

Administrando conflitos de interesses

Esforços recentes no Brasil

Cláudio Araújo Reis e
Luiz Eduardo Abreu

De início, acreditamos que é necessário reconhecer que, nos últimos 20 anos no Brasil, houve uma preocupação mais ou menos constante com o que chamaremos (valendo-nos deliberadamente do sentido amplo e vago da expressão) de “promoção da ética pública” – em que medida essa preocupação tem-se traduzido em resultados efetivos é uma outra questão, a que não nos ateremos aqui.

Essa preocupação teve sua evolução marcada por três momentos, aos quais se juntou, mais recentemente, um quarto. Vale a pena mencioná-los na medida em que fornecem um quadro de referência que nos permite avaliar mais adequadamente os esforços para satisfazer a essa preocupação.

O primeiro desses momentos foi o ímpeto legislativo que se seguiu à redemocratização, que resultou, antes de mais nada, na promulgação da Constituição de 1988. A Constituição, em seu artigo 37, estabelece uma série de diretrizes que, necessariamente, passam a fazer parte do que devemos entender em geral por “serviço público íntegro” ou “ético” – notadamente, lá se afirma que a administração pública deve pautar-se por cinco princípios ou valores fundamentais: legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência. A partir disso, diversas leis – notadamente a Lei 8.112, de 1990 – vão tratar de traduzir essas diretrizes constitucionais em orientações operacionais.

Cláudio Araújo Reis é Doutor em Filosofia, Professor da Universidade de Brasília e Consultor Legislativo no Senado Federal.

Luiz Eduardo Abreu é Doutor em Antropologia e Professor do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.

tações normativas mais particulares. Os esforços mais recentes para constituir um “sistema de gestão da ética” ainda ecoam esse ímpeto legislativo e esse esforço de engenharia institucional que se originam com a redemocratização.

O segundo fator foi a sucessão de escândalos políticos, quase sempre envolvendo acusações de corrupção, desde, sobretudo, o início dos anos 90. Foi nesse contexto conturbado da primeira metade dos anos 90 que foi publicado, por exemplo, o Decreto nº 1.171, de 1994, que instituiu o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, e a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429, de 1992). O impacto e os efeitos desses escândalos na opinião pública sem dúvida nenhuma serviram para garantir um lugar para a “promoção da ética pública” na agenda dos governos.

O terceiro momento coincide com a retomada da idéia de reforma do Estado, que ganha força em meados dos anos 90, no Governo Fernando Henrique Cardoso. A idéia motora dessa reforma era a substituição da administração pública burocrática pela administração gerencial, com sua típica atribuição de autonomia ao gestor, acompanhada por uma flexibilização de formas de controle. Foi no rastro dessa reforma que surgiu a idéia, no final dos anos 90, da criação da Comissão de Ética Pública.

Esses três momentos combinam-se e reforçam-se, embora seja verdade também que, em alguns aspectos, possam apontar para direções divergentes – o que, de resto, é significativo e pode fornecer uma chave de leitura interessante para avaliarmos os esforços mais recentes de implantação de um sistema de integridade no Brasil.

Mais particularmente, até a criação da Comissão de Ética Pública em 1999, o que predominou, de forma quase exclusiva, foi uma perspectiva eminentemente disciplinar e punitiva. É assim que a Lei nº 8.112, de 1990, por exemplo, incorpora, em seu título que trata do regime disciplinar, o conteúdo

da Lei nº 8.027, também de 1990, que dispunha sobre normas de conduta dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas – todos, em seguida, enquadrados no regime jurídico definido pela Lei nº 8.112. O mesmo espírito – e boa parte do mesmo conteúdo – pode ser encontrado no Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, aprovado pelo Decreto nº 1.117, de 1994. É bem verdade que essa perspectiva disciplinar, efetivamente, ainda predomina, mas algumas outras influências têm provocado correções em sua força.

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”. De fato, é só com a edição do Código de Ética da Alta Administração Federal, em agosto de 2000, que o conceito de “conflito de interesses” passa a figurar explicitamente no texto normativo, em conexão direta com a questão da ética pública (MORAIS, 2004).

Essa aparição do conceito de conflito de interesses poderia, então, indicar uma mudança no enfoque do tratamento da questão da ética pública. A rigor, naturalmente, conflitos de interesse sempre foram observáveis ao longo da história da administração pública. Sua singularização, no entanto, no contexto de uma preocupação com a garantia da integridade do serviço público ou com a ética pública em geral, é um sintoma interessante. Antes de prosseguirmos, vejamos brevemente em que sentido isso é assim.

