REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PUBLICA



ISSN 2595-5667

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 08 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 03 – Dossiê Temático
ISSN 2595-5667

Editor-Chefe:
Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

Rio de Janeiro, 2023.

Revista de Direito da Administração Pública

Law Journal of Public Administration

Conselho Editorial Internacional:

Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela, Venezuela
Sr. Erik Francesc Obiol, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Peru, Peru
Sr. Horacio Capel, Universidad de Barcelona, Barcelona, Espanha.
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilha, Espanha.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACh), Valdivia, Chile.
Sra. Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim, Universidade de Coimbra, UC, Portugal.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu, Turqia

Conselho Editorial Nacional:

Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontifícia Universidade Católica, PUC/SP, Brasil.
Sr. Alexandre Santos de Aragão, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasílialia, UNB, Brasil.
Sr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Brasil.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Fabio de Oliveira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Garcia Cabral, Escola de Direito do Mato Grosso do SUl, Mato Grosso do Sul., Brasil
Sr. Henrique Ribeiro Cardoso, Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piripiri, PI, Brasil., Brasil
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. José Vicente Santos de Mendonça, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Georges Louis Hage Humbert, Unijorge, Brasil
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de SÃ£o Paulo, USP, Brasil.
Sra Marina Rúbia Mendonça Lôbo, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goías, Brasil.
Monica Sousa, Universidade Federal do Maranhão
Sr. Mauricio Jorge Pereira da Mota, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sra. Patricia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de SÃ£o Paulo, USP, Brasil.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

A ATUAÇÃO CAUTELAR DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU) INTERFERE NAS POLÍTICAS PÚBLICAS?

DOES THE PRECAUTIONARY ACTION OF THE FEDERAL AUDIT COURT (TCU) INTERFERE IN PUBLIC POLICIES?

Flavio Garcia Cabral[1]
André Ricardo Cruz Fontes[2]

RESUMO: O artigo aborda a relação da atuação administrativa cautelar do Tribunal de Contas da União (TCU) com as as políticas públicas. A problemática repousa em verificar se o poder cautelar do TCU pode ou não interferir no ciclo de políticas públicas. A pesquisa justifica-se tendo em vista a ampliação do controle preventivo pela Corte de Contas e a fundamentalidade das políticas públicas para a sociedade. Para a realização do artigo, utiliza-se o método de abordagem indutivo, possuindo natureza descritiva e exploratória quanto aos fins e bibliográfica em relação aos meios. Conclui-se que a atuação cautelar do TCU afeta, direta e indiretamente, as políticas públicas e, portanto, devem ser adotadas levando-se em consideração todas as consequências práticas advindas desses provimentos acautelatórios, em atenção ao que determinada a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

PALAVRAS-CHAVES: Políticas Públicas; TCU; Controle preventivo; Medidas Cautelares Administrativas; LIDNB.

ABSTRACT: The article addresses the relationship between the precautionary administrative action of the Federal Audit Court (TCU) and public policies. The problem lies in verifying whether or not the TCU's precautionary power can interfere in the public policy cycle. The research is justified for the expansion of preventive control by the Audit Court and the fundamentality of public policies for society. To carry out the article, the inductive approach method was used, having a descriptive and exploratory nature regarding the purposes and bibliographical regarding the means. It is concluded that the TCU's precautionary actions affect, directly and indirectly, public policies and, therefore, must be adopted taking into account all the practical consequences arising from these precautionary provisions, in accordance with what is determined by LINDB.

[1] Pós-doutorado em Direito pela PUC-PR; Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP; Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-RJ; Mestre em Direito pela Universitat de Girona-Espanha. Porfessor do Mestrado da UNIRIO; Procurador da Fazenda Nacional.

[2] Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), em História das Ciências, das Técnicas e Epistemologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), e em Ciências Ambientais e Florestais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Professor Associado da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF). Membro da Comissão de Estudos da Agenda 2030 do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1412851482888505.

KEYWORDS: Public Policies; TCU; Preventive control; Administrative Precautionary Measures; LIDNB.

I. INTRODUÇÃO

Um dos aspectos mais importantes de qualquer atuação estatal é que ela confira, direta ou indiretamente, benefícios aos cidadãos, uma vez que o Estado não pode ser considerado um fim em si mesmo.

É, portanto, por intermédio de políticas públicas que o Estado planeja a executa ações de modo a concretizar os direitos fundamentais e atender aos anseios da população.

