

**D) Ordenação
administrativa**

***D) Administrative
ordination***

NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS CAUTELARES ADMINISTRATIVAS PATRIMONIAIS

LEGAL NATURE OF PATRIMONIAL ADMINISTRATIVE PRECAUTIONARY MEASURES

FLÁVIO GARCIA CABRAL

Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP. Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio. Mestre em Direito pela Universitat de Girona, Espanha. Coordenador e Professor da EDAMP-MS. Procurador da Fazenda Nacional. flaviocabral_@hotmail.com

Recebido em: 28.09.2018

Aprovado em: 09.11.2018

ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Processual

RESUMO: O artigo busca investigar qual a natureza jurídica das medidas cautelares administrativas patrimoniais diante do ordenamento jurídico brasileiro. Embora o poder cautelar administrativo do Estado seja um importante dever-poder da Administração Pública, que assegura a eficácia dos processos administrativo e atende ao interesse público, trata-se de temática ainda pouco estudada e traz dúvidas quanto ao seu regime jurídico. Ao final, em atenção ao seu conteúdo, verificar-se-á que as medidas cautelares administrativas se constituem como sacrifícios parciais do direito que, como regra, por ausência de previsão normativa, não geram indenização por parte do Estado, desde que aplicadas nos limites jurídicos determinados.

PALAVRAS-CHAVE: Natureza jurídica – Medidas cautelares – Administrativo – Sacrifício de direito.

ABSTRACT: The article seeks to investigate the legal nature of patrimonial administrative precautionary measures in the Brazilian legal system. Although the precautionary administrative power of the State is an important duty/power of the Public Administration, which ensures the effectiveness of administrative procedures and serves the public interest, it is a subject that has not yet been studied and raises doubts about its legal regime. In the end, concerning their content, it will be verified that administrative precautionary measures constitute a partial sacrifice of the law, which, as a rule, due to lack of normative provisions, do not generate to the State the duty to compensate, as long as applied within legal limits.

KEYWORDS: Legal nature – Precautionary measures – Administrative – Sacrifice of law.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Poder cautelar administrativo. 1.1. Características das medidas cautelares administrativas. 2. A questão da responsabilidade pelas medidas cautelares administrativas. 3. A natureza jurídica das medidas cautelares administrativas patrimoniais, a indenização e o sacrifício de direito. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública, serviente dos legítimos interesses dos administrados, de modo a cumprir com os inúmeros deveres constitucional e legalmente previstos, dispõe de alguns poderes – todos instrumentais a esses deveres, como há tempos apontam os estudos de Direito Administrativo – como meios para alcançar, em última instância, o interesse público e atuar em prol dos cidadãos.

Entre as diversas formas jurídicas que o Estado tem de exercer suas prerrogativas, uma que se destaca, devido a suas peculiaridades, é o uso de medidas cautelares no âmbito administrativo.

A questão é que, a pesquisa acerca de um regime jurídico versando sobre os provimentos cautelares adotados pela Administração Pública é temática ainda rara nos estudos doutrinários brasileiros. É justamente pelo desconhecimento do instituto ou, ainda, uma análise rasa que se faz sobre ele, que se mostra essencial a elaboração dessas breves linhas que buscam averiguar um dos aspectos concernentes às medidas provisionais administrativas.

No universo de temáticas envolvendo as medidas cautelares, este *paper* se limitará a investigar qual a natureza jurídica das medidas provisionais administrativas. Em outras palavras, busca-se compreender em qual categoria jurídica as medidas acautelatórias adotadas pela Administração Pública se enquadram, para que possamos, então, compreender que consequências isso traz na adoção destes atos.

Deve-se ressaltar que, embora sejam analisadas as características gerais das medidas cautelares administrativas, a investigação quanto a sua natureza restará limitada àquelas que tenham cunho patrimonial (indisponibilidade de bens ou interdição de estabelecimentos, por exemplo). Tal advertência se faz necessária devido ao fato que há medidas que não afetam a propriedade (afastamento cautelar do servidor público, *e.g.*), que, justamente por afetar outros direitos, merecerão um estudo diferenciado e apartado, objeto de um novo e futuro artigo.

Assim, o presente escrito iniciará abordando os delineamentos gerais do poder de cautela administrativa, assentando quais são seus requisitos e características. Ato contínuo, prosseguirá apontando a questão acerca da responsabilidade

do Estado pelo uso dos provimentos cautelares e finalizará investigando qual a natureza jurídica dos provimentos cautelares administrativos de cunho patrimonial, sempre com ênfase na ordem jurídica brasileira.

Para a realização deste trabalho, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, possuindo natureza descritiva e exploratória quanto aos fins e bibliográfica quanto aos meios.

