegiadas. Depreende-se da leitura do artigo 2º da LCI que, elencar os ocupantes de cargos ou empregos submetidos a essa lei, esse dispositivo incluiu no rol de seus incisos II, III e IV, aqueles que lhes são “equivalentes”. [...] Assim, cabe interpretar, para efeitos da LCI, que a submissão à Lei dependerá da natureza das funções exercidas, pois, além daquelas autoridades que naturalmente têm acesso a essas informações em decorrência da espécie de atribuições desempenhadas, há ainda outras que adquirem esse conhecimento exatamente pelo trabalho público que desenvolvem [...]

A definição ampla de conflito de interesses cumulada com o rol de agentes públicos submetidos à Lei nº 12.813/2013, denota a preocupação com a abuso de posição que pode ser praticado pelo agente, especialmente diante da possibilidade de obter benefícios como cidadão comum. Assim, percebe-se que a Lei de Conflito de Interesses possui natureza essencialmente preventiva, buscando impedir interferências indevidas (MOTTA, 2019, p. 12).

A intenção do legislador é conferir especial proteção contra conflito de interesses, evitando que informações privilegiadas sejam transmitidas e causem sensíveis prejuízos ao interesse público. Com efeito, todos os ocupantes de cargo ou emprego público na esfera do executivo federal devem atuar de modo a prevenir ou impedir conflito de interesses e preservar a informação privilegiada (MÁXIMO, 2017, p. 15).

Nessa perspectiva, se faz necessário abordar sobre os mecanismos de prevenção de conflito de interesses na Lei nº 12.813/2013, o que, por sua vez, traz diversos benefícios para a Administração Pública.

2.6 DA PREVENÇÃO DE CONFLITO DE INTERESSES E BENEFÍCIOS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A prevenção de situações de conflito de interesses deve ser um dos objetivos a serem perseguidos pela Administração Pública, pois é uma forma de assegurar que os agentes públicos exerçam suas

funções de modo transparente, honesto e legal, preservando, acima de tudo, o interesse público.

No Brasil, na área do Direito Público e para os profissionais que atuam na área, o cuidado com mecanismos de controle, com o desempenho racional e justificado, e a prevenção de conflito de interesses é relacionada aos princípios da indisponibilidade do interesse público, impessoalidade, moralidade, eficiência, entre outros que norteiam a ação estatal (FORTINI; SHERMAM, 2017, p. 33).

A prevenção de conflito de interesses abrange, necessariamente, mecanismos capazes de identificar possíveis situações de risco, situações em que os conflitos sejam mais previsíveis. Obviamente, essas situações variam de acordo com o cargo ou emprego exercido pelo agente público (REIS; ABREU, 2008, p. 170).

Conforme o entendimento da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (2003, p. 23), o objetivo imediato da prevenção de conflito de interesses é garantir a integridade da política oficial e das decisões administração e da gestão pública de modo geral, inclusive pelo fato de que a não administração de uma situação de conflito de interesses pode ensejar abuso de cargo público.

Prevenir conflito de interesses é o melhor caminho que a Administração Pública pode tomar, porém é necessário adotar uma postura correta, coerente e astuta, além de saber planejar, de modo que a prevenção não pode se confundir com passividade ou pacificidade. Embora não seja possível evitar por completo o conflito de interesses, pois é algo intrínseco às relações, quando for inevitável, é necessário enfrentá-lo e solucioná-lo da melhor forma (GERVASIO; AZEVEDO, 2014, p. 27).

De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (2003, p. 35), é necessário impor uma política de conflito de interesses, com a definição de procedimentos para tipificá-lo como crime, além de consequências proporcionais para o agente público, abrangendo sanções disciplinares.

Partindo desse raciocínio, a OCDE (2003, p. 35) defende a imposição de consequência pessoais para o não cumprimento da política de conflito de interesses das organizações, tratando como uma

questão disciplinar. Por sua vez, em casos que envolvem um conflito real, como a violação é mais grave, a ação deveria ser encarada como crime de abuso de poder ou corrupção. Além disso, sustenta a implementação de medidas de gestão para reparar as violações dessa política de conflito de interesses e dissuadir aqueles que buscam se beneficiar, direta ou indiretamente, dessas violações.

No direito pátrio, a Lei de Conflito de Interesses pressupõe que, em alguns casos, não se pode atender a interesses públicos e privados, posto que essencialmente antagônicos. Aproxima-se das diretrizes gerais da OCDE no que diz respeito a implementação de uma política pública voltada à prevenção de conflito de interesses, a lei traz um interessante sistema que possibilita identificar e avaliar situações de confronto entre interesses públicos e privados, além de permitir a orientação e deslinde de problemas interpretativos (MOTTA, 2017, n.p).

Nessa perspectiva, é dever do agente público federal prevenir ou impedir possíveis conflitos de interesses e resguardar informação privilegiada. No caso de dúvida sobre como prevenir ou impedir situações que caracterizam conflito de interesses, cabe ao agente público consultar a Comissão de Ética Pública, criada no âmbito do Poder Executivo Federal, ou a Controladoria-Geral da União, nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei de Conflito de Interesses.

Lourenço e Lourenço (2020, p. 94) explica que a “Lei de Conflito de Interesses vem, de certa forma, nos redimir, ainda que parcialmente, desse atavismo cultural que insiste em reviver a estrutura básica e exclusiva da norma-sanção”. Por isto, oferta ao agente público federal a possibilidade de “falar e ser escutado pelo patrão público para que, de boa-fé, possa dialogar sobre os aspectos que digam respeito às atividades que pretenda exercer ou simplesmente as dúvidas sobre como atuar em determinadas situações”.

Além disso, a Comissão de Ética Pública e a Controladoria-Geral da União também exerce um papel importante nos casos de conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego, conforme se depreende da leitura do art. 6º, inc. II, alíneas *a)* a *d)*, da Lei nº 12.813/2013:

Art. 6º Configura conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:
[...]

II - no período de 6 (seis) meses, contado da data da dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria, salvo quando expressamente autorizado, conforme o caso, pela Comissão de Ética Pública ou pela Controladoria-Geral da União:

- a) prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a pessoa física ou jurídica com quem tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego;
- b) aceitar cargo de administrador ou conselheiro ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica que desempenhe atividade relacionada à área de competência do cargo ou emprego ocupado;
- c) celebrar com órgãos ou entidades do Poder Executivo federal contratos de serviço, consultoria, assessoramento ou atividades similares, vinculados, ainda que indiretamente, ao órgão ou entidade em que tenha ocupado o cargo ou emprego; ou
- d) intervir, direta ou indiretamente, em favor de interesse privado perante órgão ou entidade em que haja ocupado cargo ou emprego ou com o qual tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego (BRASIL, 2013).

Observa-se, pois, que o referido dispositivo estabelece que a Comissão de Ética Pública e a Controladoria-Geral da União podem autorizar, de modo expresse, que o agente público possa exercer atividade privada sem incorrer em conflito de interesses no período de 6 (seis) meses após a dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria, período este chamado de quarenta³.

À luz da doutrina de Blanchet (2015, p. 174-175), essa autorização a ser expedida pela Comissão de Ética Pública ou pela Controladoria-

³ “[...] o termo vem sendo utilizado no Brasil também no contexto de governança e da ética pública para definir o período de tempo durante o qual um indivíduo que acaba de sair de uma função pública passa a ter certas restrições relacionadas ao uso de informações, prestação de serviços, estabelecimento de vínculos profissionais com partes interessadas e outras hipóteses. Ou seja, fica proibido de se engajar em certas atividades durante um determinado prazo de vedação. Trata-se de uma técnica voltada à mitigação do conflito de interesses, tanto sob o aspecto das possíveis facilidades obtidas por um ex-colaborador junto a seus ex-colegas e subordinados (em demandas muitas vezes ainda em curso), como também na vertente do uso de informações privilegiadas, uma vez que se acredita que estas teriam um tempo limitado de serventia, passando, na sequência, para desclassificação ou tornadas públicas (*shelf life*)”. In: MOTTA, Gustavo Dias. A prevenção ao conflito de interesses por meio de quarentena e remuneração compensatória no Brasil. Críticas e sugestões de aprimoramento. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 4 (2021): Edição Especial. ISSN 1981-3694. p. 10.

Geral da União não é uma atividade discricionária. É possível alcançar essa conclusão a partir da identificação de três elementos da estrutura normativa: hipótese, mandamento e finalidade. A hipótese normativa consiste no fato de o agente público exercer algumas das atividades elencadas no inciso II do art. 6º da Lei nº 12.813/2013, porém apenas quando não violasse os valores resguardados pela própria lei e não existisse, conseqüentemente, conflito entre o interesse público e a intenção ilícita do agente. O mandamento normativo diz respeito à atividade da CEP ou CGU no sentido de autorizar o agente público a desempenhar uma daquelas atividades. A finalidade normativa é a proteção do interesse público contra os propósitos privados de seus agentes.

Na hipótese do art. 6º, inc. II, da Lei nº 12.813/2013, por força da transparência na administração pública, os agentes são obrigados a reportar a Comissão de Ética Pública ou a Controladoria-Geral da União todas as atividades privadas, negócios jurídicos ou compromissos que pretendam exercer na iniciativa privada e que tenha potencial conflito com as atividades de interesse público que tenha desenvolvido. É uma medida que favorece a atuação preventiva ou repressiva da CEP e da CGU (MÁXIMO, 2017, p. 43).

Segundo esclarece Lourenço e Lourenço (2020, p. 94-95), a lógica dessa regra considera “a complexidade de cada caso concreto e abre a oportunidade para que a Comissão de Ética Pública (CEP) ou a Corregedoria-Geral da União (CGU) exerçam uma função quase judicial para aplicarem a norma ao caso concreto”. Isto porque, caberá a CEP ou a CGU analisar os motivos e o contexto peculiar de cada caso, para, assim como faz um magistrado, ponderar entre interesses públicos e privados, “procurando não sacrificar liberdades e direitos fundamentais em nome de uma suposta supremacia – absoluta, a priori e em abstrato – do interesse público”.

Acerca das competências da Comissão de Ética Pública e da Controladoria-Geral da União para tratar do conflito de interesses, imperioso trazer à baila o art. 8º da Lei de Conflito de Interesses, que dispõe:

Art. 8º Sem prejuízo de suas competências institucionais, compete à Comissão de Ética Pública, instituída no âmbito do Poder Executivo federal, e à Controladoria-Geral da União, conforme o caso:

- I - estabelecer normas, procedimentos e mecanismos que objetivem prevenir ou impedir eventual conflito de interesses;
- II - avaliar e fiscalizar a ocorrência de situações que configuram conflito de interesses e determinar medidas para a prevenção ou eliminação do conflito;
- III - orientar e dirimir dúvidas e controvérsias acerca da interpretação das normas que regulam o conflito de interesses, inclusive as estabelecidas nesta Lei;
- IV - manifestar-se sobre a existência ou não de conflito de interesses nas consultas a elas submetidas;
- V - autorizar o ocupante de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal a exercer atividade privada, quando verificada a inexistência de conflito de interesses ou sua irrelevância;
- VI - dispensar a quem haja ocupado cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal de cumprir o período de impedimento a que se refere o inciso II do art. 6º, quando verificada a inexistência de conflito de interesses ou sua irrelevância;
- VII - dispor, em conjunto com o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sobre a comunicação pelos ocupantes de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal de alterações patrimoniais relevantes, exercício de atividade privada ou recebimento de propostas de trabalho, contrato ou negócio no setor privado; e
- VIII - fiscalizar a divulgação da agenda de compromissos públicos, conforme prevista no art. 11 (BRASIL, 2013).

Vale destacar, nos termos do 8º, parágrafo único, da Lei de Conflito de Interesses, que a Comissão de Ética Pública possui competência para atuar nos casos de conflito de interesses para os agentes públicos que ocupam cargos e empregos: de ministro de Estado; de natureza especial ou equivalentes; de presidente, vice-presidente e diretor, ou equivalentes, de autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista; e do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis 6 e 5 ou equivalentes. Por outro lado, a Controladoria-Geral da União possui competência para atuar nos casos que envolvam os demais agentes públicos que compõem o Poder Executivo Federal (BRASIL, 2013).

Nota-se que, a Lei de Conflito de Interesses abrange todos os agentes públicos vinculados ao Poder Executivo Federal, porém estabelece uma repartição de competências, de modo que os agentes ocupantes de cargos ou empregos de maior peso político se

relacionarão e se sujeitarão ao escrutínio da Comissão de Ética Pública, enquanto os cargos de caráter técnico-operacional se sujeitarão à Controladoria-Geral da União (MÁXIMO, 2017, p. 15).

