

---

**MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU - INDISPONIBILIDADE  
DE BENS DOS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS PELA OBRA DO  
FÓRUM TRABALHISTA DE SÃO PAULO**  
**Requerimento**

---

Ministro-Relator Lincoln Magalhães da Rocha

Grupo I - Classe VII – Plenário

TC-017.777/2000-0

Natureza: Requerimento.

Interessado: Procurador Geral do TCU.

*Ementa: Requerimento, do Ministério Público junto ao TCU, da indisponibilidade de bens dos responsáveis solidários cuja citação foi determinada na Decisão nº 591/2000-Plenário. Prejuízos causados ao erário em virtude do superfaturamento da obra do Fórum Trabalhista de São Paulo. Processo considerado como apartado para recepção do requerimento. Decretação da indisponibilidade dos bens por um ano. Determinação à SECEX/SP para proceder ao levantamento desses bens, indicando aqueles necessários ao ressarcimento do débito.*

RELATÓRIO

Tratam os autos de requerimento formulado pelo Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Ex.<sup>mo</sup> Sr. Lucas Rocha Furtado, solicitando, com fulcro no art., 44, **caput** e § 2º, da Lei nº 8443/92, que este Tribunal decrete, cautelarmente, pelo prazo de um ano, a indisponibilidade de bens de todos os responsáveis solidários cuja citação foi determinada pela Decisão nº 591/2000-Plenário.

2. Transcrevo, a seguir, os termos da aludida promoção:

*“O Tribunal de Contas da União é dotado de uma competência legal que se revela de grande utilidade no aumento de eficácia de suas decisões.*

*Refiro-me ao poder deste Tribunal para decretar a indisponibilidade de bens dos responsáveis.*

*Desde 1992, a partir da publicação da Lei nº 8.443, esse poder está disponível para uso do Tribunal.*

*Reza assim o art. 44, § 2º da mencionada Lei:*

*‘Art. 44. ....*

*§ 2º Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior, **poderá o Tribunal**, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei,*

**decretar**, por prazo não superior a um ano, a **indisponibilidade de bens do responsável**, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração’.

Note-se que a Lei confere poder ao Tribunal para **DECRETAR** a indisponibilidade de bens dos responsáveis.

Não se trata, portanto, de solicitar ao Ministério Público Federal ou ao Poder Judiciário a adoção de tal medida. Ao contrário, o dispositivo mencionado é claro no sentido de que o Tribunal de Contas pode, em determinadas circunstâncias, decretar, ele mesmo, tal medida.

As circunstâncias referidas no aludido dispositivo legal seriam as do caput do art. 44, in verbis:

‘Art. 44. **No início ou no curso de qualquer apuração**, o Tribunal, **de ofício ou a requerimento do Ministério Público**, determinará, **cautelamente**, o afastamento temporário do responsável, se existirem **indícios suficientes** de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou **inviabilizar o seu ressarcimento**’.

Interpretando o caput do art. 44, pode-se inferir que a indisponibilidade de bens é uma medida cautelar, que pode ser decretada, pelo Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público junto ao TCU, no início ou no curso de qualquer apuração, havendo indícios de que sua não-adoção possa inviabilizar o ressarcimento de eventual dano.

Conquanto tal dispositivo esteja inserido no Capítulo e Seção da Lei referentes à ‘Fiscalização de Atos e Contratos’, pensamos que se deva entender ‘fiscalização’, nesse caso, em sentido amplo, abrangendo, inclusive, a aplicação dessa medida cautelar nos processos de contas. Primeiro, porque as contas são, também, instrumentos de fiscalização, considerada esta no sentido amplo. Segundo, porque a fiscalização em sentido estrito, se assim se interpretar, tem como finalidade subsidiar a instrução de processos de contas, conforme dispõe o art. 41 da mesma Lei nº 8.443/92, por conseguinte, se a medida cautelar pode ser adotada no processo subsidiário (inspeção, auditoria etc.) não vemos óbice jurídico a que venha a ser adotada no processo principal (contas).

Outrossim, cumpre salientar, desde logo, que, a nosso sentir, a decretação administrativa da indisponibilidade de bens pelo Tribunal de Contas da União é perfeitamente constitucional.

