ISSN 2526-8120

Revista de
DIREITO ADMINISTRATIVO, INFRAESTRUTURA, REGULAÇÃO E *COMPLIANCE*

Journal of Administrative Law, Infrastructure, Regulation and Compliance

Ano 6 • n. 22 • jul./set. 2022
N. 6 • Issue 22 • July/September 2022

Coordenação
Augusto Neves Dal Pozzo
Ricardo Marcondes Martins

Editor-Chefe
Alexandre Godoy Dotta

USO EXCLUSIVO CJF

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

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

USO EXCLUSIVO

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

O[1] 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/restrição 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].

USO EXCLUSIVO

2. Cautelaridade administrativa: aspectos gerais

A concepção da necessidade de uma atuação cautelar e preventiva por parte do Estado emerge quando se apura a modificação do modelo de Estado, passando de um viés liberal para uma estrutura de Estado Social. Nesse momento, a atuação cautelar estatal passa a assumir um maior protagonismo, em especial na esfera judicial.

Na contramão do avanço da cautelaridade jurisdicional, muito pouco se produziu no campo doutrinário acerca dos provimentos cautelares adotados no exercício da função administrativa. Da mesma feita, no campo legislativo, apesar de uma vasta legislação a respeito, ela encontra-se difusa, desorganizada e, por vezes, lacônica.

Deveras, o ordenamento jurídico brasileiro é vasto em previsões legais contendo medidas cautelares administrativas. Ademais da previsão do art. 45 da Lei 9.784/1999, entendida como a base para a existência de um poder geral cautelar administrativo[2], encontram-se diversas outras leis com procedimentos acautelatórios específicos. Menciona-se, de maneira meramente exemplificativa, as seguintes leis que preveem a figura de atos cautelares administrativos: Lei 9.019/1995 (Medidas Anti-Dumping); Lei 8.112/1990 (Estatuto do Servidor Público Federal); Lei 13.506/2017 (Processo Administrativo no âmbito do BACEN e da CVM); Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor); Lei 12.529/2011 (Sistema de Defesa da Concorrência); Lei 14.133/2021 (Lei de Licitações); Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU); Leis 6.360/1976, 6.437/1977 e 9.782/1999 (Legislação Sanitária) e Lei 12.856/2013 (Lei Anticorrupção)[3].

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

2. Conforme já tivemos a oportunidade de pontuar, "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 final de um processo administrativo ou evitar/minimizar um dano a um bem juridicamente tutelado" (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).

3. Para uma análise completa sobre a legislação federal que estrutura um microssistema cautelar administrativo, cf. CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas:* regime jurídico da cautelaridade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 145-232.

Cabral, Flávio Garcia. A afetação de direitos fundamentais pelo uso de medidas cautelares administrativas. *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e* Compliance. n. 22. ano 6. p. 101-123. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2022. DOI: [https://doi.org/10.48143/rdai.22.cabral].

USO EXCLUSIVO CJF

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[4].

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[5].

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 etc. Observa-se como ponto em comum dessas medidas cautelares acima exemplificadas que todas elas trazem em sua essência um aspecto de restrição a direitos.

3. Possibilidade de lesão a direitos fundamentais

A utilização de provimentos cautelares de cunho administrativo, embora seja medida imprescindível para a atuação estatal eficaz, assegurando o interesse coletivo, constitui, muitas vezes, ato administrativo que gera danos aos particulares ou mesmo aos agentes públicos (vide a hipótese dos processos administrativos disciplinares).

A ideia que ainda hoje se mantém forte no direito ocidental, em especial na ordem brasileira, é de que a lesão a direitos carrega consigo um cunho

4. CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas:* regime jurídico da cautelaridade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 41-42.

5. CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas:* regime jurídico da cautelaridade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 93-132.

Cabral, Flávio Garcia. A afetação de direitos fundamentais pelo uso de medidas cautelares administrativas. *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e* Compliance. n. 22. ano 6. p. 101-123. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2022. DOI: [https://doi.org/10.48143/rdai.22.cabral].

Uso Exclusivo OF

exclusivamente, ou pelo menos essencialmente, patrimonialista. Só haveria dano se houvesse uma violação ao patrimônio material de outrem, ou que pelos menos o bem jurídico lesionado pudesse ser compreendido em termos financeiros.

É certo que houve uma grande evolução nesse aspecto, já beirando o senso comum a compreensão da plena existência do dano moral[6] quando se observa violação de certos direitos que ultrapassam aquela feição puramente patrimonial. Contudo, não menos correta é a verificação da relação paradoxal entre a valorização teórica dos direitos fundamentais, reconhecendo-se sua plena normatividade e eficácia, e a desconsideração prática daqueles mesmos direitos, ora reduzindo-os a meras questões patrimoniais, ora não os "levando a sério" diante de casos concretos.

Sobre a questão, interessantes são os apontamentos de Alexandre de Morais da Rosa e Julio Cesar Marcelino Jr., que percebem a redução dos direitos fundamentais a parâmetros exclusivamente patrimoniais. Segundo eles, existe um manifesto e frontal ataque em curso aos direitos fundamentais, especialmente aos direitos sociais, sendo que, desde o surgimento da Constituição da República de 1988, as garantias sociais são objeto de vilipêndio pelo receituário neoliberal. Prosseguem apontando que a lógica de custos é gradativamente implantada através de um hábil giro discursivo que seduz o meio jurídico rumo à reclassificação dos direitos fundamentais à condição de direitos patrimoniais, renunciáveis e principalmente negociáveis, lançados no mercado de ofertas e trocas, cuja referência se perde nas mãos invisíveis[7].