De um modo geral, a preocupação com a integridade do serviço público e com a ética pública acaba traduzindo-se no imperativo do combate à corrupção. “Corrupção” é um termo enganosamente claro: sua definição rigorosa é uma tarefa que tem dificuldades consideráveis. A clareza que o conceito de corrupção tem no discurso comum – e, muitas vezes, também no discurso político – é, em larga medida, apenas aparente, e decorre, em primeiro lugar, do fato de que o conceito corrente pode, efetivamente, ser aplicado com razoável clareza em alguns casos representativos e, em segundo lugar, do fato de que o conceito carrega sempre, em todos os casos e em todos os seus usos, um mesmo sentido de reprovação (o que ajuda a reforçar a impressão de que o termo está sendo usado sempre com o mesmo sentido). Em outras palavras: vários tipos de atos ou comportamentos podem ser chamados de corruptos; alguns são imediata e facilmente caracterizados como tal; outros, não. De todo modo, sempre que atribuímos a algum comportamento a qualidade de “ser corrupto”, estamos reprovando esse comportamento.

“Corrupção”, como muitos outros termos que usamos em nossos juízos morais (termos que, em alguns contextos filosóficos contemporâneos, convencionou-se chamar de “conceitos densos” ou “espessos” – *thick concepts*¹), implica uma mistura de descriptividade e de normatividade. Com relação a seu sentido normativo – a reprovação que em geral exprimimos quando consideramos um ato ou uma pessoa “corruptos” –, podemos dizer que há uma razoável unanimidade (as

posições que procuram defender o valor positivo da corrupção, se ainda existem, são claramente marginais e minoritárias). O sentido descritivo, por sua vez, é mais complexo. Há um grande número de aspectos que contribuem para tornar corrupto um comportamento ou um ato. Alguns desses aspectos variam de sentido em contextos diferentes. Contextos administrativos e contextos políticos, por exemplo, talvez ponham problemas específicos, alguns deles relacionados às características próprias dessas atividades e à maneira como, em cada uma delas, as ações são valoradas de forma diferente. Outros aspectos, ainda, são difíceis de caracterizar claramente. Há, notoriamente, uma área cinzenta bastante extensa que logo se apresenta, assim que nos afastamos dos casos mais simples e facilmente reconhecíveis de corrupção. Isso é particularmente verdadeiro no caso da corrupção política (ABREU, 1996, 2006).

Seja como for – e não é nosso objetivo primário aqui discutir a definição do conceito de corrupção e suas dificuldades –, podemos dizer, de um modo muito geral, que corrupção, como freqüentemente aparece no discurso comum (mas também no político e mesmo no “científico”), implica uma transgressão das fronteiras entre o público e o privado, em algum sentido que precisaríamos esclarecer melhor. Dizemos “em algum sentido que precisaríamos esclarecer melhor” porque, de um modo geral, a distinção entre público e privado pode levantar problemas práticos relevantes (sempre haverá questões indecididas sobre onde passa a fronteira); no Brasil, em particular, essa distinção e as relações entre os termos que se distinguem pode ser complexa; de todo modo, abrimos mão aqui de discutir esse ponto. Ora, no conceito de conflito de interesses, aplicado ao contexto da ética pública, o que se quer designar é, justamente, o conflito entre interesses privados e o interesse público. A mesma tensão entre público e privado que parece caracterizar o fenômeno da corrupção está

¹ A noção de “conceito denso” (*thick concept*) tornou-se corrente nos debates de filosofia moral a partir, sobretudo, da obra de Bernard Williams *Ethics and the Limits of Philosophy*, de 1985. “Conceitos densos”, como “traição”, “promessa”, “brutalidade” e “coragem” – esses são exemplos dados por Williams, aos quais poderíamos certamente acrescentar “corrupção” e “corrupto” –, exprimem uma união de “fato” e “valor”, ou seja, possuem um sentido descriptivo e prescritivo. Ver WILLIAMS, 1985, p. 129 e p. 143-145.

aqui presente. A proximidade entre os conceitos e os fenômenos que procuram capturar é, portanto, flagrante.

Há, no entanto, uma diferença importante: a corrupção é uma transgressão inaceitável; quando identificada, exige punição e/ou reparação. Com o conflito de interesses, porém, o caso é diferente. Antes de mais nada, conflitos de interesses podem ocorrer sem que haja qualquer tipo de transgressão. Na verdade, aceita-se, muito freqüentemente, que conflitos de interesses são, de certa forma, inevitáveis, mesmo em condições ideais – o inverso do que ocorre com a corrupção, que, em princípio, deveria ser evitável. Ao contrário da corrupção, portanto, conflitos de interesses não pedem punição, mas uma estratégia de administração.

De todo modo, há uma relação bastante evidente entre conflitos de interesses e corrupção, que poderíamos descrever em termos de uma relação entre um evento e o meio que facilita ou torna possível sua ocorrência. Intuitivamente, dada a existência de um conflito de interesses, é maior a probabilidade de que venha a ocorrer um ato corrupto. Em certa medida, as situações de conflito de interesses merecem nossa atenção justamente porque acreditamos que essas situações envolvem esse perigo potencial de ocorrência de transgressões (de corrupção), que precisamos evitar. Assim, administrar essas inevitáveis situações em que interesses entram em conflito é uma maneira importante de prevenir a corrupção.