Em primeiro lugar, encontra amparo no art. 37, § 4º, da Carta Constitucional, in verbis:

‘Art. 37. ....’

§ 4º **Os atos de improbidade administrativa importarão** a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a **indisponibilidade dos bens** e o ressarcimento ao erário, **na forma e gradação previstas em lei**, sem prejuízo da ação penal cabível’.

*Da leitura do dispositivo constitucional, resulta não só o respaldo mas também a exigência da Constituição para a edição de lei dispondo sobre a indisponibilidade de bens decorrente de atos de improbidade administrativa. Cumprindo essa exigência veio o art. 44, § 2º, da Lei nº 8.443/92, fixando a competência desta E. Corte de Contas para decretar a indisponibilidade de bens nas circunstâncias já referidas.*

*Além da Lei nº 8.443/92, outras leis regulamentaram a indisponibilidade de bens em razão de improbidade administrativa. Assim, tem-se, por exemplo, o art. 7º, da Lei nº 8.429, de 2.6.1992, e o art. 10 da Lei nº 9.637, de 15.5.1998.*

*Outrossim, a decretação da indisponibilidade de bens por decisão do Tribunal de Contas da União é de todo compatível com o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que dispõe que: **‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’**.*

*Isso porque as decisões do Tribunal de Contas da União decorrem de processo, mais precisamente de processo administrativo regulado em lei, e a Constituição, no dispositivo mencionado, não exige que o ‘devido processo legal’ seja judicial.*

*Corroborando a possibilidade de decretação da indisponibilidade de bens mediante decisão administrativa está a Lei nº 6.024, de 13.3.1974, que dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras.*

*Com base nessa Lei, o Banco Central do Brasil, por ato administrativo, pode, diante de determinadas circunstâncias, decretar a intervenção ou a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, decorrendo diretamente desses atos a indisponibilidade dos bens dos administradores da instituição.*

*Esse procedimento encontra-se regulado nos arts. 36 a 38 da Lei nº 6.024/74, in verbis:*

#### **‘CAPÍTULO IV**

#### **Dos Administradores e Membros do Conselho Fiscal**

#### **SEÇÃO I**

#### **Da Indisponibilidade dos Bens**

*Art. 36. Os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência, ficarão com todos os seus bens indisponíveis não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades.*

*§ 1º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a intervenção, a extrajudicial ou a falência, atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao mesmo ato.*

*§ 2º Por proposta do Banco Central do Brasil, aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, a indisponibilidade prevista neste artigo poderá ser estendida:*

*a) aos bens de gerentes, conselheiros fiscais e aos de todos aqueles que, até o limite da responsabilidade estimada de cada um, tenham concorrido, nos últimos doze meses, para a decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial,*

*b) aos bens de pessoas que, nos últimos doze meses, os tenham a qualquer título, adquirido de administradores da instituição, ou das pessoas referidas na*

*alínea anterior desde que haja seguros elementos de convicção de que se trata de simulada transferência com o fim de evitar os efeitos desta Lei.*

*§ 3º Não se incluem nas disposições deste artigo os bens considerados inalienáveis ou impenhoráveis pela legislação em vigor.*

*§ 4º Não são igualmente atingidos pela indisponibilidade os bens objeto de contrato de alienação, de promessa de compra e venda, de cessão de direito, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público, anteriormente à data da decretação da intervenção, da liquidação extrajudicial ou da falência.*

*Art. 37. Os abrangidos pela indisponibilidade de bens de que trata o artigo anterior, não poderão ausentar-se do foro, da intervenção, da liquidação extrajudicial ou da falência, sem prévia e expressa autorização do Banco Central do Brasil ou no juiz da falência.*

*Art. 38. Decretada a intervenção, a liquidação extrajudicial ou a falência, o interventor, o liquidante o escrivão da falência comunicará ao registro público competente e às BoIsas de Valores a indisponibilidade de bens imposta no artigo 36.*

*Parágrafo único. Recebida a comunicação, a autoridade competente ficará relativamente a esses bens impedida de:*

*a) fazer transcrições, inscrições, ou averbações de documentos públicos ou particulares;*

*b) arquivar atos ou contratos que importem em transferência de cotas sociais, ações ou partes beneficiárias;*