Na medida em que se afunilam as pesquisas acerca dos provimentos cautelares administrativos, percebe-se o quão insuficiente é o tratamento da matéria, uma vez que se mostram ainda reduzidos os estudos em relação à questão referente à responsabilidade por seu uso quando se trata de possível lesão a direitos fundamentais.

É justamente nesse mote que se pretende trabalhar, tendo em conta que a cautela com os direitos fundamentais deve ser redobrada, em particular quando do exercício da função administrativa, a qual se encontra mais próxima ao cidadão.

6. Atualmente já se vai mais além, havendo as chamadas "novas categorias de danos", como o dano moral coletivo e o dano social, que buscam tutelar direitos coletivos e difusos (TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil – volume único*. São Paulo: Método, 2011. p.436-437).

7. 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, ago.-dez. 2009. p. 21.

Uso Exclusivo CJF

São os órgãos e entidades da Administração Pública, explica Daniel Wunder Hachem, que se deparam, dia após dia, com os inúmeros problemas sociais que incumbem ao Estado enfrentar e combater. Portanto, nada mais lógico do que reservar a essa esfera estatal o papel de protagonista no comando das ações voltadas a atender as necessidades humanas essenciais[8].

Analisemos a seguir, portanto, sem a pretensão de exaustão sobre a questão, dois[9] direitos fundamentais recorrentemente afetados por medidas cautelares administrativas (presunção de inocência e honra) e se há alguma incompatibilidade na sua proteção com o uso dessas medidas e se o Estado vem a ser responsabilizado pelo seu uso.

3.1. Presunção de inocência

Previsto na Constituição brasileira no art. 5º, inciso LVII[10], o princípio da presunção de inocência, também tratado como princípio da não culpabilidade, figura como o principal direito tratado quando da análise dos provimentos cautelares administrativos.

Inicialmente, deve-se destacar que, na previsão constitucional brasileira, tal direito é exposto, a princípio, para fins penais (o que se conclui pela utilização da expressão "trânsito em julgado de sentença penal condenatória"). Sem embargo, como têm observado a doutrina e a jurisprudência, em realidade, a presunção de inocência decorre da própria processualidade, sendo plenamente extensível aos procedimentos administrativos (em especial os de cunho sancionatório). Com a mesma visão, já escreveu Romeu Filipe Bacellar Filho, aduzindo que, ao lado de outros princípios, o da presunção de inocência forma o núcleo comum de processualidade, identificável a partir do tecido constitucional. Tratando-se de processo administrativo disciplinar (exercício da atividade sancionatória), demanda-se a rigorosa aplicação do conjunto normativo que compõe o núcleo constitucional comum de processualidade, circunstância que faz incidir a plena aplicação

8. 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. p. 554.

9. Para uma análise mais ampla sobre a relação entre a cautelaridade administrativa e os direitos fundamentais, cf. CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas:* regime jurídico da cautelaridade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 291-326.

10. "LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Uso Exclusivo

do direito fundamental à presunção de inocência, o qual reclama observância em qualquer processo de cunho sancionador, seja penal ou administrativo, conforme têm reiteradamente sustentado a doutrina e a jurisprudência espanholas[11].

O princípio da presunção de inocência representa, em amplos termos, a ideia de que qualquer pessoa acusada de ter cometido alguma irregularidade (civil, penal ou administrativa) não poderá ser sancionada antes do fim do processo em que se busca apurar a verdade dos fatos, nem mesmo ser tratada durante o apuratório como se culpada fosse, antes de uma decisão final, em que se tenha sido concedido o contraditório e a ampla defesa. Nota-se, repetindo-se o que foi acima destacado, que o referido princípio é inerente à própria concepção de processo, razão pela qual deve ser aplicado em todas as esferas onde haja alguma forma de acusação.

Particularmente nos provimentos cautelares havidos em processos administrativos de cunho disciplinar, o que se poderia questionar, em um primeiro instante, é se haveria uma vulneração ao princípio da inocência, já que, antes de um provimento final, é adotada medida que possui em sua essência um caráter de imputação de certa dose de responsabilidade sobre o sujeito.

Mauricio Barajas Villa, ao tratar sobre a suspensão cautelar de servidores públicos do cargo, declara que tal medida impacta necessariamente sobre os direitos fundamentais da presunção da inocência e da dignidade, fazendo-se mister, portanto, um forte fundamento para legitimar o uso desse provimento[12].

A questão primeira que se faz importante abordar é se há de fato uma incondicional vulneração ao princípio da inocência na tomada dessa medida provisional, ou se, pelo contrário, desde que realizada em parâmetros legais e razoáveis, o provimento cautelar não afetaria o âmbito de proteção daquele princípio.

Como tratado por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco, "o princípio da não culpabilidade não obsta a que o legislador adote determinadas medidas de caráter cautelar, seja em relação à própria liberdade do eventual investigado ou denunciado, seja em relação a seus bens e pertences". No entanto, sempre que essa providência ou restrição importar na antecipação de um provimento condenatório, não será válida aludida medida[13].

11. BACELLAR FILHO, Romeu Filipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, jul.-set. 2009. p. 16.

12. 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, 2012. p. 54.

13. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 599.

Uso Exclusivo STJ

Conclui-se então que haverá vulneração ao princípio da inocência sempre que o provimento cautelar possuir, ainda que indiretamente, natureza de antecipação da sanção[14] a ser aplicada. Nesses termos, verifica-se a ementa construída pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na qual, não obstante não se tenha tratado expressamente acerca da não culpabilidade, decidiu-se pela responsabilidade da Administração pela adoção de medida provisional de afastamento de servidor público, que se mostrou superior à própria sanção final aplicada de suspensão das funções, tendo declarado que "o afastamento da autora de suas funções por período superior à própria pena que lhe fora aplicada ao final do processo administrativo disciplinar enseja danos morais passíveis de reparação"[15].