Sem embargo, o agir estatal, como primado do princípio republicano, submete-se a constante controle, notadamente de órgãos especializados como o Tribunal de Contas da União (TCU).

Dentre as variadas formas da Corte de Contas Federal atuar, o uso de provimentos acautelatórios tem ganhada bastante destaque e sido um importantíssimo instrumento de efetivação do controle externo da Administração. Afinal, agir preventivamente mostra-se, em diversas ocasiões, mais eficaz para se evitar prejuízo ao erário e evitar gastos públicos ilegais e/ou desnecessários.

Assim, relacionando-se as duas temáticas, questiona-se se a atividade cautelar administrativa do TCU pode ou não interferir no desenvolvimento de políticos públicas.

A pesquisa justifica-se tendo em vista a ampliação do controle preventivo pela Corte de Contas e a fundamentalidade das políticas públicas para a sociedade.

Este artigo será estruturado primeiramente com a abordagem relativa à atuação do Tribunal de Contas da União no ciclo de políticas públicas. No segundo capítulo será investigado o comportamento acautelatório administrativo, com ênfase na adoção dessas medidas provisionais pela Corte de Contas Federal. Por derradeiro, será abordado se o TCU acaba ou não interferindo em políticas públicas por intermédio de suas medidas cautelares.

II. COMO O TCU TEM PARTICIPADO DO CICLO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS?

No texto constitucional encontra-se o artigo 37, §16, incluído pela Emenda Constitucional nº 109, de 2021, que traz uma disposição geral prevendo que "os órgãos e

entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei."

Aqui já seria possível incluir, dentro do rótulo conceitual de administração pública, a figura da Corte de Contas, o que indicaria uma autorização ampla para sua atuação na fase de avaliação de políticas públicas.

Além disso, apesar de não haver um indicativo expresso no rol de competências do TCU, trazido no artigo 71 da Constituição, deve-se ter claro que essa omissão sobre a participação no ciclo de políticas públicas não pode ser interpretada como uma vedação, já que, analisando o texto constitucional, também não há de maneira patente a fixação de outros órgãos como sendo partícipes desse processo. É dizer, de maneira expressa a Constituição Federal pouco[3] dispõe sobre um ciclo linear de políticas públicas e quais seriam os atores que podem/devem participar desse processo.

Conforme expõe Janriê Rodrigues Reck, embora não haja uma previsão expressa no texto constitucional para que o Tribunal de Contas possa efetivar avaliação/controle das políticas públicas, não haveria incompatibilidade em se conferir uma interpretação ampliativa para que a Corte possa proceder dessa maneira. Assim, cabe ao TCU não só avaliar a conformidade da atuação da Administração Pública a modelos, mas também avaliar os resultados das políticas públicas, inclusive com a apresentação de sugestões de mudanças (RECK, 2023, p.214).

A participação das Cortes de Contas nas políticas públicas começa a ganhar destaque quando se apura uma deficiência, dos próprios atores primordiais, em compreender de maneira mais ampla as políticas por eles mesmos pensadas e implementadas. Assim, a despeito das poucas alterações no arcabouço legal do sistema de controle, o desenvolvimento e o reforço institucional dos Tribunais de Contas geraram como efeito a ampliação de suas funções no ciclo das políticas públicas. Justifica-se esta alteração de papéis pela mudança do paradigma burocrático-weberiano para um modelo gerencial, visando a avaliar resultados finalísticos. Nesses termos, o papel da Corte de Contas é visto como estratégico a fim de direcionar a

[3] Embora a estruturação da Constituição brasileira ao redor das políticas públicas perpasse todo arcabouço de direitos fundamentais, bem como a sistematização das regras orçamentárias, dentre outros, observa-se que a expressão "políticas públicas" aparece somente 4 vezes ao longo da Constituição de 1988.

Administração Pública para o interesse público, uma vez que os governos vêm se mostrando aquém dessa tarefa (LOPES; GRIN; TEIXEIRA; REHNER, 2023, p.480).