Desse modo, podemos afirmar que a introdução e a ênfase na questão da administração dos conflitos de interesses indicam uma guinada dos esforços de combate à corrupção em direção à prevenção; e o reconhecimento de que a perspectiva disciplinar e punitiva, embora absolutamente necessária e indispensável, não é capaz, sozinha, de estabelecer instrumentos adequados para lidar com o problema.

Enfim, vale mencionar um quarto ponto como relevante para entendermos a apresentação do projeto de lei que exa-

minaremos. Em 2005, o Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que, entre outras coisas, dispõe que cada Estado Parte, em conformidade com os princípios de sua legislação interna, procurará adotar sistemas destinados a promover a transparência e a prevenir conflitos de interesses. O projeto de lei enviado, em outubro de 2006, pelo Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva ao Congresso Nacional tratando do conflito de interesses no exercício de cargo no Poder Executivo Federal é parte do ajuste normativo às exigências da Convenção.

O projeto (PL – 7.528, de 2006), que passamos a examinar mais de perto, encontra-se, atualmente, em tramitação na Câmara dos Deputados, já tendo recebido (até maio de 2008) pareceres favoráveis na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público e na Comissão de Constituição e Justiça. Foi apresentado recurso, em fevereiro de 2008, para sua apreciação pelo Plenário da Casa.

O projeto de lei sobre conflito de interesses procura realizar três objetivos básicos. Em primeiro lugar, procura apresentar uma definição suficiente de “conflito de interesses” e “informação privilegiada”. Em segundo lugar, busca tipificar as situações que constituem conflito de interesses, divididas em duas grandes categorias: conflitos que surgem no exercício de cargo ou emprego público e conflitos que surgem após o exercício do cargo ou emprego. Por fim, em terceiro lugar, fixa competências no que diz respeito à administração de conflitos de interesses. Seria portanto oportuno perguntar-nos em que medida ele consegue realizar tais objetivos e quais os dilemas que sua formulação dogmática nos permite reconhecer.

(a) O projeto apresenta a seguinte definição de “conflito de interesses”:

(1) “Conflito de interesses: 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".

Chama a atenção, inicialmente, a profusão de conceitos envolvidos na definição: "interesse público", "interesse privado", "interesse coletivo", "função pública" e "influência imprópria" – cada um deles, por sua vez, levantando seus próprios problemas de definição.

Antes de prosseguirmos, é preciso retirar o óbvio do caminho. O conflito entre o que se entende por interesses públicos e privados é uma questão que pode ganhar formulações muito diferentes, fortemente influenciadas pela cultura local e pela mudança das configurações sociais. Em relação à cultura local, podemos citar o exemplo brasileiro em comparação com o estadunidense. Não deixa de ser interessante a perplexidade com a qual um brasiliânista norte-americano percebia a maneira brasileira de lidar com a relação entre o público e o privado. Assim, "[a] partir de entrevistas com oficiais do governo, grupos de interesse e industriais" – declarava – "pode-se perceber que a cultura política brasileira adota uma perspectiva orgânica da sociedade e da política com um forte sabor rousseauiano. Acredita-se somente nas políticas em nome do 'interesse geral', da nação considerada como um *todo*" (grifo nosso). Atônito, concluía: "não seria um grande exagero dizer que, dentro desta perspectiva, os esforços dos interesses privados em influenciar políticas públicas são considerados *intrinsecamente corruptos*". E, no que nos interessa mais de perto, "[e]ssa filosofia política [brasileira] contrasta vivamente, é claro, com a doutrina nos Estados Unidos, que considera que o interesse público é bem servido pela participação dos grupos privados; e que a *influência dos grupos privados no processo de decisão governamental* é a essência da democracia" (LEFF, 1968, p. 112, grifo nosso).

Em relação à configuração social, há aqueles que argumentam que o mundo contemporâneo está assistindo a uma re-

articulação entre as categorias de público e de privado, rearticulação que se acompanha de uma mudança na qual há um progressivo esvaziamento da capacidade da esfera pública de produzir um sentido que se basta em si mesmo, capacidade que, argumenta-se, cada vez mais se coloca na esfera do indivíduo e da sua consciência. Assim,

"Tudo aquilo que incorpora uma explicação última, uma tomada de posição sobre a aventura humana se encontra recolocado no lado dos indivíduos. Em outras palavras, o coletivo não representa mais, como quando supostamente abria a porta da autonomia [no sentido político da liberdade positiva], um jogo metafísico suficiente em si mesmo. O sacrifício de si mesmo à coisa pública podia justificar a existência ou responder à questão dos fins últimos. Esse prestígio lhe foi amputado. Nenhuma das razões supremas se determina no plano coletivo; esse não contém em si mesmo e por si mesmo a solução do problema do destino. Somente as consciências singulares são habilitadas a se pronunciar sobre as matérias que versam sobre as forças últimas: a autonomia e o senso de existência coletiva". (GAUCHET, 1998)²

