

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO “STRICTO SENSU” EM DIREITO
CONSTITUCIONAL

JULIANO DE OLIVEIRA PINTO

AS PRETENSÕES REINTEGRATÓRIAS DO PARTICULAR POR CONDUTAS
ADMINISTRATIVAS RESTRITIVAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOBRE A
PROPRIEDADE PRIVADA

NITERÓI - RJ
2019

JULIANO DE OLIVEIRA PINTO

AS PRETENSÕES REINTEGRATÓRIAS DO PARTICULAR POR CONDUTAS
ADMINISTRATIVAS RESTRITIVAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOBRE A
PROPRIEDADE PRIVADA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional.

Orientador: Prof Dr. Eur. André Saddy

NITERÓI - RJ
2019

**Ficha catalográfica automática – SDC/BFD
Gerada com informações fornecidas pelo autor.**

P659p

Pinto, Juliano de Oliveira

As pretensões reintegratórias do particular por condutas administrativas restritivas da Administração Pública sobre a propriedade privada / Juliano de Oliveira Pinto; André Saddy, orientador. Niterói, 2019.
187f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal Fluminense,
Niterói, 2019.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22409/PPGDC.2019.m.69099812604>

1. Pretensões reintegratórias. 2. Administração Pública. 3. Medidas administrativas restritivas da propriedade privada. 4. Direito de propriedade. 5. Produção intelectual. I. Saddy, André, orientador. II. Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 351.076

Bibliotecária responsável: Josiane Braz de Assis – CRB7/5708

JULIANO DE OLIVEIRA PINTO

AS PRETENSÕES REINTEGRATÓRIAS DO PARTICULAR POR CONDUTAS
ADMINISTRATIVAS RESTRITIVAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOBRE
A PROPRIEDADE PRIVADA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Faculdade Federal Fluminense, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Instituições Políticas,
Administração Pública e Jurisdição Constitucional

Aprovada em 26 de março de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Eur. André Saddy - UFF
Orientador

Prof.^a Dr.^a Helena Elias Pinto - UFF

Prof. Dr. José Vicente Santos de Mendonça - UERJ

Me. Flávio de Araújo Willeman - PGE/RJ

DEDICATÓRIA

Dedico este estudo à minha família, minha esposa Milla e minhas filhas Gabriela e Manoela, por vezes tolhida da minha presença, mas sempre me apoiando e servindo de esteio para que eu conquiste meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me conceder força e coragem nas horas mais difíceis.

Ao meu orientador, o Prof. Dr. Eur. André Saddy, pela amizade, competência, respeito e dedicação que me conduziu no caminho do aprendizado.

Aos membros da banca examinadora, a Prof.^a Dr.^a Helena Elias Pinto, ao Prof. Dr. José Vicente Santos de Mendonça e ao Prof. Me. Flávio de Araújo Willeman pela disponibilidade em contribuir no aprimoramento dos meus estudos, por meio de orientações e correções precisas e pertinentes.

À Prof.^a Dr.^a Mônica Paraguassu Correia da Silva pelo apoio nas horas mais incertas, que em muito contribuiu para a continuidade do meu percurso no Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional (PPGDC).

Aos amigos da secretaria do PPGDC, Mirian e Eric, pela dedicação e fidalguia no entendimento, não medindo esforços para sanar todas as nossas solicitações.

Aos demais professores do PPGDC pelo convívio harmonioso e de grande aprendizagem.

Aos amigos e amigas que ombrearam comigo nesses dois anos de mestrado, pela amizade fraterna e leal.

Por fim, agradeço à minha família, pelo apoio incondicional, nos momentos de mudança na trajetória da minha vida, por vezes dolorosos, mas necessários para que outras conquistas sejam alcançadas. Em qualquer tipo de agradecimento, sempre corremos o risco de esquecer de alguém que contribui com a nossa conquista, contudo, para esses deixo aqui minha eterna amizade e respeito.

RESUMO

No Estado Democrático de Direito, a Administração Pública tem a incumbência de garantir a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, dentre eles, a dignidade da pessoa humana, por meio de condutas administrativas relacionadas, dentre outras, com a intervenção na propriedade privada. No Direito Administrativo Contemporâneo, as pretensões reintegratórias por condutas administrativas restritivas da propriedade privada visam garantir ao particular a manutenção de seus direitos em detrimento do interesse coletivo, reforçando os princípios da legítima confiança na Administração Pública e da legitimidade nas ações administrativas. Assim, as pretensões reintegratórias representam o meio garantidor desses direitos, havendo a necessidade de verificar a sua sistematização no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que de maneira implícita. Para isso, utilizou-se uma pesquisa bibliográfica de cunho descritivo, além de uma pesquisa documental, composta por decisões de Tribunais Superiores e Regionais Federais. Como conclusões, verifica-se que a responsabilidade civil administrativa por atos lícitos, como uma pretensão indenizatória, ainda não recebeu dos doutrinadores a devida atenção, pois não se aceita mais que o sacrifício do particular, no seu direito de propriedade, vá além do suportável. Além disso, outros temas como o dano emergente autônomo e a própria mudança de paradigma para a antijuridicidade objetiva da pretensão à responsabilidade civil administrativa proporcionam ao particular melhores meios de recompor sua esfera jurídica lesada. Nesse ponto, pode-se afirmar que outros institutos, além da responsabilidade civil administrativa, como as pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas e à reconstituição da situação atual hipotética podem auxiliar os aplicadores do direito, servindo de subsídio para que suas decisões respeitem o princípio da justa repartição dos ônus e encargos públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Pretensões reintegratórias. Administração Pública. Medidas administrativas restritivas da propriedade privada. Direito de propriedade

RESUMEN

En el Estado Democrático de Derecho, la Administración Pública tiene la tarea de garantizar la efectividad de los derechos y garantías fundamentales, entre ellos, la dignidad de la persona humana, por medio de conductas administrativas relacionadas, entre otras, con la intervención en la propiedad privada. En el Derecho Administrativo Contemporáneo, las pretensiones reincorporadas por conductas administrativas restrictivas de la propiedad privada tienen por objeto garantizar al particular el mantenimiento de sus derechos en detrimento del interés colectivo, reforzando los principios de la legalidad en la Administración Pública y de la legitimidad en las acciones administrativas. Así, las pretensiones reincorporativas representan el medio garante de esos derechos, habiendo la necesidad de verificar su sistematización en el ordenamiento jurídico brasileño, aunque de manera implícita. Para ello, se utilizó una investigación bibliográfica de cuño descriptivo, además de una investigación documental, compuesta por decisiones de Tribunales Superiores y Regionales Federales. Como conclusiones, se verifica que la responsabilidad civil administrativa por actos lícitos, como una pretensión indemnizadora, aún no ha recibido de los adoctrinadores la debida atención, pues no se acepta más que el sacrificio del particular, en su derecho de propiedad, vaya más allá de lo soportable. Además, otros temas como el daño emergente autónomo y el propio cambio de paradigma hacia la antijuridicidad objetiva de la pretensión a la responsabilidad civil administrativa, proporcionan al particular mejores medios de recomponer su esfera jurídica lesionada. En este punto, se puede afirmar que otros institutos, además de la responsabilidad civil administrativa, como las pretensiones al restablecimiento de posiciones jurídicas subjetivas violadas ya la reconstitución de la situación actual hipotética, pueden auxiliar a los aplicadores del derecho, sirviendo de subsidio para que sus decisiones respeten el cumplimiento principio de la justa repartición de las cargas y cargas públicas.

PALABRAS CLAVE: Pretensiones reincorporativas. Administracion publica. Medidas administrativas restrictivas de la propiedad privada. Derecho de propiedad

LISTA DE QUADROS

Quadro 1	As Pretensões Reintegratórias do Particular.....	22
Quadro 2	Classificação da Responsabilidade Civil Administrativa.....	23
Quadro 3	Fundamentos e pressupostos da responsabilidade civil extracontratual delitual.....	29
Quadro 4	Fundamentos e pressupostos da responsabilidade civil extracontratual pelo risco.....	31
Quadro 5	Fundamentos e modalidades da responsabilidade civil extracontratual por fato lícito.....	33
Quadro 6	Fundamento e pressupostos da pretensão indenizatória pelo sacrifício de direitos patrimoniais.....	37
Quadro 7	Fundamentos, pressupostos e tipos de pretensões do restabelecimento de posições jurídicas subjetivas.....	41
Quadro 8	Situações em que é legítima a não reconstituição da situação atual hipotética.....	43
Quadro 9	Fundamentos e pressupostos da pretensão à reconstituição da situação atual hipotética.....	45
Quadro 10	Situações em que é legítima a não reconstituição da situação atual hipotética.....	46
Quadro 11	Características das pretensões indenizatórias: a responsabilidade civil administrativa por atos lícitos e o sacrifício de direitos patrimoniais.....	97
Quadro 12	Modalidades restritivas da Administração Pública sobre a propriedade privada.....	99
Quadro 13	Tipo de pretensões requeridas mediante a modalidade restritiva da propriedade privada.....	128

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO I – AS PRETENSÕES REINTEGRATÓRIAS DOS PARTICULARES POR DANOS CAUSADOS POR CONDUTAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	22
1.1 RESPONSABILIDADE CIVIL ADMINISTRATIVA	23
1.1.1 Noções e aspectos gerais	23
1.1.2 Classificação da responsabilidade civil administrativa.....	23
1.1.3 Responsabilidade civil por ato de gestão pública: responsabilidade extracontratual delitual.....	24
1.1.4 Responsabilidade civil por ato de gestão pública: responsabilidade extracontratual pelo risco	29
1.1.5 A Responsabilidade civil por ato de gestão pública: responsabilidade civil extracontratual por fato lícito	32
1.2 PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS PELO SACRIFÍCIO DE DIREITOS PATRIMONIAIS PRIVADOS	34
1.2.1 Noções e aspectos gerais	34
1.2.2 Pressupostos das pretensões indenizatórias pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados	35
1.2.3 A indenização pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados.....	36
1.3 AS PRETENSÕES AO RESTABELECIMENTO DE POSIÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS VIOLADAS	37
1.3.1 Noções e aspectos gerais	37
1.3.2 Fundamentos das pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas.....	37
1.3.3 Pressupostos das pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas.....	38
1.3.4 Pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas e a responsabilidade civil.....	38
1.3.5 Tipos de pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas	39
1.3.6 Situações em que é legítimo o não restabelecimento legítimo de posições jurídicas subjetivas violadas.....	42
1.4 PRETENSÃO À RECONSTITUIÇÃO DA SITUAÇÃO ATUAL HIPOTÉTICA 43	
1.4.1 Noções e aspectos gerais	43
1.4.2 Fundamentos da pretensão à reconstituição da situação atual hipotética.....	44
1.4.3 Pressupostos da reconstituição da situação atual hipotética.....	45
1.4.4 Situações em que é legítima a não reconstituição da situação atual hipotética.....	45

CAPÍTULO II - RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DANOS CAUSADOS PELAS MODALIDADES RESTRICÇÕES SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA	47
2.1 ASPECTOS GERAIS	47
2.2 AMPLIAÇÃO DO TERMO RESPONSABILIDADE CIVIL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	51
2.2.1 Princípio da responsabilidade.....	52
2.2.2 Princípio da responsividade	52
2.3.3 Princípio da responlicidade	53
2.3 REGIME CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	54
2.4 O ACOLHIMENTO DA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO	55
2.5 TIPOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINSTRAÇÃO PÚBLICA	58
2.5.1 Responsabilidade civil extracontratual subjetiva da Administração Pública.....	59
2.5.2 Responsabilidade Civil Extracontratual Objetiva da Administração Pública.....	61
2.5.3 Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública por atos lícitos..	63
2.6 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	68
2.7 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	71
2.7.1 Dano	71
2.7.2 Conduta imputada à Administração Pública	75
2.7.3 Relação de causalidade entre o dano e a conduta administrativa.....	78
2.8 HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	80
2.8.1 Força maior ou caso fortuito	81
2.8.2 Fatos exclusivos da vítima ou de terceiros.....	83
2.8.3 Legítima Defesa	84
2.8.4 Estado de Necessidade	86
2.8.5 Exercício regular de um direito e estrito cumprimento de um dever legal	88
CAPÍTULO III – PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS PELO SACRIFÍCIO DE DIREITOS PATRIMONIAIS PRIVADOS POR DANOS CAUSADOS PELAS MODALIDADES LÍCITAS DE RESTRICÇÕES SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA	91
3.1 ASPECTOS GERAIS	91