Analisando de maneira mais específica o papel dos Tribunais de Contas e as políticas públicas, Gabriel Heller alega que a Corte pode e deve realizar suas fiscalizações em qualquer das fases do ciclo de política pública[4]. No tocante ao estabelecimento da agenda, o Tribunal pode ser o ator que leva ao conhecimento da Administração ou do Legislativo a existência de um problema, bem como pode contribuir para uma definição mais clara e precisa de uma situação indesejada. Ademais, é igualmente possível que o órgão de controle constate, em uma política pública já em andamento, falhas ou irregularidades em sua formulação, bem como a desconformidade da implementação ou da execução em relação à alternativa legalmente estabelecida. Ainda, também se justifica que o Tribunal de Contas examine se o acompanhamento, como supervisão concomitante, e a avaliação, realizada a *posteriori*, estão sendo realizados na forma exigida pela legislação e pelo inafastável dever de boa administração (HELLER, 2019, p.155).

Sem embargo, dentre todas as fases do ciclo de polícia, a faceta mais evidente da atuação do TCU diz respeito à etapa de avaliação. Embora nos escritos tradicionais a Corte de Contas por vezes não seja tratada como um ator nesse momento, é certo que, ao menos diante da conformação constitucional brasileira pós-1988, é inegável a contribuição dada pelo Tribunal.

Dentre os vários instrumentos fiscalizatórios que o Tribunal de Contas possui, ganha destaque para a controle das políticas públicas as auditorias operacionais[5]. Trata-se de instrumento para o exame independente, objetivo e confiável que analisa se empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo estão funcionando de acordo com os princípios de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade e se há espaço para aperfeiçoamento (ISSAI 3000/17).

Conforme descreve o próprio TCU, os relatórios de auditoria operacional podem variar consideravelmente em escopo e natureza, informando, por exemplo, sobre a adequada aplicação dos recursos, sobre o impacto de políticas e programas e propondo mudanças destinadas a

[4] Janrie Rodrigues Reck, propondo uma investigação jurídica, sintetiza em 4 principais fases o ciclo das políticas públicas: agendamento; formulação, implantação e avaliação (RECK, 2023, p.43).

[5] Há Tribunais de Contas, inclusive, que promovem uma maior especificação dos instrumentos de auditoria, tratando pontualmente de fiscalizações relacionadas a políticas públicas. É o caso, *e.g.,* da Análise das Funções de Governo, prevista no Tribunal de Contas do Município de São Paulo e que vem regulamentada pela Resolução TCM-SP nº 16/2020.

aperfeiçoar a gestão. Pela sua natureza, as auditorias operacionais são mais abertas a julgamentos e interpretações e seus relatórios, consequentemente, são mais analíticos e argumentativos (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2020, p.22).

Calha indicar que o papel das auditorias operacionais adquire ainda mais destaque ao se observar as previsões constantes nas Leis de Diretrizes Orçamentárias federais, que passaram expressamente a atribuir ao TCU o encaminhamento, à Comissão Mista a que se refere o §1º do art.166 da Constituição, de quadro-resumo relativo à qualidade da implementação e ao alcance de metas e dos objetivos dos programas e das ações governamentais objeto das referidas auditorias realizadas para subsidiar a discussão do Projeto de Lei Orçamentária do ano subsequente[6].

Veja que essa atuação avaliativa do TCU em relação às políticas públicas deve ter flexibilidade suficiente para abarcar diferentes estágios ou fases de políticas públicas em desenvolvimento. Destarte, deve-se considerar a política pública a partir de macro perspectivas e, com base nisso, ter sensibilidade analítica para identificar lacunas ou dissonâncias entre iniciativas, técnicas e instrumentos de gestão utilizados pelos diferentes atores que compõem o arranjo de governança da política pública (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2014, p.25).

De qualquer modo, ainda é possível identificar outras formas de interferência do TCU, mesmo que indiretas, ao longo das demais etapas do ciclo das políticas públicas.

Citem-se, primeiramente, os pareceres prévios das contas de governo (artigo 71, inciso I, da CF/88) como instrumentos hábeis a indicar temáticas a serem inseridas na formação da agenda de políticas públicas.

Embora não se trate de um documento de cunho vinculante, a tradição demonstra que a elaboração dos pareceres é iniciada por um apanhado de aspectos econômicos e demais temas relacionados a áreas de relevância identificadas pelo Tribunal. A Corte, ainda que de maneira casuística na maior parte das vezes, traz nos pareceres temáticas que sobrelevam em algum grau de importância, sendo um importante indicativo para o Poder Executivo e Legislativo de assuntos a serem levados em consideração da formulação da agenda (CABRAL, 2014, p.224).