Ora, um provimento cautelar que figure mais gravoso que a sanção propriamente dita aplicada ao final constitui, em realidade, uma verdadeira penalidade, afligindo, assim, além da própria proporcionalidade, o direito à presunção de inocência, já que o provimento provisional se deu antes do devido fim do processo administrativo.

Acrescente-se ainda, e dessa vez invocando expressamente o princípio da presunção de inocência, o caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, onde um servidor público pleiteava indenização decorrente de uma série de ilegalidades levadas a efeito pelo Estado, em particular a sua suspensão cautelar sem o recebimento da remuneração, ocasião em que a Corte de Justiça se pronunciou atestando que "[...] o servidor é afastado única e exclusivamente em respeito ao

14. A ilegalidade da aplicação de uma medida provisional administrativa como sanção se evidencia justamente por possuírem ambos os institutos natureza jurídica diversa (consequentemente, regimes jurídicos diversos), em que pese sua aptidão de implicar possíveis danos aos sujeitos. É nesse sentido a exposição de María Lourdes Ramírez Torrado: "*De manera que muchas de las medidas que pueden ser adoptadas por las autoridades administrativas implican una carga para el individuo, pero ello no es un indicador de que se trate del ejercicio del poder punitivo sobre él. Como lo explica Nieto García, en el ordenamento jurídico existen diversas consecuencias jurídicas muy similares a la sanción administrativa, que se rigen por diversos regímenes jurídicos; es el caso de las multas coercitivas, la responsabilidad civil, medidas provisionales, medidas que afectan la eficacia de los títulos jurídicos otorgados por la misma Administración*" (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, ene-jun. 2007. p.278). Da mesma sorte, declaram Manuel Rebollo Puig et al: "[...] *la idea más importante y sobre la que se articulan todas las demás es la negación de su carácter sancionador y, en consecuencia, la negativa a aplicarles las reglas y principios de las sanciones*" (*Derecho administrativo sancionador*. 1. ed. Valladolid: Lex Nova, 2010. p. 527).

15. TJCE; AC 2000.0119.2353-0/1; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Ademar Mendes Bezerra; DJCE 10.11.2008. p. 24.

Uso exclusivo

interesse da Administração, não podendo ser prejudicado enquanto não houver decisão definitiva acerca de sua eventual responsabilidade sobre os fatos apurados" e concluiu que "a redução dos vencimentos importaria em antecipação de penalidade, o que levaria à violação do princípio da presunção de inocência"[16].

Em consonância com o apresentado até o momento, aponta-se, outrossim, o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de norma estadual pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na qual se entendeu, em controle abstrato de constitucionalidade, ser constitucional lei estadual do Rio Grande do Sul que previa o afastamento cautelar de agentes da polícia civil durante o trâmite do processo administrativo disciplinar, argumentando que, por não possuir a medida caráter sancionatório, não ofenderia a presunção de inocência[17].

Discorrendo também sobre a hipótese do afastamento cautelar do servidor público, Romeu Filipe Bacellar Filho enxerga que haverá violação à presunção de inocência sempre que a medida for tomada sem a devida fundamentação, carente de motivação, apta a demonstrar a necessidade daquela medida como forma de salvaguardar a instrução probatória[18-19].

Outro ponto chave abordado pela doutrina sobre a validade ou não dos provimentos cautelares em face da presunção de inocência remete ao respeito à proporcionalidade – argumento esse que, a bem da verdade, é essencial a todas as medidas provisionais administrativas, bem como a todos os atos administrativos em geral –, já que "*la compatibilidad entre la medida cautelar de suspensión y el derecho fundamental de presunción de inocencia dependerá del respeto de su razonabilidad para la consecución de la finalidad propuesta, en atención a las circunstancias concurrentes*"[20].

16. TJPR; ROMS n. 13467-PR – 6ª Turma – *DJ* 16.08.2004.

17. Ação Direta de Inconstitucionalidade 70023607989, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vasco Della Giustina, Julgado em 01.09.2008.

18. Não é diferente a forma como veem decidindo os Tribunais espanhóis, dando conta Manuel Rebollo Puig et al da STC 24/1999, em que se tratou do afastamento preventivo de agente da Guarda Civil, tendo-se decidido que "*se da una normal compatibilidad de aquel derecho fundamental (presunción de inocencia) y de estas medidas (provisionales) si guardan una proporción razonable con la finalidad que las legitima en relación con las circunstancias determinantes y, además, aparecen suficientemente razonadas en la correspondiente motivación*" (*Derecho administrativo sancionador*. Valladolid: Lex Nova, 2010. p. 536).

19. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, jul.-set. 2009. p. 41.

20. 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, 2012. p. 57.

Edição Exclusiva On-line

No ordenamento jurídico brasileiro, em especial na hipótese do afastamento cautelar do servidor público federal previsto na Lei 8.112/1990, hipótese em que mais se realça um possível embate entre o provimento cautelar e a presunção de inocência, o que se percebe é que agiu bem o legislador ao delinear essa espécie de medida cautelar administrativa, evitando ao máximo possíveis violações à não culpabilidade.