Em relação ao nosso assunto, porém, é preciso não confundir os propósitos. Não

² No original: "Tout ce qui relève de l'explication ultime, de la prise de position sur le sens de l'aventure humaine se trouve renvoyé du côté des individus – le collectif ne représentant plus, comme il le représentait tout le temps où il était supposé ouvrir la porte de l'autonomie, un enjeu métaphysique suffisant en lui-même. Le dévouement sans état d'âme à la chose publique pouvait tenir lieu de justification de l'existence ou de réponse à la question des fins dernières. Il s'est dépouillé de ce prestige. Rien des raisons supremes ne se détermine au niveau commun; celui-ci ne contient pas en soi et par soi de solution au problème de la destinée. Seules des consciences singulières sont habilitées à se prononcer sur les matières de dernier ressort, y compris à propos de l'autonomie, y compris à propos du sens de l'existence commun."

se trata, com o instrumento legal que examinamos, de expressar uma narrativa sobre nós mesmos, sobre como compreendemos as relações entre o indivíduo e a sociedade, sobre como, para nós, o indivíduo é uma fonte potencial de perigo para a ordem coletiva e *deve*, portanto, ser submetido à hierarquia social, colocado no seu lugar – algo para o qual as observações de Leff (1968) acima nos apontam. Tampouco é o caso de fazer afirmações sobre a natureza da sociedade, do público e do privado nos tempos de fortes mudanças, como estes em que vivemos. Trata-se, muito mais modestamente, de ter um instrumento útil às coisas do governo e daquilo que razoavelmente podemos esperar prevenir e controlar, dentro da prudência que deve reger esses assuntos.

Em suma, a definição proposta pela lei tem de, ao mesmo tempo, dialogar com a nossa cultura local, enquanto inevitavelmente implica pressupostos gerais sobre a natureza da sociedade, do Estado e do indivíduo; e ser suficientemente manuseável para servir de base para políticas públicas com um objetivo concreto. Foge ao nosso propósito discutir ou mesmo examinar com mais profundidade essas duas dimensões, mas algumas observações cabem dentro de nossas limitações.

A definição do projeto (1) toma a idéia de conflito de interesses como o confronto entre dois tipos de interesses de natureza distinta, um de natureza pública e outro, privada. Como já observamos, essa oposição entre o público e o privado também é importante para caracterizar o que se entende comumente por “corrupção”. Entre os estudiosos do fenômeno da corrupção, como reflexo do que dissemos antes ocorrer no discurso comum, embora exista uma visível convergência de opiniões no que se refere a um sentido nuclear ou mínimo de corrupção (uso ou apropriação de meios públicos para fins privados), não há um consenso em torno de uma definição mais precisa do fenômeno. Essa falta de consenso

ultrapassa os limites das diferenças teóricas, explicando-se por características próprias do conceito mesmo de “corrupção” – como “conceito denso”, no sentido explicado anteriormente. De todo modo, e apesar dessa falta de consenso, não é impossível fazermos uma espécie de taxonomia de definições de corrupção. Há uma oscilação perceptível entre definições que privilegiam a idéia do “interesse público” (*public interest*) e outras que enfatizam a idéia da “função pública” (*public office*), assim como há os que defendem a redução de uma delas à outra³. Embora isso diga respeito especificamente às definições de corrupção, há uma aplicação clara também ao caso dos conflitos de interesses, graças às relações, que apontamos anteriormente, entre os dois conceitos. Essa distinção entre definições que privilegiam o *interesse público* e as que destacam a *função pública* será relevante para um ponto que levantaremos na seqüência.

Ainda com relação à definição proposta pelo projeto (1), é digno de nota que ela sugere uma distinção relevante entre a *situação* em que potencialmente pode ocorrer o *ato corrupto* e esse ato propriamente dito. Diferentemente do ato corrupto, que já implica que a fronteira do ilícito foi ultrapassada, a ocorrência do conflito de interesses, como vai dizer o projeto de lei, “independe da existência de lesão ao patrimônio público, bem como do recebimento de qualquer vantagem ou ganho pelo agente público”. Essa afirmação, devemos reconhecer, é justa: o conflito de interesses é um *estado de coisas*, mais especificamente, uma configuração social determinada, na qual a ação do agente público poderia ser percebida como potencialmente suspeita. É preciso admitir, e traduzir isso em termos conceituais, que temos dois fenômenos distintos: um, a situação potencialmente previsível na qual a ação do agente público poderia ser influenciada de uma maneira que nós não consideraríamos legítima;

³ Cf. HEIDENHEIMER, JOHNSON; LEVINE, 1989; KLAVEREN, 1989; PHILP, 1997.

outro, a prática de algum crime por parte desse agente, ou seja, o ato perpetrado por ele. É essa distinção, aliás, que justamente torna o conceito de conflito de interesses utilizável no contexto da prevenção da corrupção.