De fato, tome-se como exemplo o parecer das contas de governo do ano de 2008, no qual o voto dos Ministros girou ao redor da temática da Educação (que foi o tópico chave já

[6] Na última LDO, constante na Lei nº 14.436, de 2022, essa previsão encontra-se estampada no artigo 150.

eleito como Tema de Maior Significância pelo TCU) ou ainda os debates sobre segurança pública e seguridade social, ocorridos no parecer de 2006 (CABRAL, 2014, p.225-225).

Na fase de formulação das políticas públicas a Corte também possui um papel relevante, ainda que de forma indireta. A modelagem de políticas públicas pelos Tribunais de Contas ocorre por meio da edição de reiteradas decisões pela Corte, as quais condicionam a atuação do administrador público; por meio de avaliações de políticas públicas já implementadas, que fazem com que o gestor redimensione suas políticas em razão dos apontamentos feitos pelo Tribunal; e quando exerce seu poder normativo (RECK, 2023, p. 202).

Outro aspecto relacionado, no qual se nota uma atuação mais efetiva do Tribunal, refere-se à implementação da política. Aqui, o agir da Corte acaba sendo intercalado com a citada modelagem e com a fase de avaliação, em especial por meio da realização de fiscalizações de caráter concomitante.

Nesse caso pode-se elencar como exemplo a deliberação feita pelo TCU no bojo do Acórdão 528/2015 - Plenário, que determinou à Secretaria Geral de Controle Externo (Segecex) do TCU que institua processo de trabalho específico e contínuo para o acompanhamento do Plano Nacional de Educação (decênio 2014 a 2024), a fim de apurar a evolução do desenvolvimento do Plano, o cumprimento das obrigações nele estabelecidas para as diversas instâncias operativas e os resultados já alcançados.

Nessa linha, de modo a atender o citado Acórdão, foram sistematizadas pela equipe técnica da Corte de Contas edições bianuais ao longo do ciclo de vigência do PNE 2014-2024, com cinco matrizes de controle, notadamente relacionadas aos biênios 2016-2017, 2018-2019, 2020-2021, 2022-2023 e 2024-2025, estabelecendo metodologia específica para acompanhar o PNE 2014-2024, a qual foi aprovada pelos Acórdãos 795 e 2.921/2016-TCU-Plenário, tendo como premissa a identificação de eventos de risco que possam impactar negativamente a consecução do PNE. É a partir da detecção desses riscos que são planejadas as principais ações de controle na área de educação[7].

Ao longo dessas fiscalizações, a Corte emitiu diversas recomendações e determinações de modo a aprimorar e/ou corrigir a execução do PNE. Ilustre-se a recomendação ao Ministério da Educação para que o órgão elabore política de gestão de riscos para o PNE 2014-2024 (TC 040.033/2020-1).

[7] Para maiores aprofundamentos sobre a atuação do TCU no PNE 2014-2024, confira-se SILVA; CABRAL, 2023.

Outrossim, a Corte, por vezes, tem atuado de maneira mais direta ao longo do processo das políticas públicas, seja por meio de sua atuação pedagógica, mediante a elaboração de cartilhas relacionadas a temáticas pontuais que servem como paradigmas para a fixação de agendas públicas, seja auxiliando na própria elaboração de atos normativos e diretrizes para a formulação e implantação das políticas públicas[8].

III. A ATUAÇÃO CAUTELAR DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)

O ordenamento jurídico brasileiro é vasto em previsões legais contendo medidas cautelares administrativas. Ademais da previsão do artigo 45 da Lei nº 9.784/99, entendida como a base para a existência de um poder geral cautelar administrativo, encontram-se diversas outras leis com procedimentos acautelatórios específicos. Mencione-se, de maneira meramente exemplificativa, as seguintes leis que preveem a figura de atos cautelares administrativos: Lei nº 9.019/95 (Medidas Anti-*Dumping*); Lei nº 8.112/90 (Estatuto do Servidor Público Federal); Lei nº 13.506/17 (Processo Administrativo no âmbito do BACEN e da CVM); Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); Lei nº 12.529/11 (Sistema de Defesa da Concorrência); Lei nº 14.133/2021 (Lei de Licitações); e Lei nº 12.856/13 (Lei Anticorrupção)[9].

Sem desconsiderar o papel de destaque conferido à legalidade para que se possa falar em provimentos cautelares administrativos, a cautelaridade administrativa pode ser defendida à luz da necessidade de eficiência da atuação administrativa, decorrente de um dever de prevenção/precaução próprio do princípio da boa administração pública, sendo o instrumento hábil, conferido pela ordem jurídica, ainda que de maneira implícita, para alcançar, no maior grau possível, o interesse público.