Realmente, ao dispor a referida lei que o afastamento cautelar ocorrerá sem prejuízo da remuneração devida, buscou aquele normativo apartar de forma saliente o provimento cautelar de uma possível sanção. Afinal, se não há perda do recebimento dos valores devidos[21], pelo menos nesse aspecto não estaria sendo o servidor punido, o que não ocorreria na aplicação da pena de suspensão temporária das funções. Sob esse ponto, inclusive, a jurisprudência brasileira é repleta de decisões nas quais se decretou a responsabilidade do Estado pelo não pagamento da remuneração devida no período do afastamento. Confira-se:

> "[...] *O servidor público pode ser afastado cautelarmente de suas funções para que a Administração Pública apure as irregularidades de que tiver ciência, mas tem direito em continuar percebendo sua remuneração enquanto aguarda a conclusão do Processo Administrativo Disciplinar.* 5. Não tendo sido concluído o Processo Administrativo Disciplinar, e tendo sido reintegrado ao serviço público, o servidor faz jus a receber a remuneração do período de afastamento como se estivesse em atividade (vencimentos, adicional de tempo de serviço, GAE, gratificações natalinas, férias acrescidas de 1/3 e demais vantagens), exceto o pagamento do auxílio-alimentação, que não é estendido ao servidor em disponibilidade"[22].

Da mesma maneira, ao impor um limite temporal ao período de suspensão (120 dias no total), também se precaveu o legislador infraconstitucional para não

21. Eduardo Míguez Ben entende que, mesmo havendo a previsão legal da perda da remuneração, ainda assim não haveria ofensa à presunção de inocência, desde que seu uso não fosse imotivado e indiscriminado. Diz o autor: "[…] *creo que la facultad de suspender provisionalmente de empleo y sueldo a sus funcionarios por parte de la Administración pública con motivo de la tramitación de un expediente disciplinario no atenta necesariamente contra la proclamación constitucional de la presunción de inocencia, siempre y cuando las normas no permitan su generalización, o su uso indiscriminado o inmotivado, cada vez que se incoa un expediente disciplinario*" (Suspensión provisional del funcionario versus presunción de inocencia: última jurisprudencia. *Revista de Administración Pública*, n. 108, sep.-dic. 1985. p. 252).

22. TRF 1ª R.; AC 2000.33.00.004334-1; BA; Primeira Turma; Rel. Juiz Fed. Miguel Angelo de Alvarenga Lopes; j. 26.09.2007; *DJU* 22.10.2007. p. 11.

Uso exclusivo

agir de forma desproporcional, de modo a violar a presunção de inocência (o que seria diferente caso a medida pudesse durar por anos ou qualquer outro período que se mostrasse desarrazoado). A respeito, confira-se:

> "Administrativo. Processo Administrativo Disciplinar. Afastamento preventivo (art. 147 da Lei n. 8.112/1990). Ilegalidade na extrapolação do prazo. O prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período, previsto no art. 147, da Lei n. 8.112/1990, não pode ser extrapolado, sob pena de tornar-se abusivo o afastamento, passando a constituir ilegalidade corrigível por via mandado de segurança"[23].

Ainda sobre essa questão, e talvez mais importante, cabe abordar o cuidado do legislador em prever que o afastamento do servidor devesse ocorrer quando este pudesse influir na apuração da irregularidade disciplinar. Ou seja, o afastamento cautelar não decorre necessariamente da existência de indícios de culpabilidade – o que poderia arranhar eventualmente a presunção de inocência –, mas sim da necessidade de se manter a ordem processual administrativa sem tumultos e obstáculos que atrapalhem a resolução final da questão[24]. Como já dito, há quem entenda que até mesmo servidor que não esteja respondendo ao procedimento administrativo é passível de sofrer os efeitos daquela medida cautelar.

Justamente pelo cuidado conferido pelo legislador federal ao instrumento cautelar disciplinar acima mencionado, a jurisprudência brasileira dificilmente aborda a questão da não culpabilidade quando se defronta com aquelas medidas provisionais administrativas – especialmente porque houve uma blindagem daquele dispositivo de modo a não adentrar o âmbito de proteção da não culpabilidade –, somente declarando a responsabilidade do Estado por seu uso em desrespeito aos parâmetros legais, que eventualmente vem a violar outros direitos fundamentais.

Ainda que abordando outra realidade, a síntese apresentada por Manuel Rebollo Puig et al no que se refere à dinâmica espanhola entre os provimentos cautelares e a presunção de inocência em muito se aproxima da conclusão a que acima se chegou:

---

23. TRF 4ª Reg., Rel. Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lagon, REO n. 9504534317/PR, 4ª T., *DJ* 19.05.1999. p. 651.

24. "O escopo do dispositivo é claro, e expressamente declarado: evitar que o servidor influencie, de alguma forma, na apuração da irregularidade" (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, jul.-set. 2009. p. 40).

Uso Exclusivo STF

> "*En suma, lo que de toda esta jurisprudencia se deduce es que si las medidas provisionales se adoptan con los requisitos legales no vulneran la presunción de inocencia; pero que si no se respetan tales requisitos, las medidas no séran sólo ilegales sino, además, contrarias al derecho fundamental a la presunción de inocencia*"[25].

A nosso juízo, entendemos que não há vulneração ao princípio da presunção de inocência quando se aplica, nos limites legais, a medida cautelar administrativa disposta no estatuto dos servidores públicos federais, porquanto, nos termos delineados pelo legislador, sua aplicação acaba não adentrando o âmbito de proteção daquele princípio, o que não significa dizer que eventuais excessos não tenham o condão de arranhá-lo, ensejando eventualmente indenização a ser paga pelo Estado.

Embora se tenha focado nas medidas provisionais ocorridas no curso de processos administrativos disciplinares, nos quais o debate ao redor da presunção de inocência remanesce mais evidente, as considerações podem ser tranquilamente ampliadas aos demais provimentos acautelatórios administrativos. Apreensão de mercadorias, interdição de estabelecimentos, indisponibilidade de bens, dentre outros, desde que tenham limites claros, temporais e, em termos de proporcionalidade, não configurem adiantamento de sanções, não se prestam a vulnerar o aludido direito fundamental.