Em relação à Comissão de Ética Pública, associada à Presidência da República, a Lei nº 12.813/2013 confere competência para fiscalizar, avaliar e prevenir conflitos de interesses relativos aos cargos e empregos públicos mais altos na hierarquia da administração direta e indireta, cabendo aos agentes se submeterem à CEP sempre que possam se enquadrar em situações de conflito de interesses (MÁXIMO, 2017, p. 15).

Como já mencionado, há a possibilidade de conflito de interesses após o exercício das funções públicas, tendo em vista que, o agora ex-agente público, quando decide atuar na iniciativa privada, se considera apto para trabalhar no setor ou atividade semelhante à que executou na seara pública, além de se julgar totalmente livre para tal desempenho (MOTTA, 2021, 8-9).

Acerca disto, Motta (2021, p. 9) destaca um caso concreto de conflito de interesses no âmbito da Comissão de Ética Pública da Presidência da República:

Neste sentido, como exemplo, basta imaginar a hipótese de um ex-ministro de Estado, que naturalmente teve acesso a informações privilegiadas por esta posição, e, com a efetivação de sua exoneração, recebe proposta concreta de vínculo ou se predispõe a exercer consultoria privada em área de competência da função pública, fornecendo análises econômicas e políticas para tomada de decisões financeiras e empresariais. Ao examinar caso concreto, nestes termos, a Comissão de Ética Pública da Presidência da República (CEP/PR) entendeu pelo conflito de interesses nos seguintes termos: “(...) O consulente teve acesso a informações privilegiadas relacionadas a temas diversos, em razão do abrangente escopo de suas atribuições. Ao pretender atuar como consultor, o solicitante poderá se colocar em situação extremamente sensível, pois, possuidor de informações com potencial altamente relevante ao mercado, o mesmo estaria a exercer, na seara privada, atividade eminentemente intelectual, de modo que, ao desenvolver o múnus consultivo, poderia utilizar, ainda que não intencionalmente, informações e conhecimentos adquiridos no exercício da função

pública, criando, por exemplo, uma vantagem competitiva indevida para seus clientes, ferindo inequivocamente o interesse coletivo”.

Ademais, a lei prevê expressamente que a Comissão de Ética Pública pode definir normas, procedimentos e mecanismos destinados a prevenir ou impedir eventual conflito de interesses (art. 8, inc. I, da Lei de Conflito de Interesses). Aliás, a utilização desta técnica é importante, principalmente pela necessidade de detalhar alguns aspectos específicos da atividade administrativa, que geralmente modificam com facilidade, e que por isso podem não receber o devido tratamento no rigoroso processo de elaboração da lei (MOTTA; BELÉM, 2018, p. 162-163).

Seguindo no raciocínio de Motta e Belém (2018, p. 163):

Os atos normativos editados com apoio em lei devem obedecer, em seu conteúdo, aos parâmetros legalmente estabelecidos. obediência aos princípios constitucionais também é imperativa, inclusive na ausência de parâmetros legais claros. O processo de interpretação, aplicação e controle desses atos normativos deve seguir uma trilha de generalização sucessiva: dos princípios específicos para os setoriais; destes últimos para os princípios gerais, e assim sucessivamente. Instrumentos jurídicos não impositivos (*soft law*) também podem ser utilizados, a depender da natureza dos riscos de conflito e da estratégia da política pública. Se não forem reconhecidos pelo ordenamento jurídico (por intermédio da adstrição à competência formal e material para edição), não possuirão efeitos obrigatórios, tendo maior utilidade na interpretação das normas e na indicação de padrões de condutas. Nessa situação podem ser enquadrados Códigos de Ética e Códigos de Conduta, cujo reconhecimento pelo ordenamento deve ser verificado em cada caso.

No que diz respeito ao papel atribuído à Controladoria Geral da União (CGU) pela Lei nº 12.813/2013, consiste em atuar na prevenção do conflito de interesses, devendo responder as consultas realizadas pelos agentes públicos frente a casos concretos, conforme prevê o art. 4º, § 1º, da referida Lei, além de proceder à regulamentação da matéria em conjunto com a Comissão de Ética Pública (GERVASIO; AZEVEDO, 2014, p. 33).

Na opinião de Lourenço e Lourenço (2020, p. 96), é preciso valorizar “essa abertura ao diálogo para o encontro de soluções, deixando-se em outro plano a fórmula simples da aplicação unilateral de sanções, sendo necessário que este diálogo seja empreendido de boa-fé pelas partes contrapostas”. Para tanto, é importante que o diálogo entre o agente-consultante e o agente-prolator da decisão da consulta seja “franco, aberto e de boa-fé, tanto para um quanto para outro. A questão em que reside a dúvida deverá ser exposta com absoluta lealdade e clareza. Por sua vez, a decisão há de ser responsabilmente fundamentada”.

Além disso, compete a Controladoria-Geral da União definir normas, procedimentos e mecanismos que visem prevenir ou impedir eventual conflito de interesses, analisar e fiscalizar a ocorrência de situações que caracterizam conflito de interesses e fixar medidas para preveni-los ou eliminá-los, autorizar o agente público que ocupa cargo ou emprego a desempenhar atividade privada, nesse último caso, desde que não haja conflito ou que este seja considerado irrelevante (GERVASIO; AZEVEDO, 2014, p. 33).

Nesse aspecto, o art. 8º da Lei de Conflito de Interesses inovou ao atribuir tais competências institucionais à Controladoria-Geral da União. Inicialmente, em uma análise superficial, a interpretação que poderia se extrair é de que o tratamento do conflito de interesses caberia à Comissão de Ética Pública, restando à CGU as competências suplementares, meramente burocráticas, consultivas e/ou orientativas. De igual modo, existe a falsa ideia de que o conflito de interesses acontece apenas na cúpula, e quando acontece na base, o próprio órgão ou empresa estatal a que pertence o agente deve decidir sobre o caso. Entretanto, em uma análise minuciosa da Lei, é possível concluir que a CGU possui as mesmas competências da CEP, divergindo apenas quanto à posição hierárquica dos agentes (MÁXIMO, 2017, p. 21).

A fim de facilitar o exercício das competências atribuídas pela Lei de Conflito de Interesses, a CGU desenvolve métodos preventivistas, como, por exemplo, a divulgação de materiais relacionados ao tema por meio de cartilhas, guia de orientação, perguntas e respostas frequentes, utilizando como ferramenta a internet. Ademais, implementou um sistema de informação que disponibiliza dois procedimentos: i) formulação de consultas sobre a possibilidade de conflito de interesses,

isto é, solicitar orientação para o caso de dúvida sobre algum caso concreto; ii) pedir autorização para exercício após análise de que não existe conflito de interesses ou, quando exista, que se verifique sua irrelevância (GERVASIO; AZEVEDO, 2014, p. 35).

Nesse sentido, destaca-se a Portaria Interministerial nº 333, de 19 de setembro de 2013, editada pela Ministra do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Ministro Chefe da Controladoria-Geral da União, que regulamentou a consulta sobre a existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada por servidor ou empregado público do Poder Executivo Federal.

Os dois procedimentos são definidos pelo art. 2º da Portaria Interministerial nº 333/2013, que dispõe:

Art. 2º Para os fins desta Portaria, considera-se:
 I - consulta sobre a existência de conflito de interesses: instrumento à disposição de servidor ou empregado público pelo qual ele pode solicitar, a qualquer momento, orientação acerca de situação concreta, individualizada, que lhe diga respeito e que possa suscitar dúvidas quanto à ocorrência de conflito de interesses; e
 II - pedido de autorização para o exercício de atividade privada: instrumento à disposição do servidor ou empregado público pelo qual ele pode solicitar autorização para exercer atividade privada. Parágrafo único. O servidor ou empregado público poderá formular a consulta e o pedido de que trata o caput em caso de superveniência de situação que configure potencial conflito de interesses (BRASIL, 2013).

Convém destacar, nos termos do art. 10 da Portaria Interministerial nº 333/2013, que a Controladoria-Geral da União deve criar o sistema eletrônico para que os agentes públicos encaminhem as consultas sobre a existência de conflito de interesses e os pedidos de autorização para o exercício de atividade privada (BRASIL, 2013).

Em atenção ao dispositivo supra, a Controladoria-Geral da União desenvolveu o SECI – Sistema Eletrônico de Prevenção de Conflitos de Interesses, que além de permitir ao servidor ou empregado público federal a formulação de consultas e pedidos de autorização, possibilita o acompanhamento das solicitações em andamento e a interposição de recursos contra as decisões emitidas. O objetivo é agilizar e

simplificar a comunicação entre o agente público e o Governo Federal no âmbito da Lei de Conflito de Interesses⁴.

Desse modo, prevenir situações de conflito de interesses, como busca a Lei nº 12.813/2013, sobretudo por meio da Comissão de Ética Pública e da Controladoria-Geral da União, pode ser de grande valia para a Administração Pública, assegurando que os seus respectivos agentes públicos atuem de modo a alcançar o interesse público, guardando a ética e em obediência aos valores que norteiam o desempenho da função pública.

A partir do referencial teórico ora estabelecido, demonstrou-se a importância de enfrentar o conflito de interesses no âmbito da Administração Pública, inclusive do ponto de vista preventivo. Entretanto, a Lei nº 12.813/2013 também possui viés repressivo, almejando responsabilizar o agente público por meio da Lei nº 8.429/1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa.

⁴ BRASIL. [Sistema Eletrônico de Prevenção de Conflito de Interesses Governo Federal](https://seci.cgu.gov.br/SeCI/Login/Externo.aspx?ReturnUrl=%2fSeCI). Disponível em: <https://seci.cgu.gov.br/SeCI/Login/Externo.aspx?ReturnUrl=%2fSeCI>. Acesso em: 12 mar. 2022.



DESCRIÇÃO DO PROBLEMA

3.1 DA REPRESSÃO DO CONFLITO DE INTERESSES POR MEIO DA APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme o disposto no art. 12 da Lei nº 12.813/2013: “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” (BRASIL, 2013).

Observa-se que a vontade do legislador é reprimir o conflito de interesses por meio da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), isto é, quando o agente estiver em situação de conflito de interesses durante ou após o exercício de cargo ou emprego público incorrerá em improbidade administrativa.

O conflito de interesses é uma situação que consiste na contraposição entre interesses públicos e privados, com potencial para colocar em risco o interesse coletivo ou interferir de modo impróprio no exercício da função pública. O conflito de interesse abrange, direta ou indiretamente, o uso de informação privilegiada, independentemente de lesão ao patrimônio público ou recebimento de qualquer vantagem.

Por sua vez, a improbidade administrativa pode ser definida como uma conduta desonesta praticada contra o Estado, atingindo, de modo consciente e intencional, o patrimônio público e social. Logo, embora tenha cunho patrimonial, isto não significa que a improbidade só acontece quando há lesão ao patrimônio público, pois, em alguns casos, basta apenas a violação ao dever de honestidade.

Em regra, a improbidade administrativa não é uma conduta cometida por um cidadão comum, mas por aquele que possui prerrogativa especial conferida pelo Poder Público para o exercício de determinadas funções. Isto é, quando o agente estatal exerce de modo impróprio a sua função – especialmente desviando a finalidade do poder que lhe foi outorgado para obter enriquecimento ilícito ou causar

dano ao Erário ou, ainda, atentar contra os princípios da Administração Pública – comete improbidade administrativa.

De modo excepcional, a improbidade administrativa pode ser praticada por um agente privado, desde que mancomunado com um agente público. Nesse caso, o ato ímprobo se caracteriza quando o particular induz ou concorre com o agente público, de modo consciente e intencional, no enriquecimento ilícito ou no dano ao erário ou, ainda, na afronta aos princípios da Administração Pública.

Uma das diferenças do ato de improbidade administrativa para a situação de conflito de interesses reside justamente nesse aspecto. Isto porque, não é possível enquadrar um particular, que nunca tenha exercido função pública, em alguma das situações definidas como conflito de interesses. Em outras palavras, para caracterizar o conflito de interesses é preciso que o cidadão esteja exercendo ou tenha exercido cargo ou emprego público.

Ademais, a situação de conflito de interesses se diferencia do ato de improbidade administrativa pelo fato de que nessa última há a exigência de conduta consciente e intencional (dolo), enquanto na situação de conflito de interesses, admite-se tanto a ação dolosa, como culposa.

Desse modo, reprimir o conflito de interesses é a medida que o legislador escolheu para promover a probidade administrativa, preceito de bastante relevância para a Administração Pública, de tal modo que a atuação do agente público deve ser pautada pela honestidade, integridade, boa conduta.