As medidas cautelares administrativas são provimentos concretos, adotados por agentes públicos competentes, no exercício da função administrativa, em face, como regra, de sujeitos determinados, diante de situações de risco, visando a, de maneira acautelatória e provisional, impedir e/ou minimizar danos a bens jurídicos tutelados (CABRAL, 2021a, p.41-42).

[8] Para maiores aprofundamentos sobre a atuação do TCU no ciclo de políticas públicas, confira-se CABRAL; MENDONÇA; CASIMIRO, 2023.
[9] Para uma análise completa sobre a legislação federal que estrutura um microssistema cautelar administrativo, confira-se. CABRAL, 2021a, p.145-232.

São aspectos caraterísticos das medidas cautelares administrativas o fato de serem i) exercitadas no bojo da função administrativa; ii) instrumentais; iii) temporárias; iv) mutáveis; v) autoexecutórias; vi) medidas excepcionais; e vii) realizadas por meio de cognição sumária. Por sua vez, pode-se anotar como requisitos para a sua utilização a existência de perigo da demora (*periculum in mora*) e fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*); motivação; proporcionalidade; reversibilidade da medida; contraditório e ampla defesa; e respeito aos limites constitucionais (CABRAL, 2021a, p.93-132).

São exemplos de medidas cautelares administrativas o afastamento temporário de agentes públicos, o embargo acautelatório de obras, a apreensão cautelar de mercadorias, a suspensão de atos administrativos, a indisponibilidade de bens, a proibição cautelar de comercialização de determinado produto, a suspensão do exercício de determinada atividade dentre outros.

Essa atividade cautelar administrativa é também utilizada pelas Cortes de Contas, especialmente o Tribunal de Contas da União. As medidas cautelares de controle exercidas pelo Tribunal de Contas da União – e reproduzidas pela legislação da grande maioria dos Tribunais de Contas estaduais e municipais – encontram respaldo normativo na sua Lei Orgânica nº 8.443, de 16 de julho de 1992, estando mais bem desenvolvidas pelo seu Regimento Interno. Ademais, não se pode olvidar que alguns atos provisionais de controle também estão alocados na própria Constituição Federal[10], formando, assim, um complexo normativo de atos cautelares a serem exercidos pelo TCU.

Uma primeira medida de cunho cautelar relacionada à responsabilização de agentes públicos adotada pela Casa de Contas da União diz respeito ao afastamento temporário de dirigentes e encontra-se prevista no artigo 44 da Lei nº 8.443/92.

Como traz à colação Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, dita medida pode ser adotada de ofício ou a requerimento do Ministério Público, no curso de qualquer apuração, sendo válido recordar, ainda, que no passado cabia aos Tribunais de Contas inclusive determinar a prisão administrativa dos responsáveis (Decreto nº 392 de 1896) (FERNANDES, 2008, p.431).

Para que comentada medida seja adotada, é necessário que estejam presentes os

[10] Partindo-se do ápice normativo, na Constituição Federal de 1988 vislumbra-se, no artigo 71, incisos IX e X, que compete ao TCU sustar os atos administrativos impugnados, após o escoamento *in albis* do prazo conferido de acordo com o inciso IX. Está-se aqui, para grande parte da doutrina, diante da primeira medida cautelar de fiscalização prevista na Lei Maior.

seguintes requisitos específicos: a) a manutenção da continuidade do serviço público, quando o caso exigir. Essa exigência emerge em favor da sociedade, que não pode se ver carente de determinados serviços públicos pela ausência de comando, demandando então, que no caso de afastamento temporário de dirigentes que digam respeito a serviços públicos, haja sua substituição pelas pessoas legalmente designadas para tanto; b) a existência de uma autoridade superior, que deverá ser notificada pelo TCU acerca da decisão de afastamento de algum dirigente, uma vez que, por se tratar de uma decisão cautelar administrativa, faz-se mister a existência de uma organização hierarquicamente escalonada, cabendo a essa autoridade superior providenciar o afastamento da pessoa indicada pelo Tribunal de Contas[11]; c) indícios bastantes de que a continuidade da autoridade no exercício de suas funções ocasionará dano ao erário, inviabilizará o ressarcimento ou ainda retardará ou dificultará a realização de determinados atos de fiscalização[12]; d) a determinação do afastamento deve indicar o seu prazo ou condição, devendo assumir, como ato cautelar que é, caráter temporário; e) embora não previsto legalmente, a doutrina recomenda que haja uma prévia comunicação da pessoa a ser afastada, sendo que sua não realização, contudo, não invalida a medida adotada (FERNANDES, 2008, p.432-433).

