**MANIFESTAÇÃO DA COMISSÃO DE ÉTICA DO**

 **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO Nº 8/2022**

**Assunto: participação** **de servidor em sociedade privada voltada ao desenvolvimento de atividades eventualmente sujeitas à fiscalização do TCU.**

 Trata-se de consulta formulada por servidor deste Tribunal e enviada por meio do Sistema Ética, em 23/2/2022, com o seguinte teor (Manifestação 346361):

“Fui convidado para integrar uma sociedade, não na qualidade de sócio administrador, cujo objetivo é criar um sistema que fornece serviços de natureza tecnologia que executa cálculos para estimar tarifas de um certo setor, com o fim de fornecer previsões desses valores. O serviço não seria oferecido para entes jurisdicionados. A metodologia de cálculo é de natureza pública e amplamente divulgada. A secretaria que trabalho atualmente atua no mesmo ramo setorial, sendo que a execução de tal cálculo não faz parte das atribuições da secretaria, mas entendo que pode incluir a fiscalização do cálculo e da metodologia dela. Haveria ofensa ao Código de Conduta Ética dos Servidores do TCU em participar dessa sociedade, de fornecer a inteligência das metodologias de cálculo, ou a de gerenciar o desenvolvimento da solução, e, se houver, como evitá-la?”

**EXAME**

 Em preliminar, é relevante destacar, à luz da proibição de o servidor público participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, e exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário (art. 117, inciso X, Lei 8.112/1990), que não compete a esta comissão opinar em assuntos referentes a possíveis infrações funcionais.

 Entretanto, a situação descrita deve ser avaliada sob o enfoque de eventual conflito entre interesses públicos e privados, a fim de concluir se pode, em tese, configurar infração ao novo Código de Conduta Ética dos Servidores deste Tribunal, aprovado pela Resolução - TCU 330/2021, que entrou em vigor em 17/3/2022, nos termos dos seguintes dispositivos da norma:

“Art. 10. Considera-se conflito de interesses a situação gerada pelo confronto entre os interesses do Tribunal de Contas da União e os interesses privados do servidor, que **possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública ou dos resultados dela esperado.**

Art. 11. O conflito de interesses é classificado em:

I - real, quando a situação geradora de conflito já se consumou;

II - potencial, quando o servidor tem interesses particulares que podem gerar conflito em situação futura; e

III - **aparente, quando, embora não haja ou não possa haver o conflito real, a situação apresentada parece gerar conflito, de forma a lançar dúvidas sobre correção da conduta do servidor do TCU, avaliada de acordo com este Código de Conduta e com as demais normas atinentes aos servidores públicos federais.**

Art. 12. O servidor deve evitar situações de conflitos de interesses reais, potenciais ou aparentes e, quando for identificada tal situação, declarar-se impedido, na forma disposta em regulamento, de tomar decisão ou de participar de atividades, trabalhos ou tarefas para as quais tenha sido designado.

(...)

Art. 13. Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou função no âmbito do TCU:

I - exercer atividade que seja incompatível com as atribuições do cargo ou da função pública, na forma definida em regulamento, sendo como tal considerada, inclusive, aquela desenvolvida **em áreas ou matérias afins à competência funcional**;

II - exercer atividade que **prejudique, comprometa ou impeça a realização das tarefas atinentes ao cargo ou função pública**;

III - divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em benefício próprio, de parentes, de amigos ou de terceiros, obtida em razão das atividades exercidas;

IV - participar de trabalho de fiscalização, instrução processual ou qualquer outra missão ou tarefa que lhe tenha sido confiada, nas hipóteses abaixo elencadas ou em situações análogas, semelhantes ou correlatas a estas:

a) quando houver interesse próprio ou de cônjuge, de parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, de pessoa com quem mantenha ou manteve laço afetivo, de amizade ou de inimizade;

b) quando envolver processo, contrato, acordo ou instrumentos congêneres em que tenha atuado como perito ou advogado, inclusive indiretamente, mediante escritório de advocacia com o qual tenha vínculo profissional ou de colaboração, ou participado de atividades de auditoria interna ou de controle interno.

§ 1o A ocorrência de conflito de interesses independe do recebimento de qualquer ganho ou retribuição.

(...)