3.2 FUNDAMENTOS E PRESSUPOSTOS DAS PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS PELO SACRÍFICIO DE DIREITOS PATRIMONIAIS	95
3.3 MODALIDADES RESTRITIVAS LÍCITAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA	97
3.3.1 Desapropriação.....	99
3.3.2 Servidão administrativa.....	109
3.3.3 Requisição Administrativa	116
3.3.4 Tombamento.....	119
3.3.5 Ocupação temporária.....	126
CAPÍTULO IV – PRETENSÕES REINTEGRATÓRIAS AO RESTABELECIMENTO DE POSIÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS VIOLADAS POR DANOS CAUSADOS PELAS MODALIDADES ILÍCITAS DE RESTRIÇÕES SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA	130
4.1 ASPECTOS GERAIS	130
4.2 FUNDAMENTOS E PRESSUPOSTOS DAS PRETENSÕES AO RESTABELECIMENTO DE POSIÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS VIOLADAS	131
4.3 PRETENSÕES AO RESTABELECIMENTO DE POSIÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS VIOLADAS	131
4.4 SUBPRETENSÕES AO RESTABELECIMENTO DE POSIÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS VIOLADAS	132
4.5 MODALIDADES RESTRITIVAS ÍLÍCITAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA	133
4.5.1 Retrocessão.....	133
4.5.2 Desapropriação indireta.....	142
4.5.3 Outras modalidades restritivas ilícitas da Administração Pública sobre a propriedade privada.....	152
4.6 IMPOSSIBILIDADE DO RESTABELECIMENTO LEGÍTIMO DE POSIÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS VIOLADAS	153
CAPÍTULO V – PRETENSÕES REINTEGRATÓRIAS À RECONSTITUIÇÃO DA SITUAÇÃO ATUAL HIPOTÉTICA POR DANOS CAUSADOS POR ATOS OU REGULAMENTOS ANULÁVEIS DA ADMINSTRAÇÃO PÚBLICA	156
5.1 ASPECTOS GERAIS	156
5.2 FUNDAMENTOS E PRESSUPOSTOS DA PRETENSÃO À RECONSTITUIÇÃO DA SIUTAÇÃO ATUAL HIPOTÉTICA	159
5.3 DESFAZIMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO	160

5.4 RECONSTITUIÇÃO DA SITUAÇÃO ATUAL HIPOTÉTICA E SUAS REALIDADES CONEXAS	165
5.4.1 Reconstituição da situação atual hipotética e responsabilidade civil administrativa	165
5.4.2 Dimensões da pretensão à reconstituição da situação atual hipotética	167
5.4.3 Situações em que é legítima a não reconstituição da situação atual hipotética.....	173
CONCLUSÕES E SUGESTÕES	176
REFERÊNCIAS	180

INTRODUÇÃO

A Administração Pública tem por determinação constitucional o dever de agir conforme os princípios previstos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, objetivando a satisfação dos interesses coletivos e com o fundamento na concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais, dentre eles, o direito à dignidade da pessoa humana.

Assim, incumbida de manter o bem-estar social, a Administração Pública interfere no patrimônio privado, tendo como justificativa a prossecução do interesse público. No entanto, na execução das suas condutas, a Administração Pública pode afetar negativamente a esfera jurídica do particular, por exemplo, por meio do esvaziamento total da capacidade econômica do uso e gozo sobre seu patrimônio, como no caso de um tombamento ou uma servidão administrativa que extrapola o sacrifício que o particular deve carregar em prol da sociedade ou mesmo por um esbulho possessório, caracterizando uma desapropriação indireta. Nesses casos, sendo as condutas administrativas ilegais ou legais que excedam o sacrifício normal do particular, lesando suas posições jurídicas subjetivas, cabe à Administração Pública recompor a esfera jurídica por meio da reconstituição do direito violado ou da compensação dos prejuízos causados.

A essas situações jurídicas, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos denominam de pretensões reintegratórias. Para os autores, a teoria das pretensões reintegratórias dos particulares em face da Administração Pública constitui *“uma das pedras angulares do sistema de direito administrativo substantivo, a par do princípio da legalidade e das suas implicações.”*¹

Portanto, em um Estado Democrático de Direito, onde a complexidade do mundo contemporâneo outorga ao particular um rol de garantias, há também grandes possibilidades de ocorrer sacrifícios de direitos. Desta forma, para que o particular consiga a recomposição da sua esfera jurídica face a uma lesão ao seu patrimônio, cresce de importância o entendimento e a discussão sobre suas pretensões reintegratórias.

Nesse contexto, o estudo traz como questionamento principal: como as pretensões reintegratórias do particular lesionado no seu direito de propriedade, por condutas administrativas restritivas impostas pela Administração Pública, estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro? Além desse questionamento, este estudo analisou como o

¹ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Atividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 476

ordenamento jurídico brasileiro se comporta nas situações em que a Administração Pública, no seu dever legal de estabelecer limites ao bem privado, impõe ao particular sacrifícios de direitos além do suportável, seja por meio de restrições lícitas, seja pela imposição de limitações ilegais ao bem privado. Ademais, este estudo averiguou como a doutrina e a jurisprudência estão atendendo às aspirações do particular lesado no seu direito de propriedade por atos administrativos inválidos, o qual, por motivos de cunho pessoal, não deseja uma compensação financeira, mas sim o restabelecimento do seu *status quo ante*.

Desta forma, em um Estado Democrático, no qual as garantias individuais são preservadas, os interesses público e privado devem ser regidos pela legitimidade das condutas administrativas, acompanhada de uma legítima confiança do particular no Poder Público, cabendo ao aplicador do direito conciliar as aspirações de ambas as partes. Assim, caso haja um dano após a conduta administrativa, o particular torna-se o titular de uma pretensão reintegratória objetivando o seu reequilíbrio econômico-financeiro frente à sociedade.

Importante ressaltar que cada pretensão reintegratória possui fundamentos e pressupostos distintos, podendo, em uma compensação pela lesão no direito de propriedade, requerer mais de uma modalidade de pretensão, por exemplo, pleitear o restabelecimento do seu bem, ilegalmente apossado, e uma compensação financeira pelos prejuízos causados ou lucros não percebidos, no período em que não teve o domínio do seu patrimônio.

Destarte, para auxiliar na resposta aos questionamentos, será utilizado como referencial teórico o livro de Marcelo Rebelo de Sousa² e André Salgado de Matos³, os quais apresentam cinco pretensões reintegratórias do particular frente às condutas da Administração Pública.⁴

² Marcelo Rebelo de Sousa é doutor em Ciências Jurídico-políticas (1984), ascendeu em 1990 a professor catedrático do Grupo de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Também foi professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e professor catedrático convidado da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas daquela universidade, tendo sido ainda professor catedrático convidado da Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa. É doutor *honoris causa* pela Universidade do Porto desde 2005. Atualmente, é o presidente da República Portuguesa.

³ André Salgado de Matos é Mestre em Direito Público (2001) pela Faculdade de Direito de Lisboa, onde ensinou várias disciplinas de Direito Público, em particular no domínio do Direito Administrativo, entre 1996 e 2010. Desde 2011 é assistente convidado da Faculdade de Direito da Católica (Escola de Lisboa)..

⁴ As cinco pretensões reintegratórias: a responsabilidade civil administrativa; as pretensões indenizatórias pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados; as pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas; as pretensões à reconstituição da situação atual hipotética e as pretensões à restituição do enriquecimento sem causa. cabe ressaltar que a pretensão à restituição do enriquecimento sem causa, não será foco deste estudo, haja vista esta pretensão fazer referência ao enriquecimento da Administração Pública à custa dos particulares e não ter como pressuposto uma lesão causada por uma atividade administrativa. Conforme Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “esta pretensão é um instituto originário do direito civil. [...] Trata-se então, de uma pretensão à reintegração do patrimônio de alguém pelo seu empobrecimento, resultante do corespectivo enriquecimento de outra pessoa.” SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p 549.

Cabe salientar que, embora a divisão apresentada por Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos não seja unanimidade no seio dos doutrinadores portugueses, devido ao grau de especificidade no estudo dessas pretensões reintegratórias, da proximidade do ordenamentos jurídicos, português e brasileiro e, principalmente, por não ter sido localizado em pesquisa bibliográfica nenhum doutrinador brasileiro que abordasse o tema com a mesma amplitude, utilizou-se os autores como base para a análise das pretensões no sistema normativo jurídico brasileiro.

Neste contexto, para conseguir discorrer sobre o tema das pretensões reintegratórias dos particulares, este estudo testará as seguintes hipóteses: a) levando em consideração a pretensão reintegratória denominada responsabilidade civil da Administração Pública que gera a este ente público o dever de indenizar o lesado, pode-se considerar que esse instituto é suficiente para recompor a esfera jurídica do particular; b) as modalidades lícitas de restrições da Administração Pública sobre a propriedade privada, mediante instrumento legal de indenização, podem ser enquadradas no tipo de pretensão reintegratória pelo sacrifício de direitos patrimoniais; c) nos casos em que as modalidades de restrições administrativas sobre a propriedade privada se tornem ilícitas, por incapacitação total do proprietário em exercer seus poderes sobre o imóvel, possibilitando a este o direito de reaver sua propriedade, nessas hipóteses, o particular tornar-se-á titular da pretensão ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas; d) nas hipóteses em que a Administração Pública pratica atos administrativos em desconformidade com a lei, afetando o direito de propriedade do particular, este poderá reconstituir sua situação jurídica anterior à emissão do ato, por meio da pretensão reintegratória à reconstituição da situação atual hipotética.

Por conseguinte, o caminho a ser seguido para testar as hipóteses apresentadas será balizado por objetivos, tendo como objetivo geral, a análise das pretensões reintegratórias dos particulares como consequência dos danos causados pelas modalidades restritivas da Administração Pública sobre a propriedade privada, presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Complementando o objetivo geral e servindo de trilhos para o desenvolvimento deste estudo, tem-se como objetivos específicos: apresentar as pretensões reintegratórias do particular estabelecidas por Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos; estudar a pretensão da responsabilidade civil da Administração Pública⁵ por atos administrativos que lesionam a esfera

⁵ Importante enfatizar que será utilizado o termo responsabilidade civil Extracontratual da Administração Pública, ao invés de responsabilidade civil extracontratual do Estado, pois o foco do trabalho se concentra no poder Executivo, por isso, não serão discutidas as responsabilidades civis por atos jurisdicionais e nem por atos

jurídica do particular; averiguar as pretensões indenizatórias pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados por danos causados pelas modalidades lícitas de restrições sobre a propriedade privada; pesquisar as pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas do particular, mediante modalidades restritivas ilícitas sobre a propriedade privada e examinar as pretensões à reconstituição da situação atual hipotética, mediante atos ou regulamentos administrativos anuláveis que causam lesões na esfera jurídica do particular.

Para ratificar a importância deste trabalho para o Direito Administrativo, pode-se citar alguns autores que se aprofundaram no estudo da responsabilidade civil da Administração Pública, como Yussef Said Cahali, Sérgio Cavalieri Filho, Rui Stocco, dentre outros, ou mesmo autores que em seus compêndios tratam o tema, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar, Marçal Justen Filho e Diogo de Figueiredo Moreira Neto para todos a indenização é a forma prevista para que o particular recomponha sua esfera jurídica lesionada pelos danos causados por condutas administrativas. Contudo, situações como a intervenção administrativa na propriedade privada, a imposição de sacrifícios excessivos sobre o particular em benefício do coletivo, decretos expropriatórios inválidos, limitações parciais ou totais na criação de áreas de proteção ambiental, situações de estado de necessidade e até mesmo situações específicas de legítima defesa, no caso de lesão ao patrimônio de terceiro, dentre outras, necessitam de uma maior proteção ao particular, garantindo a ele a segurança jurídica de que seus direitos não serão violados.