Vale a pena, agora, fazer uma comparação da definição de conflito de interesses do projeto com aquela do *Guidelines for Managing Conflict of Interests in the Public Service*, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (OCDE, 2003):

(2) “Um ‘conflito de interesses’ envolve o conflito entre os deveres públicos e os interesses privados de um funcionário público, situação na qual o funcionário público tem interesses privados que poderiam influenciar impropriamente a performance dos seus deveres e responsabilidades oficiais.”⁴

À diferença da definição do projeto (1), a da OCDE (2) fala de um conflito não entre dois tipos de *interesses*, mas entre os *deveres* e *responsabilidades* públicas e os interesses privados do agente público. Mesmo que se queira diminuir a distinção entre “interesse” público (da definição 1) e “deveres” (da 2), há que se reconhecer que existe uma diferença entre uma definição e outra que pode ser significativa e que pode influenciar de maneira decisiva, por exemplo, as decisões da justiça. Um ponto relevante é que os “deveres” de um cargo público estão regulamentados não apenas pelo direito administrativo genericamente entendido, como são também, em boa parte dos casos, objeto de diploma específico, quer dizer, existem normas jurídicas que são aplicáveis a tal ou qual função pública em particular; o mesmo não acontece com o interesse pú-

blico, genericamente entendido, nos termos da definição (1). Em resumo, uma definição que enfatize o *interesse público* como referência para definir a situação de conflito de interesses (como parece ser o caso da definição 1) é inevitavelmente mais vaga do que outra que privilegie a *função pública* (já que o caráter contestado que se associa ao conceito de interesse público soma-se ao caráter contestado do conceito de conflito de interesses). Esse é um dado importante para se ter em mente quando se busca dar um tratamento legal da questão. De todo modo, a ênfase na função pública e nos deveres que a definem parece uma opção melhor do que apelar para abstrações como o interesse coletivo ou público.

(b) O segundo objetivo perseguido pelo projeto de lei é o de tipificar situações que podem oferecer ocasião a que surjam conflitos de interesse. O projeto divide essas situações em duas grandes categorias. A primeira – situações que configuram conflito de interesses no exercício do cargo ou emprego – engloba os seguintes tipos de atos:

“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

⁴ No original: “A ‘conflict of interests’ involves a conflict between the public duty and private interests of a public official, in which the public official has private-capacity interests which could improperly influence the performance of their official duties and responsibilities.”

ou intermediário de interesses privados junto aos 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, consangüíneos 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.”

Os tipos de atos que encontramos nessa lista não apresentam, em si mesmos, novidade: são, por assim dizer, os “suspeitos usuais”: uso de informação privilegiada, exercício de atividade paralela ao serviço público, tráfico de influência ou advocacia administrativa, recebimento de presentes etc. Aliás, alguns desses já estão inclusive tipificados pela legislação penal. Assim, a alínea IV está muito próxima do crime de advocacia administrativa:

“Art. 321. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário.”

Também é possível perguntar se nesse tipo não caberiam, parcialmente pelo menos, as alíneas II, III, V, VI e VII, na medida em que o exercício de outra atividade em organização privada, seja ela formal ou informal, implicaria como contrapartida, por parte do agente, justamente a defesa dos interesses dessa organização junto à administração pública. Igualmente, há

semelhanças com os crimes de corrupção passiva e prevaricação, respectivamente:

“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 a promessa de tal vantagem.

(...)

Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.” (BRASIL, 2005, p. 202)

Se somarmos ao Código Penal outros diplomas, como, por exemplo, a Lei de Improbidade Administrativa, as sobreposições aumentam. Assim, nessa última temos, por exemplo:

“Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato ou função, emprego ou atividades nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I – receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou apurado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

(...”)

Teoricamente, pelo menos, alguns dos fenômenos que o art. 5º do referido projeto de lei pretende prevenir poderiam ser enquadrados nos artigos acima do Código Penal e da Lei de Improbidade Administrativa (o próprio projeto de lei que examinamos, aliás, prevê essa relação com a Lei de Improbidade Administrativa). Esse, no entanto, é um ponto menos relevante. Mais importante é que alguns dos atos previstos

no projeto seriam melhor caracterizados como possíveis *resultados* de situações em que se verificam conflito de interesses e não como sendo, eles próprios, *situações* que configuram conflito de interesses. Em certo sentido, a sugestão, presente na definição que o projeto propõe – que, como vimos, aponta para uma distinção entre a *situação* de conflito de interesses e o *ato corrupto* –, não é seguida no próprio projeto.

Num plano mais abstrato, podemos sugerir que o problema é o uso, no projeto, da linguagem penal. Por exemplo, as alíneas do art. 5º do projeto são redigidas como se fossem tipos penais. Tipos penais, não custa repetir, têm por objetivo descrever atos que queremos caracterizar como criminosos, de modo que possamos subsumir a esses tipos ações já praticadas.