§ 3º As situações que configuram conflito de interesses estabelecidas neste artigo, observado o disposto no art. 6º, inciso XI, aplicam-se aos ocupantes dos cargos ou funções no âmbito do TCU durante o usufruto das licenças legais ou no período de seis meses a contar do afastamento do cargo ou função, da inatividade ou do desligamento.

Art. 14. Pode configurar conflito de interesses, a ser averiguado no caso concreto:

I - realização de trabalho ou prestação de serviços de consultoria, de advocacia, de assessoria, de assistência técnica, de organização ou ministração de cursos, seminários ou palestras, de forma remunerada ou não, de natureza permanente ou eventual, ainda que fora de seu expediente, a:

a) qualquer pessoa física ou jurídica de natureza privada que esteja sob a jurisdição do Tribunal de Contas da União ou que com ele mantenha relação contratual, ou que atue como representante legal, em processos do TCU, de pessoas físicas ou jurídicas; ou

b) órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, especialmente os realizados no âmbito de convênios, acordos, ajustes ou instrumentos congêneres custeados com recursos do Orçamento Geral da União.

(...)

Parágrafo único. As situações que podem gerar conflito de interesses estabelecidas neste artigo, observado o disposto no art. 6º, inciso XI, aplicam-se aos ocupantes dos cargos ou funções no âmbito do TCU durante o usufruto das licenças legais ou no período de seis meses a contar do afastamento do cargo ou função, da inatividade ou do desligamento.” (destaques acrescidos)

 Antes de adentrar o exame desta consulta, vale lembrar que, no biênio de 2019/2020, a Comissão de Ética do Tribunal (CET) afirmou, após análise de caso que se relacionava a prestação de serviços particulares de assessoria e consultoria por servidor do TCU a empresa concessionária de serviço público federal, e à luz de disposições semelhantes às do atual código, contidas na Lei 12.813/2013 e na Resolução 8/2003, da Comissão de Ética Pública (CEP), que:

 I) como regra geral, auditor deste Tribunal pode exercer atividade em empresas privadas, desde que respeitadas as vedações constitucionais e legais;

 II) certas situações relacionadas a essas empresas merecem distinta atenção pela maior probabilidade de haver conflitos de interesse, como: a) existência de contrato firmado com a Administração Pública federal; b) recebimento de verbas da União; e c) participação em licitações realizadas por entes federais.

 Assim, diante do caso então em exame, a comissão concluiu que auditor lotado em unidade **não finalística** e não ocupante de função comissionada poderia exercer atividades de consultoria ou assessoria em empresas ou associações privadas não submetidas ao controle do Tribunal, na área de engenharia ou infraestrutura, desde que compatíveis com o horário de trabalho, não se destinassem a esta Corte e não fossem remuneradas com recursos de origem federal.

 Na resposta dada a outra consulta durante o mesmo biênio a respeito de contratação de servidor do TCU por empresa concessionária de serviço público federal para prestação de assessoria e consultoria técnica em procedimento arbitral, diante das circunstâncias do caso, a CET igualmente não verificou a existência de conflito entre interesses públicos e privados.

 Na presente consulta, as premissas são as seguintes:

1. o servidor, vinculado a unidade de controle externo, atuaria na criação de sistema de natureza tecnológica na esfera privada;
2. o sistema executaria cálculos para estimar tarifas de certo setor, com o fim de fornecer previsão de seus valores, e não seria oferecido para entes jurisdicionados ao TCU; e
3. a metodologia de cálculo seria de natureza pública e amplamente divulgada e não faria parte das atribuições da sua unidade de vinculação técnica, que, entretanto, pode fiscalizar o cálculo da tarifa e a metodologia adotada.

Considerando, em especial, que esta comissão tem defendido não caber a prestação de serviços particulares por servidores do TCU se a matéria for passível de fiscalização por esta Corte[[1]](#footnote-1), realizou-se pesquisa rápida na internet com o objetivo de ter melhor noção do tipo de serviço a ser oferecido. Constatou-se a existência de software – destinado a médios e grandes consumidores, comercializadoras e distribuidores [texto omitido] – que trata de aspectos de reajuste e revisão de custos para estimativas de tarifas[[2]](#footnote-2).