No Brasil, a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, gerada pela conduta dos órgãos do Poder Executivo na prestação de obrigações administrativas, seja decorrente de atos e omissões ilícitas ou lícitas, abarcam a maioria das hipóteses de satisfação pelo bem lesionado. Contudo, há casos em que o pagamento de uma importância em dinheiro não é suficiente ou não é a solução apropriada para compensar os danos. Corroborando isso, Marçal Justen filho afirma que *“pode-se cogitar de a responsabilização civil traduzir-se em obrigações de fazer, tal como a execução específica de obrigações inadimplidas ou outras soluções atípicas. Por exemplo, o sujeito que sofreu dano moral derivado da indevida imputação de prática de ilicitude.”*⁶

legislativos. Em que pese, alguns doutrinadores como Marçal Justen Filho e Maria Sylvia Zanella Di Pietro entenderem que a expressão responsabilidade civil da Administração Pública, não seria a mais correta, com relação a responsabilização estatal diante de atos administrativos.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** (livro eletrônico).4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016, p. 6/72. Disponível em: <https://ler-online.saraiva.com.br/saraiva/#/>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

Com o mesmo entendimento, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos ressaltam que há outras formas de satisfação de uma lesão causada a um particular por uma atividade pública, como a recomposição da sua esfera jurídica, por meio da satisfação do direito violado ou mesmo pela reconstituição da situação atual hipotética.

Atualmente, como será visto no decorrer deste estudo, já se entende que a responsabilização do Poder Público pelo excessivo sacrifício de direitos dos particulares deve receber uma atenção especial. Sobre o tema, Yussef Said Cahali salienta que:

[...] A distinção é proveitosa, de forma que a doutrina tende a vislumbrar o instituto do ressarcimento verdadeiro e próprio, diverso do instituto da indenização dos danos legitimamente provocados, abrange esta os danos causados em razão do *sacrifício* de direitos particulares, mas por força do exercício de uma faculdade concedida em lei ao Poder Público; e reservando-se aquela para os casos de responsabilidade por danos ilegítimos, de atividade lesiva de direitos de terceiros.⁷

Sobre o assunto, Alexandre Santos de Aragão alude que a intervenção da Administração Pública na propriedade privada tem intensidades, podendo ser meras limitações administrativas em que a Administração Pública compatibiliza a propriedade à sua função social ou ao bem-estar coletivo; restrições administrativas, nas quais a propriedade continua privada, mas o próprio direito de propriedade fica limitado em alguns de seus aspectos, como nas servidões administrativas e ocupações temporárias ou nas ablações administrativa em que há a extinção temporária da liberdade ou o apossamento compulsório do bem pela Administração Pública, como no caso da desapropriação ou mesmo da requisição administrativa.⁸

À vista da variedade de possibilidades de intervenções na propriedade privada e o remédio constitucional disponível, somente a responsabilização civil do Poder Público não transmite ao particular a legítima confiança que deveria ter nas condutas administrativas. Para a doutrina, situações de ablação administrativa, com a extinção do direito de propriedade, podem ser resolvidos por pretensões específicas. Com esse entendimento, Alexandre Santos de Aragão declara que:

[...] as consequências indenizatórias dessas limitações administrativas que adentram no núcleo essencial dos direitos podem ser vistas sob o ângulo das desapropriações indiretas, ou da responsabilidade civil objetiva do Estado. As duas acepções não se excluem mutuamente. Ao revés, se complementam umbilicalmente.⁹

⁷ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5 ed ver., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 13

⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Limitações administrativas e a sua excepcional indenizabilidade. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord). **Poder de polícia na atualidade**. Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico (CEDAU). Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 114

⁹ *Ibidem*.

As afirmações de Alexandre Santos de Aragão ratificam o cerne deste estudo, ou seja, a aceitação de que há outras formas de pretensões reintegratórias que o lesado na sua esfera jurídica, por condutas restritivas da Administração Pública, pode requerer, seja através da simples indenização, seja da vontade de ter o bem restabelecido ao seu patrimônio. Como aduz Helena Elias Pinto, “*essa mudança de paradigma é imperativa, diante da dignidade constitucional atribuída aos direitos fundamentais e do papel do Estado como garantidor desses direitos*”.¹⁰

Assim, este estudo se justifica pelo entendimento de que nem todas as formas de lesão à esfera jurídica do particular se enquadrariam na pretensão reintegratória da responsabilidade civil extracontratual da Administração, pois em situações peculiares como no estado de necessidade, nas ações restritivas da propriedade privada em benefício do interesse público ou mesmo nas hipóteses em que atos nulos ou anuláveis causem algum dano ao particular, não está clara a previsão de onde o lesado irá buscar a compensação por seus danos.

Isto posto, verifica-se a importância em sistematizar, no Direito Pátrio, as pretensões reintegratórias disponibilizadas ao particular para garantir a segurança jurídica necessária na busca da recomposição da sua esfera jurídica, haja vista essas ferramentas já serem admitidas de forma implícita no nosso ordenamento.

Sendo um estudo que visa a comprovação da existência das pretensões reintegratórias do particular no ordenamento jurídico brasileiro, optou-se por utilizar uma pesquisa descritiva e como procedimento uma pesquisa bibliográfica, composta por obras de doutrinadores, revistas e artigos científicos físicos e virtuais, legislação ordinária e da Constituição Federal de 1988. Foi realizada também uma pesquisa documental, em sua totalidade composta por decisões de Tribunais Superiores e Regionais Federais, dando prioridade para os acórdãos que demonstraram maior clareza e apresentaram o entendimento majoritário das Cortes. O principal método científico de investigação para orientar a presente dissertação será o dedutivo, analisando as premissas doutrinárias sobre a espécie normativa em questão, visando resolver o problema encontrado por meio de hipóteses formuladas e objetivos que conduziram a análise do tema.

Sobre a relação entre as disciplinas do Direito, Hilton Japiassu ressalta que, “*a interdisciplinaridade, não ocorre somente entre áreas do conhecimento heterogêneas, mas*

¹⁰ PINTO Helena Elias. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado. In: **Direito Administrativo e Gestão Pública/XXIV Congresso Nacional do CONPEDI-UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara- Florianópolis: 2015**, p. 463 Disponível em: https://www.conpedi.org.br/publicações/66fsl345/1ppyi8tz/cTI4RK9_9UrVJ5v.pdf Acesso em: 12 agosto de 2016.

também dentro da mesma área”¹¹. Assim, há neste estudo uma abordagem interdisciplinar dos ramos do Direito Público com o Direito Civil e Imobiliário.

Na continuidade, para melhor orientar o leitor, será apresentada a estruturação do tema proposto. Assim, no primeiro capítulo será descrito a classificação das cinco pretensões reintegratórias dos particulares como consequências das condutas da Administração Pública, desenvolvidas por Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos. Cabe ressaltar que esse capítulo tem como finalidade situar o leitor sobre as questões conceituais dos tipos de pretensões reintegratórias, como seus fundamentos e pressupostos.

Com relação ao segundo capítulo, este discorrerá sobre a primeira modalidade de pretensão reintegratória, a responsabilidade civil administrativa. Esse tipo de pretensão se presta como possibilidade do particular, lesado em sua esfera jurídica, pleitear uma indenização resultante dos prejuízos decorrentes de condutas da Administração Pública. No ordenamento jurídico pátrio, este tipo de modalidade indenizatória será analisado na responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública.

Sobre a questão da indenização, seguindo o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves e Fernando Facury Scaff, este estudo citará os termos indenização e ressarcimento como sinônimos, haja vista que a importância do estudo é sistematizar a utilização das pretensões reintegratórias para garantir ao lesado a devida compensação por danos causados à sua esfera jurídica¹²

O terceiro capítulo tratará sobre as pretensões indenizatórias pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados. Assim, devido ao debate entre os interesses coletivo e o particular e ao respeito pelo equilíbrio das posições jurídicas subjetivas privadas, a Administração Pública tem a obrigação de reparar os prejuízos causados por sacrifícios de direitos privados, mesmo que estas estejam de acordo com as normas legais.

¹¹ JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago editora, 1976, p. 83

¹² Carlos Roberto Gonçalves afirma que alguns autores estabelecem distinções entre as expressões ressarcimento, reparação e indenização. Para o autor, [...] **ressarcimento** é o pagamento de todo o prejuízo material sofrido, abrangendo o dano emergente e os lucros cessantes, o principal e os acréscimos que lhe adviriam com o tempo e com o emprego da coisa. **Reparação** é a compensação pelo dano moral, a fim de minorar a dor sofrida pela vítima. E a **indenização** é reservada para a compensação do dano decorrente de ato lícito do Estado, lesivo do particular, como ocorre nas desapropriações. **A Constituição Federal, contudo, usou-a como gênero, do qual o ressarcimento e a reparação são espécies, ao assegurar, no art. 5º, V e X, indenização por dano material e moral.** (grifo nosso). GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil Vol 4. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 425. Assim, como previsto na própria Constituição Federal de 1988, e conforme Fernando Facury Scaff, limitar o montante a ser pago pelo dano ocasionado em razão do ato praticado ter sido fruto de uma atividade lícita ou ilícita é algo que fere a mais elementar noção de justiça, posto que, “para o indivíduo lesado, o que importa é a recomposição integral de seu patrimônio. Portanto, em face de nossa discordância, usaremos as expressões ‘ressarcimento’ e ‘indenização’ como sinônimas, significando o montante a ser pago pelo causador da lesão ao lesado.” SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do Estado intervencionista**. 2 ed. Ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 151

Na sequência, o quarto capítulo apresentará as pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas. Esse tipo de pretensão tem por principal finalidade eliminar a ilegalidade cometida por uma conduta administrativa, restabelecendo o direito do particular lesado. Cabe salientar que o restabelecimento das posições jurídicas subjetivas não consiste em uma indenização, a qual deve ser solicitada por outro tipo de pretensão como, por exemplo, a responsabilidade civil administrativa, mas sim o restabelecimento do bem ao seu proprietário. Observa-se que pode haver, dependendo do caso concreto, uma cumulação de pretensões em benefício do lesado.¹³

Esta pretensão possui seis tipos de subpretensões, que protegem o particular de situações de perturbação da posse ou mesmo seu apossamento ilegal, como também de situações referentes ao descumprimento contratual e de efeitos jurídicos gerados por atos ou regulamentos administrativos nulos ou anuláveis.

No quinto capítulo, será apresentada a pretensão à reconstituição da situação atual hipotética do particular diante de atos ou regulamentos administrativos nulos ou anuláveis. Esta é uma das seis subpretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas, que devido à sua complexidade, constitui uma das modalidades de pretensões reintegratórias. A pretensão à reconstituição da situação atual hipotética possui duas dimensões, uma negativa referente à anulação do ato administrativo inválido e outra positiva que é a reconstituição da situação anterior ao ato.

Com relação às notas de rodapé, além das referências citatórias reguladas pelas normas científicas, constará também de notas complementares, que permitirão um melhor entendimento do assunto analisado. Além disso, em que pese o referencial teórico ser composto por doutrinadores portugueses, não há a intenção de se realizar uma análise comparativa dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

Por fim, cabe salientar que este estudo tem por objetivo iniciar um diálogo sobre algumas situações concretas e complexas, nas quais há a necessidade de proteger o particular de medidas restritivas da Administração Pública, que causam lesões em sua esfera subjetiva, gerando insegurança jurídica pela falta de institutos específicos de proteção para os danos

¹³ “à restituição de uma coisa entregue à Administração em virtude de um ato nulo ou anulável, pode ser obtida, respectivamente, mediante uma das pretensões ao restabelecimento de direitos violados e a pretensão à reconstituição da situação atual hipotética, uma vez que a prestação da coisa à Administração foi indevida (ato nulo) ou ocorreu em virtude de uma causa que retroativamente deixou de existir (ato anulável). Isso comprova que, utilizando uma ou outra pretensão reintegratória os objetivos são atingidos, não existindo subsidiariedade entre as pretensões, mas sim há uma alternatividade de institutos.” SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 552.

causados. Ademais, não se espera esgotar o tema nem tão pouco criar novos mecanismos jurídicos, mas sim expor, embasado em doutrina e jurisprudência, situações típicas de lesão ao direito de propriedade.

CAPÍTULO I – AS PRETENSÕES REINTEGRATÓRIAS DOS PARTICULARES POR DANOS CAUSADOS POR CONDUTAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Neste capítulo serão apresentadas as pretensões reintegratórias dos particulares como consequências das atividades administrativas da Administração Pública desenvolvidas por Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, os quais são o referencial teórico deste estudo¹⁴. O objetivo desta classificação é ambientar o leitor sobre os fundamentos e pressupostos das pretensões reintegratórias.