3.2. Honra

A honra, reconhecida no Direito pátrio como direito fundamental (art. 5º, inciso X, da CF) e direito da personalidade (artigo 20 do Código Civil)[26], manifesta-se, conforme doutrina ressonante, de duas formas distintas. Tem-se a chamada honra-objetiva, que corresponde à reputação da pessoa, a fama que possui no âmbito social, e também a honra-subjetiva[27], representando o sentimento pessoal de estima ou a autoconsciência de sua dignidade[28].

25. REBOLLO PUIG, Manuel et al. *Derecho administrativo sancionador*. Valladolid: Lex Nova, 2010. p. 538.

26. A proteção à honra encontra-se também prevista no plano internacional, a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica, que dispõe em seu artigo 11 que "Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade".

27. No mesmo sentido, confira-se CRUZ-COKE OSSA, Carlos. *Instituciones políticas y el derecho constitucional*. Santiago del Chile: Ediciones Universidad Finis Terrae, 2009. p. 398-400.

28. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 173.

Uso Exclusivo

Ainda que a honra seja considerada classicamente como um sentimento pessoal e humano, hoje em dia a doutrina e jurisprudência brasileira já admitem a violação da honra das pessoas jurídicas ou entes morais, desde que, é claro, refira-se exclusivamente à modalidade de honra-objetiva, entendida como sendo sua reputação no meio empresarial e social. Nesses termos, são a Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça ("A pessoa jurídica pode sofrer dano moral") e o próprio art. 52 do Código Civil ("Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade"), que reconhecem os direitos da personalidade às pessoas jurídicas, desde que compatíveis com sua natureza.

A necessidade de se preservar a honra põe-se de maneira tão relevante no ordenamento jurídico brasileiro que houve, inclusive, a tutela penal desse bem jurídico – sempre entendida como *ultima ratio* –, tendo o legislador aberto um inteiro capítulo no Código Penal para disciplinar os chamados "crimes contra a honra", criando os tipos penais de calúnia, difamação e injúria.

A possível violação à honra do sujeito na esfera civil é passível de ser observada no uso de qualquer medida cautelar administrativa, mas, em especial, no curso dos processos administrativos disciplinares. Não é possível vislumbrar, pelo menos em tese, uma fragilização daquele direito fundamental quando um servidor público é afastado de suas funções? Não haveria uma estigmatização do servidor no próprio ambiente de trabalho, bem como perante a sociedade? A imagem daquele sujeito não restaria vinculada, independentemente do provimento final, à ideia de uma conduta irregular? Em resposta a todos esses questionamentos – que, a bem da verdade, mostram-se retóricos –, entendemos, em regra, que sim.

Em sintonia com o que aqui se defende, Mauricio Barajas Villa também discorreu que não se pode duvidar que, de uma ou outra maneira, a suspensão temporal do cargo como medida provisional afeta a honra, o nome e a imagem do suposto infrator. Ninguém pode se sentir alheio ao agravo provocado por uma medida dessa natureza, por mais cautelar que ela se mostre, razão pela qual a proporcionalidade há de ser a tônica para justificar o seu uso de maneira racional e jurídica[29].

Há Tribunais, no entanto, que se posicionam de forma diversa, enxergando que situações iguais às narradas consistiriam, a princípio, em um simples aborrecimento[30] inerente ao próprio processo administrativo disciplinar. Com essa visão,

29. 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, 2012. p. 58.

30. Indo mais além, em uma visão estritamente patrimonialista, com a qual não concordamos, Mauro Roberto Gomes de Mattos expõe que o afastamento cautelar indevido

por exemplo, se manifestou o Relator da Apelação 0003897-46.2006.8.26.0642, em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual, ao apreciar o afastamento cautelar de servidor que respondia a um processo disciplinar, consignou que a submissão do servidor a processo administrativo disciplinar, assim como seus consectários (eventual demissão, inclusive), é mero e singelo dissabor, ínsito à sua peculiar situação,[31] que não escapa ao que se poderia denominar de revés previsível e que, por conseguinte, não enseja dano moral[32].

A invocação dos argumentos anteriormente apresentados parece ter tido como fim exclusivo afastar a responsabilidade estatal em decorrência do provimento cautelar, retirando assim o elemento da anormalidade do dano gerado. No entanto, entendemos que seria possível decretar a não responsabilização da Administração Pública no caso concreto, sem que isso implicasse considerar que aquela situação tenha representado "mero e singelo dissabor".

De fato, a não responsabilização estatal poderia ter sido decretada em razão da legalidade do provimento provisional, que pode ter o condão de gerar a não imputação da responsabilidade do Estado, em conjunto com a circunstância de que o risco fora gerado pelo próprio servidor público[33]. O perigo em considerar situações tais como meros aborrecimentos consiste em esvaziar o conteúdo de importantes direitos fundamentais, passando-se a enxergar que a atuação da Administração quase sempre acarreta somente pequenos contratempos, ainda que estes se refiram a questões diretamente ligadas à dignidade da pessoa humana.

---

corresponderia a uma vantagem laboral ao servidor afastado, escrevendo o autor que "se o agente público não interfere nos trabalhos, o seu afastamento liminar possui o condão de conferir férias ao investigado, que deixa de trabalhar e ao final do mês recebe os seus vencimentos integrais, em igualdade de condições com o agente público que trabalha normalmente" (*Lei n. 8.112/1990 interpretada*. 3.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 90).

31. TJSP; APL 0003897-46.2006.8.26.0642; Ac. 5485604; Ubatuba; Nona Câmara de Direito Público; Rel. Des. Sérgio Gomes; Julg. 19.10.2011; DJESP 23.11.2011.