*c) realizar ou registrar operações e títulos de qualquer natureza;*

*d) processar a transferência de propriedade de veículos automotores.'*

*Distingue-se essa Lei nº 6.024/74 da Lei nº 8.443/92, especialmente, quanto à especificação dos titulares de bens atingidos pela indisponibilidade (art. 36, § 2º) e das espécies de bens sujeitas à indisponibilidade (art. 36, §§ 3º e 4º), bem como quanto ao estabelecimento do dever de as autoridades competentes adotarem as medidas práticas que torne efetiva a indisponibilidade de bens (art. 38, caput e parágrafo único).*

*Com relação a essa última distinção, que reputamos ser a mais relevante, enquanto na Lei nº 6.024/74, o dever de as autoridades competentes adotarem as medidas práticas efetivas para tornar os bens indisponíveis é expresse, na Lei nº 8.443/92, esse dever é implícito.*

*Evidente que o art. 44, § 2º, da Lei nº 8.443/92, seria inócuo, se não se considerar esse dever implícito. E é regra hermenêutica da maior respeitabilidade a de que não há palavras ou dispositivos inúteis na lei, de maneira que é de considerar que esse dever existe e decorre implicitamente do mencionado art. 44, § 2º.*

*Isso posto, considerando que no presente caso há indícios de grave e vultoso dano ao erário e considerando a conveniência de garantir-se a eficácia do ressarcimento, este representante Ministério Público, com fundamento no art. 44, caput e § 2º, da Lei nº 8.443/92, **requer que este Tribunal de Contas da União,***

**quando vier a apreciar as alegações de defesa apresentadas na presente Tomada de Contas, decrete, cautelarmente, pelo prazo de 01 (um) ano, a indisponibilidade de bens de todos os responsáveis solidários cuja citação foi determinada pela Decisão nº 591/2000-Plenário, pessoas físicas e jurídicas, e, subseqüentemente, expeça comunicação aos órgãos competentes: cartórios de registro de imóveis, bolsas de valores, departamentos estaduais de trânsito, onde sejam localizados bens desses responsáveis, a fim de que tornem efetiva a indisponibilidade desses bens.”**

3. Objetivando oferecer tratamento mais célere à matéria, o AFCE responsável pela instrução assim propôs:

*“O requerimento foi autuado inicialmente como referente aos autos do TC-700.115/1996-0. Entretanto, tendo em vista que a adoção das medidas solicitadas pelo Procurador-Geral do MP/TCU no sentido de se promover a efetiva recuperação dos vultosos prejuízos causados aos cofres públicos requer urgência na sua apreciação, sob o risco da perda do seu objeto, no nosso entender, deve o mesmo ser tratado como processo apartado, na forma do art. 30 da Resolução-TCU nº 136/2000. Isso, com certeza, traria maior celeridade na tramitação, bem como na apreciação do citado expediente.”*

4. Como informação complementar, assim foi descrito na instrução:

*“(…)*

*Obtivemos informação procedente do Ministério Público Federal de que o pedido de liminar no sentido de decretar a indisponibilidade de bens dos réus da Ação Civil Pública nº 2000.61.00.012554-5 (distribuída por dependência à Ação Civil Pública nº 98.0036590-7 e esta última à Ação Cautelar nº 98.0032242-6) foi preliminarmente deferido e mantido em segunda instância, por meio da decisão proferida em 31 de outubro último pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em acórdão unânime, conforme consta do documento de fls. 31/37 do Anexo IV do TC 700.115/1996-0. Encontram-se arrolados dentre os réus das mencionadas ações, excetuando-se o Sr. Gilberto Morand Paixão, os Srs. Délvio Buffulin, Nicolau dos Santos Neto, Antonio Carlos da Gama e Silva, Fábio Monteiro de Barros Filho, José Eduardo Ferraz e Luiz Estevão de Oliveira Neto, e as empresas Incal Incorporações S.A., Monteiro de Barros Investimentos S.A., Construtora Ikal Ltda., Incal Ind. E Comércio de Alumínio Ltda., Grupo OK Construções e Incorporações S.A.*