Mencione-se, igualmente, como medida de controle de natureza cautelar, a determinação da indisponibilidade patrimonial dos responsáveis (agentes públicos ou não), com previsão legal no artigo 44, §2º, da Lei nº 8.443/92. Essa medida torna inalienáveis bens dos responsáveis suficientes à satisfação de seu débito, por período não superior a um ano.

Além dessas duas medidas específicas, com base no julgamento do mandado de segurança 24.510, pelo Supremo Tribunal Federal, considerou-se que o Tribunal de Contas da União, fundamentando-se na teoria dos poderes implícitos, teria um poder geral de cautela administrativa.

Um poder geral de cautela significa autorizar a adoção de provimentos atípicos, sem a necessidade de um rol exaustivo previsto pelo legislador. Assim, cabe ao agente público adotar, diante do caso concreto, uma medida que tenha o condão de garantir a utilidade do provimento

[11] O artigo 44, §1º, da Lei nº 8.443/92, prescreve que não atendendo à determinação do TCU, a autoridade superior será solidariamente responsável pelos atos praticados.
[12] A sonegação de informações relativas a contas bancárias específicas de ajustes com a União, por consistir em obstrução indevida ao exercício dos controles interno e externo, é considerada falta de natureza grave, sujeitando os responsáveis, além da aplicação de penalidades, à medida cautelar de afastamento temporário do cargo, conforme previsto no art. 44 da Lei 8.443/1992 (Acórdão TCU nº 131/2014-Plenário).

final de um processo administrativo ou evitar/minimizar um dano a um bem juridicamente tutelado (CABRAL, 2021a, p.153).

Ademais, o poder geral de cautela também autoriza que o legislador infraconstitucional preveja medidas cautelares administrativas específicas, mesmo não havendo expressamente essa atribuição constitucional (lembrando-se, somente, que a previsão legislativa deve estar em sintonia com as finalidades da instituição/órgão e respeitando as normas constitucionais) (CABRAL, 2021b).)

Assim, no Regimento Interno do TCU, ademais da positivação das medidas cautelares específicas já mencionadas, há também a previsão do poder geral de cautela estampado no artigo 276, que prescreve que o Presidente do Tribunal, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada.

IV. A ATIVIDADE CAUTELAR DO TCU E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Conforme visto, o exercício do poder cautelar pelo TCU, exercido legitimamente, interfere na atividade administrativa, permitindo-se o afastamento de agentes públicos, a indisponibilidade bens, a suspensão de atos administrativos ou ainda qualquer outra medida atípica que se mostre adequada ao caso concreto (desde que respeitados os limites constitucionais). A questão é se esse poder teria a aptidão de interferir em políticas públicas.

De plano a resposta é afirmativa. Tendo em vista que as políticas públicas se materializaram, em essência, por meio do exercício da função administrativa[13], conclui-se de imediato que as medidas cautelares exaradas pelo TCU afetam aquelas políticas.

Assim, a atividade acautelatória do TCU, mais além do que afetar atos administrativos pontuais, tem o condão de influenciar, direta ou indiretamente, programas relacionados a variadas políticas públicas.

Sem o tom de exaustão, somente com o propósito de ilustrar essa atividade, é possível, indicar a decisão tomada no bojo do Acórdão 1518/2018 - Plenário, na qual a Corte,

[13] Sobre a questão, confira-se BUCCI, 1997.

cautelarmente, nos termos do artigo 276, *caput*, do Regimento Interno/TCU, determinou aos entes municipais e estaduais beneficiários de precatórios provenientes da diferença no cálculo da complementação devida pela União, no âmbito do Fundef, que se abstenham de utilizar tais recursos no pagamento a profissionais do magistério ou a quaisquer outros servidores públicos, a qualquer título, a exemplo de remuneração, salário, abono ou rateio, até que este Tribunal decida sobre o mérito das questões levadas à análise.