1. PODER CAUTELAR ADMINISTRATIVO

Quando se invoca um poder de cautela ou, mais precisamente, um poder geral de cautela, em sistemas jurídicos como o brasileiro, tem-se a imagem inicial da figura do processo judicial, sendo questão hoje já sem grandes controvérsias no que tange à existência de um poder geral de cautela judicial.

De fato, a par da existência de provimentos cautelares específicos, cada qual desenhado para atender a uma determinada hipótese (as denominadas medidas cautelares típicas ou nominadas), os diversos ordenamentos jurídicos¹ acabaram estipulando previsões mais amplas, conferindo uma maior flexibilidade cautelar aos magistrados, tudo a fim de acobertar as situações não previstas anteriormente pelo legislador. A essa atipicidade cautelar² dá-se o rótulo de poder geral de cautela.³

Fredie Didier Jr. apresenta suas considerações sobre o poder geral de cautela na esfera judicial, proclamando que é este atribuído ao magistrado para que adote medidas provisórias e urgentes de natureza cautelar, ainda que sem previsão legal expressa, uma vez verificada a fumaça do bom direito e o perigo da demora, tratando-se de uma previsão legal de atipicidade cautelar.⁴

1. De maneira meramente exemplificativa, Alexandre Freitas Câmara destaca a existência de um poder geral de cautela judicial previsto expressamente na legislação alemã, portuguesa, italiana e argentina (*Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. III. p. 48).
2. “É, porém, de ressaltar que entre as medidas típicas e as que provêm do poder geral de cautela não há diferença de natureza ou substância” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. II. p. 505).
3. Alexandre Freitas Câmara salienta que também se utilizam as nomenclaturas poder cautelar geral ou poder cautelar genérico (*Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. III. p. 47).
4. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação de tutela*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 475.

O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), embora tenha tido o mérito de unificar o regime jurídico da tutela antecipada e das medidas cautelares⁵, enquadrando-as no gênero da tutela de urgência (artigo 294 e seguintes), manteve o delineamento dos requisitos do poder cautelar judicial, é dizer, demanda a verificação do perigo da demora e do *fumus boni iuris*.

Se um poder geral de cautela judicial e a existência de medidas cautelares judiciais específicas é matéria debatida há tempos pela doutrina processualista, já tendo sido encontrados muitos pontos de convergência sobre o assunto, o mesmo não ocorre quando se põe em pauta o tópico do poder de cautela administrativa.

Ao se analisar o sistema jurídico brasileiro, nota-se que em determinadas hipóteses a Administração Pública, no bojo de processos administrativos⁶, não pode aguardar o final de todo o trâmite processual para tomar alguma medida, devendo, por vezes, adotar providências preliminares, a fim de evitar um dano maior ou resguardar algum direito. São precisamente nesses casos que surgem as medidas cautelares administrativas.

5. “Sob o rótulo de ‘Tutela Provisória’, o novo CPC reúne três técnicas processuais de tutela provisória, prestáveis eventualmente em complemento e aprimoramento eficaz da tutela principal, a ser alcançada mediante o provimento que, afinal, solucionará definitivamente o litígio configurador do objeto do processo. Nesse aspecto, as ditas ‘tutelas provisórias’ arroladas pela legislação processual civil renovada correspondem, em regra, a incidentes do processo, e não a processos autônomos ou distintos. De tal sorte que a antiga dicotomia do processo principal (de cognição ou execução) e cautelar, existente no Código revogado, não mais subsiste na nova lei, pelo menos como regra geral, restando bastante simplificado o procedimento. Correspondem esses provimentos extraordinários, em primeiro lugar, às tradicionais medidas de urgência – cautelares (conservativas) e antecipatórias (satisfativas) –, todas voltadas para combater o perigo de dano que possa advir do tempo necessário para cumprimento de todas as etapas do devido processo legal” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 786).
6. Embora exista um embate doutrinário entre a diferenciação dos termos “processo” e “procedimento”, entendendo-se, majoritariamente, que o segundo se refira simplesmente ao rito estabelecido acerca do primeiro, para os fins desse trabalho, por não vislumbrar maior relevância prática, tampouco teórica, utilizar-se-ão ambos os vocábulos de forma indistinta. De fato, é o que faz também Celso Antônio Bandeira de Mello: “Quanto a nós, tendo em vista que não há pacificação sobre este tópico e que em favor de um milita a tradição (‘procedimento’) e em favor de outra a recente terminologia legal (‘processo’), daqui por diante usaremos indiferentemente uma ou outra” (*Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 496).