De acordo com Pereira (2018, p. 34):

[...] a probidade administrativa é o corolário da moralidade administrativa e consiste no dever de o agente público servir à coisa pública, à Administração, com honestidade, boa-fé, exercendo a sua função de modo lícito. O conceito mais abrangente de moralidade administrativa determina que toda a organização administrativa do Estado atue em conformidade com o padrão jurídico da moral, da boa-fé, da lealdade, ao passo que a probidade administrativa estaria relacionada exclusivamente à licitude da conduta agente no exercício de sua função.

O oposto de probidade é denominado de improbidade, que se define pela má conduta, má índole, desonestidade, ausência de integridade. É a conduta violadora da moralidade pública, a ação de quem não procede bem (RIZZARDO, 2014).

Daí porque, consoante as lições de Araújo e Lopes (2020, p. 80), “a improbidade administrativa se configura com a prática de qualquer ato contrário à probidade”.

Observa-se, pois, que a improbidade administrativa está relacionada à integridade que o agente público deveria manter no exercício de suas funções, tendo em vista o poder que lhe foi conferido para atuar em nome do Estado, com o fim exclusivo de atender o interesse público.

Justen Filho (2022, p. 21) leciona que a improbidade administrativa acontece “quando o titular de uma função estatal, atuando de modo isolado ou em acordo com um sujeito privado, viola o fim inerente à sua posição, visando ou não obter vantagem patrimonial indevida, independentemente de acarretar dano ao erário”.

A improbidade administrativa conquistou destaque com a promulgação da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

Neste contexto, insta trazer à baila a doutrina de Osório (2013, p. 185-186), que propõe em uma de suas obras⁵, que a Lei nº 8.429/1992 seja concebida como uma Lei Geral da Improbidade Administrativa (LGIA) e como um Código Geral de Conduta dos Agentes Públicos:

A LGIA, em nosso entender, encaixa-se nesse conceito de “Código”, por suas características fundamentais, tendo por objeto central e regular a “conduta” de todos os agentes públicos brasileiros, com a cominação de sanções jurídicas às posturas transgressoras. Nesse passo, há uma aproximação a determinados modelos

⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

regulatórios que, vigentes em outros cenários, buscam primordialmente a implementação de valores éticos. Não obstante essa aproximação, diante a variedade das espécies codificatórias em jogo, a LGIA assume suas feições peculiares e sua própria identidade no sistema constitucional pátrio, reclamando o reconhecimento de seu regime jurídico e sua singularidade nos cenários de direito comparado.

A Lei de Improbidade Administrativa é uma lei nacional, que se destina à prevenção e repressão de atos de improbidade administrativa, inaugurando a batalha sistêmica da Administração Pública contra uma das mazelas que, lamentavelmente, ainda assolam o país. Por isto, é fundamental reconhecer a sua importância, de modo que a sua aplicação, através de uma série de ações do Ministério Público Federal e dos Ministérios Públicos Estaduais, tem resultado em proveitosos efeitos para o Poder Público (MAIA FILHO; MAIA, 2012, p. 133).

A improbidade administrativa é um fenômeno que sempre esteve presente na Administração Pública, não possuindo limites geográficos, pois afeta sem distinção todos os Estados do mundo. No Brasil não tem sido diferente, sobretudo nas últimas décadas, quando surgiu uma sucessão de escândalos afetando a moralidade administrativa e o patrimônio público, com valores bastante expressivos, influenciando direta e negativamente o desempenho estatal e a credibilidade das instituições públicas (PEREIRA REMEDIO; ANTONIO REMEDIO, 2018, p. 111).

A preocupação com a probidade administrativa foi manifestada pelo legislador constituinte no art. 37, § 4º, da Carta Magna de 1988, estabelecendo 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” (BRASIL, 1988).

Conforme a doutrina de Garcia e Alves (2017, p. 291-292):

Na senda de inúmeros Estados erguidos por sobre sólidos alicerces democráticos, onde os agentes públicos, além de exercerem a atividade finalística inerente à sua posição no organismo estatal, são efetivamente

fiscalizados e conseqüentemente responsabilizados por seus desvios comportamentais, teve o Constituinte originário o mérito de prever a necessidade de criação de um microsistema de combate à improbidade. Digna de encômios, igualmente foi a iniciativa do legislador infraconstitucional de dispensar uma interpretação prospectiva à Constituição de 1988 e, conseqüentemente, romper com a acanhada e vetusta normatização então existente. Com isto, prestigiou o patrimônio público e o caráter normativo dos princípios, instituindo sanções para os agentes públicos que, não obstante tenham assumido o dever de preservá-los, os vilipendiaram.

Como bem leciona Osório (2013, p. 197), a Lei Geral da Improbidade Administrativa (LGI) “pode equiparar-se a um Código Geral de Conduta dos agentes públicos, no marco dos modelos centralizadores. É uma Lei Geral, de caráter nacional, seguindo o art. 37, § 4º, da CF”. Por este motivo, “a Lei alcança todos os agentes do setor público e todas as instituições públicas brasileiras”.

Quanto à constituição dos atos de improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/1992 estabelece três espécies de improbidade, notadamente, os atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), os atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) (ARAÚJO; LOPES, 2020).

Segundo a Orientação de nº 12, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão de Combate à Corrupção, do Ministério Público Federal (MPF), não se aplica a nova redação dos arts. 9º, 10 e 11 da LIA, modificados pela Lei nº 14.230/2021, a atos de improbidade cometidos antes do início de sua vigência. Isto porque, como as regras iniciais estabelecem critérios de garantia e efetividade da probidade, se os novos atos típicos retroagirem ocasionarão retrocesso no sistema de improbidade, cujos parâmetros são constitucionais (art. 37, § 4º), bem como afrontarão os compromissos firmados pelo Brasil nas Convenções Internacionais contra a Corrupção (OCDE, OEA e ONU), internalizadas como normas supralegais (ASSIS et al., 2021, p. 2).

Insta salientar, que a Lei de Improbidade Administrativa está no campo jus-científico do Direito Sancionador, que é uma área da Ciência Jurídica que reflete sobre os princípios, as normas e as regras que

norteiam a atividade sancionatória do Estado, fixando-lhe os essenciais limites jurídicos materiais e os processos correspondentes. Daí a exigência de tipicidade, conforme a lógica das figuras típicas penais, para que os atos de improbidade administrativa ensejem a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 (MAIA FILHO; MAIA, 2012, p. 133).

Nessa perspectiva, a Lei de Improbidade Administrativa é uma ferramenta de combate à improbidade administrativa, em razão da prática exclusiva de ato que produza vantagem financeira ilícita ao agente público, de ato que cause prejuízo aos cofres públicos ou apenas de ato que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade, dentre outros princípios da Administração Pública.

Isto não exclui, entretanto, a possibilidade de o ordenamento jurídico pátrio abarcar a existência de outras normas, nas esferas administrativa, cível e penal, que se destinam a prevenção e repressão da prática da improbidade administrativa (PEREIRA REMEDIO; ANTONIO REMEDIO, 2018, p. 113).

Como já mencionado, a Lei de Conflito de Interesses reforça necessária preocupação com a moralidade, imparcialidade e impessoalidade no trato da coisa pública. O momento de aprovação da lei converge com a expectativa da sociedade brasileira em relação aos esforços que a Administração Pública deve desenvolver para reparar os prejuízos causados ao erário e ao patrimônio público, assim como a responsabilização político administrativa dos agentes públicos desonestos (PEREIRA, 2018, p. 128-129).

À vista disso, o art. 12 da Lei nº 12.813/2013 busca sancionar por improbidade administrativa as situações que configuram conflito de interesses. Pela leitura exclusiva do referido dispositivo, o agente público federal em situação de conflito de interesses incorrerá em improbidade com base no art. 9º da LIA se obtiver enriquecimento ilícito ou conforme o art. 10 da LIA se causar prejuízo ao erário. Contudo, se o conflito de interesses não importar em enriquecimento ilícito ou não produzir lesão ao erário, o agente incorrerá em improbidade por atentar contra os princípios da Administração, na forma do art. 11 da LIA.

De acordo com a Lei de Conflito de Interesses, o cometimento do ilícito de improbidade administrativa pelo agente público poderia

acontecer em dois períodos distintos, notadamente: i) no exercício do cargo ou emprego público, inclusive em gozo de licença ou em período de afastamento (art. 5º, parágrafo único); ii) após o exercício do cargo ou emprego público (art. 6º).

Nessa perspectiva, a depender da categoria de ato ímprobo, o agente público em situação de conflito de interesses seria responsabilizado conforme o previsto no art. 12, incs. I a III, da Lei de Improbidade Administrativa:

Art.12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos;

II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos;

III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos; (BRASIL, 1992).

Em síntese, a leitura superficial do art. 12 da Lei nº 12.813/2013 leva a crer que a situação de conflito de interesses se caracteriza, simultaneamente, como ato de improbidade administrativa, sendo imputado ao agente público as penalidades previstas no dispositivo acima colacionado.

Não obstante, a Lei de Conflito de Interesses merece interpretação sistemática, sobretudo em relação a Lei de Improbidade Administrativa, tendo em vista que o art. 12 da LCI faz remissão expressa aos arts. 9, 10 e 11 da LIA, além do fato de que recentemente esse diploma normativo passou por profundas mudanças em seu texto com a aprovação da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021.

Inicialmente, vale destacar que a Lei nº 14.230/2021 incluiu o § 1º no art. 1º da Lei nº 8.429/1992 para definir o que é ato de improbidade administrativa, nesses termos: “Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais”.

Isto é, a partir da nova redação da Lei nº 8.429/1992, a caracterização do ato de improbidade administrativa depende da verificação de um elemento subjetivo próprio e diferenciado: o dolo.

Ressalta-se, que a improbidade administrativa consiste na ação desonesta do agente público no desempenho da função estatal, o que notoriamente não se relaciona com o risco da atividade, mas, na verdade, com a má-fé. Por isso, em relação ao regime jurídico da improbidade, é fundamental a presença do elemento subjetivo do dolo para a responsabilização do agente (PEREIRA, 2018, p. 120-121).

Acerca disto, Justen Filho (2022, p. 35) explica que “um dos núcleos da reforma promovida pela Lei 14.230/2021 consistiu em afirmar que a improbidade somente se configura nos casos de conduta dolosa. O elemento subjetivo do tipo da improbidade é o dolo”. Com efeito, é preciso constatar “a consciência do sujeito quanto à antijuridicidade de sua conduta e a vontade de praticar a ação ou a omissão necessária à consumação da infração”.

A improbidade administrativa não consiste na simples ilegalidade, posto que é necessário que exista uma vontade de cometer o ato ilegal. A conduta, sem uma cognição volitiva do ato, pode ser

considerada infração administrativa, porém não se configura como improbidade administrativa, que demanda um querer agir por parte do agente público, além do conhecimento da ilicitude e das consequências desse agir (PEREIRA, 2018, p. 121).

Consoante as lições de Justen Filho (2022, p. 36), “apenas existe improbidade nos casos em que o agente estatal tiver consciência da natureza indevida da sua conduta e atuar de modo consciente para produzir esse resultado”. Em outras palavras, a improbidade administrativa “é uma conduta necessariamente dolosa. Assim se impõe porque a configuração da desonestidade depende da consciência e da vontade de violar um dever moral”.

A fim de que não restassem dúvidas quanto à conduta dolosa do agente ímprobo, a Lei nº 14.230/2021 tratou de incluir o § 2º no art. 1º da Lei nº 8.429/1992 para definir o elemento subjetivo nos seguintes termos: “Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente”.

Na opinião de Justen Filho (2022, p. 37), a “Lei 14.230/2021 preocupou-se em definir o próprio conceito de dolo, de modo a evitar a prevalência do entendimento de que bastaria a voluntariedade do agente”. Isso porque, o dolo se caracteriza “não apenas como a vontade livre de praticar um ato subsumível à tipificação material prevista em lei. É indispensável a consciência quanto à ilicitude e a vontade de produzir o resultado reprovado pela ordem jurídica”.

Acompanhando essa linha de pensamento, Pereira (2018, p. 120) entende que:

[...] a improbidade administrativa remete à conduta desonesta do agente público que se vale dessa condição para benefício próprio ou em favor de terceiro, logo, somente poderá ser considerado ímprobo aquele que agir com um mínimo de má-fé, vale dizer, é necessário haver uma infração funcional qualificada pela má-intenção do agente público, sob pena de qualquer ato, muitas vezes irrelevante, desprovido de qualquer intenção, decorrente de um despreparo, ensejar improbidade administrativa e, por consequência, imputar a esse agente sanção de natureza

extremamente grave como as dispostas na Lei nº 8.429/1992.

A questão que se coloca é que a Lei nº 12.813/2013 não especifica o elemento subjetivo, de modo que o agente público pode estar em situação de conflito de interesses independentemente de dolo ou culpa. Isto é, o agente público pode se encontrar em alguma das situações previstas nos art. 5º e 6º da Lei agindo de forma culposa (com negligência, imperícia ou imprudência).