Compare-se o que foi dito acima com os seguintes trechos das *Guidelines* da OCDE:

“Embora um conflito de interesses não seja *ipso facto* corrupção, reconhece-se que, inadequadamente administrado, o conflito entre interesses privados e deveres públicos dos funcionários públicos pode resultar em corrupção. O objetivo de uma política efetiva para o controle do conflito de interesses não é proibir que os funcionários públicos tenham interesses, mesmo se isso fosse concebível. O objetivo deveria ser garantir a integridade das políticas públicas, das decisões administrativas e da administração pública em geral, reconhecendo que conflitos de interesse não resolvidos podem resultar no abuso da função pública.” (OCDE, 2003, p. 2)⁵

⁵ No original: “While a conflict of interest is not ipso facto corruption, there is increasing recognition that conflicts between the private interests and public duties of public officials, if inadequately managed, can result in corruption. The proper objective of an effective Conflict of Interest policy is not the simple prohibition of all private-capacity interests on the part of public officials, even if such an approach were conceivable. The immediate objective should be to maintain the integrity of official policy and administra-

E logo em seguida:

“Esse objetivo pode ser obtido pela garantia de que as instituições públicas têm e implementam critérios para promoção da integridade; processos efetivos para identificar riscos e lidar com conflito de interesses emergentes; mecanismos internos e externos apropriados de responsabilização; e estratégias administrativas – inclusive sanções – para garantir que os funcionários públicos assumam responsabilidade pessoal pelo cumprimento tanto da letra como do espírito de tais critérios.” (OCDE, 2003, p. 3)⁶

A ênfase do documento da OCDE é claramente o estabelecimento de mecanismos legais, políticos e culturais que permitam prevenir a existência de possíveis conflitos de interesses. Associado a isso, nas *Guidelines* a distinção entre a situação em que existe um possível conflito de interesses e o que delas pode decorrer é clara:

“No caso onde os interesses privados comprometeram, de fato, a performance apropriada dos deveres do funcionário público, é melhor perceber a situação como um exemplo de desvio, abuso ou, mesmo, corrupção, ao invés de percebê-la como conflito de interesses.” (OCDE, 2003, p. 4)⁷

tive decisions, and of public management generally, recognizing that an unresolved conflict of interest may result in abuse of public office.”

⁶ No original: “This objective can generally be achieved by ensuring that public bodies possess and implement relevant policy standards for promoting integrity, effective processes for identifying risk and dealing with emergent conflicts of interest, appropriate external and internal accountability mechanisms, and management approaches – including sanctions – that aim to ensure that public officials take personal responsibility for complying with both the letter and the spirit of such standards.”

⁷ No original: “Where a private interest has in fact compromised the proper performance of a public official’s duties, that specific situation is better regarded as an instance of misconduct or ‘abuse of office’, or even an instance of corruption, rather than as a ‘conflict of interest’.”

A mesma clareza, no entanto, não é observável no projeto. De fato, usar ou divulgar informação privilegiada, seja ou não para beneficiar-se privadamente, caracteriza já um desvio, e não apenas uma situação de potencial desvio. A questão que permanece, portanto, é: como podemos fazer para evitar que uma situação potencialmente perigosa, que podemos descrever efetivamente em termos de conflito de interesses, em que um agente público pode ter acesso a informações que afetem seus interesses privados, degenera em desvio? É mais uma questão de administração de risco do que, propriamente, de tipificação de condutas desviantes.

Os mesmos problemas podem ser apontados para o art. 6º, que trata do conflito de interesse após o exercício do cargo público. Esse artigo refere-se às seguintes circunstâncias:

"I - a qualquer tempo, divulgar ou fazer uso de informação privilegiada obtida em razão das atividades exercidas; e

II - no período de um ano, 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."

O primeiro inciso apenas estende, para o período posterior ao exercício efetivo do cargo, a proibição, já válida durante o exercício, de utilizar as informações a que se tem acesso privilegiado em razão do ofício. O inciso II trata do que se convencionou chamar de "quarentena", um dos temas mais extensamente tratados pela Comissão de Ética Pública. Atualmente, a "quarentena" é regulamentada por uma Medida Provisória e por um Decreto, além de figurar no Código de Conduta da Alta Administração Federal.

Enfim, a administração dos conflitos de interesse incluiria, necessariamente, mecanismos capazes de identificar possíveis zonas de risco, zonas onde os conflitos sejam mais prováveis. Por evidente, essas zonas variam conforme o tipo de atividade exercida. Assim, em alguns casos, as relações familiares e/ou de amizade podem se constituir fatores de risco; noutras, as crenças religiosas pessoais podem exercer este papel; noutras ainda, os interesses econômicos. Claro, essas situações não esgotam as possibilidades, que devem ser objeto de um exame empírico, tendo em vista as funções específicas da posição pública. A administração do conflito pode exigir, por sua vez, a mudança dessas funções, por exemplo, ou o remanejamento do agente. Também exige uma política de prestação de informações, segundo a qual o funcionário teria a obrigação de fornecer informações julgadas relevantes, que pudessem servir para identificar possíveis conflitos, como tenta efetivamente estabelecer o projeto que examinamos.