*A nosso ver, mesmo tendo sido decretada a indisponibilidade de bens dos réus em processo judicial – réus esses que também figuram como responsáveis no processo – não há óbices que os mesmos tenha a indisponibilidade de bens decretada também na esfera administrativa, de competência desta Corte de Contas, tendo em vista a independência das instâncias. Isso só viria a reforçar a eficácia do ressarcimento dos prejuízos causados ao erário em virtude do superfaturamento da obra do Fórum Trabalhista de São Paulo, caracterizando-se, portanto, como uma medida de relevante interesse público.”*

5. O Sr. Diretor Técnico da 2ª Divisão da Secex/SP acrescentou:

*“(…)*

5. Segundo Neslon Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado, 2ª edição, são requisitos para a cautelar: a) a existência da plausibilidade do direito invocado por quem pretenda segurança (*fumus boni iuris*) e b) a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito (*periculum in mora*), caso se tenha de aguardar o trâmite normal do processo.

6. No processo em exame, estão presentes os dois requisitos. O *periculum in mora*, em face do valor apontado por este TCU como débito, qual seja, R\$ 169.491.951,15, em valores de abril de 1999, que sendo expressivo, requer que se adotem medidas a fim de evitar que os responsáveis transfiram fraudulentamente os bens de sua propriedade. O segundo requisito está plenamente demonstrado nas diversas ocasiões em que o Plenário deste TCU se manifestou sobre o assunto: Acórdão nº 045/99, Decisão nº 591/2000. Naquelas oportunidades, deixou-se assente as irregularidades praticadas pelos envolvidos.”

6. Complementando, o referido Diretor aduziu que, após a apreciação da matéria, seja determinada a juntada dos autos ao TC 001.025/1998-8.

7. O Sr. Secretário da Secex/SP manifestou-se de acordo com os trabalhos desenvolvidos na Secretaria, e assim propôs:

“a) seja o requerimento de autoria do Procurador-Geral do MP/TCU, Exmo. Sr. Lucas Rocha Furtado, autuado inicialmente como referente aos autos do TC-700.115/1996-0, convertido em processo apartado, na forma prevista nos arts. 30 e 31 da Resolução-TCU nº 136/2000;

b) seja decretada, cautelarmente, pelo prazo de 01 (um) ano, a indisponibilidade de bens dos responsáveis, cuja citação foi determinada pela Decisão nº 591/2000-Plenário, Srs. Nicolau dos Santos Neto, Antônio Carlos da Gama e Silva, Délvio Bufulin, Gilberto Morand Paixão, Fábio Monteiro de Barros Filho, José Eduardo Corrêa Teixeira Ferraz e Luiz Estevão de Oliveira Neto, bem como da Incal Incorporações S/A e do Grupo OK Construções e Incorporações S/A, com fulcro no art. 44, *caput* e § 2º da Lei nº 8.443/92, e, subseqüentemente, seja expedida comunicação aos órgãos competentes onde possam ser localizados bens desses responsáveis, a fim de que tornem efetiva a indisponibilidade dos mesmos; e

c) após a apreciação da matéria, seja determinada a juntada destes autos ao TC-001.025/1998-8.”

É o relatório.

## VOTO

Retratado está, no relatório que antecede a este voto, que o requerimento ora em pauta encontra amparo na legislação vigente, sendo sua adoção medida assaz pertinente para garantir que futuros ressarcimentos determinados por esta Corte de Contas possam ser efetivamente cumpridos.

2. A indisponibilidade requerida atinge os responsáveis solidários cuja citação foi determinada pela Decisão nº 591/2000-Plenário. Essa deliberação foi proferida

no âmbito do TC 700.115/1996-0, Tomada de Contas do Exercício de 1995 - Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo-SP. Assim foi deliberado:

*“O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE determinar:*

*8.1 - a juntada das contas ordinárias do TRT/SP, referentes aos exercícios de 1992, 1993, 1994, 1996, 1997 e 1998 às presentes contas do exercício de 1995, para apreciação conjunta;*