Desta forma, os autores classificaram as pretensões reintegratórias em cinco tipos.

Quadro 1- As Pretensões Reintegratórias do Particular

Pretensões reintegratórias	a responsabilidade civil administrativa
	as pretensões indenizatórias pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados
	as pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas
	a pretensão à reconstituição da situação atual hipotética
	a pretensão à restituição do enriquecimento sem causa

Fonte: elaborado pelo autor

Sobre o quadro 1, cabe ressaltar que a pretensão à restituição do enriquecimento sem causa não será foco deste estudo, haja vista esta pretensão fazer referência ao enriquecimento da Administração Pública à custa dos particulares e não ter como pressuposto uma lesão causada por uma atividade administrativa ao direito de propriedade. Além do mais, este estudo tem como foco as várias hipóteses em que o particular poderá ser indenizado ou ter seu bem restabelecido ou reconstituído de uma situação anterior a execução de um ato administrativo ilegal.

A seguir, cada tipo de pretensão será melhor explicada para posterior compreensão dos seus institutos e análise das situações no ordenamento jurídico brasileiro, no que tange às possibilidades de reintegração da esfera jurídica do particular frente à uma lesão por condutas da Administração Pública.

¹⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016. Assim, a intenção será apresentar as peculiaridades das cinco pretensões à reintegração das esferas jurídicas dos particulares lesionados por atos ou omissões administrativas da Administração Pública portuguesa.

1.1 RESPONSABILIDADE CIVIL ADMINISTRATIVA

1.1.1 Noções e aspectos gerais

Em uma sociedade de risco.¹⁵ cada vez mais complexa, em parte motivada pela evolução tecnológica nas áreas pública e privada, aumenta a probabilidade da ocorrência de danos às pessoas e ao seu patrimônio. Para Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “a responsabilidade civil da administração é um conjunto de circunstâncias da qual emerge, para a administração e para os seus titulares de órgãos e trabalhadores, a obrigação de indemnização dos prejuízos causados a outrem no exercício da actividade administrativa.”¹⁶,

1.1.2 Classificação da responsabilidade civil administrativa

Segundo Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, a responsabilidade civil administrativa pode ser classificada por três parâmetros, os quais apresentam subdivisões internas¹⁷. Assim, a responsabilidade civil administrativa pode ser classificada em:

Quadro 2 – Classificação da Responsabilidade Civil Administrativa

Responsabilidade Civil Administrativa	quanto ao título de imputação do prejuízo	Responsabilidade extracontratual delitual
		Responsabilidade extracontratual pelo risco
		Responsabilidade extracontratual por fato lícito

¹⁵ **A expressão sociedade de risco** é a maneira pela qual a sociedade moderna se organiza em resposta ao risco. O termo foi cunhado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck em seu livro *Risikogesellschaft* (1986). Dentro dessa concepção, para o Beck, os riscos seriam mais democráticos e globalizados, tornando a repartição mais equalizada. Sendo assim, ninguém estaria totalmente imune às ameaças produzidas e agravadas pela modernidade. Disponível em: <http://ferreiramacedo.jusbrasil.com.br/artigos/0037557/sociedade-de-risco-rumo-a-uma-outra-modernidade>. Acesso em: 13 de agosto de 2018.

¹⁶ Os autores fazem referência a Lei n.º 67, de 31 de dezembro de 2007, do Direito Português, sobre o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Pessoas Colectivas de Direito Público, que no seu Art 1.º, 5, traz que as pessoas coletivas de direito privado, integrantes da administração pública, também se enquadram nessa legislação. “As disposições que, na presente lei, regulam a responsabilidade das pessoas colectivas de direito público, bem como dos titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes, por danos decorrentes do exercício da função administrativa, **são também aplicáveis à responsabilidade civil de pessoas colectivas de direito privado e respectivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares.** (grifo nosso). Cabe informar, que no Direito Português, a legislação que ampara a responsabilidade civil da Administração Pública é a Lei n.º 67, de 31 de dezembro de 2007, atualizada pela Lei n.º 31 de 17 de julho de 2008, designada como o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Pessoas Coletivas de Direito Público (RRCEC). SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 477

¹⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 482 e 483.

	quanto à natureza da posição jurídica subjetiva violada	Responsabilidade Civil Contratual
		Responsabilidade Civil Extracontratual
	quanto ao ramo de direito pelo qual é regulada	Responsabilidade Civil por atos de gestão pública
		Responsabilidade Civil por atos de gestão privada

Fonte: elaborado pelo autor.

Sobre o quadro 2, importante comentar que este estudo visa analisar as condutas administrativas do Poder Público, com o objetivo da pesquisa sobre a responsabilização da Administração Pública por atos de gestão pública. Assim, as responsabilidades contratuais e por atos de gestão privada e a designada terceira via de responsabilidade civil não serão foco deste estudo. Nos próximos itens serão apresentados os principais tipos da modalidade da responsabilidade civil administrativa.

1.1.3 Responsabilidade civil por ato de gestão pública: responsabilidade extracontratual delitual

A responsabilidade delitual decorre de uma conduta reprovada pela ordem jurídica, por isso é também denominada de responsabilidade por fato ilícito e culposo.

1.1.3.1 Fundamentos da responsabilidade delitual

Segundo Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, a responsabilidade delitual apresenta um duplo fundamento, subjetivo e objetivo. Do ponto de vista subjetivo, fundamenta-se nos direitos fundamentais no princípio do respeito pelas posições jurídicas subjetivas dos particulares. Do ponto de vista objetivo, fundamenta-se no princípio da legalidade. Afirmam os autores “*que da combinação de ambos decorre a proibição de provocação ilegal de danos na esfera jurídica dos particulares ou, como sucedâneo, a sua reintegração mediante indemnização.*”¹⁸

¹⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 484.

1.1.3.2 Pressupostos da responsabilidade administrativa delitual

Segundo Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, só haverá responsabilidade civil delitual da Administração Pública, presentes cumulativamente os seguintes pressupostos: o fato voluntário, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade. Para os autores, *“A não verificação de um destes pressupostos acarreta automaticamente a inexistência de responsabilidade delitual, embora possa ainda haver lugar a outra modalidade de responsabilidade civil ou a outra pretensão reintegratória.”*¹⁹

1.1.3.2.1 Fato voluntário

A responsabilidade delitual por danos, para Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, somente se dará mediante fatos humanos domináveis pela vontade, ou seja, atos em sentido próprio que podem consistir em ações ou omissões. Além disso, para os autores, não são considerados fatos voluntários para efeito de responsabilidade civil os fatos naturais, os atos reflexos ou praticados sob coação física.²⁰

1.1.3.2.2 Ilicitude

A ilicitude é sinônimo de antijuridicidade, que se expressa num juízo negativo formulado pela ordem jurídica. Para Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos:

[...] ilícita é, por isso, qualquer conduta que viole o bloco de legalidade. Assim, são ilícitos os actos que violem princípios ou regras constitucionais, legais ou regulamentos ou infrinjam regras técnicas ou deveres objectivos de cuidado, ou violem o funcionamento normal dos serviços. Contudo, para haver responsabilidade civil delitual não basta a verificação de qualquer ilegalidade, devendo esta consistir na violação da norma que tutela a posição jurídica subjetiva cuja lesão se pretende ver reparada.²¹

A antijuridicidade de uma determinada conduta poderá ser relevada na presença de circunstâncias específicas, designadas causas de exclusão da ilicitude. Desta forma, caso esteja presente uma dessas excludentes, não se configura o pressuposto ilicitude e “a

¹⁹ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 485.

²⁰ Ibidem, p. 486.

²¹ Ibidem, p. 487.

responsabilidade delitual ficará excluída, podendo, ainda, haver outro tipo de modalidade de responsabilização estatal.”²²

Assim, conforme Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, as causas relevantes de exclusão da ilicitude, ou como denominam os autores justificação, em matéria de responsabilidade administrativa delitual são: o cumprimento de um dever; o estado de necessidade; o consentimento do lesado e a legítima defesa. Hipóteses que serão melhor discutidas no segundo capítulo, juntamente com os fundamentos, pressupostos e excludentes da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública.

1.1.3.2.3 Culpa

A culpa, terceiro pressuposto da responsabilidade civil delitual, de acordo com Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *“consiste na preterição da diligência pela qual a lei exigia do autor do facto voluntário e ilícito tivesse pautado a sua conduta.”*²³ São duas modalidades da culpa, o dolo e a negligência. Segundo os autores, *“O dolo pressupõe a intenção de provocar um determinado resultado danoso. Já a negligência pressupõe a violação, consciente ou inconsciente, de deveres de cuidado.”*²⁴

No entendimento dos autores, *“na negligência, quando a diligência e o zelo empregados tenham sido manifestamente inferiores àqueles a que os titulares de órgão ou agentes se encontravam obrigado em razão do cargo por si ocupado, a negligência diz-se grave, nas demais situações diz-se leve.”*²⁵

Cabe ressaltar que para Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, a diferença entre os tipos de negligência tem grande importância na responsabilidade administrativa, haja vista *“que para a responsabilização das pessoas coletivas administrativas basta qualquer tipo de negligência, mas para a responsabilização de titulares de órgãos ou agentes pressupõe pelo menos a negligência grave.”*²⁶

Segundo os autores, há situações que mesmo sendo comprovado o dano em virtude da má organização ou do mau funcionamento de um serviço público, não é possível identificar o autor ou autores das condutas que lhes deram origem, tal fato é frequente em situações de omissão. Por isso, pela lógica, aplicando os pressupostos da responsabilidade civil, *“seria óbvio*

²² SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 487.

²³ Ibidem, p. 491.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem, p. 487.

concluir não ser possível a efetivação da responsabilização, na medida em que, desconhecendo-se o autor do fato, seria impossível formular os juízos de dolo ou negligência dos quais depende o preenchimento do pressuposto culpa da responsabilidade civil.”²⁷

Contudo, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos entendem que essa solução iria de encontro às pretensões do lesado e contraria os fundamentos da responsabilidade delitual. Assim, para eles, é possível admitir, neste caso, a responsabilização da Administração Pública pela prestação do serviço sem necessidade de apuramento da culpa individual. Desta forma:

[...] mediante averiguação da diligência diretamente em relação ao serviço público no âmbito do qual se produziu o facto lesivo: haverá, assim, ‘funcionamento anormal do serviço’ quando este esteja organizado ou tenha funcionado objectivamente com uma diligência inferior àquela que era normativamente exigida [...]. O conceito de funcionamento anormal do serviço é, portanto, pelo menos em parte, um sucedâneo da culpa; é por isso que, tradicionalmente, se falava em *culpa do serviço*.²⁸

Ainda sobre o pressuposto culpa, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos afirmam que nas hipóteses da chamada culpa leve e também mediante o incumprimento de deveres de vigilância, a culpa da Administração Pública deve ser presumida. Já nos casos de culpa grave, deve haver por parte do lesado a demonstração da culpa da Administração Pública pelo dano causado.²⁹

Tal como na ilicitude, há circunstâncias particulares que afastam um juízo de culpa, excluindo a responsabilidade delitual. Conforme Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, são duas as circunstâncias que excluem a culpa: o erro desculpável e o estado de necessidade desculpante. O erro desculpável é uma falsa representação da realidade, quer por desconhecimento, quer por suposição de algo, sendo desculpável quando não seja objeto de censura pela ordem jurídica. Como exemplo, a hipótese em que a Administração é induzida ao erro pela atuação dolosa de um particular. Já na situação do estado de necessidade desculpante, há o sacrifício de bens alheios, mas este dano ocorre em circunstâncias que excluem a culpa do

²⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 493.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos afirmam “que a ausência de presunções legais de culpa não afasta, no entanto, as chamadas presunções judiciais de culpa, resultantes da experiência do julgador, quanto a condutas ostensivamente ilegais da Administração. Em sentido contrário, afirmam que a jurisprudência administrativa tem-se orientado no sentido da aplicação à administração das presunções de culpa estabelecidas na lei civil, embora a questão não seja pacífica.” (SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 494

agente. Como exemplo, a conduta praticada por um agente da Administração sob coação moral.³⁰

1.1.3.2.4 Dano

O dano é o quarto pressuposto da responsabilidade extracontratual delitual, define a diminuição ou extinção de uma vantagem que é objeto de tutela jurídica. Para Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, o conceito de dano abrange diversas situações dentre elas: danos emergentes e lucros cessantes, danos presentes e danos futuros, danos patrimoniais e danos morais.³¹ Com relação aos danos morais, *“a indenização dos danos morais é restrita a casos que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito. Como esse critério pouco acrescenta na delimitação dos danos ressarcíveis, acaba a ressarcibilidade ou não dos danos ficando relegada a uma ponderação no caso concreto.”*³²

1.1.3.2.5 Nexo de causalidade

Para que haja responsabilidade civil é necessário que o dano possa ser objetivamente imputado ao fato voluntário. Assim, deve haver um nexos de causalidade entre o fato voluntário e o dano. Segundo Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, há três teorias do nexos de causalidade com expressão doutrinal, todas elas conduzindo a resultados praticamente idênticos na grande maioria das situações: a teoria da causalidade adequada, a teoria da esfera de proteção e a teoria da conexão do risco.³³ No entendimento de Marcelo Rebelo de Sousa e

³⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 494

³¹ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos entendem que: **“Danos emergentes** são aqueles que correspondem à privação de vantagens que já existiam na esfera jurídica do lesado à altura da lesão; **lucros cessantes** são aqueles que correspondem à privação de vantagens que iriam formar-se na esfera jurídica do lesado se não tivesse ocorrido a lesão. **Danos presentes** são aqueles que já ocorreram no momento da fixação da indemnização; **danos futuros** são aqueles que ainda não ocorreram no momento da fixação da indemnização. **Danos patrimoniais** quando susceptíveis de avaliação pecuniária; **danos morais** quando insusceptíveis de tal avaliação.” (grifo nosso) (SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 496.)

³² SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 496.

³³ Nas palavras dos autores Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos: **“A teoria da causalidade adequada** um dano é imputado a um facto voluntário quando, perante a prática deste, fosse possível, em condições de normalidade social, a produção do primeiro; em caso de omissão, existe o nexos de causalidade quando tenha sido omitida a acção que, em condições de normalidade social, teria previsivelmente permitido impedir a produção do dano. A avaliação desta previsibilidade é efectuada mediante um juízo virtual de prognose formulada após a ocorrência do facto voluntário e do resultado (prognose póstuma). **A teoria da esfera de proteção da norma** (fim de proteção do mandado de cuidado), existe nexos de causalidade sempre que o dano ontologicamente causado por um facto voluntário (acção ou omissão) incida sobre as vantagens conferidas pela norma que consagra um direito

André Salgado de Matos, a teoria da causalidade adequada é, atualmente, dominante no direito português da responsabilidade civil.³⁴

Desta forma, da mesma maneira que ocorre com a ilicitude e a culpa, há no nexo de causalidade situações que desvinculam o fato ao dano. Assim, para os autores, “*a culpa do lesado pode excluir a responsabilidade do lesante ou implicar a distribuição proporcional da responsabilidade pelas esferas patrimoniais do lesante e do lesado.*”³⁵.

Para que se tenha uma visualização melhor dos fundamentos e pressupostos da responsabilidade civil extracontratual delitual, como primeira modalidade da responsabilidade civil administrativa, pode-se fazer uso do quadro 3.

Quadro 3 – Fundamentos e pressupostos da responsabilidade civil extracontratual delitual

Responsabilidade civil extracontratual delitual	Fundamentos	direitos fundamentais
		princípio da legalidade
	Pressupostos	Fato voluntário
		Ilicitude
		Culpa
		Dano
		Nexo de causalidade

Fonte: elaborado pelo autor

1.1.4 Responsabilidade civil por ato de gestão pública: responsabilidade extracontratual pelo risco

A responsabilidade administrativa pelo risco faz referência aos danos causados por atividades ou serviços administrativos.

subjectivo ou pela norma de proteção. A **teoria da conexão do risco** há imputação objectiva quando exista a criação ou o aumento (em caso de acção), bem como a não eliminação ou a não diminuição (em caso de omissão) de um risco não permitido, e esse risco se concretize num resultado danoso.” (SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 497 e 498.)

³⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 498.

³⁵ Exemplo de culpa do lesado: “uma licença de exercício de determinada actividade económica é ilegalmente revogada, implicando o incumprimento de contratos celebrados pelo seu titular, mas tal não teria ocorrido caso este tivesse impugnado o acto revogatório e pedido a suspensão jurisdicional da sua eficácia.” (SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 501.)

1.1.4.1 Fundamentos da responsabilidade administrativa pelo risco

Conforme Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, não há acordo na doutrina sobre o exato fundamento da imputação pelo risco. Do rol das teorias válidas que podem fundamentar a responsabilidade pelo risco, as que tem maior relevância são: a teoria da criação do risco, a teoria risco-proveito e a teoria do risco de autoridade.³⁶

Desta forma, para os autores, a legislação portuguesa considera a teoria do risco de autoridade como fundamento. Contudo, ainda que de forma negativa ao regime legal estão também subjacentes as teorias da criação do risco e do risco-proveito.

[...] a primeira, porque a responsabilidade pelo risco é excluída ou modificada, caso haja culpa do lesado ou de terceiro, ou seja, outras fontes de risco e a segunda, porque a responsabilidade pelo risco é apenas das pessoas colectivas administrativas e não dos seus titulares de órgãos ou agentes, uma vez que o risco é criado em benefício exclusivo do interesse público prosseguido pelas primeiras e não do interesses particulares dos segundos.³⁷

1.1.4.2 Pressupostos da responsabilidade administrativa pelo risco

1.1.4.2.1 Fato

Diferente do que se passa na responsabilidade delitual não é qualquer fato que gera a responsabilidade pelo risco. É necessário que o fato resulte de uma atividade, do funcionamento de um serviço ou de uma coisa especialmente perigosos.³⁸

³⁶ Para Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “para a **teoria da criação do risco**, a responsabilidade tem fundamento na exigência de que quem cria um risco responde pelas suas consequências; para a **teoria do risco-proveito**, a responsabilidade funda-se na exigência de que quem tira proveito de uma actividade responda pelos riscos por ela criados; e para a **teoria do risco de autoridade**, a responsabilidade funda-se na exigência de que quem tem sob o seu controle uma coisa ou uma actividade responda pelos riscos que elas envolvem.” (grifo nosso) (SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 504).

³⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 504.

³⁸ “o conceito de perigo especial, exprime uma potencialidade de lesão de bens que normalmente não se verifica na vida social. Estão, nomeadamente (mas não apenas), abrangidos, pelo conceito daqueles perigos decorrentes de circunstâncias especificamente atinentes a prossecução da actividade administrativa e que, por isso, não se verificam correntemente em actividades desenvolvidas por particulares ou em coisas que estejam na sua posse. A natureza especial do perigo não deve ser averiguada em abstracto, mas tendo em conta os concretos funcionamento do serviço, coisa ou actividade que estejam em causa.” (SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 505.)

1.1.4.2.2 Dano

Conforme Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, o dano na responsabilidade pelo risco não apresenta qualquer especificidade se comparado ao dano na responsabilidade delitual e nem qualquer tipo de limite qualitativo ou mesmo quantitativo à ressarcibilidade dos danos.

1.1.4.2.3 Nexo de causalidade

O nexo de causalidade, nos casos de responsabilidade pelo risco, não difere substancialmente da responsabilidade delitual.³⁹

1.1.4.3 Causas de exclusão ou modificação da responsabilidade administrativa pelo risco

A responsabilidade administrativa pelo risco pode ser excluída ou modificada em três situações, sendo as causas de exclusão ou modificação cumuláveis entre si. Assim, deve-se “*apurar em que proporção cada uma delas, bem como o risco criado pela administração, concorreu para o dano.*”⁴⁰ As causas são: caso fortuito ou de força maior; culpa do lesado e responsabilidade de terceiro. Essas hipóteses serão melhor estudadas no segundo capítulo, na oportunidade em que as causas de exclusão da responsabilização da Administração Pública, no ordenamento jurídico brasileiro, forem apresentadas.

Quadro 4 – Fundamentos e pressupostos da responsabilidade civil extracontratual pelo risco

Responsabilidade extracontratual pelo risco	Fundamentos	Teoria da criação do risco
		Teoria do risco-proveito
		Teoria do risco de autoridade
	Pressupostos	Fato
		Dano
		Nexo de causalidade

Fonte: elaborada pelo autor.

³⁹ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p 505.

⁴⁰ Ibidem, p. 506.

1.1.5 A Responsabilidade civil por ato de gestão pública: responsabilidade civil extracontratual por fato lícito

1.1.5.1 Fundamentos da responsabilidade civil administrativa por fato lícito

Em algumas situações, a lei permite que, no exercício da função administrativa e em benefício do interesse público, a Administração Pública sacrifique as posições jurídicas subjetivas dos particulares.⁴¹ Nestes casos, a legislação determina que a Administração Pública seja responsável pelos danos provocados, independentemente de qualquer ilicitude ou risco especial, ou seja, um ato lícito. Conforme Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, essa responsabilidade decorre do princípio da justa distribuição dos encargos públicos.

1.1.5.2 Modalidades da responsabilidade civil administrativa por fato lícito

Existem duas modalidades de responsabilidade civil por fato lícito: a responsabilidade pelo sacrifício de bens pessoais e por danos causados em estado de necessidade e a responsabilidade civil pela legítima não reconstituição da situação atual hipotética.⁴²

1.1.5.2.1 A responsabilidade pelo sacrifício de bens pessoais e por danos causados em estado de necessidade

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos ressaltam que “*a responsabilização pelo sacrifício de bens pessoais, deve se limitar ao direito à vida, à integridade física, à saúde e à qualidade de vida, além dos direitos de personalidade, e aos danos causados em estado de necessidade.*”⁴³ Alegam, ainda, que esta modalidade de responsabilidade civil administrativa por fato lícito possui quatro pressupostos: o fato voluntário, considerando a obrigatoriedade do caráter especial e anormal do dano; a licitude; o dano, ressaltando a necessidade de se tratar de uma lesão em bens pessoais, somente poderá tratar-se de uma lesão em bens patrimoniais caso tenha sido em estado de necessidade; e o nexo de causalidade.⁴⁴

⁴¹ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 508.

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem, p. 509.

⁴⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 509-510.

1.1.5.2.2 Responsabilidade pela legítima não reconstituição da situação atual hipotética

Em regra, os particulares lesados nas suas posições jurídicas subjetivas por condutas administrativas têm direito à eliminação dessas condutas, além da reconstituição da sua esfera jurídica à situação que existia antes da ocorrência das condutas. Contudo, por vezes, a lei admite que a reconstituição não ocorra, por ser impossível ou manifestamente inconveniente, mas impõe à Administração Pública, o dever de indenizar o lesado. Nessas situações, o particular pode pleitear outros tipos de pretensões reintegratórias, como a responsabilidade civil delitual.⁴⁵

Quadro 5 - Fundamentos e modalidades da responsabilidade civil extracontratual por fato lícito.

Responsabilidade extracontratual por fato lícito	Fundamentos	princípio da justa distribuição dos encargos públicos		
	Modalidades	Responsabilidade pelo sacrifício de bens pessoais e por danos causados em estado de necessidade	Pressupostos	Fato voluntário
				Licitude
				Dano
				Nexo de causalidade
	Responsabilidade pela legítima não reconstituição da situação atual hipotética			

Fonte: elaborado pelo autor.

Em vista dos fatos, pode-se observar que a pretensão à responsabilidade civil administrativa possui três tipos de modalidades (responsabilidade delitual, pelo risco e por fato lícito) que abrangem hipóteses de danos à esfera jurídica do particular por atos ou omissões administrativas, sejam esses lícitos, ilícitos ou por violação dos deveres de vigilância da Administração Pública. A seguir, será apresentada outra modalidade de pretensão reintegratória por danos patrimoniais causados por atos administrativos lícitos.

⁴⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 509-510.