Com idêntica explicação, o Superior Tribunal de Justiça já esclareceu:

Os danos decorrentes de atividade ilícita são sempre antijurídicos e devem reunir somente duas características para serem reparados, serem certos e não eventuais e atingirem situação legítima, capaz de traduzir um direito, ou ao menos um interesse legítimo. Já os danos oriundos de atividade lícita demandam outras duas características para serem suscetíveis de reparação, serem anormais, inexigíveis em razão do interesse comum, e serem especiais, atingindo pessoa determinada ou grupo de pessoas.³³

Pela sucinta explanação prévia colacionada, a conclusão que se tomaria, *prima facie*, é que a adoção de medidas cautelares administrativas lícitas pela Administração invariavelmente acarretaria a responsabilização do Estado.

Ocorre que praticamente todos – senão todos – os provimentos administrativos cautelares administrativos acabam gerando danos certos, jurídicos, especiais e anormais. Deveras, uma medida de indisponibilidade de bens de determinado sujeito que está sendo fiscalizado pelo TCU, e.g., ocasiona uma lesão certa a seu direito de propriedade, lesão essa que não corresponde aos pequenos aborrecimentos cotidianos, e que afeta diretamente aquele determinado sujeito. Então caberia se falar em responsabilidade da Administração?

O ponto que se discute é o que há de diferente nas medidas cautelares administrativas, em particular as de cunho patrimonial³⁴, em relação às outras formas lícitas de atuação da Administração, no que se refere a sua possível responsabilidade? Por que, em regra, de acordo com o que vem sendo decidido pelos Tribunais, a Administração não vai responder incondicionalmente quando da aplicação de medidas cautelares lícitas, mas responde, por exemplo, no caso da construção de uma barragem que implique na inundação de diversas propriedades particulares?³⁵

Nesse sentido, veja parte da decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde se analisou a apreensão cautelar de carne por agentes da vigilância sanitária: “Ausente ato ilícito por parte dos fiscais da Secretaria Municipal da Saúde,

33. STJ, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 12.11.2013, T2.

34. Deve-se recordar que este artigo se dedicará a analisar a natureza jurídica das medidas cautelares administrativas de cunho patrimonial, sem embargo da existência de outros provimentos cautelares que, justamente por se referirem a objetos diversos do direito de propriedade, possuem um regime jurídico diferenciado. Reserva-se a análise dessas outras medidas cautelares para uma reflexão posterior.

35. Exemplo trazido por Lucas Rocha Furtado (*Curso de direito administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 831).

que os aludidos atos provisionais se enquadram na categoria de sacrifícios de direito parciais.

É pela sua natureza de sacrifício de direito parcial que se apura que, por serem medidas lícitas, desde que exercidas dentro dos limites jurídicos, não acarretam hipóteses de responsabilidade civil do Estado. Além disso, não havendo previsão legislativa expressa prevendo sua indenizabilidade – como ocorre com todos as medidas cautelares administrativas existentes até hoje no Brasil –, ainda mais por não ser um sacrifício total, mas sim parcial e provisório, ademais de não gerar um enriquecimento do Estado (o caráter provisional assim impõe), e havendo o dever de o particular suportar aquele gravame, a regra é que não haja o pagamento de indenização pela sua utilização.

CONCLUSÃO

Pelas breves linhas tracejadas, que visam a suprir uma ausência de estudos mais firmes no que tange às medidas cautelares administrativas, pode-se sintetizar as conclusões deste artigo por meio dos seguintes itens:

1 – As medidas cautelares administrativas patrimoniais têm por conteúdo justamente afetar o direito de propriedade dos particulares (interferência externa), de modo a garantir a eficácia do processo administrativo e atender ao interesse público;

2 – Justamente por seu conteúdo ser o atingimento do direito de propriedade, os provimentos cautelares administrativos configuram-se como sacrifício de direito;

3 – Como as medidas cautelares não eliminam o núcleo essencial do direito de propriedade do particular, mas somente alguns de seus elementos (gozar, usar, dispor e reivindicar o bem), ademais de possuírem caráter provisório, trata-se de sacrifício parcial de direito;

4 – Caso as medidas provisionais administrativas extrapolem os limites jurídicos que as conformam, convertem-se em atos ilícitos, hábeis a gerar, em tese, responsabilidade civil do Estado;

5 – Como regra as medidas cautelares administrativas patrimoniais, por se configurarem como sacrifício parcial de direito, somente gerariam o dever de indenização por parte do Estado caso houvesse previsão normativa nesse sentido;

6 – Não havendo mandamento normativo na ordem jurídica brasileira que assim determine, o uso regular das medidas cautelares administrativas patrimoniais não gera ao particular, que teve seu patrimônio atingido, o direito ao pagamento de indenização pelo Estado;