*8.2 - com fulcro no art. 12, II, da Lei nº 8.443/92, a citação solidária da empresa Incal Incorporações S.A., do Grupo OK Construções e Incorporações S.A., na pessoa do seu Diretor Superintendente e representante legal, Sr. Luiz Estevão de Oliveira Neto, e dos Srs. Nicolau dos Santos Neto, Délvio Buffulin e Antônio Carlos Gama da Silva, pelo valor de R\$ 169.491.951,15 (cento e sessenta e nove milhões, quatrocentos e noventa e um mil, novecentos e cinqüenta e um reais e quinze centavos), relativo à diferença entre as quantias pagas pelo TRT - 2ª Região à conta das obras de construção do Fórum Trabalhista de São Paulo (R\$ 231.953.176,75) e o valor efetivo do empreendimento nas condições em que se encontra (R\$ 62.461.225,60), todos em valores de abril de 1999, sendo que desse débito total a parcela de R\$ 13.207.054,28 (treze milhões, duzentos e sete mil, cinqüenta e quatro reais e vinte e oito centavos) é de responsabilidade solidária também do Sr. Gilberto Morand Paixão, o qual deverá ser igualmente citado, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias para que apresentem alegações de defesa ou recolham aos cofres do Tesouro Nacional a referida importância, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora devidos a contar de maio de 1999.”*

3. Em primeiro lugar, cabe analisar a autuação do requerimento. Segundo o Sistema Processual, a peça é integrante do TC 700.115/1996-0. No entanto, a promoção encontra-se inserida no TC 017.777/2000-0, processo esse apartado do TC 700.115/1996-0.

4. Todavia, conforme rezam os arts. 30 e 31 da Resolução nº 136/2000, somente os Relatores, as Câmaras ou o Plenário são competentes para determinar a formação de apartados.

5. Dessa forma, tendo em vista a celeridade que o assunto requer, entendo que esse Plenário deva homologar a formação deste apartado a fim de recepcionar o requerimento.

6. A Lei Orgânica do TCU prevê a faculdade de o Tribunal decretar a indisponibilidade de bens dos responsáveis **ex motu proprio** sem a necessidade de solicitar ao Ministério Público Federal ou ao Poder Judiciário. Para tanto, o art. 44, § 2º da Lei nº 8443/92 reza que:

*“(…)*

*§ 2º Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tanto quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.”*

7. Seguindo o posicionamento do Ex.<sup>mo</sup> Sr. Procurador-Geral, entendo como plenamente constitucional a medida, uma vez que o art. 37, § 4º, da Constituição Federal assim prevê:

“(…)

§ 4º *Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei (...).*”

8. Acompanho, ainda, o entendimento formulado na peça vestibular segundo o qual, apesar de tal dispositivo encontrar-se na Seção da Lei referente a “Fiscalização de Atos e Contratos”, sua aplicação alcança, também, os processos de contas. Tal fato ocorre por dois motivos: a) processos de contas também são instrumentos de fiscalização em sentido amplo; b) se a medida cautelar pode ser utilizada no processo subsidiário (auditorias, inspeções etc.) não há óbice em que seja utilizada no processo principal (contas).

9. Outro ponto que merece relevo é que, mesmo já tendo sido decretada a indisponibilidade dos bens dos responsáveis em processo judicial, não existe nenhum impedimento da decretação na esfera administrativa, haja vista a autonomia das instâncias.

10. Dessa forma, reconheço a competência do TCU em decretar tal medida. Cabe, então, verificar a pertinência em adotá-la. O expressivo débito apurado pelo Tribunal (R\$ 169.491.951,15) aliado aos fatos já exaustivamente deliberados por esta Corte de Contas (Acórdão nº 045/99-Plenário, Decisão nº 469/99-Plenário e Decisão nº 591/2000-Plenário), levam à conveniência de se decretar a indisponibilidade dos bens.

11. Todavia, tendo em vista que o § 2º, do art. 44 da Lei Orgânica deste Tribunal refere-se à “indisponibilidade **de bens** do responsável, **tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração**”, entendo que, a Unidade Técnica responsável deve arrolar os bens desses responsáveis, indicando os valores necessários para garantir o ressarcimento do débito.

12. Para tanto, a Secex/SP deve diligenciar junto às esferas competentes, **verbi gratia** aos Juízes Corregedores dos Registros de Imóveis, aos Departamentos de Trânsito (DETRAN) estaduais e ao Banco Central, etc.