Outro exemplo a ser indicado diz respeito com o teor do Acórdão 2451/2016 – TCU - Plenário. Aqui o Tribunal determinou cautelarmente ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra, com fundamento nos arts. 71, inciso IX, da Constituição Federal, 45 da Lei 8.443/1992 e 276, *caput*, do Regimento Interno/TCU, que suspendesse, até deliberação de mérito, os processos de seleção de novos beneficiários para a reforma agrária e os processos de assentamento de novos beneficiários já selecionados.

Esses singelos exemplos, que são somente amostras do vasto universo de decisões acautelatórias proferidas pelo TCU e que interferem, direta ou indiretamente, no desenvolvimento de certas políticas públicas, servem para evidenciar a existência concreta de cautelaridade administrativa do TCU envolvendo programas de governo destinados ao atendimento de direitos fundamentais previstos na Constituição

Não se pretende adentrar no mérito dessas decisões, tampouco indicar o acerto ou desacerto delas. O ponto fulcral é somente demonstrar que, por meio de provimentos de cunho cautelar, nos quais a análise é superficial, pode-se interferir em programas de políticas públicas, inclusive suspendendo-os. Com isso não se quer indicar que essas medidas não devam ser utilizadas, mas somente sublinhar a necessidade de manutenção do predicado da excepcionalidade dessa medida.

Além disso, embora essas decisões mencionadas sejam anteriores à Lei nº 13.655/2018, cabe recordar que, com base na nova redação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), alterada pela aludida lei, faz-se necessário que as decisões dos órgãos de controle considerem suas consequências práticas (artigo 20).

É dizer, embora não se deva impedir que medidas cautelares administrativas emitidas pelas Cortes de Contas sejam adotadas quando se estejam presentes seus requisitos, deve-se, contudo, analisar os possíveis impactos desses provimentos, em particular quando envolverem

políticas públicas, o que demanda uma análise que considere a dimensão de afetados por determinado programa de governo.

Da mesma forma deve ser levado em consideração que as políticas públicas, como regra, decorrem de um longo planejamento, envolvendo diversos partícipes, cabendo ao órgão de controle, portanto, avaliar com parcimônia se o provimento cautelar atende todos os requisitos e se figura como a medida que melhor atenda ao interesse público concretamente considerado.

Por outro lado, justamente por envolver programas associados à concretização de direitos fundamentais e que envolvem altas quantias, é certo que condutas ilegais, antieconômicas e/ou ilegítimas geram efeitos muito mais gravosos à sociedade e ao erário, razão pela qual uma atuação cautelar pode ser tida, diante do contexto sob análise, como a medida mais adequada na tutela dos interesse em jogo.

Essas nuances indicadas servem como pontos a serem refletidos e sopesados quando da adoção dessas medidas. Será justamente na proporcionalidade, concretamente aplicada, que será possível aferir a juridicidade ou não do provimento cautelar adotado pelo TCU.

A esse respeito, o parágrafo único do artigo 20 da LINDB prescreve que "a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas".

Quanto à exigência acima referida, de a decisão evidenciar a necessidade e a adequação da medida, trata-se da mesma ideia adotada na estrutura do teste de proporcionalidade, que normalmente é utilizado quando se analisa eventual restrição a direitos fundamentais e se busca demonstrar a proporcionalidade e a razoabilidade da decisão tomada. O primeiro passo desse teste seria a verificação da adequação, ou seja, da idoneidade da medida para fomentar a realização do objetivo perseguido. A necessidade, por sua vez, seria o segundo passo desse teste, e consistiria na escolha da medida mais eficiente para promover esse objetivo e que menor restrição cause aos eventuais direitos fundamentais envolvidos. Essa segunda fase do teste envolve a escolha entre as alternativas possíveis e é por esse motivo que essa consideração também consta do parágrafo único do art. 20 da LINDB, acima citado. O teste ainda possui uma terceira etapa, da proporcionalidade em sentido estrito, segundo a qual seria necessário sopesar os direitos fundamentais envolvidos para aferir se o grau de restrição de um direito fundamental se justifica diante da realização do outro direito fundamental incidente, de modo a impedir o excesso da medida (CABRAL; SARAI, 2023, p.689).

Soma-se ainda, novamente sob a filtragem da LINDB, que os provimentos cautelares do TCU não podem ser adotados com base em conceitos vagos e indeterminados, descontextualizados dos fatos que o acompanham. Deveras, de acordo com o artigo 20 da LINDB, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos, sem se desconsiderar as consequências.

Sobre o artigo 20 da LINDB, nota-se que se adotou "o princípio da motivação concreta, isto é, busca evitar decisões baseadas apenas em 'cláusulas gerais' ou em 'conceitos jurídicos indeterminados'" (CABRAL; SARAI, 2023, p.689).