Nesse caso, a caracterização do ato de improbidade administrativa esbarra na conduta culposa do agente público que se encontra em situação de conflito de interesses, tendo em vista que a Lei nº 8.429/1992 estabelece o dolo como elemento subjetivo do ato ímprobo, seja quando importa em enriquecimento ilícito, quando causa lesão ao erário ou ainda quando atenta contra os princípios da Administração Pública.

Acompanhando essa linha de raciocínio, Justen Filho (2022, p. 35) assevera que a improbidade administrativa não se configura pelo mera produção “de um dano ou prejuízo patrimonial aos cofres públicos. Nem se configura pela simples obtenção de uma vantagem patrimonial indevida para o próprio agente ou terceiro. Nem se materializa apenas na reprovável violação ao dever de honestidade”. A caracterização da improbidade depende de “um elemento subjetivo determinado, consistente na vontade defeituosa e reprovável do sujeito. Consiste na ausência de adesão subjetiva à condição de agente estatal”.

Conforme explica Oliveira (2014, p. 203), é imprescindível a presença do elemento subjetivo dolo para que a situação de conflito de interesses se caracterize como ato ímprobo, pois “bem aquilatada a finalidade do sistema de positivação de conflito de interesses, ver-se-á que as funções preventivas e repressivas devem ser adequadamente articuladas”. Por este motivo, “a punição de conflito de interesse como ato de improbidade exige a criação dolosa da situação de conflito e a verificação cabal do menosprezo – igualmente voluntário – dos mecanismos de prevenção estabelecidos na lei”.

Aliás, as sanções dispostas na Lei nº 8.429/1992 são pesadas, como realmente deveriam ser, pois a intenção do legislador é punir atos

graves e relevantes envolvendo agentes públicos e particulares que cometem improbidade administrativa. Não obstante, é totalmente desproporcional, por exemplo, suspender os direitos políticos de um agente público decorrente de uma inobservância relacionada a uma formalidade administrativa. Caso contrário, a Lei de Improbidade Administrativa seria banalizada, servindo para punir situações de menor relevância, que poderiam ser combatidas com sanções administrativas, como uma advertência ou suspensão do cargo (PEREIRA, 2018, p. 120-121).

Nessa linha de raciocínio, para que o agente público que se encontra em situação de conflito de interesses seja punido pela Lei nº 8.429/1992, é necessário a comprovação de que o agente tenha causado dolosamente o conflito e a constatação inequívoca do descaso em relação aos instrumentos de prevenção previstos na Lei nº 12.813/2013 (PEREIRA, 2018, p. 124).

Além disso, exige-se a consciência e vontade por parte do agente público de praticar a situação de conflito de interesses para produzir o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, notadamente: enriquecer ilicitamente, causar prejuízo ao erário ou atentar contra os princípios da Administração Pública.

Na dicção do art. 9º da Lei nº 8.429/1992, o agente público incorre em improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito quando auferir dolosamente qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida decorrente do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade no Poder Público.

De acordo com Justen Filho (2022, p. 99-100), como o elemento subjetivo é o dolo, esse ilícito apenas se configura “quando o agente público atuar de modo consciente e intencional quanto à obtenção de uma vantagem indevida e a sua incorporação ao patrimônio próprio ou de terceiro”. Daí porque, a improbidade que importa em enriquecimento ilícito não se caracteriza com o “mero recebimento pelo agente público de um benefício econômico. É essencial que o sujeito tenha consciência de que tal vantagem é indevida. Se o sujeito reputar que o benefício é legítimo, não se consuma a improbidade”.

Logo, a aplicação do art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa ao agente público em situação de conflito de interesses depende da

comprovação de sua conduta consciente e intencional para obter uma vantagem indevida, que se incorporou ao seu patrimônio ou de terceiro.

Já na leitura do art. 10 da Lei nº 8.429/1992, o agente público incorre em improbidade administrativa que causa lesão ao erário quando dolosamente agir ou se omitir, para provocar efetiva e comprovada perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres do Poder Público.

À vista de que o elemento subjetivo é o dolo, o agente público não incorre em improbidade administrativa quando a lesão ao erário ocorrer por conduta culposa. O tipo previsto no referido dispositivo pressupõe a existência da consciência e da intencionalidade por parte do agente quanto à lesividade de sua prática. Ressalta-se, que a infração também se consuma quando o agente previu o resultado danoso e assumiu o risco de sua consumação, hipótese chamada de dolo indireto, que envolve a existência de elementos probatórios específicos (JUSTEN FILHO, 2022, p. 109-110).

Assim, a aplicação do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa ao agente público em situação de conflito de interesse depende da comprovação de sua conduta consciente e intencional de provocar lesão ao erário ou, ao menos, que o agente previu o resultado lesivo, porém mesmo assim decidiu assumir o risco de sua consumação.

Quanto ao art. 11 da Lei nº 8.429/1992, o agente público incorre em improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública quando dolosamente age ou se omite com o fim de violar os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, violação essa caracterizada por alguma das condutas elencadas nos incs. III a XII do mencionado dispositivo.

Consoante as lições de Morais (2009, p. 22), o conflito de interesses é uma situação que “provoca a degeneração dos valores colocados como primados maiores da Administração Pública, tais como moralidade, impessoalidade, imparcialidade, igualdade e transparência dos atos de gestão da coisa pública”.

Por conseguinte, caso a situação de conflito de interesses viole outros princípios norteadores da Administração Pública, ainda que

previstos na Constituição Federal de 1988, como a moralidade, publicidade e eficiência, não será possível a caracterização do ato ímprobo por falta de previsão legal.

Como bem explica Justen Filho (2022, p. 133), “não configura como improbidade a violação de qualquer princípio norteador da atividade administrativa, considerado em termos genéricos. A redação adotada impôs restrição ao campo de abrangência das infrações”. A redação do caput do referido dispositivo é clara ao estabelecer que “a improbidade se configura mediante conduta dolosa que atente contra os princípios, violando deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade”.

Por este motivo, a aplicação do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa ao agente público em situação de conflito de interesses depende da comprovação de sua conduta consciente e intencional de atentar contra determinados princípios da Administração Pública, notadamente a honestidade, a imparcialidade e a legalidade, além do enquadramento em algumas das condutas descritas nos incs. III a XII desse artigo.

Segundo esclarece Justen Filho (2022, p. 136):

A Lei 14.230/2021 estabeleceu que a configuração da improbidade, em caso de violação aos deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade, seria “caracterizada por uma das seguintes condutas”, a que se seguem as hipóteses contempladas nos incisos. Portanto, o elenco dos incisos deixou de apresentar cunho exemplificativo. Há um conjunto exaustivo de situações tipificadas. Uma conduta que não se subsuma às hipóteses dos incisos é destituída de tipicidade.

Ademais, o § 1º do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, incluído pela Lei nº 14.230/2021, estabelece que só haverá improbidade administrativa que atenta contra os mencionados princípios da Administração Pública “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”.

Insta salientar, que o dispositivo acima mencionado se aplica também às situações de conflito de interesses, conforme se depreende

da leitura do § 2º do art. 11 da Lei nº 8.429/1992: “aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei”.

O efeito que os §§ 1º e 2º do art. 11 da Lei nº 8.429/1992 causam é avassalador no que diz respeito à responsabilização por improbidade administrativa do agente público em situação de conflito de interesses, dificultando a caracterização do ato ímprobo por violação aos princípios da honestidade, da imparcialidade ou da legalidade.

Isto porque, como já visto, a ocorrência de conflito de interesses não depende da existência de lesão ao erário, assim como do recebimento de qualquer vantagem pelo agente público ou por terceiro. Nessa perspectiva, caso a conduta do agente público em situação de conflito de interesses não provocasse enriquecimento ilícito ou lesão ao erário, a única forma de configuração do ato ímprobo seria por atentar contra os princípios da Administração.

Convém lembrar, nas palavras de Oliveira (2014, p. 168), que o conflito de interesses é uma situação “passível de desvirtuar a ação administrativa, conforme princípios e regras do regime jurídico-administrativo brasileiro”. Daí porque, não é preciso “que a situação criada possa ensejar alguma forma de enriquecimento ilícito próprio ou de outrem, ou atividade danosa ao patrimônio público”.

Ocorre que, à luz do disposto no § 1º do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, além da verificação da conduta consciente e intencional de violar os princípios da honestidade, da imparcialidade ou da legalidade, é necessário comprovar que o agente público em situação de conflito de interesses obteve proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

Ademais, o § 4º do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, incluído pela Lei nº 14.230/2021, estabelece que a improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública requer “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”.

Segundo o entendimento de Justen Filho (2022, p. 135):

Trata-se de afastar condutas de pequena nocividade, considerada a questão em termos amplos. Não se configura improbidade quando a violação ao dever de honestidade, de imparcialidade ou de legalidade envolver bens jurídicos de pequeno valor econômico, produzir efeitos nocivos diminutos ou irrelevantes ou revelar elemento subjetivo de reprovabilidade muito limitada. Sob um certo ângulo, o dispositivo acolhe a tese difundida no âmbito penal atinente ao princípio da insignificância, relacionado ao chamado “crime de bagatela”.

Embora o referido dispositivo reconheça que o ato ímprobo pode se caracterizar sem a existência de enriquecimento ilícito ou de lesão ao erário, para que se configure a improbidade por violação aos princípios da Administração é necessário que a conduta do agente seja lesiva a um bem jurídico de relevância para o Poder Público. Na prática, tal disposição acaba dificultando ainda mais a responsabilização por improbidade do agente público em situação de conflito de interesses.

Feitas essas considerações, observa-se que não é possível cravar que o agente público federal em situação de conflito de interesses incorre em improbidade administrativa. Isto é, não é possível chegar à essa conclusão pela mera aplicação do art. 12 da Lei nº 12.813/2013, à revelia do disposto na Lei nº 8.429/1992. Até porque, não poderia a Lei de Conflito de Interesses definir novos tipos de improbidade a despeito da própria Lei de Improbidade Administrativa.

Desse modo, imperioso se faz analisar cada uma das situações de conflito de interesses durante e após o exercício de cargo ou emprego público, elencadas nos arts. 5º e 6º da Lei nº 12.813/2013, a fim de identificar se podem ser qualificadas ou não como ato de improbidade administrativa à luz do disposto na nova redação Lei nº 8.429/1992.



4

4

DISCUSSÃO**4.1 DO SANCIONAMENTO COMO IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DAS SITUAÇÕES DE CONFLITO DE INTERESSE NO EXERCÍCIO DE CARGO OU EMPREGO**

As situações que configuram conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo Federal estão elencadas no art. 5º, incs. I a VII, da Lei nº 12.813/2013.

O conflito de interesses ocorre, nos termos do inc. I do art. 5º da Lei nº 12.813/2013, quando o agente público federal “divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas”.

Como bem explica Pereira (2018, p. 89):

[...] a LCI tipifica como conflito de interesses a hipótese do agente público que, em razão de sua atividade, aproveita-se dessa circunstância e, na contramão do interesse público, utiliza essa informação para atender a interesses privados, sejam próprios ou em favor de terceiro. Em outras palavras, o conflito de interesses se configura quando o agente público detém informação privilegiada e a utiliza para fins privados em detrimento do interesse coletivo, o que viola de modo inequívoco a lealdade à entidade a que está vinculado.

Primeiro, para o sancionamento como ato de improbidade administrativa, é necessário que o agente público dolosamente divulgue ou faça uso da informação privilegiada que teve acesso em razão das atividades exercidas no Poder Executivo Federal, por força do art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.429/1992.

Segundo, é preciso que o agente público federal que se encontra nessa situação de conflito de interesses, obtenha de modo consciente e intencional:

- i)* enriquecimento ilícito, ou seja, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida com a divulgação ou uso da informação privilegiada, na forma do *caput* do art. 9º da Lei nº 8.429/1992, sendo desnecessária a subsunção a uma das hipóteses previstas nos incisos I a XII do referido dispositivo, pois esse rol tem natureza exemplificativa, ou
- ii)* cause dano ao erário, isto é, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres do Poder Público com a divulgação ou uso da informação privilegiada, conforme o 10 da Lei nº 8.429/1992, sendo desnecessária a subsunção a uma das hipóteses elencadas nos incisos I a XXII do mencionado dispositivo, tendo em vista o caráter exemplificativo desse rol, ou
- iii)* atentar contra os princípios da administração pública com essa situação de conflito de interesses, violando os deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade com a divulgação ou uso da informação privilegiada, sendo indispensável a subsunção a hipótese do inc. III do art. 11 da Lei nº 8.429/1992: “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”. Nesse caso, também é preciso provar na conduta do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outro, e que a sua conduta produza lesão relevante a um bem jurídico tutelado pela Administração, consoante os §§ 1º e 4º do art. 11 dessa Lei.