32. Da mesma forma, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe: "APELAÇÃO CÍVEL. Ação anulatória de ato administrativo c/c indenização por danos morais e materiais. Suspensão das atividades laborais de servidor concursado. Retorno aos quadros do município com pagamento dos vencimentos relativos ao período do afastamento. *Não configuração do dano moral. Mero dissabor*. Parcial provimento do apelo. Unânime. (TJSE; AC 2008209177; Ac. 6184/2008; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Roberto Eugenio da Fonseca Porto; DJSE 01.09.2008. p. 10)".

33. Sobre a questão da responsabilidade pelo uso de medidas cautelares administrativa cf. CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas:* regime jurídico da cautelaridade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 233-290.

USO EXCLUSIVO STJ

O equívoco nesse entendimento parece-nos repousar na compreensão estanque de que, havendo lesão ou restrição a algum direito, invariavelmente deve haver indenização por parte do Estado, por estar em jogo a modalidade da responsabilidade objetiva. Ocorre que, enquanto o dano é elemento imprescindível para que se possa falar em responsabilidade, não se trata de pressuposto único e exclusivo. Assim, nem sempre quando se está diante de uma lesão a algum direito, será cabível falar em responsabilidade do Estado, devendo haver, além da análise de eventuais excludentes de responsabilidade, a análise da imputação e, a depender do caso, a ponderação entre os interesses postos em jogo.

No entanto, observa-se que felizmente o Judiciário brasileiro também se mostra sensível à apreciação da lesão à honra quando o afastamento cautelar se mostra irregular, tal qual se verifica da exemplificativa ementa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul a seguir colacionada:

> "[...]. O simples afastamento das funções já implica em reconhecer que houve penalidade administrativa, aplicada sem o devido processo legal e sem a possibilidade de defesa, ao alvedrio da administração municipal. Ademais, verifica-se da análise da prova testemunhal que o autor não só foi afastado das suas funções e encaminhado para trabalho interno, mas teve que cumprir seu horário de expediente sem nada fazer, porquanto não lhe foi designada nenhuma atividade, ficando dentro da sala central da guarda e só podendo sair mediante autorização. *4. É perfeitamente passível de ressarcimento o dano moral causado no caso em exame, uma vez que o autor foi afastado indevidamente do desempenho de suas funções, bem como foi impedido de exercer seu direito de defesa, o que por certo atingiu o âmago de sua personalidade, com repercussão de ordem moral, repercutindo em sua honorabilidade e imagem frente à sociedade que integra.* 5. No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as consequências da conduta dos demandados, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta ilícita do demandado que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora, é o denominado dano moral puro. 6. O valor da indenização a título de dano moral deve levar em conta questões fáticas, como as condições econômicas do ofendido e dos ofensores, a extensão do prejuízo, além quantificação da culpa daquele, a fim de que não importe em ganho desmesurado. Quantum mantido. 7. Manutenção da verba honorária fixada no juízo a quo, pois remunera apropriadamente o trabalho realizado pelo patrono do demandante. Negado provimento aos recursos"[34].

34. TJRS; AC 379451-45.2010.8.21.7000; Caxias do Sul; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto; j. 15.12.2010; *DJERS* 12.01.2011.

Ainda no que concerne ao afastamento do servidor público, deve-se fazer uma pequena ressalva, especialmente no que concerne à honra do funcionário.

Como dito alhures, defende-se aqui que tal medida possui o condão, em tese, de vulnerar o direito à honra, gerando uma mácula na figura do servidor afastado cautelarmente (o que não implica dizer, necessariamente, que caberia o pagamento de indenização por parte do Estado). Sem embargo, em situações excepcionais, seria possível vislumbrar uma configuração diametralmente oposta, é dizer, o afastamento geraria menos danos à honra do que sua manutenção no serviço durante o curso do procedimento administrativo disciplinar. Pode-se cogitar a hipótese em que a permanência no exercício da função acarretasse, justamente por estar respondendo a um processo administrativo, abusos vexatórios por parte da chefia, verdadeiro caso de assédio moral ou, ainda, em casos graves, a disseminação por parte dos colegas de novos elementos constrangedores, muitas vezes até inverídicos. Ou seja, embora o que se narrou constitua situação que foge à regra, conforme nosso posicionamento, deve-se apreciar o caso concreto para se apurar qual das medidas melhor preserva a honra do agente público – o seu afastamento ou sua manutenção no exercício das funções.

Perfilhando esse entendimento, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança 23.187, de relatoria do Ministro Eros Grau, decidido em 27.05.2010, no qual se consignou que a medida cautelar de afastamento prevista na Lei 8.112/1990 pode também resguardar "a integridade do servidor público durante as investigações, impedindo a disseminação de outros fatos quanto à sua conduta, em prejuízo de seu desempenho e desenvolvimento profissional".