1.2 PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS PELO SACRIFÍCIO DE DIREITOS PATRIMONIAIS PRIVADOS

1.2.1 Noções e aspectos gerais

Na esfera da Administração Pública, em sentido material, é inevitável a existência de conflitos entre o interesse público e os particulares. Em face disso, e em consequência do Estado Democrático de Direito e do respeito às posições jurídicas subjetivas dos particulares, a Administração Pública é obrigada a reparar os prejuízos provocados pelas suas condutas ao particular, ainda que juridicamente conforme.⁴⁶

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos trazem à baila a discussão sobre o enquadramento da responsabilidade civil pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados no mesmo contexto da responsabilidade civil administrativa por fato lícito, conforme entende a maioria da doutrina portuguesa. Cabe ressaltar que na pretensão ao sacrifício de direitos patrimoniais há uma evolução, haja vista a não exigência da demonstração do caráter especial e anormal do dano, presente na responsabilidade civil por fato lícito. Para os autores:

[...] a interpretação jurisprudencial e doutrinal foi mesmo mais longe do que o seu texto: os conceitos de requisição e expropriação passaram a ser entendidos num sentido material que não abrange apenas os tipos de actos jurídico-públicos com essas designações, mas quaisquer actos ablativos análogos, ainda que não administrativos, de alcance similar; por outro lado, o conceito de propriedade privada passou a ser entendido num sentido amplo que inclui não apenas o direito de propriedade regulado pelo Código Civil, como outros direitos de natureza real e mesmo direitos patrimoniais de carácter creditício.⁴⁷

Assim, o fundamento imediato da responsabilidade pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados se baseia no princípio do direito à propriedade privada e no princípio da justa distribuição dos encargos públicos.⁴⁸ Por isso, as pretensões indenizatórias pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados podem emergir de atos de expropriação ou de atos análogos, como a requisição, a constituição de servidões, da ocupação temporária de imóveis e atos de resolução e modificação unilateral de contratos administrativos.⁴⁹

⁴⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 520.

⁴⁷ Ibidem, p. 522.

⁴⁸ Ibidem, p.523.

⁴⁹ Ibidem.

1.2.2 Pressupostos das pretensões indenizatórias pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados

Os pressupostos das pretensões indenizatórias pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados são similares aos pressupostos da responsabilidade civil por fato lícito.⁵⁰ Contudo, divergem em algumas questões apresentadas a seguir em cada pressuposto.

1.2.2.1 Fato voluntário

O fato voluntário pode ser um ato administrativo (de requisição, de modificação e da resolução unilateral de contratos administrativos).

1.2.2.2 Conformidade jurídica do fato voluntário

Este pressuposto tem relevância na diferenciação entre a pretensão ao sacrifício de direitos patrimoniais privados e a responsabilidade civil extracontratual por fato lícito. Assim, para caracterizar a pretensão ao sacrifício de direitos patrimoniais é imprescindível que o ato administrativo que gerou o sacrifício ao particular esteja de acordo com a legislação vigente. Além disso, *“a lesão ao bem patrimonial não pode ser decorrente de uma justificação por estado de necessidade, o que recairia na responsabilidade por acto lícito ou decorrente de um acto ilegal, exigindo para sua remoção a responsabilidade delitual.”*⁵¹

1.2.2.3 Dano

Só a diminuição ou a suspensão de vantagens patrimoniais podem ser consideradas danos para efeitos desta pretensão. Ao contrário do que se sucede na responsabilidade civil por ato lícito, que exige o carácter especial e anormal do dano.

1.2.2.4 Nexo de causalidade

A exigência do nexo de causalidade entre o fato e o dano retira-se implicitamente de todas as disposições citadas a propósito do dano ressarcível, ou seja, *“o nexo causal surge da*

⁵⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 523-524.

⁵¹ Ibidem, p. 525.

não ressarcibilidade legal, por parte da Administração Pública, ao particular pela diminuição ou suspensão do seu direito à propriedade.”⁵²

1.2.3 A indenização pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados

Na pretensão indenizatória pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados, a indenização feita ao particular tem que ser contemporânea desse sacrifício. A exigência da contemporaneidade da indenização implica em três consequências. A primeira, antes do pagamento da indenização, não pode ser permitida a extinção, mas apenas a restrição do direito patrimonial a sacrificar. A segunda, o pagamento da indenização tem que ser anterior à produção do dano ou simultâneo em relação a ela. A terceira, no caso da indenização não ser paga até a produção do dano, pelo menos o procedimento para sua quantificação tem que ser iniciado até àquele momento.⁵³

Assim, caso o pagamento da indenização não tenha sido contemporâneo à produção do dano, a reintegração da esfera jurídica lesada se fará através da responsabilidade extracontratual por fatos lícitos. Pode-se inferir que este tipo de pretensão se enquadra bem no processo de desapropriação no ordenamento jurídico brasileiro, conforme será apresentado no terceiro capítulo.

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos enfatizam o caráter justo da indenização, fazendo uma remissão para o princípio da justiça. Contudo, os autores alertam que o alcance da disposição constitucional não pode ser esse, haja vista que a densidade do princípio da justiça enquanto limite da margem de livre decisão administrativa é muito reduzido. O que causaria um largo campo de incontrolabilidade jurídica da atividade administrativa e, em consequência, ao esvaziamento da garantia constitucional da propriedade privada.⁵⁴ Desta forma:

[...] a referência ao princípio da justiça deve ser entendida como uma exigência de que a indenização reintegre a esfera jurídica do lesado. Caso a indenização fixada e contemporânea posta à disposição do lesado não for justa, o ato danoso será ilegal e a reintegração da esfera jurídica lesada se fará através da responsabilidade extracontratual delitual.⁵⁵

⁵² SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Atividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 524.

⁵³ Ibidem, p. 526.

⁵⁴ Ibidem, p. 527.

⁵⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Atividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 527,

Quadro 6 - Fundamento e pressupostos da pretensão indenizatória pelo sacrifício de direitos patrimoniais

Pretensão indenizatória pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados	Fundamentos	princípio do direito à propriedade privada
		princípio da justa distribuição dos encargos públicos
	Pressupostos	Fato voluntário
		Conformidade jurídica do fato voluntário
		Dano
		Nexo de causalidade

Fonte: elaborado pelo autor.

Diante disso, observa-se que a pretensão indenizatória pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados tem como característica principal ter sido gerada por um ato administrativo lícito da Administração Pública, caracterizado por um sacrifício previsto na legislação. Contudo, o direito à indenização somente surge a partir do não cumprimento legal e justo do pagamento indenizatório pela privação do bem patrimonial. Caso não tenha esses requisitos, o particular pode buscar em outro tipo de pretensão reintegratória a satisfação dos seus direitos, como ocorre com a próxima pretensão, que não visa, prioritariamente, o ressarcimento financeiro, mas sim o restabelecimento do bem.

1.3 AS PRETENÇÕES AO RESTABELECIMENTO DE POSIÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS VIOLADAS

1.3.1 Noções e aspectos gerais

Caso a Administração Pública, por meio de um ato ilícito, viole a posição jurídica subjetiva de um particular e a este não interesse apenas a reparação dos danos eventualmente provocados pela conduta administrativa, a obter em sede de responsabilidade civil, mas sim o restabelecimento do seu patrimônio. Nessa situação, a pretensão ao restabelecimento de posições jurídicas violadas poderá ser pleiteada.

1.3.2 Fundamentos das pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas

Os fundamentos da pretensão ao restabelecimento das posições jurídicas subjetivas violadas são, como fundamento subjetivo, a vinculação da Administração Pública aos direitos

fundamentais, liberdades e garantias do particular e que, indubitavelmente, vinculam as entidades públicas e privadas, através do respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, representados pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé⁵⁶. Além do fundamento objetivo no princípio da legalidade.

1.3.3 Pressupostos das pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas

As pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas dispensam a generalidade da responsabilidade civil delitual, pois, enquanto a segunda visa reparar danos por meio dos seus pressupostos, a primeira visa apenas reintegrar o património ao lesado, para as quais a ocorrência de qualquer dano ou mesmo a formulação de juízo de censura, quanto a quem as violou são irrelevantes para a sua existência. Assim, de acordo com Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, existem apenas dois pressupostos destas pretensões: *“a existência de uma situação de violação a uma posição jurídica subjetiva de um particular pela Administração e o carácter ilegítimo dessa violação.”*⁵⁷

1.3.4 Pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas e a responsabilidade civil

O restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas e a responsabilidade civil Administrativa são pretensões reintegratórias do particular perante a Administração Pública, mas não se confundem entre si. Conforme Mário Aroso de Almeida:

[...] a responsabilidade civil visa reintegrar as esferas jurídicas dos particulares pelos danos sofridos em virtude da actuação administrativa, operando, por isso, sobretudo para o futuro. Já o restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas visa eliminar a ilegalidade cometida com a conduta administrativa, agindo, por isso, sobretudo sobre o passado.⁵⁸

⁵⁶SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p Ibidem, p. 528.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ ALMEIDA, Mário Aroso, 2002, p. 466 ss apud SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado, 2016, p.529.

Desta forma, segundo Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, enquanto a responsabilidade civil Administrativa é uma pretensão secundária, que visa a compensação de direitos que foram violados, as pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas são pretensões primárias, pois visam a realização daqueles direitos por não se ter ainda consumado a sua inutilização prática. *“Assim, o restabelecimento de direitos ou interesses violados não consiste numa indemnização, ainda que natural ou específica, que é sempre um sucedâneo do bem danificado, mas da restauração da própria posição jurídica subjectiva violada.”*⁵⁹

Como exemplo, os autores citam a tomada pela Administração Pública de um terreno, de forma ilegal, privando o proprietário do rendimento que aquele terreno lhe propicia. Desta forma, o proprietário adquire, por um lado, uma pretensão à restituição do imóvel (restabelecimento do direito de propriedade violado) e, por outro, uma pretensão ao ressarcimento dos lucros cessantes não auferidos pela ocupação ilegal (responsabilidade civil da Administração).⁶⁰ Aqui cabe reiterar a capacidade cumulativa das pretensões reintegratórias do particular frente às atividades da Administração Pública.

1.3.5 Tipos de pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas

São seis tipos de subpretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas.⁶¹

1.3.5.1 Pretensões possessórias

Quando haja justo receio de que ocorra uma perturbação da posse de um particular sobre uma coisa ou no momento que essa perturbação ocorra efetivamente ou quando haja esbulho por parte da Administração Pública, o particular adquire uma pretensão reintegratória da posse violada. Essa pretensão visa à prevenção da violação, à manutenção ou restituição da posse.

⁵⁹ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 529.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*, p. 530-531.

1.3.5.2 Pretensões reivindicatórias

Quando a Administração Pública ilegalmente se apodera de uma coisa sobre a qual incide um direito real de um particular, por exemplo, ocupação de um terreno sem título, o lesado tem o direito a exigir a restituição daquele bem. Essa reivindicação é, precisamente, a pretensão que visa ao reconhecimento judicial da propriedade ou de outro direito real sobre a coisa e a restituição desta, por quem a detenha ou possua ilegalmente, ao seu legítimo titular.

1.3.5.3 Pretensões inibitórias

Essa pretensão tem a finalidade de impedir atividades da Administração Pública que sem subtrair a coisa a quem seja titular de um direito real sobre ela, a ameçam ou perturbam. Como exemplo, a Administração Pública avoca o exercício de uma servidão inexistente sobre um terreno da propriedade de um particular ou quando equipamentos administrativos emitem ruídos ou gases que se fazem sentir dentro das habitações.

1.3.5.4 Pretensões creditórias

Tais pretensões surgem dos contratos ou atos administrativos que geram deveres à Administração Pública em benefício dos particulares. Caso a Administração não cumpra estes deveres, os interessados, cujos direitos creditícios estejam violados, têm o direito de exigir o cumprimento dos contratos ou dos atos administrativos.

1.3.5.5 Pretensões à reintegração de situações jurídicas lesadas por atos administrativos ou regulamentos imediatamente aplicáveis nulos ou inexistentes

Os atos administrativos ou regulamentos nulos ou inexistentes que produzam quaisquer efeitos jurídicos, antes da certificação da nulidade ou inexistência, gerando consequências incompatíveis com as posições jurídicas subjetivas dos lesados, como no caso de uma demissão de servidor público mediante um ato administrativo nulo, permitem ao lesado pleitear a pretensão ao restabelecimento fático da situação jurídica que existia, caso o ato nulo não tivesse sido praticado. Além disso, conforme Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos,

“esse tipo de pretensão pode integrar simultaneamente componentes típicos de cada um dos outros quatro tipos anteriores.”⁶²

1.3.5.6 Pretensão à reconstituição da situação atual hipotética

Essa pretensão tem similaridades com a anterior, sua diferença é que as situações jurídicas lesadas a reconstituir foram efetivamente modificadas por atos administrativos anuláveis e, portanto, eficazes. Suas particularidades e complexidade justificam sua qualificação como um dos tipos da pretensão ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas.