13. Assim sendo, entendendo, pela relevância e pertinência do requerimento apresentado pelo Ex.<sup>mo</sup> Sr. Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado, que o Tribunal deva adotar incontinenti a medida cautelar prevista no art. 37, § 4º da Constituição Federal, bem como na Lei Orgânica do T.C.U. (art. 44, § 2º da Lei 8.443/92), passo a examinar o mérito da questão, vencida a preliminar.

14. Em notável **leading case** desta Corte de Contas em que, pela primeira vez se decretou o afastamento temporário de um dirigente em aplicação ao art. 44 da Lei Orgânica, tivemos a oportunidade de enfrentar o tema sob o aspecto doutrinário.

15. Para gáudio nosso e prestígio das decisões da Corte, o Egrégio Supremo Tribunal Federal legitimou a decisão do TCU, julgando improcedente o Mandado

de Segurança impetrado pelo Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina, CREMESC (M.S. 22643-9).

16.Ficou assim assente pela Suprema Corte a competência deste TCU para a aplicação da medida cautelar prevista na Lei Orgânica.

17.No caso **sub judice**, a gravidade de lesão aos cofres públicos está evidenciada e é hoje fato notório.

18.Por outro lado, sabe-se que os responsáveis a qualquer momento poderão evadir-se do território nacional, a exemplo do que ocorreu com o principal responsável pelas obras do TRT de São Paulo ou, mesmo, desfazer-se dos seus bens para evitar a constrição do seu patrimônio.

19.E isso poria por terra todo o esforço da sociedade brasileira que está desejava de ver a devolução dos recursos públicos desviados da construção do prédio público.

20.Esse é o **periculum in mora** que justifica a procedência da medida.

21.Passo, agora, a discorrer sobre o procedimento cautelar instituído no art. 44 e parágrafos da Lei Orgânica do TCU.

22.Superado na ciência processual o conceito de que **jurisdictio in sola notione consistit**, os processualistas aprofundaram seus estudos na **executio** e como corolário surgiu a preocupação com as medidas cautelares.

23.A função jurisdicional tem por escopo chegar, através da sentença judicial, à solução da controvérsia.

24.Vejamos qual a natureza do provimento cautelar e como ele se distingue dos outros provimentos judiciais.

25.Quantitativamente os provimentos cautelares se aproximam mais do procedimento executivo do que do procedimento cognitivo, cf. a maioria dos doutrinadores alemães assevera.

26.Segundo o ensinamento de Chiovenda, adotado por Calamandrei a atuação da lei no processo pode dar-se através de 3 modos: cognição, conservação e execução.

27.O procedimento cautelar traz um caráter de provisoriedade que se caracteriza pela limitação da duração de seus efeitos.

28.Essa temporalidade equivale a uma interinidade ou provisoriedade.

29.Esse procedimento se justificou pela natureza da credibilidade das provas coligidas e pela natureza especial da relação controvertida.

30.Nada impede que o provimento cautelar provisório passe a vir a tornar-se definitivo.

31.Para que possa justificar-se o aparecimento de uma medida cautelar é necessário que haja a existência de um perigo de dano jurídico, derivado do atraso de um provimento judicial definitivo: é o que os processualistas costumam denominar **periculum in mora**.

32.O **periculum in mora** não é perigo de dano genérico diante do qual a tutela jurisdicional possa assumir um caráter preventivo, no qual o interesse de agir surge não do dano mas do perigo de um dano jurídico: sendo o exemplo mais significativo o da condenação **in futuro** de que trata Chiovenda **in Ist. I, nº 48**.

33. Como bem salienta Calamandrei, para a conceituação do **periculum in mora** é necessário dar um passo adiante: não basta que o interesse de agir surja de um estado de perigo e que o provimento invocado tenha um escopo preventivo de um dano apenas temido, mas que ocorra a causa de iminência de um perigo e a medida judicial tenha caráter de urgência no sentido de que com o atraso, o dano temido se transformasse em dano efetivo ou se agravasse o dano já iniciado.

34. A tutela preventiva e a tutela cautelar podem ser consideradas gênero e espécie; assim nos interditos verifica-se a presença da urgência mas não se verifica o caráter cautelar.

