

A AFETAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO USO DE MEDIDAS CAUTELARES ADMINISTRATIVAS

THE AFFECTATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS BY THE USE OF ADMINISTRATIVE PRECAUTIONARY MEASURES

FLÁVIO GARCIA CABRAL

Coordenador e Professor da Pós-Graduação em Direito Público da Escola de Direito do Ministério Público em Mato Grosso do Sul – EDAMP; Professor da Unigran–Capital; Procurador da Fazenda Nacional. Pós-Doutorado pela PUCPR; Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP.
ORCID: [<http://orcid.org/0000-0002-8128-314X>].
flaviocabral_@hotmail.com
DOI: [<https://doi.org/10.48143/rdai.22.cabral>].

Recebido em: 28.01.2022 | Received on: Jan. 28th, 2022
Aceito em: 15.05.2022 | Accepted on: May 15th, 2022

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: O artigo trata sobre a relação da cautelaridade administrativa e os direitos fundamentais. Trata-se de tema pouquíssimo explorado pela doutrina, o que justifica sua análise. Busca-se apurar se as medidas cautelares administrativas acabam por restringir os direitos fundamentais da presunção de inocência e da honra e, caso isso ocorra, se o Estado, à luz da jurisprudência, é responsabilizado por essa restrição. Ao final, conclui-se que, no que toca à presunção de inocência, em legislações nas quais a medida cautelar administrativa é temporalmente delimitada e há uma previsão clara de que não se trata de uma sanção antecipada, caso sejam adotadas devidamente todas as exigências legais, não há violação àquele direito, não tendo afetado o seu âmbito de incidência. Em relação à honra, é possível que, mesmo atendendo os requisitos legais, haja a sua vulneração em relação à pessoa afetada pelo provimento. Porém, restou

ABSTRACT: The article deals with the relationship between administrative precautionary measures and fundamental rights. This is a topic that has been little explored by the doctrine, which justifies its analysis. It seeks to determine whether administrative precautionary measures end up restricting the fundamental rights of the presumption of innocence and honor and, if this occurs, whether the State, in the light of jurisprudence, is accountable for this restriction. In the end, it is concluded that with regard to the presumption of innocence, in legislation in which the administrative precautionary measure is temporally delimited and there is a clear prediction that it is not an early sanction, if all legal requirements are duly adopted, there is no violation of that right, and its scope of incidence has not been affected. In relation to honor, it is possible that, even meeting the legal requirements, it may be violated in relation to the person

evidenciado que, mesmo havendo essa possível lesão à honra, isso não implica na automática responsabilização estatal.

PALAVRAS-CHAVE: Cautelaridade administrativa – Medidas cautelares – Direitos fundamentais – Presunção de inocência – Honra.

affected by the provision. However, it was evident that, even with this possible injury to honor, this does not imply automatic state accountability.

KEYWORDS: Administrative caution – Precautionary measures – Fundamental rights – Presumption of innocence – Honor.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Cautelaridade administrativa: aspectos gerais. 3. Possibilidade de lesão a direitos fundamentais. 3.1. Presunção de inocência. 3.2. Honra. 4. Conclusões. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O¹ Estado atua de maneira acautelatória em diversas searas e no bojo de variadas funções. Uma delas é a função administrativa, na qual o Poder Público possui o dever-poder de expedir medidas cautelares administrativas de modo a alcançar o interesse público e impedir/minimizar danos e/ou a inutilidade de um processo administrativo.

Ao emitir provimentos acautelatórios, é comum, pela própria feição daqueles, que haja mitigação/restricção a direitos dos sujeitos afetados pelas medidas. É típico dessas medidas por ostentarem, em sua grande parte, uma natureza de sacrifícios parciais de direito, que o conteúdo desses atos consista exatamente em afetar algum(ns) dos elementos de determinados direitos. Assim, busca-se nesse artigo apurar se há vulneração aos direitos fundamentais da presunção de inocência e da honra quando da expedição de provimentos cautelares administrativos e se isso eventualmente implica a responsabilização estatal.

Inicialmente serão apresentados alguns traços gerais sobre a atividade cautelar administrativa. Ato contínuo, abordar-se-á a possibilidade de que medidas cautelares administrativas possam gerar lesões a direitos fundamentais, investigando-se, ao final, se isso efetivamente ocorre em relação à presunção de inocência e à honra e se o Estado vem a ser responsabilizado por isso.

1. Como citar esse artigo/*How to cite this article*: CABRAL, Flávio Garcia. A afetação de direitos fundamentais pelo uso de medidas cautelares administrativas. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. – RDAI, São Paulo, ano 6, v. 22, p. 101-123, jul./set. 2022. DOI: [10.48143/rdai.22.cabral].

Trabalhando-se ainda sobre o caso, mesmo que não tratado de maneira limpa pelo Tribunal, conclui-se que não caberia à Administração responder pela adoção da medida cautelar inicial (antes da ocorrência do excesso) por se estar diante de conduta exclusiva de terceiro, já que a documentação de autorização que acabou sendo o motivo provocador do provimento fora expedida erroneamente por pessoa diversa da autarquia demandada judicialmente, não cabendo imputar a responsabilidade a esta.