(c) Por fim, o terceiro objetivo do projeto é fixar competências no que diz respeito à administração dos conflitos de interesses. A opção do projeto foi reforçar as competências da Comissão de Ética Pública, primariamente, e, complementarmente, da Controladoria-Geral da União para lidar com conflitos de interesses. Segundo o projeto, submeter-se-ão primariamente ao regime da lei proposta os mesmos servidores que já são sujeitos ao acompanhamento por parte da Comissão de Ética Pública. Assim, no seu art. 8º, estabelece a Comissão de Ética Pública como órgão responsável por “estabelecer normas, procedimentos e mecanismos que objetivem prevenir ou impedir eventual conflito de interesses”. Caso seja aprovada a lei, portanto, a Comissão de Ética Pública veria reforçadas as suas competências, passando a ser responsável não apenas pela administração do Código de Conduta da Alta Administração, mas, também, pela aplicação da lei sobre conflitos de interesses. O projeto prevê ainda uma extensão importante no conjunto de servidores alcançados pela lei: sujeitam-se também qualquer agente público ocupante de cargo ou emprego cujo exercício proporcione acesso a informação privilegiada, capaz de trazer vantagem econômica ou financeira para ele mesmo ou para terceiro (independentemente de pertencer à “alta administração”); confirmando essa extensão, prevê-se também que o estabelecido nos artigos 5º e 6º (nesse caso, apenas o inciso I) valha universalmente para todos os agentes públicos no âmbito do Poder Executivo Federal. No caso dessa extensão, a ação cabe à Controladoria-Geral da União.

A lista de competências não apresenta novidades relevantes:

“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;

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 a “quarentena”, 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.”

Ademais, no art. 9º, ficam estabelecidas as seguintes obrigações para os agentes: a) encaminhar à CEP ou à CGU, conforme o caso, declaração anual com informações sobre situação patrimonial, participações societárias, atividades econômicas ou profissionais e indicação sobre existência de cônjuge, companheiro ou parente no exercício de atividades que possam suscitar conflito de interesses; b) comunicar por escrito à CEP ou à CGU o exercício de atividade privada ou recebimento de propostas de trabalho, contrato ou negócio no setor privado; e c) para os agentes que ocupam o primeiro e segundo escalões da administra-

ção pública, publicar diariamente, por meio da internet, sua agenda de compromissos públicos. Note-se que essa obrigatoriedade de prestar declarações já existe, com base na Lei de Improbidade Administrativa, mas, aparentemente, tem sido cumprida, na prática, apenas formalmente, sendo substituída pela alternativa, prevista na mesma lei, da entrega de declaração anual de bens, que faz parte da declaração do imposto de renda.

Como conclusão, vale apontar o que nos parecem ser as forças e as fraquezas desse projeto de lei, bem como refletir sobre seus possíveis impactos na administração pública – em especial, no que diz respeito à “promoção da ética” e ao combate à corrupção. Um ponto inequivocamente positivo do projeto é a introdução do conceito de conflito de interesses na legislação. Esse conceito já tem sido utilizado, sobretudo no que se refere à atuação da Comissão de Ética Pública, mas não havia ainda encontrado uma tradução na forma de lei. Há ainda que se esforçar para que seu sentido seja efetivamente compreendido e incorporado, pelos agentes públicos, em sua atuação. Que falte essa compreensão fica claro quando consideramos alguns casos recentes de tentativa de aplicação do conceito de conflito de interesses⁸.

Como foi sugerido, o conceito de conflito de interesses ajuda a chamar a atenção para um aspecto ou uma dimensão importante do combate à corrupção: o aspecto preventivo. Mais particularmente, permite que se fale dessa dimensão preventiva minimizando os riscos de se cair no moralismo. Prevenir a corrupção independe de uma (quase sempre impossível, no contexto específico da administração pública) intervenção no caráter das pessoas: pode-se tratar da pre-

⁸ O mais notório foi o caso que opôs o Ministro do Trabalho e do Emprego e a Comissão de Ética Pública, que caracterizou a acumulação da pasta ministerial e da presidência de um partido político como uma situação de conflito de interesses. Tanto as respostas do Ministro quanto a discussão que se seguiu na imprensa mostram que o conceito ainda não foi bem assimilado no debate público brasileiro.

venção de forma institucional, intervindo não nas pessoas, mas nas situações. O conceito de conflito de interesses permite que se pense isso de forma sistemática, permitindo identificar situações e tipos de atos que implicam risco para a integridade e dando consistência a procedimentos que, vistos como formando parte de um esforço de administrar conflitos de interesse, reforçam-se e ganham organicidade.