Destarte, a mera invocação genérica aos requisitos do perigo da demora e da fumaça do bom direito, ou mesmo a alegação ampla de urgência ou de interesse público, não servem para validar a adoção de medidas cautelares administrativas, especialmente quando se está em jogo políticas públicas.

V. CONCLUSÕES

Embora não pensado tradicionalmente como um dos atores do ciclo de políticas públicas, é certo que atualmente a Corte de Contas da União atua e interfere nas diversas etapas da conformação dessas políticas, possuindo legitimidade para tanto.

Paralelo a essa constatação, o TCU tem retomado a importância de uma atuação preventiva, buscando utilizar, ao lado de suas competências repressivas, instrumentos de interferência acautelatória nos gastos públicos.

É justamente aqui que se observa que o uso das medidas cautelares administrativas pelo TCU vai além de simples atos administrativos isolados, afetando, direta e indiretamente, políticas públicas.

Embora não se tenha feito nenhum juízo de valor sobre o mérito desses provimentos, em particular os exemplos trazidos no texto, o que se deve ressaltar somente é que se faz necessária uma motivação bastante robusta, acompanhada dos impactos que esses provimentos acautelatórios geram, quando se está diante de políticas públicas que, não só são frutos, em tese, de um longo planejamento, mas também beneficiam um grupo bastante elevado de administrados. Por outro lado, em razão das mesmas questões, mas analisando-se sob o prisma da tutela dos direitos fundamentais em jogo e dos vultuosos gastos normalmente envolvidos, a

medida cautelar administrativa pode se mostrar como um excelente (quando não o melhor) instrumento para alcançar o interesse público.

Portanto, diante das regras contidas na LINDB, que demandam a aferição das consequências práticas na tomada das decisões pelos órgãos de controle, sem que se invoque somente cláusulas jurídicas abstratas, a atividade cautelar, quando relacionada com mais ênfase às políticas públicas, deve ser exercida com especial atenção à proporcionalidade, de maneira a não configurar nem omissão tampouco excesso do TCU.

REFERÊNCIAS

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e o direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**. a.34, n133, p.89-98, jan./mar.1997.

CABRAL, Flávio Garcia. **Medidas cautelares administrativas:** regime jurídico da cautelaridade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

CABRAL, Flávio Garcia. **O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2014.

CABRAL, Flávio Garcia. O que é (ou deve ser) o poder geral de cautela do Tribunal de Contas da União? **CONJUR**, jun. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jun-16/cabral-ou-poder-geral-cautela-tcu/ Acesso em: 20 dez.2023.

CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. **Manual de Direito Administrativo.** 2.ed. Leme: Mizuno, 2023.

CABRAL, Flávio Garcia; MENDONÇA, Paulo Roberto Soares; CASIMIRO, Ligia Maria Silvia Melo de. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU) COMO ATOR NO CICLO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. In: Dirceu Pereira Siqueira; Edith Maria Barbosa Ramos; Gerardo Clésio Maia Arruda. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas III**. 1ed.Florianópolis: CONPEDI, 2023, v. 1, p. 155-175.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunal de contas do Brasil:** jurisdição e competência. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HELLER, Gabriel. Diálogos institucionais e participação social: a legitimidade do Tribunal de Contas no controle de políticas públicas. **Revista direito das políticas públicas**, v. 1, n. 2, p. 148-171, 2019.

LOPES, Gustavo Andrey Fernandes; GRIN, Eduardo José; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; REHNER, Marcos. Tribunais de contas estaduais: controle ou avaliação de políticas públicas? In: PALOTTI, Pedro et al (Org.). **E os Estados? Federalismo, relações intergovernamentais e políticas públicas no Brasil contemporâneo.** Brasília: IPEA, 2023. p.471-502.

RECK, Janriê Rodrigues. **O direito das políticas públicas:** regime jurídico, agendamento, formulação, implementação, avaliação, judicialização e critérios de justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

SILVA, Danielly Garcia; da CABRAL, Flávio Garcia. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO COMO ATOR DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DE EDUCAÇÃO: o caso do PNE 2014-2024. **Revista Camalotes (RECAM)**, v. 1, p. 98-115, 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Manual de auditoria operacional.** 4.ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Referencial para avaliação de governança em políticas públicas**. Brasília: TCU, 2014.