De acordo com o inc. II do art. 5º da Lei nº 12.813/2013, configura conflito de interesses quando o agente público federal “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”.

Acerca disto, Pereira, (2018, p. 92) leciona que:

[...] para fins de responsabilidade, torna-se essencial a demonstração do vínculo existente entre o agente público e aquele que possui interesse privado no exercício deliberativo assumido pelo próprio agente público ou de colegiado do qual ele participe, sendo, deste modo, fundamental à imputação a demonstração da justificação e motivação no processo decisório. Em outras palavras, é imprescindível o apontamento do vínculo existente entre o particular que pretende prestar

determinado serviço ou manter relação de negócio e o exercício da função deliberativa pelo agente público.

Primeiro, para o sancionamento como ato de improbidade administrativa, é preciso que o agente público dolosamente preste serviços ou mantenha relação negocial com pessoa física ou jurídica interessada na decisão desse agente ou do órgão colegiado que ele participa, por força do art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.429/1992.

Segundo, é necessário que o agente público federal que se encontra nessa situação de conflito de interesses, obtenha de modo consciente e intencional:

i) enriquecimento ilícito, ou seja, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida com a prestação do serviço ou manutenção de relação negocial, em atenção ao caput do art. 9º da Lei nº 8.429/1992, sendo desnecessária a subsunção a uma das hipóteses elencadas nos incisos I a XII do referido dispositivo, pois esse rol tem natureza exemplificativa, ou

ii) cause dano ao erário, isto é, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres do Poder Público com a prestação do serviço ou manutenção de relação negocial, conforme o 10 da Lei nº 8.429/1992, sendo desnecessária a subsunção a uma das hipóteses previstas nos incisos I a XXII do mencionado dispositivo, tendo em vista o caráter exemplificativo desse rol.

Cabe registrar, nas palavras de Pereira (2018, p. 91), que o conflito de interesses previsto no inc. II do art. 5º da Lei nº 12.813/2013 acontece “na medida em que possibilita ao agente a tomada de decisões contrárias aos anseios da coletividade, refratária aos deveres de honestidade, imparcialidade e lealdade, em prol do interesse privado”.

Nessa perspectiva, caso essa situação de conflito de interesses não enseje enriquecimento ilícito ou lesão ao erário, a única possibilidade de caracterizá-la como ato ímprobo é decorrente da afronta aos deveres de honestidade, imparcialidade e lealdade, o que, na prática, se demonstra bastante difícil.

Isso porque, é imperioso que a ação ou omissão dolosa do agente público nessa situação de conflito de interesses se enquadre em uma das condutas elencadas nos incs. III a XII do art. 11 da Lei nº 8.429/1992.

Entretanto, a nosso ver, não há possibilidade de tipificação, pois não há conduta correspondente com a prestação do serviço ou manutenção de relação negocial com pessoa física ou jurídica interessada na decisão desse agente ou do órgão colegiado do qual ele faz parte.

Contudo, ainda que se consiga enquadrar, é necessário comprovar a obtenção de proveito ou benefício indevido para si ou para terceiro e que a conduta resulte em lesão relevante a um bem jurídico tutelado pela Administração Pública, consoante os §§ 1º e 4º do art. 11 dessa Lei.

Conforme o inc. III do art. 5º da Lei nº 12.813/2013, configura conflito de interesses quando o agente público federal “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”.

À luz da doutrina de Pereira (2018, p. 94):

Rechaça-se a atividade incompatível exercida de forma direta, isto é, pelo próprio agente público, ou de forma indireta, por meio de subterfúgios criados para dissimular o ilícito, como por exemplo, por meio de pessoas jurídicas. A LCI também pôs fim a qualquer dúvida que pudesse atribuir incerteza ao tipo de atividade incompatível, ao estender a possível incompatibilidade a “qualquer área ou matéria correlata”, isto é, ainda que a atividade seja desenvolvida em setor ou campo econômico ou profissional inerente às atribuições do cargo ou emprego será considerada atividade potencialmente causadora de conflito de interesses.

Primeiro, para o sancionamento como ato de improbidade administrativa, é necessário que o agente público dolosamente exerça atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, por força do art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.429/1992.

Segundo, é preciso que o agente público federal que se encontra nessa situação de conflito de interesses, obtenha de modo consciente e intencional:

i) enriquecimento ilícito, ou seja, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida com o exercício de atividade incompatível com o seu cargo ou emprego, na forma do *caput* do art. 9º da Lei nº 8.429/1992, sendo desnecessária a subsunção a uma das hipóteses descritas nos incisos I a XII do referido dispositivo, pois esse rol tem natureza exemplificativa, ou

ii) cause dano ao erário, isto é, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres do Poder Público com o exercício de atividade incompatível com o seu cargo ou emprego, conforme o 10 da Lei nº 8.429/1992, sendo desnecessária a subsunção a uma das hipóteses elencadas nos incisos I a XXII do mencionado dispositivo, tendo em vista o caráter exemplificativo desse rol.

Vale destacar que, na opinião de Pereira (2018, p. 94), o conflito de interesses previsto no inc. III do art. 5º da Lei nº 12.813/2013 “tem por objetivo proteger o exercício imparcial, impessoal e leal do cargo em observância aos interesses públicos, cujo zelo e guarda são inerentes à esfera de atuação profissional do agente”.

Isto significa que, caso o agente público nessa situação de conflito de interesses não tenha agido com dolo na obtenção de enriquecimento ilícito ou na produção de lesão ao erário, o sancionamento por improbidade só ocorrerá pela violação de determinados princípios da Administração.

Acontece que, ainda que se prove que o agente público tenha dolosamente, por ação ou omissão, afrontado os deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade, pelo exercício de atividade incompatível com o seu cargo ou emprego, é preciso enquadrá-lo em uma das condutas descritas nos incs. III a XII do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, o que, a nosso ver, não é possível por falta de tipicidade.

Não obstante, ainda que se consiga enquadrá-lo em alguma das condutas descritas no referido dispositivo, é necessário comprovar que ele obteve proveito ou benefício indevido para si ou para terceiro e, ainda, que a conduta tenha provocado dano importante a um bem jurídico tutelado pela Administração Pública, consoante os §§ 1º e 4º do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

De fato, há séria controvérsia sobre a possibilidade de tipificação como improbidade administrativa, na forma do art. 11 da LIA, da situação de conflito de interesses em razão do agente público exercer atividade incompatível com as atribuições do cargo ou emprego.

Conforme o inc. IV do art. 5º da Lei nº 12.813/2013, configura conflito de interesses quando o agente público federal atuar, mesmo que modo informal, “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”.

Pereira (2018, p. 96-97), leciona que “o referido dispositivo considera a possibilidade da existência de conflitos de interesses em qualquer atuação do agente público em favor do interesse privado e em todas as esferas da Federação”. Na perspectiva do legislador “quando o agente público atua como procurador em face de repartições públicas, age com deslealdade à instituição a que serve e deixa de observar as normas legais e regulamentares atinentes ao cargo ou emprego que ocupa”.

Primeiro, para o sancionamento como ato de improbidade administrativa, é necessário que o agente público dolosamente atue, de modo formal ou informal, como procurador de interesses privados perante órgãos ou entidades públicas, por força do art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.429/1992.

Segundo, é necessário que o agente público federal que se encontra nessa situação de conflito de interesses, obtenha de modo consciente e intencional:

- i) enriquecimento ilícito, ou seja, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida com a atuação como procurador de interesses privados perante órgãos ou entidades públicas, na forma do *caput* do art. 9º da Lei nº 8.429/1992, sendo desnecessária a subsunção a uma das hipóteses previstas incisos I a XII do referido dispositivo, pois esse rol tem natureza exemplificativa, ou*
- ii) cause dano ao erário, isto é, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres do Poder Público com a atuação como procurador de interesses privados perante órgãos ou entidades públicas, conforme o 10 da Lei nº 8.429/1992, sendo*

desnecessária a subsunção a uma das hipóteses elencadas incisos I a XXII do mencionado dispositivo, tendo em vista o caráter exemplificativo desse rol.

Ressalta-se, que o objetivo de tratar como conflito de interesses a atuação ativa do agente público, no centro do aparelho administrativo, voltado para a defesa do interesse privado, é proteger a imparcialidade, a impessoalidade e a lealdade do agente com a Administração Pública. Até porque, o exercício de atividade funcional para atender privados é completamente intolerável no Estado Democrático de Direito (PEREIRA, 2018, p. 95).

Diante disso, caso o agente público nessa situação de conflito de interesses não obtenha enriquecimento ilícito ou cause lesão ao erário, sua responsabilização por improbidade administrativa só poderia ocorrer se dolosamente violar os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, que se caracteriza pela subsunção a uma das hipóteses previstas nos incs. III a XII do art. 11 da Lei nº 8.429/1992.

No entanto, a nosso ver, há grave controvérsia sobre a possibilidade de tipificação como improbidade por atentar contra os referidos princípios administrativos, pois não há conduta correspondente. Ainda assim, considerando a possibilidade de existir tipicidade, a situação de conflito de interesses deve gerar proveito ou benefício indevido para o agente público ou para terceiro e, ainda, causar lesão relevante a um bem jurídico tutelado pela Administração Pública, consoante os §§ 1º e 4º do art. 11 dessa Lei.

À luz do inc. V do art. 5º da Lei nº 12.813/2013, configura conflito de interesses quando o agente público federal cometer ato em prol “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”.

O objetivo do referido dispositivo, no entendimento de Pereira (2018, p. 97-98) é de:

[...] afastar qualquer relação que possa existir entre o agente público e o interesse privado. Na hipótese em

questão, almeja-se proteger o exercício da função pública em relação à pessoa jurídica da qual sejam partícipes o agente público ou seus familiares até o terceiro grau. [...] Dessa maneira, cria-se um afastamento objetivo da atuação do administrador público e de terceiros referidos no dispositivo que possam influir na atuação proba, imparcial e legal – ou desvirtuá-la – que deve reger a ação administrativa.

Primeiro, para o sancionamento como ato de improbidade administrativa, é necessário que o agente público dolosamente pratique ato em benefício de interesse de pessoa jurídica da qual tenha participação ou seus familiares até o terceiro grau, e que esse ato lhe beneficie ou influencie na sua gestão, por força do art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.429/1992.

Segundo, é necessário que o agente público federal que se encontra nessa situação de conflito de interesses, obtenha de modo consciente e intencional:

i) enriquecimento ilícito, ou seja, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida com o ato que praticou em benefício de interesse de pessoa jurídica da qual tenha participação ou seus familiares até o terceiro grau, na forma do *caput* do art. 9º da Lei nº 8.429/1992, sendo desnecessária a subsunção a uma das hipóteses previstas nos incisos I a XII do referido dispositivo, pois esse rol tem natureza exemplificativa, ou

ii) cause dano ao erário, isto é, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres do Poder Público com o ato que praticou em benefício de interesse de pessoa jurídica da qual tenha participação ou seus familiares até o terceiro grau, conforme o 10 da Lei nº 8.429/1992, sendo desnecessária a subsunção a uma das hipóteses elencadas nos incisos I a XXII do mencionado dispositivo, tendo em vista o caráter exemplificativo desse rol, ou

iii) atentar contra os princípios da administração pública, violando os deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade com o ato que praticou em benefício de interesse de pessoa jurídica da qual tenha participação ou seus familiares até o terceiro grau, sendo indispensável a subsunção ao inc. V do art. 11 da Lei nº 8.429/1992: “frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros”. Nesse caso,

também é preciso provar na conduta do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outro, e que a sua conduta produza lesão relevante a um bem jurídico tutelado pela Administração, consoante os §§ 1º e 4º do art. 11 dessa Lei.

De acordo com o inc. VI do art. 5º da Lei nº 12.813/2013, configura conflito de interesses quando o agente público federal “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”.

Nas lições de Pereira (2018, p. 100)

No caso de haver relação de interesse, seja ela comercial, patrimonial, profissional, empresarial, ambiental ou de outra natureza, entre o presenteador e o exercício funcional do agente público, o recebimento do “mimo” pelo preposto da Administração, *per se*, já configura o conflito, ou seja, para a configuração no tipo legal em análise é despidendo que o agente público delibere efetivamente em favor do interessado

Desse modo, para a configuração dessa situação de conflito de interesse, não é necessário que haja efetiva decisão do agente público federal em prol do interessado, bastando tão somente o recebimento do presente entregue por aquele que possui interesse na futura decisão. Diferente, pois, é a qualificação dessa situação conflituosa como ato de improbidade administrativa, que depende da constatação do dolo na conduta do agente.