 Tal constatação corrobora a afirmação de que sistema dessa natureza não seria oferecido a entes jurisdicionados ao Tribunal. De fato, conforme a jurisprudência consolidada, as concessionárias e permissionárias de serviços públicos não estão sujeitas à ação fiscalizatória direta desta Corte de Contas, mas, sim, ao controle de segunda ordem, porquanto a fiscalização dessas empresas cabe, primordialmente, ao Poder Concedente, que exerce essa tarefa por meio de ministérios e agências reguladoras. Todavia, não há dúvidas de que seus contratos de concessão/permissão podem ser fiscalizados pelo TCU, da mesma forma como ocorre com os ajustes firmados por qualquer ente privado que participe de licitações e, eventualmente, cause prejuízos ao erário.

 Quanto aos contratos entre as empresas privadas e terceiros, o entendimento da CET, em análise de uma das consultas mencionadas anteriormente, foi de que o art. 5º, inciso VII, da Lei 12.813/2013[[3]](#footnote-3) deve ser interpretado de forma restritiva, e não ampliativa, “seja porque assim indica a boa regra de hermenêutica, seja porque uma interpretação ampliativa levaria à situação absurda de que os servidores dos TCU não poderiam prestar nenhum tipo de serviço, ainda que eventual, a empresas privadas, pois estas poderiam vir a responder em alguma fiscalização do Tribunal”.

 Diante desse cenário, descarta-se no caso a hipótese de conflito de interesses relativa à prestação de serviços a ente jurisdicionado ao Tribunal (art. 14, inciso I, do nosso código); porém, outras questões precisam ser avaliadas ante as disposições que o caracterizam de forma mais objetiva (arts. 10, 11 e 13).

 O regulamento requerido na norma para definir “atividade incompatível com as atribuições do cargo ou da função pública” (art. 13, inciso I) ainda não foi editado, de modo que, mesmo partindo da premissa de inexistência de violação a vedações constitucionais e legais, impõe-se examinar se o objeto da prestação de serviços estaria relacionado a áreas ou matérias afins à competência funcional para efeito de configuração, ou não, do conflito.

 Sobre o assunto, recorre-se às lições contidas no voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues que fundamentou o Acórdão 1.674/2006 - Plenário[[4]](#footnote-4), a respeito da interpretação de expressão similar contida no art. 117, inciso XVIII, da Lei 8.112/1990:

“Não há expressa definição legal de atividade incompatível com o exercício do cargo ou função a ser aplicada ao dispositivo da Lei 8.112/1990. Incompatível é o que não pode harmonizar-se, o que é inconciliável, o que prejudica, seja por tornar o servidor especialmente vulnerável, pelos seus interesses financeiros em jogo, em controvérsia com a atuação do órgão a que supostamente deveria servir e ser leal; seja pela influência de que goza o servidor na repartição; seja por poder atuar, em detrimento da Administração, na execução de suas atividades, em vista do objetivo privado imediato.

A atividade incompatível com o exercício do cargo ou função expõe o servidor a riscos aumentados de cometer violações a deveres e obrigações tidos por essenciais para o correto desempenho do cargo e da função.

(...)

Se uma segunda atividade expõe o servidor ao risco de cometer desvios de conduta, e não existe meio efetivo de controlar esse risco, não há como conciliar as duas atividades dentro do interesse da Administração Pública. Conclui-se, portanto, que ela é incompatível com o cargo ou função que ocupa.

(...)

Evidente que a todos os servidores da Secretaria do Tribunal de Contas da União está terminantemente vedado o exercício de qualquer atividade profissional remunerada, externa ao serviço público, que os exponha ao risco de conflito, **virtual ou efetivo**, entre os seus interesses particulares, profissionais, privados, e os interesses da Administração Pública. Sobretudo com aqueles especiais interesses, relacionados com a ampla esfera de competências institucionais do TCU, sob pena de incorrerem na infração prevista no art. 117, inciso XVIII, da Lei 8.112/1990, que estabelece peremptoriamente a proibição de o servidor exercer quaisquer atividades incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho.