7 – Por configurarem sacrifício de direito, anda que parcial, não há que se falar em responsabilidade por ato lícito do Estado em relação ao particular que teve seu patrimônio afetado, uma vez que a responsabilidade por ato lícito decorre de efeito reflexo ou indireto no patrimônio jurídico de terceiro, o que não ocorre com as medidas cautelares administrativas, cujo conteúdo é voltado diretamente para afetar o patrimônio do particular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALESSI, Renato. *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1951.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Limitação e sacrifícios de direito: o conteúdo e as consequências dos atos de intervenção da Administração Pública sobre a propriedade privada. *Revista de Direito (Rio de Janeiro)*, v. 7, p. 45-66, 2003.
- BARCELONA LLOP, Javier. *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*. Santander: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995.
- BEZNOS, Clovis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BORBA FRANCO, Fernão. *Processo administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. III.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal: comentário à Lei 9.784 de 29.01.1999*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos. ¿Solo por ley nace la obligación indemnizatoria de derecho público? Notas sobre la indemnización de derecho público desde la perspectiva del ordenamiento español. *Revista Derecho Universidad Católica del Norte*, a. 25, n. 1, p. 77-119, 2018.
- COLAPINTO, Filippo. La tutela cautelare nel processo amministrativo. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 9, n. 37, p. 2, jul.-set. 2009. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62555]. Acesso em: 06.06.2018.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação de tutela*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.
- FREIRE, Lucas Alves. Os contornos jurídicos das medidas cautelares previstas no artigo 9º da Lei 9.447, de 14 de março de 1997. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 1, n. 1, p. 88-118, dez. 2007.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. 9. ed. Madrid: Civitas, 1999. v. 2.
- GARRIDO FALLA, Fernando. La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado. *Revista de Administración Pública*, n. 119, p. 7-48, mayo-ago. 1989.
- GONZÁLES PÉREZ, Jesus. *Administración Pública y libertad*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. La ejecución de los actos administrativos. *Revista de la facultad de derecho PUCP*, n. 67, p. 359-380, 2011.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro. La tutela cautelar en el proceso administrativo en México. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 7, n. 30, p. 2962, out.-dez. 2007. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49822]. Acesso em: 26.08.2017.
- LUMETTI, Maria Vittoria. *Processo amministrativo e tutela cautelare*. Padova: CEDAM, 2012.
- MARIENHOFF, Miguel S. Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos. *Actualidad y perspectivas del derecho publico a fines del siglo XX*. Homenaje al professor Garrido Falla. Madrid: Editorial complutense, 1992.
- MARINA JALVO, Belén. *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*. 3. ed. Valladolid: Lex Nova, 2006.
- MARINA JALVO, Belén. *Medidas provisionales en la actividad administrativa*. Valladolid: Lex Nova, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; CRUZ ARENHART, Sérgio. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. v. IV: processo cautelar.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Tutela cautelar no processo administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. Limitações administrativas à liberdade e à propriedade e sacrifícios de direitos. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA Alvaro de Azevedo; FREIRE André Luiz. (Coords.). Tomo: Direito administrativo e constitucional. NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (Coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/112/edicao-1/limitacoes-administrativas-a-liberdade-e-a-propriedade-e-sacrificios-de-direitos].
- ROCHA FURTADO, Lucas. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*. 3. ed. Montevideo: Talleres Gráficos Barreiro y Ramos S.A., 1974. t. II.

- SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. A desapropriação no direito comparado. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, a. 112, p. 1-26, abr.-jun. 1973.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Condicionamentos e sacrifícios de direitos: distinções. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 4, p. 79-83, 1993.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Revisão da desapropriação no Brasil. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, a. 192, p. 38-48, abr.-jun. 1993.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. II.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- VITTA, Heraldo Garcia. Apontamentos da “coação administrativa”. As medidas acautelatórias do poder público. *Revista TRF 3ª Região*, n. 108, p. 1-20, jul.-ago. 2011.
- XAVIER, Pedro Henrique. Responsabilidade do Estado por atividade lícita: especialidade e anormalidade do dano. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 23, p. 207-225, 1986.
- ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também doutrina

- Algumas notas sobre medidas cautelares no direito comparado da arbitragem, de Manuel Pereira Barrocas – *RArb* 30/51-59 (DTR\2011\2565);
- Direito de propriedade – extensão e limitações, de Arruda Alvim – *RDI* 2/41-55 (DTR\1978\121); e
- A teoria das restrições dos direitos fundamentais, de Eduardo Ribeiro Moreira – *RDCI* 69/86-109 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 1/207-228 (DTR\2009\577).

