

Quanto e qual poder de cautela para o TCU?

Ideia de poder geral de cautela implícito não condiz com texto constitucional

EDUARDO JORDÃO

02/01/2020 12:37



Foto: Flickr TCU

Desejo para 2020: que o Supremo Tribunal Federal (STF) e o próprio Tribunal de Contas da União (TCU) levem mais a sério a disciplina constitucional do poder de cautela da Corte de Contas.

A compreensão atual, seguindo acórdão originário do STF de 2004, é de existência de um “poder geral de cautela” implícito nos poderes corretivos que a Constituição Federal (CF) prevê ao TCU, como forma de torná-los efetivos.

Mas a ideia de competências constitucionais implícitas só faz sentido se for compatível com o sistema de competências atribuído explicitamente pela Constituição. Ora, a Constituição *não foi silente* sobre a existência de poder cautelar ao TCU. Ela o previu *expressamente*.

+JOTA: Assine o JOTA e não deixe de ler nenhum destaque!

O art. 71, X, da CF prevê que o TCU poderá determinar a *sustação* dos efeitos de atos administrativos irregulares. Esta sustação é justamente uma medida cautelar: não anula o ato administrativo nem decide definitivamente sobre sua regularidade. Consiste em providência para evitar que se realizem os efeitos de ato que causaria danos ao erário público até a solução definitiva da questão – medida cautelar, portanto.

Só que a CF não apenas previu qual competência cautelar daria o TCU, mas também disciplinou o seu exercício. A leitura combinada dos arts, 71, IX e X deixa claro que a sustação dos efeitos de atos irregulares pelo TCU (i) será precedida do esgotamento de prazo que o próprio TCU assinar para que as autoridades pertinentes adotem as soluções cabíveis e (ii) será seguida da comunicação da decisão de sustação à Câmara e ao Senado.

Esta é a *extensão* do poder cautelar concedido ao TCU e este é o *procedimento* que deve ser seguido para exercê-lo. Reivindicar poder geral de cautela que permita ao TCU (i) aplicar outras medidas cautelares ou (ii) suspender atos administrativos sem seguir este procedimento não é identificar implicitamente competências que o próprio constituinte teria pretendido estabelecer – é dismantelar e ignorar a sistemática específica que ele previu para a hipótese.

Argumento muito utilizado para defender tal poder geral de cautela é que a atuação preventiva do TCU evitaria dano ao erário. Mas esse argumento tem que ser colocado em perspectiva.

Em primeiro lugar, nos casos em que o TCU entender haver uma ilegalidade num projeto de infraestrutura, por exemplo, o que se tem não é *necessariamente* um prenúncio de dano, mas apenas um entendimento de uma entidade neste sentido. Mas haverá também entendimento de outra instituição (da administração pública) em sentido contrário.

Em segundo lugar, mesmo que o TCU tenha razão, não é possível supor que a negação a este órgão de um poder geral de cautela implique necessariamente a concretização do dano. É que o direito prevê os remédios para que eles não

ocorram. Os interessados em evitá-lo devem recorrer ao Poder Judiciário para obter um provimento liminar cautelar neste sentido. É o Poder Judiciário que, na sistemática constitucional, tem poder geral de cautela.

Reconhecer “poder geral implícito de cautela” ao TCU não é criar solução jurídica para uma situação em que o direito não prevê nenhuma: é substituir a solução prevista pelo direito por outra que se julga mais adequada.

EDUARDO JORDÃO – Professor da FGV Direito Rio e sócio do Portugal Ribeiro Advogados. Doutor pelas Universidades de Paris e de Roma. Mestre pela USP e pela LSE. Foi pesquisador visitante em Harvard, Yale, MIT e Institutos Max Planck.