Em outras palavras, é indispensável que o agente público federal receba presente por parte daquele que foi alcançado por uma decisão efetivamente tomada, sem observar os limites e condições definidos em regulamento, pois tal situação tornaria evidente a vontade livre e consciente do agente – o dolo –, conforme dispõe o art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.429/1992.

Além disto, é preciso que o agente público federal que se encontra nessa situação de conflito de interesses, obtenha de modo consciente e intencional:

- i)* enriquecimento ilícito, ou seja, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida com o recebimento do presente entregue pelo interessado na decisão, na forma do *caput* do art. 9º da Lei nº 8.429/1992, sendo desnecessária a subsunção a uma das hipóteses previstas nos incisos I a XII do referido dispositivo, pois esse rol tem natureza exemplificativa, ou
- ii)* cause dano ao erário, isto é, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres do Poder Público com o recebimento do presente entregue pelo interessado na decisão, conforme o 10 da Lei nº 8.429/1992, sendo desnecessária a subsunção a uma das hipóteses elencadas nos incisos I a XXII do mencionado dispositivo, tendo em vista o caráter exemplificativo desse rol.

Caso nenhum desses dois resultados fossem alcançados, a única possibilidade de qualificação dessa situação como ato ímprobo seria por violação aos deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, desde que caracterizada por uma das condutas elencadas nos incs. III a XII do art. 11 da Lei nº 8.429/1992. Contudo, a nosso ver, é uma hipótese controversa pela falta de tipicidade.

Ainda que fosse possível tal enquadramento, seria necessário demonstrar que o presente entregue pelo interessado na decisão tomada pelo agente público federal deve constituir um benefício indevido e que isto produz lesão relevante a um bem jurídico tutelado pela Administração Pública, consoante os §§ 1º e 4º do art. 11 da Lei de Improbidade.

De acordo com o inc. VII do art. 5º da Lei nº 12.813/2013, configura conflito de interesses quando o agente público federal “prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado”.

À luz da doutrina de Pereira (2018, p. 102), a situação de conflito de interesses acontece quando:

[...] o agente público, efetiva e diretamente, presta serviços à pessoa jurídica de natureza privada, a qual o administrador tem o dever funcional de controlar, fiscalizar ou regular a sua atuação, o que possibilita o surgimento de interesses privados opostos aos interesses públicos que influirão na imparcialidade do processo de tomada de decisão. Nota-se, assim, a pretensão do

legislador em tutelar o exercício da atividade de controle, fiscalização e regulação.

Primeiro, para o sancionamento como ato de improbidade administrativa, é necessário que o agente público dolosamente preste serviços a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado, independentemente se essa prestação de serviços foi habitual ou não, por força do art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.429/1992.

Segundo, é necessário que o agente público federal que se encontra nessa situação de conflito de interesses, obtenha de modo consciente e intencional:

i) enriquecimento ilícito, ou seja, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida com a prestação de serviços a empresa controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual está vinculado, na forma do caput do art. 9º da Lei nº 8.429/1992, sendo desnecessária a subsunção a uma das hipóteses previstas nos incisos I a XII do referido dispositivo, pois esse rol tem natureza exemplificativa, ou
ii) cause dano ao erário, isto é, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres do Poder Público com a prestação de serviços a empresa controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual está vinculado, conforme o 10 da Lei nº 8.429/1992, sendo desnecessária a subsunção a uma das hipóteses elencadas nos incisos I a XXII do mencionado dispositivo, tendo em vista o caráter exemplificativo desse rol.

Insta salientar, que a prestação de serviços jurídicos pelo agente público à pessoa jurídica de natureza privada, a qual o administrador tem a obrigação funcional de controlar, fiscalizar ou regular o seu desempenho, permite o surgimento de interesses privados contrários aos interesses públicos que influenciarão na imparcialidade do processo de tomada de decisão (PEREIRA, 2018, p. 102).

Assim, caso não haja enriquecimento ilícito ou lesão ao erário, o sancionamento por improbidade dessa situação de conflito de interesse depende da comprovação de que o agente dolosamente violou os deveres de honestidade, imparcialidade e lealdade, o que só acontecerá pela subsunção a uma das hipóteses elencadas nos incs. III a XII do art. 11 da Lei nº 8.429/1992.

Ocorre que, a nosso ver, há controvérsia quanto a possibilidade de tipificação como improbidade por atentar contra os referidos princípios administrativos, tendo em vista a inexistência de conduta correspondente. Ainda que seja possível tal enquadramento, é preciso comprovar que o agente obteve benefício indevido para si ou para terceiro e que a conduta ensejou lesão grave a um bem jurídico tutelado pela Administração Pública, consoante os §§ 1º e 4º do art. 11 dessa Lei.

Diante disso, caso as situações de conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego se caracterizem como ato de improbidade administrativa, o agente público poderá sofrer as penalidades previstas na Lei nº 8.429/1992.

Isto significa que o art. 12, incs. I a III, da LIA, serve de *enforcement* para o conflito de interesses, desde que, obviamente, a situação de conflito atenda a requisitos específicos para a devida qualificação como ato ímprobo, conforme explicado ao longo desta seção.

A mesma regra vale para situações não tipificadas como conflito de interesses, especificamente aquelas com o potencial de comprometer o interesse coletivo ou influenciar de modo impróprio o exercício da função pública. Isto porque, ainda que não haja previsão na Lei de Conflito de Interesses, se a situação preencher os requisitos necessários para a caracterização do ato ímprobo, conforme o disposto na Lei nº 8.429/1992, será possível punir o agente público com a aplicação das penalidades do art. 12, incs. I a III, da LIA, ou seja, esse dispositivo servirá de *enforcement* para situações de conflito não elencadas no art. 5º da Lei nº 12.813/2013.

Convém registrar, que o parágrafo único do art. 12 da Lei nº 12.813/2013⁶ também pode servir de *enforcement* para o agente público federal, que poderá sofrer a penalidade disciplinar de demissão, desde que a situação de conflito de interesses se caracterize como ato

⁶ “Art. 12. [...] Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput e da aplicação das demais sanções cabíveis, fica o agente público que se encontrar em situação de conflito de interesses sujeito à aplicação da penalidade disciplinar de demissão, prevista no inciso III do art. 127 e no art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou medida equivalente”. Cf. BRASIL, Planalto. Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013. (Lei do Conflito de Interesses). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm. Acesso em: 01 jun. 2022.

ímprobo ou resulte em algum dos outros casos previstos no art. 132 da Lei nº 8.112/1990. Veja-se, pois:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

- I - crime contra a administração pública;
- II - abandono de cargo;
- III - inassiduidade habitual;
- IV - improbidade administrativa;**
- V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;
- VI - insubordinação grave em serviço;
- VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;
- VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;
- IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;
- X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;
- XI - corrupção;
- XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;
- XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117. [grifos nossos].

Por fim, a depender do caso, a situação de conflito de interesses ainda pode ensejar conduta penal, desde que o fato seja típico e antijurídico. Em outras palavras, o agente público federal poderá responder na esfera penal quando a situação de conflito de interesses se enquadrar em alguma norma penal incriminadora, isto é, quando praticar alguma conduta proibida (crime comissivo) ou deixar de cumprir com o dever de agir (crime omissivo), caracterizando a infração penal.

É o caso, por exemplo, do agente público federal que recebe presente de alguém que tenha interesse na sua decisão, fora dos limites e condições regulamentares (art. 5º, inc. VI, da LCI). O recebimento desse presente pode caracterizar vantagem indevida e, conseqüentemente, o crime de corrupção passiva, previsto no art. 317 do Código Penal Brasileiro⁷.

⁷ “Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”. Cf. BRASIL, Planalto. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 01 jun. 2022.

4.2 DO SANCIONAMENTO COMO IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DAS SITUAÇÕES DE CONFLITO DE INTERESSE APÓS O EXERCÍCIO DE CARGO OU EMPREGO

As situações de conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo Federal estão elencadas no art. 6º, incs. I e II, alíneas *a)* a *d)*, da Lei nº 12.813/2013, nesses termos:

Art. 6º Configura conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal: I - a qualquer tempo, divulgar ou fazer uso de informação privilegiada obtida em razão das atividades exercidas; e II - no período de 6 (seis) meses, contado da data da dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria, salvo quando expressamente autorizado, conforme o caso, pela Comissão de Ética Pública ou pela Controladoria-Geral da União:

- a) prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a pessoa física ou jurídica com quem tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego;
- b) aceitar cargo de administrador ou conselheiro ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica que desempenhe atividade relacionada à área de competência do cargo ou emprego ocupado;
- c) celebrar com órgãos ou entidades do Poder Executivo federal contratos de serviço, consultoria, assessoramento ou atividades similares, vinculados, ainda que indiretamente, ao órgão ou entidade em que tenha ocupado o cargo ou emprego; ou
- d) intervir, direta ou indiretamente, em favor de interesse privado perante órgão ou entidade em que haja ocupado cargo ou emprego ou com o qual tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego.

Na opinião de Pereira (2018, p. 103), a Lei de Conflito de Interesses “trouxe relevante inovação ao caracterizar a possibilidade do ilícito funcional, como ato de improbidade administrativa, mesmo após o exercício do cargo ou emprego pelo ex-agente público”. Isto porque, na forma do art. 6º da referida Lei, o ex-agente público, “já desligado dos quadros da Administração Pública, poderá incorrer na prática do ato de improbidade administrativa de conflito de interesses e estará, a priori, sujeito às sanções dispostas no artigo 12, inciso III, da Lei no 8.429/1992”.

Ocorre que, diferente do que defende o respeitável autor em sua produção científica, não é possível a responsabilização por improbidade administrativa de um indivíduo que não é mais agente público, tendo em vista que a partir do encerramento do vínculo com o órgão ou entidade do poder executivo federal, a sua condição perante a Administração Pública é de particular.

Isto é, o ex-agente público que, a qualquer tempo, divulgue ou faça uso de informação privilegiada que obteve em razão das atividades exercidas, comete situação definida como conflito de interesses, porém não poderá responder por improbidade administrativa.

Semelhante é o caso do ex-agente público que, durante o período de quarentena, presta serviços para o setor privado ou atua em favor deste perante o órgão ou a entidade pública da qual se desvinculou, sem autorização da Comissão de Ética Pública ou da Controladoria-Geral da União. Embora tenha praticado situação definida como conflito de interesses, não poderá ser punido por improbidade administrativa.

Ainda que o art. 12 da Lei nº 12.813/2013 pretenda sancionar por improbidade a situação de conflito de interesses cometida por um particular que exerceu cargo ou emprego público, é necessário observar também o disposto na Lei nº 8.429/1992, inclusive pelo fato de que esse diploma normativo é o responsável pela regulação da matéria no ordenamento jurídico pátrio.

Neste sentido, insta trazer à baila o art. 1º, § 5º, da Lei nº 8.429/1992:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

[...]

§ 5º Os atos de improbidade violam a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções e a integridade do patrimônio público e social dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

À luz do referido dispositivo, observa-se que a Lei nº 8.429/1992 se destina ao sancionamento dos atos de improbidade administrativa,

levando em consideração especificamente a função desempenhada pelos agentes públicos de qualquer dos três Poderes do Estado, assim como da Administração direta e indireta de todos os entes federativos.

Segundo os ensinamentos de Justen Filho (2022, p. 61), o ato de improbidade administrativa se configura, em regra, “pela prática de ação ou omissão dolosa, incompatível com o regime jurídico inerente à função pública exercitada pelo agente. Sob esse ângulo, a infração de improbidade é privativa do agente público”. Completando o raciocínio, o autor afirma que “somente em situações excepcionais (previstas nos §§ 6º e 7º do art. 1º) admite-se a improbidade sem a atuação de um agente público”.

Ocorre que, os §§ 6º e 7º do art. 1º da Lei nº 8.429/1992 trata da responsabilização por improbidade de particulares que estão fazendo a gestão de recursos públicos:

Art. 1º [...]

§ 6º Estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais, previstos no § 5º deste artigo.

§ 7º Independentemente de integrar a administração indireta, estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual, limitado o ressarcimento de prejuízos, nesse caso, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

A partir da leitura dos dispositivos acima colacionados, fica evidente a impossibilidade de sustentar a sua aplicabilidade ao agente que integrou os quadros da Administração Pública, de modo que tais hipóteses de sancionamento por improbidade administrativa se aplicam tão somente aos sujeitos privados que estão realizando a gestão de recursos públicos.

Além disto, o sujeito em situação de conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo Federal, de fato figura na qualidade de particular, à vista do conceito de agente público previsto na Lei nº 8.429/1992, obstando a sua responsabilização por improbidade administrativa. Embora a definição atribuída ao

agente público seja ampla, não é possível enquadrar o indivíduo que deixou de exercer a função pública.