Sobre os tipos de pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas, cabe algumas observações. Assim, com relação aos tipos: possessórios, reivindicatórios e inibitórios, pode-se observar a prioridade no restabelecimento de bens patrimoniais gerados por atividades administrativas ilícitas de restrição à propriedade privada executadas pela Administração Pública, o que reforça a pretensão do particular em reaver a sua propriedade ou cessado o impedimento de sua utilização plena. As pretensões creditórias abrangem questões contratuais, ou seja, deveres previstos em contrato que devem ser cumpridos por parte da Administração Pública, caso não os cumpra, o particular adquire o direito de pleitear seu cumprimento, restabelecendo sua posição jurídica violada. Já o tipo de reintegração de situações jurídicas lesadas por atos nulo ou inexistentes e o tipo de pretensão à reconstituição da situação atual hipotética fazem referência às condutas declarativas da Administração Pública e suas consequências para os particulares.

Quadro 7- Fundamentos, pressupostos e tipos de pretensões do restabelecimento de posições jurídicas subjetivas

Pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas	Fundamentos	Subjetivo	Vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais
			Princípio do respeito pelas posições jurídicas subjetivas dos particulares,
		Objetivo	Princípio da legalidade
	Pressupostos		Existência de uma situação de violação a uma posição jurídica subjetiva de um particular pela Administração
		Caráter ilegítimo da violação	

⁶² SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 531.

	Subpretensões	Possessórias
		Reivindicatórias
		Inibitórias
		Creditórias
		À reintegração de situações jurídicas lesadas por atos ou regulamentos nulos ou inexistentes
		À reconstituição da situação atual hipotética

Fonte: elaborada pelo autor.

1.3.6 Situações em que é legítimo o não restabelecimento legítimo de posições jurídicas subjetivas violadas

De modo geral, as pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas podem ser satisfeitas pela Administração Pública espontaneamente ou a requerimento do interessado, contudo, tipicamente, a sua efetivação faz-se perante os Tribunais. Desta forma, segundo Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “*pressupõe frequentemente um processo jurisdicional moroso. Assim, pode suceder que, até à decisão do processo, sobrevenha uma circunstância que torne o restabelecimento material ou juridicamente inviável.*”⁶³ Nesses casos, a Administração Pública pode legitimamente furtar-se à adoção das condutas necessárias ao restabelecimento. São duas situações:

1.3.6.1 Impossibilidade absoluta

O restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas não pode ser atendido, caso se torne impossível seu restabelecimento. Por exemplo, um bem ilegalmente apropriada pela Administração Pública foi destruída e, por absoluta impossibilidade física, não pode ser devolvida ao seu proprietário.⁶⁴

1.3.6.2 Grave prejuízo para o interesse público

Em outra situação, pode ser que não seja absolutamente impossível realizar o restabelecimento da posição jurídica subjetiva violada, contudo, tal ação provocaria um grave

⁶³ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p.533

⁶⁴ Ibidem, p. 534.

prejuízo para o interesse público. Como exemplo, um terreno tomado ilegalmente pela Administração Pública que poderia ser devolvido para o seu proprietário, mas nele foi construída uma autoestrada, o restabelecimento do direito de propriedade implicaria na destruição da estrada, o que lesaria o interesse público. Segundo Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “*embora implícito, trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, por ponderar a razoabilidade do sacrifício do interesse no restabelecimento do direito ou interesse violado em face de garantir a intangibilidade de um concreto interesse público.*”⁶⁵

Diante dos fatos, cabe ressaltar, como afirmam Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, que o lesado, na situação de legítimo não restabelecimento do direito violado, passará a ser titular de uma pretensão a título de responsabilidade civil administrativa, sendo a indenização referente à impossibilidade do restabelecimento do bem pela Administração Pública.⁶⁶

Quadro 8 – Situações em que é legítima a não reconstituição da situação atual hipotética

Situações em que é legítimo o não restabelecimento legítimo de posições jurídicas subjetivas violadas	impossibilidade absoluta
	grave prejuízo para o interesse público

Fonte: elaborado pelo autor

A seguir, será apresentada mais uma forma de pretensão reintegratória do particular por atos administrativos ilegais executados pela Administração Pública, que diferente das demais pretensões, visa ao retorno da situação anterior à execução do ato administrativo, ou seja, um efeito repristinatório pela anulação ou revogação do ato lesivo.

1.4 PRETENSÃO À RECONSTITUIÇÃO DA SITUAÇÃO ATUAL HIPOTÉTICA

1.4.1 Noções e aspectos gerais

No exercício de sua autotutela declarativa, a Administração Pública está habilitada a proceder de modo imperativo na resolução de situações jurídicas, através de atos administrativos. Caso, esses atos sejam anuláveis, estão aptos a produzir efeitos jurídicos. Desta forma, o lesado por um ato administrativo anulável tem “*não só a pretensão à anulação daquele*

⁶⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p 534.

⁶⁶ Ibidem.

*ato, como a pretensão à recomposição da sua esfera jurídica, tal como se verificaria se, hipoteticamente, a conduta administrativa ilegal não tivesse sido verificada, tal pretensão é designada como reconstituição da situação atual hipotética.”*⁶⁷

Para os autores Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “*a pretensão à anulação do ato inválido e a pretensão à reconstituição actual hipotética podem ser encaradas como duas dimensões de uma mais ampla pretensão à remoção das lesões resultantes do acto administrativo, tanto no plano estritamente jurídico como no plano material.*”⁶⁸

No entendimento dos autores, a pretensão à reconstituição da situação atual hipotética vai além da “*a afirmação de uma posição jurídica subjectiva, pois implica na destruição de situações constituídas eficazmente, ainda que com carácter precário, e a repristinação das situações jurídicas anteriormente existentes e com elas incompatíveis.*”⁶⁹ As duas dimensões que envolvem a destruição do ato administrativo anulável e a recomposição da situação anterior às consequências desse ato serão melhor explicadas no quinto capítulo.

1.4.2 Fundamentos da pretensão à reconstituição da situação atual hipotética

A pretensão à reconstituição da situação atual hipotética, de acordo com Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, fundamenta-se, além do princípio da legalidade e do respeito das posições jurídicas dos particulares, no efeito repristinatório da anulação ou revogação por invalidade de atos administrativos. “*O efeito repristinatório consiste na destruição das situações jurídicas criadas pelo ato inválido e na revivescência das situações jurídicas preexistentes que aquele pretendeu ilegalmente modificar, como corolário do carácter necessariamente retroativo da anulação ou revogação.*”⁷⁰

Conforme os autores, quando a Administração Pública pratica um ato ilegal fica investida, por força do princípio da legalidade, no dever de eliminar a ilegalidade cometida e como consequência desse dever, implica em outro, o de reconstituir a situação atual hipotética do lesado. Então, “*tal qual a responsabilidade civil, a pretensão à reconstituição da situação actual hipotética é uma pretensão substantiva que surge no momento da prática de um ato ilegal da Administração e não apenas no momento da sua destruição judicial.*”⁷¹

⁶⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016. p. 535.

⁶⁸ Ibidem, p. 536

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Ibidem, p. 537.

⁷¹ Ibidem.

1.4.3 Pressupostos da reconstituição da situação atual hipotética

A reconstituição da situação atual hipotética, da mesma forma que o restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas, dispensa a verificação do dano e qualquer juízo de culpabilidade acerca do autor do ato ilegal. Assim, “*como pressupostos pode-se citar a prática de um ato administrativo (ou regulamento), a sua anulabilidade e a sua impugnação ou prévia destruição.*”⁷²

Quadro 9 – Fundamentos e pressupostos da pretensão à reconstituição da situação atual hipotética

pretensão à reconstituição da situação atual hipotética	Fundamentos	princípios da legalidade
		respeito pelas posições jurídicas subjetivas dos particulares
		efeito repristinatório da anulação e da revogação por invalidade de atos administrativos
	Pressupostos	a prática de um ato administrativo (ou regulamento), a sua anulabilidade e a sua impugnação ou prévia destruição

Fonte: elaborado pelo autor

1.4.4 Situações em que é legítima a não reconstituição da situação atual hipotética

As causas de legítima inexecução das sentenças de anulação, as quais impedem a efetivação da pretensão à reconstituição da situação atual hipotética, extrapolam os casos de impossibilidade absoluta e grave prejuízo para o interesse público previstos na pretensão ao restabelecimento de posições subjetivas violadas. Conforme Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “*há uma terceira situação em que é legítima a não reconstituição da situação atual hipotética do lesado por atos ou regulamentos administrativos, trata-se da situação de inoponibilidade subjetiva da nulidade de actos consequentes.*”⁷³

Sobre a anulação de atos consequentes, Luiz Cabral de Moncada afirma que:

[...] actos consequentes, de actos administrativos anteriormente anulados ou revogados, serão anulados desde que não haja contra-interessados com interesse legítimo na manutenção do acto consequente. A nulidade dos actos consequentes apenas deve compreender o acto que seja estritamente necessário atingir para

⁷² SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p 540.

⁷³ Ibidem, p. 547.

reconstruir a situação hipotética, devendo os restantes actos manterem seus efeitos, estando o beneficiário de boa-fé.⁷⁴

Assim, caso não seja possível anular algum ato consequente de atos anuláveis, “*nesses casos, não pode haver lugar à reconstituição, pelo menos integral, da situação actual hipotética do lesado.*”⁷⁵

Sobre a possibilidade de haver situações em que é legítima a não reconstituição da situação atual hipotética do lesado, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos ressaltam a situação do reexercício do poder administrativo em “*reinstruir o procedimento administrativo no qual foi praticado o acto anulado, nele vindo a reexercer as competências e a praticar um novo acto, desta vez legal, com pressupostos, objecto, conteúdo, efeitos e destinatários idênticos ou equivalentes aos do acto anterior.*”⁷⁶

Quadro 10 – Situações em que é legítima a não reconstituição da situação atual hipotética

Situações em que é legítima a não reconstituição da situação atual hipotética	impossibilidade absoluta
	grave prejuízo para o interesse público
	inoponibilidade subjetiva da nulidade de atos consequentes
	reexercício do poder administrativo em sentido igual ou equivalente ao do ato anulado

Fonte: elaborado pelo autor

Em consequência, pode-se afirmar que a apresentação da classificação das pretensões reintegratórias do particular frente às condutas da Administração Pública focada nas especificidade de cada pretensão, em muito contribuirá para a análise dos danos causados por condutas administrativas restritivas ao uso e gozo da propriedade privada no ordenamento jurídico pátrio. Pois, não havendo uma subsidiariedade entre as pretensões, o que ocorre é uma sobreposição de possibilidades dos particulares conseguirem a reintegração da sua esfera jurídica frente aos possíveis prejuízos sofridos por condutas públicas, garantido maior segurança jurídica para o lesado.

Nos capítulos seguintes, as modalidades de pretensões reintegratórias que afetam a esfera jurídica do particular, por condutas comissivas e omissivas da Administração Pública, serão analisadas.

⁷⁴ MONCADA, Luiz Cabral de. A nulidade do acto administrativo. **JURISMAT**, Portimão/Portugal, n.º 2, p. 117-138, maio, 2013, p. 136. Disponível em: recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/.../anuladadedo_acto_administrativo.pdf. Acesso em: 18/02/19

⁷⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 547

⁷⁶ *Ibidem*, p. 548.

CAPÍTULO II - RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DANOS CAUSADOS PELAS MODALIDADES RESTRIÇÕES SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA

2.1 ASPECTOS GERAIS

A primeira pretensão reintegratória do particular, a responsabilidade civil administrativa tem como análoga no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública por condutas comissivas e omissivas. Vale ressaltar que a responsabilidade civil extracontratual é uma espécie do gênero responsabilidade civil, assunto já bastante discutido em vários trabalhos científicos. Desta forma, serão apresentados os conceitos básicos de responsabilidade civil, que possam contribuir para com esta análise, contudo, não haverá um aprofundamento no estudo desde instituto.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública ou, como o autor denomina, responsabilidade não patrimonial extracontratual do Estado é:

[...] a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.⁷⁷

Já Marçal Justen Filho sustenta que, em que pese a responsabilidade civil da Administração Pública se traduzir em um dever de executar prestações destinadas a compensar danos, há situações em que o pagamento de uma importância em dinheiro não é suficiente ou não é a solução apropriada para compensar os danos. Assim:

[...] pode-se cogitar de a responsabilização civil traduzir-se em obrigações de fazer, tal como a execução específica de obrigações inadimplidas ou outras soluções atípicas. Por exemplo, o sujeito que sofreu dano moral derivado da indevida imputação de prática de ilicitude.⁷⁸

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 30 ed, revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 1027

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** (livro eletrônico). 4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016, p. 6/72. Disponível em: <https://ler-online.saraiva.com.br/saraiva>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

Sobre as alegações de Marçal Justen Filho, observa-se que a compensação financeira por danos causados na esfera jurídica do particular nem sempre solucionam e satisfazem as aspirações do lesado. Nesse ponto, o estudo das pretensões reintegratórias têm relevância, pois ampliam as possibilidades de restabelecer o equilíbrio da posição jurídica subjetiva do lesado, seja através da restituição do bem, seja pela compensação financeira ou por ambas.