No contexto da evolução dos esforços brasileiros para lidar com a questão da ética pública ou da integridade do serviço público, o projeto sinaliza uma inflexão que, se verificada e reforçada, poderia vir a ser interessante. Da ênfase originária na disciplina e punição, passa-se gradualmente a dar mais atenção ao aspecto preventivo. Do ponto de vista disciplinar, existe no Brasil um número razoável de previsões normativas que cobrem um amplo espectro de possibilidades de conduta, assim como existem mecanismos e procedimentos que, em tese, seriam suficientes para fazer frente pelo menos aos casos mais diretos de desvio. Faltam, no entanto, dois elementos fundamentais: um esforço mais sério no que diz respeito à prevenção e à orientação e um cuidado com a eficácia dos mecanismos e procedimentos (infelizmente, os controles nem sempre funcionam e a impunidade ainda é comum).

Dada essa importância do conceito de conflito de interesse, torna-se especialmente relevante a maneira como se articulam sua definição, a identificação das possíveis zonas de risco e os mecanismos de prevenção e administração. Esses pontos merecem uma reflexão mais adequada. Da breve análise acima ficam evidentes os seguintes problemas: (i) o projeto usa uma definição de conflito de interesses que poderia ser aperfeiçoada; (ii) o projeto usa a linguagem penal para algo que não parece ser apropriado: a descrição de uma situação e não de um ato; (iii) há uma confusão na aplicação do conceito de conflito de interesses no uso de informação privilegiada;

elas são espécies diferentes e precisariam ser tratados separadamente – o uso de informação privilegiada, inclusive, deveria ser objeto de um projeto em separado e requer necessariamente uma classificação das informações consideradas sigilosas e de circulação restrita; (iv) por fim, é importante cuidar melhor para garantir a inserção adequada desse projeto no contexto dos esforços para constituir, no Brasil, um sistema de integridade. O próprio projeto de lei, na forma como foi submetido ao Congresso, indica, em suas disposições finais, suas relações com as leis nº 8.112, de 1990 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis), e 8.429, de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Ademais, deve ser visto em conexão com as intervenções mais recentes na estrutura ou nas funções dos dois órgãos mais importantes desse sistema de integridade, que são a Controladoria-Geral da União e a Comissão de Ética Pública. A CGU, por exemplo, foi reestruturada em 2003 e, em 2006, ganhou uma Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas. A CEP, por sua vez, passou a encabeçar, em 2007, o chamado Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal, que engloba todas as comissões de ética constituídas segundo o que determina o Decreto nº 1.171, de 1994, que instituiu o Código de Ética Profissional do Servidor Civil do Poder Executivo Federal.

Por fim, pode ser interessante chamar a atenção para um último ponto. Há um tipo de conflito de interesses, que pode ser bastante comum na administração pública brasileira em função de algumas de suas características e, em especial, do tipo de relação que mantém com o domínio político, que não é adequadamente enquadrado pelo projeto de lei que analisamos, o que certamente indica um limite importante. Aqui nos referimos à grande quantidade de cargos de livre nomeação e, mais particularmente, ao uso que se faz desses cargos no jogo político. Um passo mais decidido para fazer avançar o esforço preventivo de

administração das situações de conflito de interesses deveria necessariamente passar pela questão dos cargos de livre nomeação e pelo tipo peculiar de conflito de interesses que pode vir a suscitar.

Referências

- ABREU, L. E. L. A corrupção, a relação pessoal e a prática política. *Anuário Antropológico*, 95, 1996, p. 239-264.
- _____. *Riscos na política: as instituições em jogo*. In: VARELLA, M. D. (Ed.). *Direito, sociedade e riscos: a sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco*. Brasília: UniCEUB; UNITAR; Rede Latino Americana e Européia sobre Governo dos Riscos, 2006, p. 180-212.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. In: LIMA, M. P.; GLIOCHE, A. (Ed.). *Código penal, código de processo penal e leis especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GAUCHET, M. *La religion dans la démocratie: parcours de la laïcité*. Paris: Gallimard, 1998.
- HEIDENHEIMER, A. J.; JOHNSON, M.; LEVINE, V. T. (Ed.). *Political corruption: a handbook*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1989.
- KLAVEREN, J. V. The concept of corruption. In: HEIDENHEIMER, A. J.; JOHNSON, M.; LEVINE, V. T. (Ed.). *Political corruption: a handbook*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1989.
- LEFF, N. H. *Economic policy-making and development in Brazil, 1947-1964*. New York: John Wiley & Sons, Inc., 1968.
- MORAIS, José Leovegildo. Estudo de Caso: A Experiência do Brasil na administração de conflito de interesses no serviço público. *Fórum sobre conflito de interesses*. OCDE, OEA, CEP, Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <<https://200.181.15.9/etica/Eventos/ForumOCDE2004/Wshop2.2Por-ForumOCDE-estudo%20de%20caso%20Brasil.PDF>>. Acesso em: 24 jul. 2007.
- OCDE. *Managing conflict of interest in the public service: OECD Guidelines and Country Experiences*, 2003. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/13/22/2957360.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2007.
- PHILP, M. *Defining political corruption: political studies*. 1997, p. 436-462.
- WILLIAMS, B. *Ethics and the limits of philosophy*. Cambridge: Harvard UP, 1985.