4. CONCLUSÕES

Sobre a responsabilização judicial pelo uso de medidas cautelares que envolvam direitos fundamentais, o que se pode extrair das linhas construídas até aqui é que não há uma uniformidade dos julgamentos, sendo certo que a grande maioria dos acórdãos busca estribar a irresponsabilidade estatal pela legalidade da medida adotada. Além disso, a presença da conduta exclusiva do prejudicado e de terceiros se evidenciou como sendo questão fundamental para aferir a responsabilidade do Estado, ainda que muitos julgados não a tragam de forma expressa. Tal circunstância, que se mostrou mais comum que o esperado, é justificável quando se nota que, não obstante as medidas cautelares administrativas em si não tenham viés sancionatório, elas estão normalmente envolvidas em processos administrativos decorrentes do poder de polícia, disciplinares ou fiscalizatórios, ou seja, todos concernentes, em certa medida, à aferição de condutas capazes de violar a legislação e que, normalmente, são perpetradas pelo receptor daqueles provimentos provisionais.

Apurou-se, ao longo do texto, dois direitos fundamentais comumente vulnerados (em tese) quando se está a tratar de provimentos acautelatórios administrativos. No que tange ao primeiro, qual seja, a presunção de inocência, conclui-se que em legislações nas quais há uma delimitação temporal e uma previsão clara de que não se trata de uma sanção antecipada, caso sejam adotadas devidamente todas as exigências legais, não há violação àquele direito, não estando afetado o seu âmbito de incidência. Diferentemente ocorre nas hipóteses em que há excessos (desproporcionalidade), práticas ilegais e/ou uma delimitação legislativa que confere uma feição sancionatória ao provimento cautelar.

No que tange ao segundo direito fundamental visitado, a honra, a situação muda de feição. Embora a análise deva recair sempre à luz do caso concreto, é possível que mesmo havendo o cumprimento dos termos legais para a adoção das medidas cautelares administrativas, ainda assim verifica-se uma vulneração na honra da pessoa afetada pelo provimento. Porém, restou evidenciado que, mesmo ocorrendo essa possível lesão à honra, isso não implica na automática

responsabilização estatal, devendo estar presentes os demais requisitos para que isso ocorra, o que, várias vezes, resta afastado justamente pelas circunstâncias apresentadas anteriormente, como a culpa exclusiva do prejudicado ou de terceiros, ou mesmo pela ponderação dos direitos tutelados no caso concreto.

5. REFERÊNCIAS

- BACELLAR FILHO, Romeu Filipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 9, n. 37, p. 11-55, jul.-set. 2009.
- BARAJAS VILLA, Mauricio. Proporcionalidad en la suspensión temporal del juzgador federal en el procedimiento administrativo disciplinario. *Revista del instituto de la judicatura federal*. México, n. 34, p. 43-67, 2012.
- CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- CABRAL, Flávio Garcia. O que é (ou deve ser) o poder geral de cautela do Tribunal de Contas da União? *ConJur*. Disponível em: [<https://www.conjur.com.br/2021-jun-16/cabral-ou-poder-geral-cautela-tcu>]. Acesso em: 20.01.2022.
- CABRAL, Flávio Garcia. Natureza jurídica das medidas cautelares administrativas patrimoniais: Legal nature of patrimonial administrative precautionary measures. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo: Ed. RT, v. 3, n. 8, p. 173-201, 2019.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos. *Instituciones políticas y el derecho constitucional*. Santiago del Chile: Ediciones Universidad Finis Terrae, 2009.
- DOMENÉCH PASCUAL, Gabriel. Justificación de las indemnizaciones por sacrificios impuestos en la lucha contra epizootias y plagas. *InDret – Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, n. 4, p. 1-34, Oct. 2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil – teoria geral*. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2014.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei n. 8.112/1990 interpretada*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MÍGUEZ BEN, Eduardo. Suspensión provisional del funcionario versus presunción de inocencia: última jurisprudencia. *Revista de Administración Pública*, n. 108, p. 235-253, sep.-dic. 1985.

- RAMIREZ TORRADO, María Lourdes. La sanción administrativa y su diferencia con otras medidas que imponen carga a los administrados en el contexto español. *Revista de Derecho*, Barranquilla, n. 27, p. 272-292, ene.-jun. 2007.
- REBOLLO PUIG, Manuel et al. *Derecho administrativo sancionador*. Valladolid: Lex Nova, 2010.
- ROSA, Alexandre Morais da; MARCELINO JR., Julio Cesar. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 1, p. 7-23, ago.-dez. 2009.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil – volume único*. São Paulo: Método, 2011.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Administrativo

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Natureza jurídica das medidas cautelares administrativas patrimoniais, de Flávio Garcia Cabral – 8/173-201.

Veja também Legislação relacionada ao tema

- Art. 45 da Lei 9.784/1999.