Outra situação apreciada pelo Poder Judiciário, não mais envolvendo o regime disciplinar, diz respeito ao caso de interdição cautelar de estabelecimento e/ou apreensão de mercadorias por órgãos de fiscalização sanitária, havendo a consequente divulgação dos fatos pela imprensa. Aqui, em diversas ocasiões, os Tribunais se manifestaram pela irresponsabilidade da Administração, sob o argumento de que o causador real da divulgação dos fatos pela imprensa[35] teria sido o particular que incorreu em irregularidades, não podendo o Estado se abster de informar à população sobre os riscos (ainda que se trate inicialmente de probabilidades aparentes) daquele estabelecimento e/ou mercadorias à saúde pública,

35. A divulgação de fatos de interesse público, por meio dos instrumentos da imprensa, desde que verídicos, é considerado pela doutrina civilista, em regra, como fato não ensejador de responsabilidade. É o que demonstram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: "Não caracteriza violação à honra, no entanto, a difusão de fato que diz respeito ao interesse público, como a apuração de fatos criminosos, quando verdadeiros" (*Direito civil – teoria geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 199).

constituindo um verdadeiro dever-poder administrativo. Nesses termos, vide julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> "Responsabilidade civil do Estado. Danos materiais e morais. Laboratório clandestino interditado pela Vigilância Sanitária Estadual Empresa idônea que não seria a proprietária daquele estabelecimento. Ampla divulgação pela imprensa atribuída aos agentes da vigilância sanitária. Nos casos de culpa exclusiva da vítima, o Poder Público não pode ser responsabilizado. Ausência de nexo de causalidade para responsabilizar o Estado. Ação improcedente. Recurso improvido"[36].

Em diferente hipótese, deparou-se o mesmo Tribunal de Justiça com uma situação de medida cautelar administrativa de apreensão de produtos alimentícios (palmitos) pela Vigilância Sanitária. Em exame preliminar, constatou-se que uma consumidora do referido alimento havia contraído botulismo após ingeri-lo, porém, posteriormente, durante o curso do procedimento administrativo, novos exames técnicos foram realizados e se apurou a não existência daquela toxina botulínica nos produtos apreendidos. Diante desse caso, declarou aquela Corte de Justiça que:

> "À luz dos requisitos da responsabilidade civil do Estado por ação, reputo falecer a pretensão na acurada análise da conduta, porque até onde se delineia as provas do feito, o ato lícito que serve de azo ao prejuízo não é qualificado para fins de obrigar indenização. Em que pese o respeito pelos prejuízos experimentados pela autora, pensar o contrário, acirrando ainda mais os ânimos não traria melhor solução, porque atribuindo ao Estado onisciência e onipresença na busca intransigente dos direitos, implicaria a se criar entre nós um Estado Omisso, que passaria apenas a informar os perigos que tiver conhecimento apenas depois de exaustivos exames, o que colocaria em risco a auto-executividade e a imediatidade necessária ao Poder de Polícia em hipóteses como a tratada nos autos. Entendo que as medidas normais e padrão de seguranças tomadas pela autoridade em laudo preliminar, justificaram o release oficial. A incongruência apontada nos demais laudos mais serve para infirmar quaisquer sanções aplicadas contra a autora, restabelecendo sua atividade na íntegra, do que para impingir a injustiça e inidoneidade da conduta. Não se trata aqui de subestimar as perdas e a grave situação enfrentada pela autora. A responsabilidade só cabe a quem de direito. O prejuízo experimentado causado pelo Estado não merece indenização moral, porque alheio a qualquer perseguição, fruto, evidente assim, do delicado equilíbrio

36. TJSP; Apelação Cível 146.320.5/4-00, Comarca de São Paulo, Oitava Câmara de Direito Público, Relator José Santana, j. 26.10.2005.

Uso Exclusivo STJ

entre o supremo interesse público e a subordinação das atividades privadas em prol da coletividade"[37].

A situação ora tratada adquire um colorido diferente, pois ao final se apurou que os produtos apreendidos não possuíam a substância tóxica supostamente ensejadora de sua apreensão cautelar e, mesmo assim, entendeu-se que não cabia responsabilizar a Administração. Aqui se está diante de um caso de perigo aparente, mas que, posteriormente, mostrou-se incerto ou indevido[38], devendo se apurar sobre quem deve recair o prejuízo desse ocorrido.

Um dos pressupostos teóricos para a existência de um poder de cautela no âmbito da Administração Pública diz respeito ao atendimento do interesse público (este analisado diante de situações concretas). Assim sendo, sempre que se invocar uma medida provisional administrativa, o que se estará buscando tutelar, em última instância, é a realização do interesse da coletividade, sendo que, para que seja atingido tal mister, inúmeras vezes haverá um embate entre direitos e interesses das partes envolvidas.

Além disso, não obstante a ocorrência do risco criado pelo prejudicado resolver na maior parte das situações o problema da imputação ou não da responsabilidade à Administração Pública, por se tratar, em regra, de causa excludente, há casos em que não se torna bem delimitada qual conduta gerou a situação de perigo – como no julgado ora abordado –, nem mesmo se apura conduta imprudente por parte do Estado.

Em situações como essa é que se impõe a realização da ponderação entre os direitos tutelados (a proporcionalidade representa o instrumento adequado para tal mister), a fim de se verificar quem deveria suportar as consequências das atividades desenvolvidas.

Em casos afins, Gabriel Domenéch Pascual traz à colação uma perspectiva econômica sobre a matéria, entendendo que seria menos vantajoso impor a carga dos danos ao Estado. São suas as conclusões que se seguem:

37. TJSP; APL-Rev 220.315.5/0; Ac. 4177341; São Paulo; Terceira Câmara de Direito Público; Rel. Des. Luiz Edmundo Marrey Uint; j. 03.11.2009; *DJESP* 30.11.2009.

38. Em situações dessa espécie, a doutrina e jurisprudência espanholas têm se posicionado pela licitude da medida, não sendo passível de indenização. Explicam Manuel Rebollo Puig et al. "*En cualquier caso, como la medida provisional se puede basar en los simples indicios que existan en el momento de su adopción, es lícita aunque después se compruebe que los indicios no respondem a la realidad e incluso aunque por ello finalmente no se imponga sanción. A este respecto es esclarecedora la STS de 17 de junio de 2002 (Ar. 7167)*" (*Derecho administrativo sancionador*. Valladolid: Lex Nova, 2010. p. 531).