De acordo com o art. 2º da Lei nº 8.429/1992:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei.

Na dicção do referido dispositivo, para a aplicação da Lei nº 8.429/1992, só é considerado agente público “aquele que exerce” e não aquele que exerceu cargo, emprego ou função pública, como preconiza o art. 12 da Lei nº 12.813/2013, que deseja o sancionamento por improbidade do agente privado que outrora esteve vinculado a Administração Pública.

A Lei nº 8.429/1992 disciplina atos de improbidade praticados por agente que desempenha uma “função” relacionada a interesses públicos estatais. Do ponto de vista técnico-jurídico, a função pública se refere a uma posição jurídica marcada pela atribuição a um sujeito de poderes jurídicos que se destina ao atendimento de interesses do Estado. Apenas a violação aos deveres inerentes à essa posição pública, ou o abuso no exercício desses poderes, é que podem caracterizar improbidade administrativa (JUSTEN FILHO, 2022, p. 56-57).

É forçoso reconhecer, que o particular não está completamente imune ao sancionamento previsto na Lei nº 8.429/1992. Segundo o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), o particular pode responder por improbidade administrativa quando há a presença de agente público no polo passivo da demanda. É o que se extrai do julgamento do Recurso Especial nº 1.171.017-PA, nesses termos:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AJUIZADA APENAS EM FACE DE PARTICULAR.

Não é possível o ajuizamento de ação de improbidade administrativa exclusivamente em face de particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda. De início, ressalta-se que os particulares estão sujeitos aos ditames da Lei 8.429/1992

(LIA), não sendo, portanto, o conceito de sujeito ativo do ato de improbidade restrito aos agentes públicos. Entretanto, analisando-se o art. 3º da LIA, observa-se que o particular será incurso nas sanções decorrentes do ato ímprobo nas seguintes circunstâncias: a) induzir, ou seja, incutir no agente público o estado mental tendente à prática do ilícito; b) concorrer juntamente com o agente público para a prática do ato; e c) quando se beneficiar, direta ou indiretamente do ato ilícito praticado pelo agente público. Diante disso, é inviável o manejo da ação civil de improbidade exclusivamente contra o particular. Precedentes citados: REsp 896.044-PA, Segunda Turma, DJe 19/4/2011; REsp 1.181.300-PA, Segunda Turma, DJe 24/9/2010. (REsp 1.171.017-PA, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 25/2/2014). (BRASIL, 2014).

Observa-se, que o colendo Superior Tribunal de Justiça sedimentou o seu entendimento com base no art. 3º da Lei nº 8.429/1992, que com a aprovação da Lei nº 14.230/2021, passou a ter a seguinte redação: “As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade”.

Na dicção do referido dispositivo, depreende-se que é possível a submissão do sujeito privado ao regime da Lei de Improbidade Administrativa, embora o legislador tenha feito uma ressalva fundamental, determinando que a Lei se aplica ao particular “no que couber”. A generalidade das disposições previstas nessa Lei leva em conta as particularidades da situação jurídica de agentes públicos, até porque o seu objetivo é reprimir à improbidade no setor público. Aliás, vários dispositivos e soluções são incompatíveis com a situação jurídica dos particulares (JUSTEN FILHO, 2022, p. 61).

Além disso, analisando a nova redação do art. 3º da Lei nº 8.429/1992, verifica-se que, aquele que não é agente público, só responde por improbidade administrativa quando induzir ou concorrer dolosamente para a prática do ato ímprobo. Isto é, a hipótese prevista nesse dispositivo abrange exclusivamente o ato de improbidade cometido pelo agente público com a participação de um terceiro que não exerce função pública.

A extensão do regime da improbidade administrativa a particulares é uma hipótese chamada de coautoria da infração, que se reflete nos verbos “induzir” e “concorrer”, de modo que a participação

do terceiro é crucial no aperfeiçoamento do ato ímprobo. Nesse caso, o sancionamento por improbidade abrange o sujeito privado porque a conduta praticada pelo agente público pressupõe ou é acompanhado da atuação desse particular (JUSTEN FILHO, 2022, p. 62).

Desse modo, não é possível utilizar como amparo legal o art. 3º da Lei nº 8.429/1992 para defender que o ex-agente público pode responder por improbidade administrativa em razão de situação de conflito de interesses cometida após o exercício de cargo ou emprego público.

Embora a Lei nº 8.429/1992 não possa ser acionada contra ex-agentes públicos que cometerem algumas das situações descritas no art. 6º da Lei nº 12.813/2013, tendo em vista os motivos anteriormente apresentados. Isso não significa que a informação privilegiada não deve ser preservada e que o conflito de interesses não deve ser evitado pelo ex-agente público.

Ainda que não seja mais titular do cargo ou do emprego, o ex-agente público deve permanentemente proteger a informação privilegiada que obteve em razão das atividades exercidas, pois o conteúdo da informação pode se referir a assuntos sigilosos ou relevantes ao processo decisório que tenha repercussão econômica ou financeira para a entidade pública a qual esteve vinculado, nos termos do art. 6º, inc. I, da Lei de Conflito de Interesses.

De igual modo, o ex-agente público, pelo prazo de 6 (seis) meses, contados do encerramento do vínculo funcional, fica proibido de exercer atividades laborais para o setor privado ou limitado a pleitear eventual interesse privado perante a entidade pública a qual esteve vinculado, exceto quando for expressamente autorizado pela Comissão de Ética Pública ou pela Controladoria-Geral da União, na forma do art. 6º, inc. II, alíneas a) a d), da Lei de Conflito de Interesses.

Ressalta-se, que o ex-agente público que estiver em situação de conflito de interesses não pode incorrer em improbidade administrativa, tampouco pode sofrer, por decorrência lógica, a penalidade disciplinar de demissão, conforme o pretendido no art. 12 da Lei nº 12.813/2013, tendo em vista que já não possui mais qualquer vínculo com a Administração Pública.

Não obstante, o próprio art. 12 da Lei nº 12.813/2013 não exclui a aplicação das demais sanções cabíveis, de tal modo que o ex-agente público federal que se encontrar em situação de conflito de interesses poderá responder na esfera penal, desde que a sua conduta se caracterize como um fato típico e antijurídico. Isto é, caso a situação de conflito se enquadre em alguma norma penal incriminadora, caracterizada pela prática de alguma conduta proibida (crime comissivo) ou pelo descumprimento de algum dever legal (crime omissivo).

Caso não haja tipicidade legal para a situação de conflito de interesses praticada pelo ex-agente público federal, o mesmo não poderá ser responsabilizado criminalmente, tendo em vista os princípios da anterioridade da lei e da legalidade cravados no art. 1º do Código Penal Brasileiro⁸.

Desse modo, em que pese a Lei de Improbidade Administrativa não possa ser aplicada ao ex-agente público, é necessário manter o dever de prevenir ou impedir conflito de interesses e resguardar a informação privilegiada, a fim de não cometer qualquer das condutas descritas no art. 6º Lei nº 12.813/2013, pois é possível a aplicação de outras sanções dispostas no ordenamento jurídico pátrio, como, por exemplo, na esfera penal.

Ante o exposto, observa-se que o sancionamento por improbidade administrativa do agente público em conflito de interesse, conforme almejado pelo art. 12 da Lei nº 12.813/2013, é uma questão controversa, que merece ser analisada com bastante atenção, especialmente no que diz respeito a aplicabilidade da Lei nº 8.429/1992 para responsabilizar o ex-agente público que comete situação definida como conflito de interesses.

4.3 DAS IMPLICAÇÕES PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A pesquisa traz implicações para a Administração Pública, pois não são todas as situações definidas como conflito de interesses que

⁸ “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Cf. BRASIL, Planalto. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 01 jun. 2022.

podem ser punidas com a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/1992, ou seja, o art. 12 da Lei nº 12.813/2013 não pode ser aplicado em sua plenitude, pois limita-se ao sistema de responsabilização imposto pela Lei de Improbidade Administrativa, sobretudo com as recentes mudanças promovidas em seu texto.

Ao analisar a nova redação da Lei nº 8.429/1992, observou-se que não é tão simples caracterizar as situações de conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego como ato ímprobo, necessitando preencher uma série de requisitos, o que acaba dificultando bastante o sancionamento por improbidade administrativa, sobretudo por atos que atentam contra os princípios administrativos.

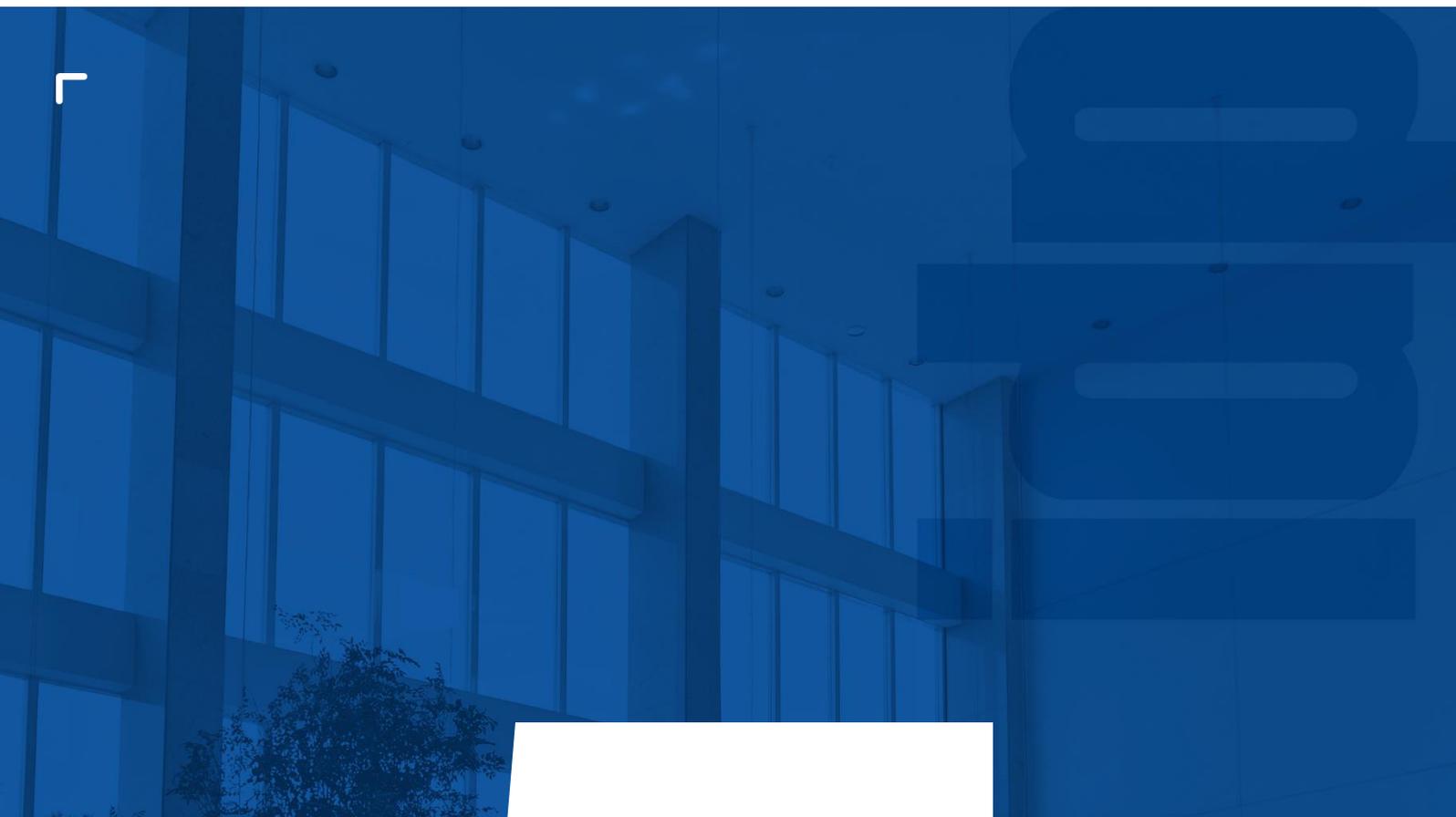
Isto acaba afetando a Administração Pública porque não será possível reprimir essa conduta por meio da propositura da ação de improbidade administrativa. Embora seja possível aplicar outras punições ao agente público em situação de conflito de interesses, a Administração Pública acaba perdendo uma importante medida repressiva. A depender do caso concreto, levando em consideração as consequências que a situação de conflito de interesses poderia causar, o sancionamento por improbidade administrativa poderia se apresentar como medida justa e adequada.