35. O **periculum in mora** que se encontra na base da medida cautelar não é pois o perigo genérico ao qual se possa obviar com o exercício do procedimento ordinário mas é especificamente o perigo de um dano marginal que poderia resultar do atraso natural do procedimento ordinário.

36. É a impossibilidade prática de acelerar a decisão definitiva que faz surgir o interesse de uma medida provisória.

37. É a demora da decisão que impulsiona a medida cautelar que vai antecipar os efeitos da decisão definitiva.

38. Assim mesmo quando no campo das relações substanciais a lesão ao direito já tenha ocorrido, ainda que parcialmente, a medida cautelar se justifica tornar-se preventiva em relação ao agravamento do dano.

39. O **periculum in mora** não seria levado em consideração se se pudesse abreviar o procedimento com a decisão definitiva.

40. A função do provimento cautelar nasce da relação entre dois termos: I) a necessidade de que seja emanado com urgência (**opinio necessitatis**) e II) a impossibilidade da aceleração do processo ordinário (**due process of law**).

41. Calamandrei tem uma imagem bastante feliz quando, na hipótese do dano iminente, compara o procedimento ordinário a uma sofisticada medicação que fosse aplicada no paciente já morto.

42. O procedimento cautelar representa uma conciliação entre as duas exigências, a da celeridade e a do devido processo: opta pela celeridade por uma razão de lógica, porque o devido processo será executado para a consecução da decisão definitiva.

43. Com isso se permite que o processo ordinário funcione normalmente e com vagar, enquanto se garantem preventivamente os meios necessários para que a decisão definitiva tenha a mesma eficácia e o mesmo rendimento prático que teria no procedimento ordinário.

44. O princípio expresso por Chiovenda da atuação da sentença como lei, como se acontecesse no próprio momento da propositura da demanda, pode bem ser retratado no provérbio: **la necessità di servirsi del processo per ottenere ragione non deve tornar a danno di chi ha ragione**.

45. O provimento cautelar, salienta Calamandrei, mais do que a fazer justiça visa a garantir o eficaz funcionamento desta. Se todos os provimentos jurisdicionais são um instrumento do direito substancial que atuaram por meio do processo, nos

provimentos cautelares se encontra uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada ao quadrado: são infalivelmente um meio predisposto para o melhor êxito do provimento definitivo, que por sua vez é um meio para a atuação do direito: são em relação à finalidade última de função jurisdicional, instrumentos do instrumento.

46.É ainda Calamandrei que chama a atenção para o equívoco conceitual a que a terminologia pode levar quando se contrapõe o provimento cautelar ao não cautelar, considerando aquele como provisório e a este como definitivo.

47.O qualificativo definitivo não é uma expressão contraponível, com propriedade, ao de cautelar.

48.O que realmente conta são os qualificativos estável e imutável da decisão final que faltam ao provisionamento cautelar e que são a verdadeira marca distintiva entre esses dois tipos de provisão, a cautelar e a final.

49.Por isso a terminologia que melhor se adapta é a de cautelar e principal.

50.Quanto ao caráter conservativo que alguns atribuem às provisões cautelares é de observar-se que alguns provimentos cautelares não têm esse qualificativo porque podem consistir não na conservação, mas na modificação do estado de fato existente.

51.É o caso do provimento cautelar que se busca para eliminar o dano que poderá resultar do atraso de uma medida dessa ordem.

52.O Direito Canônico prevê em seu Cânone 1672, § 2º, a **inhibitio exercitii juris**, como sequestro impróprio.

53.Diz o § 1º desse cânone que se alguém provar que tem direito sobre uma coisa que outro detém em seu poder e que possa advir prejuízo se aquele não se colocar sob custódia, compete-lhe o direito de obter do juiz o seqüestro da res.

54.O § 3º reza: sempre que o bem público pareça exigir o sequestro de uma coisa e a proibição do exercício de um direito, pode o juiz decretá-lo de ofício, principalmente à instância do M. Público ou do defensor do vínculo.

55.O seqüestro impróprio, ou inibição de um direito é a proibição temporal de usar de um direito posto em litígio. O seqüestro costuma constituir uma fase incidental no processo primário.