Uso exclusivo STJ

> *"La cuestión es cuál de los dos referidos peligros resulta más grave para los intereses del conjunto de los ciudadanos: el consistente en que los perturbadores del orden público eleven el volumen de su actividad por encima de lo que sería socialmente óptimo y la Administración se inhiba demasiado en defensa de aquél, o el consistente en que aquellos ciudadanos mantengan su actividad peligrosa en un nivel inferior al socialmente deseable y la Administración intervenga demasiado. Parece claro que el primero de los riesgos mentados es peor, por varias razones"*[39].

Foi realizando uma ponderação entre interesses (interesse público, em especial em relação à saúde pública, e a honra do particular) que se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na lide antes mencionada. Percebe-se que não buscou o Tribunal desconsiderar a possível lesão aos direitos do particular prejudicado (como o fez em outra ocasião essa mesma Corte), mas sim reconhecê-la, ponderando, em face das circunstâncias concretamente apresentadas, acerca dos demais direitos e interesses em pauta, a fim de concluir que não seria viável que recaísse sobre o Estado o ônus de suportar o importe patrimonial decorrente da situação.

Na mesma linha apresentada, em ocasião envolvendo a saúde pública, o Desembargador Relator da Apelação 642495-1, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, externou as seguintes considerações:

> "Foram encontradas irregularidades no estabelecimento pelo órgão competente, o que torna a medida cautelar de interdição lícita, ainda mais em respeito ao princípio da precaução, conquanto, constatado o dano, não se recupera o bem atingido, diante da irreversibilidade no dano potencial. A precaução não só deve estar presente para impedir o dano à saúde pública, mesmo incerto, que possa resultar das ações ou omissões humanas, como deve atuar para a preservação oportuna desse prejuízo. Evita-se o dano à coletividade, através da preservação no tempo certo. Ora, é dever da Administração aplicar o princípio da precaução ainda quando existe a incerteza, não se aguardando que esta se torne certeza".

Em diferente julgado, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região apreciou caso de apreensão cautelar de embarcação pesqueira, uma vez que fora flagrada em atividade de pesca em região que não estaria abrangida pela autorização que possui, conforme documentação apresentada pelo seu proprietário na ocasião da fiscalização pelos agentes do IBAMA. No entanto, posteriormente se apurou que

39. 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, oct. 2011. p. 20-21.

USO EXCLUSIVO STJ

aquela documentação fora expedida com dados equivocados (não pelo IBAMA, mas sim por outro ente estatal), tendo direito o proprietário a realizar a pesca naquele local. Contudo, mesmo a par dessa informação, a Administração manteve a constrição do aludido barco. Assim, o Tribunal construiu a ementa que se segue:

> "A teoria do risco administrativo, de assento constitucional (art. 37, § 6º da CF/88), impõe às pessoas jurídicas de direito público responsabilidade objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, sendo necessária apenas a comprovação do dano e do nexo de causalidade entre a ação do agente e o prejuízo suportado pelo terceiro prejudicado. 3. Hipótese em que a atuação dos agentes do IBAMA pautou-se, inicialmente, pela legalidade, pois, quando da apreensão da embarcação "marly ii", o autor não possuía em mãos autorização para pescar no litoral sergipano, mas apenas no litoral pernambucano. Todavia, ao longo do processo administrativo restou comprovado que houve equívoco por parte da secretaria especial da agricultura e pesca, na elaboração do certificado de pesca do autor, consoante explicitado no ofício n. 094/2007. Eepe/as/seap/pr (fls. 69/70), de modo que o autor possuía autorização de pesca extensiva a todo o litoral nordestino. 4. No momento em que a autoridade, diante de documentos hábeis a comprovar a atuação regular do indivíduo, manteve o auto de infração, houve inequívoca falha no exercício do controle de legalidade do ato de apreensão, que causou danos ao autor. 5. Apesar de ter sido oportunizada ao autor a produção de provas, não foram acostadas aos autos provas da efetiva ocorrência de dano moral, ou demonstração dos valores habitualmente recebidos, que respaldem suas alegações, e dêem substrato material para a condenação da autarquia/ré em indenização por danos morais e lucros cessantes, 6. Cabível a condenação por danos materiais, tendo em vista que a apreensão mostrou-se, posteriormente, indevida, e as mercadorias estavam sob a responsabilidade e guarda da autarquia/ré. [...]"[40]

Esse caso bastante se assemelha ao tratado anteriormente, no qual se estava diante de um risco aparente que ulteriormente se evidenciou ser insubsistente. Entretanto, na presente situação, houve indenização por danos materiais já que, mesmo ciente do equívoco inicial, a Administração Pública insistiu na manutenção do provimento cautelar. Por outro lado, a improcedência da demanda em relação ao dano moral (ocorrera, como de praxe, a divulgação do provimento cautelar pela imprensa, o que teria lesado a honra do particular) se deu no caso em tela exclusivamente em razão do ônus probatório, não tendo o sujeito lesado trazido aos autos elementos de prova suficientes.

40. TRF 5ª R.; AC 0003682-80.2009.4.05.8500; SE; Terceira Turma; Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano; j. 10.01.2012; *DEJF* 25.01.2013. p. 361.

USO EXCLUSIVO CUF

Trabalhando-se ainda sobre o caso, mesmo que não tratado de maneira límpida 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

USO EXCLUSIVO

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.-cic. 1985.

Cabral, Flávio Garcia. A afetação de direitos fundamentais pelo uso de medidas cautelares administrativas. *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e* Compliance. n. 22. ano 6. p. 101-123. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2022. DOI: [https://doi.org/10.48143/rdai.22.cabral].

USO EXCLUSIVO CJF

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.

Uso Exclusivo CJF