Considero atividade **ética e legalmente reprovável**, **incompatível com o exercício de cargo ou função no TCU**, punível nos termos da lei, a atuação remunerada de servidor do Tribunal, seja como interessado, seja como advogado, seja como consultor, seja como procurador, seja como engenheiro, seja como emissor de parecer, para uso interno ou externo, de qualquer naipe, no exercício de atividade privada, por empresa ou a escritório de advocacia, por ele assinado ou não, que diga respeito, de qualquer modo, com a **atividade de fiscalização do TCU**.” (destaques acrescidos)

 Diante disso, sobretudo da dimensão ética adotada na interpretação da mencionada expressão e da correlação da incompatibilidade de atuação privada do servidor do TCU com sua atividade fiscalizatória, poder-se-ia evidenciar, à primeira vista, conflito de interesses **potencial** no caso concreto (art. 11, inciso II) a partir da premissa isolada de que o cálculo da tarifa e a metodologia adotada poderiam ser fiscalizadas pelo Tribunal.

 Contudo, é oportuno levar em conta informações prestadas pelo interessado à presidente desta comissão no momento da apresentação desta consulta no sentido de que o TCU não fiscalizaria a forma de cálculo, **per si**, mas avaliaria se os efeitos/consequências práticas desse cálculo “são consistentes com o interesse público”, “atingem aos objetivos da política” do setor e ocasionam “algum tipo de dano aos consumidores”, o que mitigaria, em parte, o problema.

 Por outro lado, duas circunstâncias apontam para possível conflito de interesses **aparente**, ao lançarem dúvidas sobre correção da conduta do servidor do TCU (art. 11, inciso III).

 A primeira refere-se à menção pelo servidor à gerência do desenvolvimento da solução, que sinaliza, sim, para eventual incompatibilidade da atividade com o exercício do cargo, pois, mesmo que não se constitua sócio-administrador da sociedade privada, a gerência, na prática, da sua atividade principal contrariaria as finalidades das normas contidas na Lei 8.112/1990 (art. 117, incisos X e XVIII) e no Código de Conduta Ética dos Servidores do Tribunal (art. 13, incisos I e II), de:

 a) garantir o regular e normal funcionamento do serviço público, assegurando a dedicação do servidor ao cargo, ou seja, a “real aplicação de sua força produtiva na execução de suas atividades administrativas funcionais”, a teor, por exemplo, da análise exposta na Nota Técnica nº 2386/2020/CGUNE/CRG[[5]](#footnote-5); e

 b) evitar que o servidor seja exposto a riscos aumentados de cometer violações a deveres e obrigações tidos por essenciais para o correto desempenho do cargo e da função, conforme bem detalhado no voto do ministro Walton Alencar Rodrigues reproduzido, parcialmente, nesta peça.

 Já a segunda circunstância é a vinculação do servidor a unidade técnica finalística deste Tribunal, especialmente a que detém competência para fiscalizar o mesmo ramo setorial da sociedade privada, que levanta, apesar das atenuantes mencionadas, questionamentos quanto à sua imparcialidade e independência.

 Vale lembrar que, segundo a Norma ISSAI 30, da Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Intosai)[[6]](#footnote-6), as Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) estão sujeitas a altas expectativas e devem ganhar a confiança das partes interessadas (cidadãos, órgãos legislativos e executivos, auditados e outros), agindo como organizações-modelo e inspirando credibilidade.

 Para tanto, a norma internacional preconiza que: i) os servidores das EFS precisam seguir, tanto na atividade profissional quanto na vida privada, os respectivos códigos de ética, notadamente quanto aos valores fundamentais estabelecidos na ISSAI 30; ii) é necessário garantir que o pessoal **de auditoria** não desenvolva relacionamentos com entidades que possam colocar a independência e a objetividade em risco.

 Ademais, nosso Código de Conduta Ética estabelece que é dever de todo servidor escolher, mesmo diante de mais de uma opção legal, a que melhor se coadunar com a ética e com o interesse público (art. 6º, inciso II).

 Nesse sentido, e considerando que as regras sobre conflito de interesses são aplicáveis durante as licenças legais (arts. 13, § 3º, e 14, parágrafo único), a ofensa à norma apenas poderia ser afastada na hipótese de o servidor não exercer qualquer atividade de gerência na sociedade privada e alterar sua vinculação para unidade não finalística deste Tribunal.