56.A latitude da regra no Direito Canônico é medida pelo bem jurídico protegido que é o **bonum publicum** visto que o legislador abriu oportunidade a **quoties bonum publicum id postulare videatur**, i.e., tantas vezes quantas o bem público pareça exigir.

57. O art. 44 da Lei nº 8.443/92, abaixo transcrito, põe às claras a competência desta Casa para o tema ora enfrentado:

*“Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.”*

58.Para clarear o assunto, trazemos à baila excertos do memorável Voto proferido no julgamento do TC 016.894/92-8, quando se propôs aplicar o dispositivo

da Lei nº 8.443/92. Em algumas passagens, assim se expressou o eminente decano Ministro Fernando Gonçalves (Decisão nº 203/92 - Plenário, Sessão de 30/09/92):

“.....  
*A Lei Orgânica do Tribunal é plenamente vigente, pois foi regularmente promulgada e publicada. Ao entrar em vigor no dia 17.07.92, data de sua publicação, trouxe para o mundo jurídico todas as suas disposições, que, não tendo sido derogadas ou ab-rogadas por normas posteriores, passaram a reger, desde então, todos os fatos nela previstos, dos quais vieram constituir fundamento de validade ou não.*

“.....  
*Por fim, o art. 44 estabelece os pressupostos para sua aplicação ('possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento'). Não é necessário que as três condições estejam presentes simultaneamente, bastando, apenas, que ao menos uma delas esteja configurada...*

“.....  
*O art. 44 é, pois, auto-aplicável, posto que se encontra vigente, é compatível com a Constituição Federal, é fruto de um processo legislativo regular e possui plena eficácia, pois carrega em seu bojo todas as condições indispensáveis à sua aplicação, bastando ao intérprete realizar sua subsunção, ou seja, sua aplicação ao caso concreto.*”

Assim posto, voto por que o Tribunal adote as deliberações que submeto ao descortino deste E. Plenário.

#### DECISÃO Nº 026/2001 - TCU - PLENÁRIO<sup>1</sup>

1. Processo nº 017.777/2000-0.
2. Classe de Assunto: VII – Requerimento oriundo do Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU.
3. Responsáveis: Srs. Nicolau dos Santos Neto, Délvio Buffulin, Antônio Carlos Gama da Silva, Gilberto Morand Paixão e a empresa Incal Incorporações S.A., do Grupo OK Construções e Incorporações S.A., na pessoa do seu Diretor Superintendente e representante legal, Sr. Luiz Estevão de Oliveira Neto.
4. Entidade: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo-SP.
5. Relator: Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.
6. Representante do Ministério Público: Dr. Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral.
7. Unidade Técnica: SECEX/SP.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, com fulcro no art. 44, *caput* e § 2º da Lei nº 8.443/92 e arts. 30 e 31, da Resolução/TCU nº 136/2000, DECIDE:

<sup>1</sup> Publicada no DOU de 09/02/2001.

8.1 considerar este processo como apartado para recepção do referido requerimento;

8.2 decretar, cautelarmente, pelo prazo de 01 (um) ano, a indisponibilidade de bens dos responsáveis, cuja citação foi determinada pela Decisão nº 591/2000-Plenário, tantos quantos bastantes para garantir o ressarcimento do débito, Srs. Nicolau dos Santos Neto, Antônio Carlos da Gama e Silva, Délvio Buffulin, Gilberto Morand Paixão, Fábio Monteiro de Barros Filho, José Eduardo Corrêa Teixeira Ferraz e Luiz Estevão de Oliveira Neto, bem como da Incal Incorporações S/A e do Grupo OK Construções e Incorporações S/A; e

8.3 determinar à Secex/SP que proceda ao levantamento dos bens dos responsáveis solidários arrolados no item anterior, indicando os bens e respectivos valores necessários para garantir o ressarcimento do débito.

9. Ata nº 03/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 31/01/2001 – Ordinária

11. Especificação do *quorum*:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Iram Saraiva, Valmir Campelo, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues e os Ministros-Substitutos Lincoln Magalhães da Rocha (Relator) e Benjamin Zymler.

11.2 Ministro com voto vencido: Benjamin Zymler.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO  
Presidente

LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA  
Ministro-Relator