Convém registrar, que a Administração Pública enfrenta um problema ainda maior com as situações de conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego. Ainda que o *caput* do art. 12 da Lei nº 12.813/2013 declare que o ex-agente público que comete uma dessas situações também pratica ato ímprobo, não é possível reprimir essa conduta por meio da propositura da ação de improbidade, tendo em vista a sua condição de particular.

Como a situação de conflito de interesses ocorreu após o exercício de cargo ou emprego, evidentemente a Administração Pública também não poderá aplicar a penalidade disciplinar de demissão, prevista no parágrafo único do art. 12 da Lei nº 12.813/2013. Com efeito, a única possibilidade de punição desse ex-agente público é na esfera penal, desde que se consiga enquadrar a situação em alguma norma penal incriminadora. Em síntese, a nosso ver, são remotas as chances de a Administração Pública reprimir o conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego.



Neste cenário, observa-se que a repressão do conflito de interesses no âmbito do Poder Executivo Federal, nos moldes pretendidos pelo art. 12 da Lei nº 12.813/2013, fica bastante prejudicada. Apesar dessa Lei ter representado um avanço significativo no que diz respeito à ética no serviço público e na preservação do interesse público e da informação privilegiada, a Administração Pública terá dificuldades no sancionamento por improbidade das situações definidas como conflito de interesses.





5

CONCLUSÃO

A metodologia empregada para a realização do trabalho, notadamente a pesquisa bibliográfica, proporcionou encontrar e escolher fontes bibliográficas que tratam com propriedade da ética no serviço público, do conflito de interesses, inclusive no âmbito da Administração Pública Federal, da improbidade administrativa e outros temas correlatos.

Partindo dessa abordagem metodológica, utilizou-se do procedimento de revisão de literatura para identificar, catalogar e confrontar os principais argumentos das fontes bibliográficas selecionadas, o que permitiu aprofundar os estudos sobre o tema e o problema da pesquisa.

Posteriormente, com o emprego da técnica qualitativa, buscou-se construir um entendimento pautado nas produções científicas existentes, a fim de encontrar respostas para a pergunta da pesquisa.

Ademais, foi preciso realizar uma pesquisa documental, no sentido de buscar informações disponíveis em documentos oficiais publicados pelo Estado Brasileiro, principalmente de conteúdo normativo, como a Lei de Conflito de Interesses e a Lei de Improbidade Administrativa, o que auxiliou na busca por respostas para a pergunta da pesquisa.

Após cumprir esses procedimentos metodológicos, foi possível concluir que o agente público federal em situação de conflito de interesses não incorre, de forma automática, em improbidade administrativa, conforme se depreende da leitura do art. 12 da Lei nº 12.813/2013.

Isso porque, para a caracterização do ato ímprobo, é necessário atender ao disposto na Lei nº 8.429/1992, que, inclusive, teve o seu texto profundamente alterado pela Lei nº 14.230/2021, para estabelecer requisitos específicos para a responsabilização por improbidade administrativa.

Um aspecto importante trazido pela nova redação da Lei nº 8.429/1992 foi a verificação do elemento subjetivo dolo na conduta do agente público, ou seja, para a configuração do ato ímprobo é preciso constatar a vontade livre e consciente do agente de alcançar o resultado ilícito.

Como a Lei nº 12.813/2013 não especifica o elemento subjetivo, é possível que o agente público se encontre em situação de conflito de interesses de modo culposos, isto é, com negligência, imperícia ou imprudência. Nesse caso, não é possível o sancionamento por improbidade administrativa pela inexistência de dolo na sua conduta.

Além disso, a Lei nº 8.429/1992 se aplica aos agentes públicos de qualquer dos três Poderes do Estado, assim como da Administração direta e indireta de todos os entes federativos. E para os efeitos da Lei, entende-se por agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, mesmo de forma transitória ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função pública.

À luz do conceito de agente público trazido pela Lei nº 8.429/1992, não é possível o sancionamento por improbidade administrativa decorrente da prática de uma situação definida como conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego público, pois o ex-agente já se encontra na qualidade de particular, não havendo qualquer vínculo com a Administração Pública.

Por este motivo, só é possível a responsabilização do agente público por improbidade administrativa nas situações de conflito de interesses durante o exercício de cargo ou emprego público. Ainda assim, isto não ocorre pela única e exclusiva aplicação do art. 12 da Lei nº 12.813/2013, sendo necessário analisar o sistema de responsabilização previsto na Lei nº 8.429/1992.

Nessa perspectiva, a primeira condição é comprovar que o agente público causou dolosamente o conflito de interesses, o que acontecerá por meio da constatação inequívoca do desprezo pelos instrumentos preventivos estabelecidos pela Lei nº 12.813/2013.

Em caso afirmativo, a segunda condição é comprovar que o agente público dolosamente praticou a situação de conflito de interesses para alcançar um dos resultados ilícitos tipificados nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992. Em outras palavras, exige-se uma conduta consciente e intencional por parte do agente de obter enriquecimento ilícito, causar prejuízo ao erário ou atentar contra os princípios da Administração Pública por meio de uma das situações de conflito de interesses elencadas no art. 5º da Lei nº 12.813/2013.

Cabe registrar, que se o agente público em situação de conflito de interesses não puder ser responsabilizado por improbidade administrativa pela ausência de conduta dolosa voltada para a obtenção de enriquecimento ilícito (art. 9º da LIA) ou que cause lesão ao erário (art.10 da LIA), a única possibilidade de caracterização do ato ímprobo é por afrontar os princípios da Administração Pública (art. 11 da LIA), embora o sancionamento, nesse caso, seja mais complexo.

Primeiro porque não é todo e qualquer princípio da Administração Pública que pode ser afrontado para que se caracterize o ato ímprobo, pois o caput do art. 11 da LIA é claro ao estabelece explicitamente que é necessário a violação dos deveres de honestidade, de imparcialidade e de lealdade, além do enquadramento em uma das condutas descritas nos incs. III a XII do aludido dispositivo.

Nessa perspectiva, caso o agente público em situação de conflito de interesses atente, por meio de ação ou omissão dolosa, contra os deveres de honestidade, de imparcialidade e de lealdade, porém não for possível enquadrar a situação conflitante em uma das condutas descritas nos incs. III a XII do art. 11 da LIA, não fica caracterizado o ato ímprobo.

Ademais, a responsabilização por improbidade administrativa do agente público em situação de conflito de interesses que atentou contra princípios específicos da Administração, depende do cumprimento de mais dois requisitos: i) comprovação de que o agente obteve proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade (art. 11, § 1º, da LIA); ii) que o ato ímprobo enseje lesão relevante ao bem jurídico tutelado (art. 11, § 4º, da LIA).

Desse modo, não é possível qualificar automaticamente todas as situações de conflito de interesses como ato ímprobo, como busca fazer

o art. 12 da Lei n° 12.813/2013. É imprescindível levar em consideração o regime jurídico de responsabilização por improbidade administrativa imposto pela Lei n° 8.429/1992, sobretudo com alterações trazidas pela Lei n° 14.230/2021.



REFERÊNCIAS

REFERÊNCIAS

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Manoel Fragoso Bittencourt; LOPES, Eduardo Antônio de Campos. **Ação de improbidade administrativa**: ausência de justa causa no manuseio e recebimento em face da absolvição do réu em processo penal. *In*: Reflexões sobre o direito público contemporâneo. LINS, Fabio; FREITAS, Janaina. (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

ASSIS, Alexandre Camanho de; FACCHINI, Maria Iraneide Olinda Santoro; SOUSA, Moacir Mendes. **Orientação N° 12/5ª CCR**. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção.

BLANCHET, Luiz Alberto. **A Lei Federal nº 12.813/2013 e os conflitos de interesses**. Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 167-176, jul./dic. 2015. ISSN 2362-583X.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei**. EM nº 005/2006/CGU-PR, 13 de outubro de 2006. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=422282&filename=PL+7528/2006. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL, Controladoria-Geral da União. **Portaria Interministerial nº 333, de 19 de setembro de 2013**. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44844/13/PORTARIA%20INTERMINISTERIAL%20N%C2%BA%20333.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL, Planalto. **Código de Conduta da Alta Administração Federal**. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/assuntos/etica-publica/legislacao-cep/codigo-de-conduta-da-alta-administracao-federal>. Acesso em: 19 fev. 2022.

BRASIL, Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL, Planalto. **Decreto de 26 de maio de 1999**. Cria a Comissão de Ética Pública e dá outras providências Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dnn/Dnnconduta.htm#:~:text=Art

%201%C2%BA%20Fica%20criada%20a,%C3%A2mbito%20do%20Poder
%20Executivo%20Federal. Acesso em: 18 fev. 2022.

BRASIL, Planalto. [Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994](#). Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%201.171%2C%20DE%2022,Constitui%C3%A7%C3%A3o%2C%20bem%20como%20nos%20arts. Acesso em: 16 fev. 2022.

BRASIL, Planalto. [Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007](#). Institui Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6029.htm#art25. Acesso em: 18 fev. 2022.

BRASIL, Planalto. [Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013](#). (Lei do Conflito de Interesses). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL, Planalto. [Lei nº 8.027, de 12 de abril de 1990](#). Dispõe sobre normas de conduta dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8027.htm. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL, Planalto. [Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990](#). Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL, Planalto. [Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992](#). (Lei de Improbidade Administrativa). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL, Planalto. [Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999](#). Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial nº 1.171.017-PA**. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Sérgio Kukina. DJe 06/03/2014. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=014607>. Acesso em: 20 mar. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. **Governança pública e combate à corrupção**: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. Int. Públ. – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.

GABARDO, Emerson. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. ISSN 2359-5639.

GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. **O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 115, pp. 267-318, jul./dez. 2017.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogerio Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GERVASIO, Tamires Cunha; AZEVEDO, Sandson Barbosa. **A percepção da aplicabilidade da lei de conflito de interesses por servidores da Controladoria-Geral da União**. Periódico Científico Negócios em Projeção, vol. 5, nº 1. junho 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. 2011. 438 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada**: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

LOURENÇO, Álvaro Braga; LOURENÇO, Daniel Braga. **A lei de conflito de interesses**: desacorrendando prometeu. Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 6 (2020), nº 5, 87-102. ISSN 2183-539X.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes; MAIA, Mário Henrique Goulart. **O poder administrativo sancionador**: origem e controle jurídico. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

MÁXIMO, Raquel Geralda. **A lei de conflito de interesses e sua aplicação na administração pública federal**. 2017. 53 f. Monografia (Especialização em Controle Externo). Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MORAIS, José Leovegildo Oliveira. **Ética e conflito de interesses no serviço público**. Brasília: Esaf, 2009.

MOTTA, Fabrício. **Corrupção e conflito de interesses**: confluência entre direito e política na administração pública brasileira. X Congresso Lationamericano de Ciencia Política, de la Asociación Latinoamericana de Ciencias Políticas – ALACIP, agosto de 2019.

MOTTA, Fabrício. **O interesse público ainda respira bem, mas necessita sempre de cuidados intensivos**. Revista Consultor Jurídico, 2 de novembro de 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-nov-02/interesse-publico-interesse-publico-ainda-respira-bem-necessita-cuidados#_ftn3. Acesso em: 05 out. 2021.

MOTTA, Fabrício; BELÉM, Bruno. **Persecução do interesse público em um cenário de múltiplos interesses**: recomendações da OCDE e os conflitos regulados pela Lei nº 12.813/2013. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 149-175, maio/ago. 2018.

MOTTA, Gustavo Dias. **A prevenção ao conflito de interesses por meio de quarentena e remuneração compensatória no Brasil**. Críticas e sugestões de aprimoramento. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral

do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 4 (2021): Edição Especial. ISSN 1981-3694.

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. [Managing Conflict of Interest in the Public Service](#) – OECD Guidelines and Country Experiences. Paris: OECD, 2003.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. [O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa](#). Revista Brasileira de Estudos da Função Pública. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, set./dez. 2014. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/16505>. Acesso em: 20 set. 2021.

PEREIRA REMEDIO, Davi; ANTONIO REMEDIO, José. [Direito e Desenvolvimento: Corrupção Administrativa e Ação Civil por Improbidade Administrativa](#). Revista de Direito Público, Porto Alegre, v. 14, n. 81, 2018, 102-122, maio-jun 2018.

PEREIRA, Felipe Dudienas Domingues. [O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa](#). 2018. 167f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

REIS, Cláudio Araújo; ABREU, Luiz Eduardo. [Administrando conflitos de interesses](#) – esforços recentes no Brasil. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 45, nº 180, out./dez. 2008. p. 161-174.

RIZZARDO, Arnaldo. [Ação civil pública e ação de improbidade administrativa](#). 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.



idp

Bo
pro
cit
ref
Noss
são e
idp

idp

A ESCOLHA QUE
TRANSFORMA
O SEU CONHECIMENTO