 Além disso, e ao considerar as informações de que o serviço se refere a atividade-meio (desenvolvimento de sistema) e de que a metodologia de cálculo é de natureza pública, amplamente divulgada, e não faz parte das atribuições da unidade técnica, seria necessário, para afastar o conflito de interesses, que: i) haja respeito às demais regras do código, principalmente as especificadas no art. 13, incisos I a III; e ii) o produto do sistema em questão, concretizado na estimativa de valor de tarifa, não seja adotado como parâmetro oficial para fixação de preço ou tarifa pública sujeitos à fiscalização deste Tribunal.

**CONCLUSÃO**

 Ante o exposto, conclui-se por responder ao interessado que:

 I) a participação de servidor no desenvolvimento de sistema de estimativa de tarifas de setor fiscalizado por unidade finalística do TCU à qual é vinculado, na qualidade de integrante de sociedade privada e gerente do “desenvolvimento da solução”, pode caracterizar ofensa às disposições do Código de Conduta Ética dos Servidores deste Tribunal, aprovado pela Resolução - TCU 330/2021, em vista de possível conflito entre interesses públicos e privados **aparente** (arts. 11, inciso III, e 13, incisos I e II);

 II) dadas as premissas de que: i) a metodologia de cálculo dessas tarifas seria de natureza pública, amplamente divulgada, e não faria parte das atribuições da unidade de vinculação técnica; ii) o produto do serviço não seria oferecido para entes jurisdicionados ao Tribunal; e iii) o TCU não fiscalizaria a forma de cálculo, **per si**, mas avaliaria apenas seus efeitos em termos de interesse público e atingimento dos objetivos da política do setor, poder-se-ia afastar o conflito de interesses desde que respeitadas as demais regras contidas na citada norma e, em especial, que:

 a) a atuação do servidor não represente qualquer tipo de gerência na atividade principal da sociedade privada;

 b) o produto do sistema, concretizado na estimativa de valor de tarifa, não seja adotado como parâmetro oficial para fixação de preço ou tarifa pública sujeitos à fiscalização do Tribunal;

 c) o exercício da atividade não prejudique, comprometa ou impeça a realização das tarefas atinentes ao cargo ou função pública;

 d) não haja uso de informações privilegiadas obtidas nesta Corte ou em suas unidades jurisdicionadas; e

 e) o servidor não seja vinculado a unidade finalística deste Tribunal.

TCU, em 26 de maio de 2022.

*(assinado eletronicamente)*

Maria Rosangela de Oliveira Andrade

Presidente da Comissão de Ética

*(assinado eletronicamente)*

Rodrigo de Oliveira Fernandes

Membro da Comissão de Ética

*(assinado eletronicamente)*

Marco Aurélio Pereira de Souza

Membro da Comissão de Ética

1. Manifestação 1/2021, por exemplo, a qual se encontra disponível no portal do TCU em <https://portal.tcu.gov.br/institucional/gestao-da-etica/> [↑](#footnote-ref-1)
2. Consulta, em 28/3/2022, no seguinte endereço eletrônico: [texto omitido] [↑](#footnote-ref-2)
3. “Art. 5º Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:

(...)

VII - prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.” [↑](#footnote-ref-3)
4. Tal acórdão contém a seguinte orientação:

“9.2. formular orientação, de caráter normativo, com relação à prática de atividades incompatíveis com o exercício de cargo ou função no TCU, no sentido de que os servidores da Secretaria do Tribunal não devem exercer atividades externas que os exponham a riscos - efetivos ou potenciais - de conflito entre interesses particulares e os interesses da Administração, em especial aqueles relacionados às competências institucionais do Tribunal, com especial relevo para a participação em escritórios de advocacia que, de qualquer forma, atuem no TCU ou tenham interesse nas atividades desenvolvidas pela Instituição, sob pena de incorrerem na infração prevista no art. 117, inciso XVIII, da Lei 8.112/1990, que estabelece a proibição de o servidor exercer quaisquer atividades incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;” [↑](#footnote-ref-4)
5. Disponível em <<https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/46616/5/Nota_Tecnica_2386_2020-CGUNE-CRG.pdf>> (consulta em 17/5/2022) [↑](#footnote-ref-5)
6. Disponível no site deste Tribunal (consulta em 21/3/2022): <<https://portal.tcu.gov.br/data/files/C6/04/A0/4A/C1DEF610F5680BF6F18818A8/ISSAI_30_codigo_etica.pdf> >) [↑](#footnote-ref-6)