Cabe ressaltar, como será entendido no decorrer do estudo, que nem sempre a legislação vigente possibilita que o lesado obtenha o total restabelecimento de sua esfera jurídica, tendo em vista ainda a presente discussão sobre a precedência entre os interesses público e privado. Mas, o importante é que o estudo das modalidades de pretensões reintegratórias tem a finalidade de diversificar as ferramentas do lesado por danos causados por atividades públicas.

Assim, para Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, o princípio vigente na ordem jurídica é que os prejuízos sejam suportados por quem os sofre, contudo, essa situação pode inverter-se, caso os fatos sejam imputados a pessoas distintas da esfera jurídica do particular, as quais os danos ocorreram. Neste caso, os lesados devem ser ressarcidos dos danos sofridos por aqueles que os provocaram. Os autores entendem que *“a responsabilidade civil da administração é um conjunto de circunstâncias da qual emerge, para a administração e para os seus titulares de órgãos e trabalhadores, a obrigação de indemnização dos prejuízos causados a outrem no exercício da actividade administrativa”*⁷⁹

Rodrigo da Guia Silva, na vanguarda da responsabilidade civil contemporânea, apresenta a possibilidade de indenização por um dano emergente autônomo causado pela privação do uso.⁸⁰ Para o autor, a afirmação tem consistência no fato de que *“a supressão temporária da faculdade de usar traduz, em si e por si, afronta a uma parcela do feixe de poderes atribuídos ao proprietário e juridicamente tutelados.”*⁸¹ O autor conclui que não se restringe a essa hipótese a possibilidade de privação do uso como dano injusto.

[...] Com efeito, todo legítimo titular da prerrogativa de usar pode, via de regra, reclamar indenização pela supressão temporária da referida utilidade. [...] parece imperiosa a constatação de uma larga tendência à tutela autônoma da prerrogativa de usar no direito brasileiro. Hipóteses as mais variadas (aluguel-pena, taxa de ocupação,

⁷⁹ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 477

⁸⁰ O leitor conseguirá melhores explicações sobre o tema dano da privação do uso em: SILVA, Rodrigo da Guia. Privação do uso e dever de indenizar: perspectivas de configuração do dano indenizável à luz do paradigma do dano injusto. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional**. São Paulo: Almedina, 2018, p.227-232.

⁸¹ SILVA, Rodrigo da Guia. Privação do uso e dever de indenizar: perspectivas de configuração do dano indenizável à luz do paradigma do dano injusto. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional**. São Paulo: Almedina, 2018, p 229.

indenização em ações possessórias, juros compensatórios na desapropriação) apresentam uma característica comum: a consequência jurídica da privação do uso é deflagrada independentemente da prova de outro prejuízo por parte do titular.⁸²

Sobre o direito de ser indenizado ou, em outra perspectiva, o dever da Administração Pública indenizar a lesão causada ao patrimônio do particular, Rodrigo da Guia Silva afirma que a responsabilidade civil contemporânea ostenta função primordialmente reparatória e repristinatória, “*que o comando de reparação integral do dano restará violado, em princípio, quando houver descompasso – para mais ou para menos – entre o montante da indenização e a extensão do dano.*”⁸³ Corroborando o exposto, Mariângela Ferrari declara que “*perdida a função sancionatória do ressarcimento, nasce e se difunde a opinião de que o ressarcimento do dano assume função repristinatória e reparatória do patrimônio do sujeito.*”⁸⁴

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Flávio de Araújo Willeman ressalta que a responsabilidade civil tem como função o restabelecimento de uma relação jurídica violada, trazendo-a, na medida do possível, ao seu estado anterior, “*por meio do pagamento de uma indenização ou, se possível, pela devolução de outro bem jurídico de mesma qualidade ou quantidade.[...] é função da responsabilidade civil a restitutio in integro, que traduz o dever de repor à vítima a situação jurídica anterior ao evento lesivo.*”⁸⁵

Seguindo esse entendimento, Yussef Said Cahali alega que as restrições legais administrativas como limitações do uso e gozo do particular sobre seu bem, por exemplo, examinadas no contexto das ações de desapropriação, são matérias que “*se insere no âmbito mais amplo da responsabilidade civil da Administração Pública. [...] a indenização devida, funda-se na responsabilidade objetiva do Estado pelo dano causado ao particular em razão da atividade lícita do Poder Público*”⁸⁶

⁸² SILVA, Rodrigo da Guia. Privação do uso e dever de indenizar: perspectivas de configuração do dano indenizável à luz do paradigma do dano injusto. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional**. São Paulo: Almedina, 2018, p 229.

⁸³ O autor ressalta que “não se está a propugnar um caráter supostamente absoluto da reparação integral. O princípio comporta condicionamentos tanto de fonte convencional quanto de fonte legal.” SILVA, Rodrigo da Guia. Privação do uso e dever de indenizar: perspectivas de configuração do dano indenizável à luz do paradigma do dano injusto. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional**. São Paulo: Almedina, 2018, p 473.

⁸⁴ FERRARI, Mariângela, 2008, p. 53 apud SILVA, Rodrigo da Guia, 2018, p. 473.

⁸⁵ WILLEMANN, Flávio de Araújo. Responsabilidade civil das agências reguladoras. 3 ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte:Fórum, 2015.

⁸⁶ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5 ed ver., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 452. Para o autor a explicação está na simples razão do “conteúdo das restrições, ainda que ditadas em nome dos interesses da coletividade, não representa, necessariamente, um direito sobre um bem que passe a integrar o patrimônio público.”

Sobre o exposto, conclui-se que a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, como uma modalidade de pretensão reintegratória, tem finalidade indenizatória, visando à recomposição da esfera jurídica do particular, por condutas comissivas e omissivas da Administração Pública, mediante a compensação pecuniária dos prejuízos sofridos. Além de, caso seja possível, restabelecer o bem lesado ao proprietário que, no entender deste estudo, pode ocorrer pelas demais formas de pretensões reintegratórias de reconstituição ou restabelecimento da posição jurídica subjetiva violada, assunto que será melhor analisado no decorrer do estudo.

Nas percepções de Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández, o fator primordial na responsabilização estatal não é apurar a licitude do ato danoso da Administração Pública, mas a sua juridicidade. *“O ato que ensejaria ‘lesão ressarcível’ seria aquele que fosse antijurídico, não porque a conduta de seu autor seja contrária ao Direito, mas simplesmente porque o sujeito que o sofre não tem o dever jurídico de suportá-lo.”*⁸⁷

Com relação à juridicidade, no contexto do Direito Administrativo Contemporâneo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto cita que o princípio da juridicidade representa a plena justificação à expressão Estado Democrático de Direito, ou seja, não apenas a legalidade mas também a legitimidade e a moralidade. Para o autor *“o princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um ‘princípio da legalidade’, se tomado em sentido amplo, ou seja, não se restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica.”*⁸⁸

Com o mesmo entendimento, Maria João Estorninho aduz que o princípio da juridicidade da Administração Pública *“implica na submissão a princípios gerais de direito, à Constituição, a normas internacionais, a disposições de caráter regulamentar, a atos constitutivos de direitos, etc”.*⁸⁹

Cabe uma observação sobre o exposto, no decorrer deste estudo nas situações apresentadas de restrição da propriedade privada por condutas administrativas, em especial, por utilidade ou necessidade públicas, o lesado terá seu direito à propriedade restrito ou totalmente impedido, por restrições lícitas ou ilícitas, o fato é que não cabe ao particular assumir todo o ônus das atividades administrativas que lhes causaram danos.

⁸⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás Ramón, 1981, p.321 apud SCAFF, Fernando Facury, 2001, p. 152.

⁸⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014., p. 150.

⁸⁹ ESTORNINHO, Maria João, 1999, p. 168 apud CARVALHO, Gabriela de, 2014, p. 43.

Do apresentado, antes de continuar esta análise, não se pode deixar de ressaltar as observações de alguns doutrinadores, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto, sobre a relação entre a legalidade, a legitimidade e a licitude na responsabilização civil extracontratual da Administração Pública.

2.2 AMPLIAÇÃO DO TERMO RESPONSABILIDADE CIVIL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Sobre o tema, é de relevante importância citar algumas observações feitas por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o qual ao apresentar o conceito de direito administrativo, afirma que, em que pese a importância do princípio da legalidade, a Administração Pública não pode deixar de atentar para os princípios da legitimidade e da moralidade na prossecução dos interesses públicos.

[...] Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que estuda os princípios, regras e institutos que regem as atividades jurídicas do Estado e de seus delegados, as relações de subordinação e de coordenação delas derivadas e os instrumentos **garantidores da limitação e do controle de sua legalidade, legitimidade e moralidade, ao atuarem concreta, direta e imediatamente, na prossecução dos interesses públicos**, excluídas as atividades de criação da norma legal e de sua aplicação judiciária contenciosa.⁹⁰ (grifo nosso).

Na esteira do entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, além dos princípios relevantes que corroboram as possibilidades da ampliação do termo de responsabilização da Administração Pública, como os princípios da legalidade, da legitimidade, da moralidade e da licitude⁹¹, somam a esses outros princípios que ratificarão a necessidade de uma nova visão sobre a ordem ético-moral vinculada à moralidade administrativa, como os princípios da responsabilidade, da responsividade e da responlicidade.

⁹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 80.

⁹¹ Para o aprofundamento sobre os princípios citados, recomenda-se o estudo dos livros: Curso de direito administrativo de Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Formas de Atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia de André Saddy.

2.2.1 Princípio da responsabilidade

No contexto da responsabilização estatal, Diogo de Figueiredo Moreira Neto faz referência ao princípio da responsabilidade, como sendo o dever de responder pelo mal praticado, ou seja, o violador das normas. Segundo o autor, para o poder público:

[...] a responsabilidade é ainda uma pedra angular, porque, se todos devem responder por seus atos, com muito maiores razões, deve fazê-lo o Estado, por ser o responsável direto pela manutenção da ordem jurídica, bem como os seus agentes, pois que assumiram livremente o múnus da execução das várias e distintas funções que essa mesma ordem se lhes impõe.⁹²

Assim, o autor conclui que no direito administrativo, a responsabilidade geral de agir segundo o comando da lei se soma ainda a responsabilidade específica de não deixar de agir segundo este mesmo comando, existindo, por isso, para cada específica manifestação do poder de agir um correlato dever de agir.⁹³

2.2.2 Princípio da responsividade

Ainda neste contexto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que o princípio da responsividade extrapola a ilegalidade e amplia sua ação para a ilegitimidade. Para o autor, o princípio da responsividade vem completar o princípio da responsabilidade e ampliá-lo “*além da legalidade estrita, para inspirar e fundar ações preventivas, corretivas e sancionatórias do Direito Administrativo voltadas à preservação do princípio democrático e da legitimidade, como qualidade que dele decorre.*”⁹⁴

Diogo de Figueiredo Moreira Neto alude que a responsividade é princípio instrumental da democracia, uma vez que se destina a salvaguardar a legitimidade, conciliando a expressão da vontade popular democraticamente recolhida com a racionalidade pública. Por isso, apresentada como complemento atualizador da responsabilidade, “*a responsividade é a esperada reação governamental nas democracias – a ser fiscalizada e exigida – em concordância e obediência à vontade dos governados.*”⁹⁵

⁹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 127.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ Ibidem, p. 128.

Neste sentido, para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a responsividade está para a realização do Estado Democrático assim como a clássica responsabilidade está para a realização do Estado de Direito. Nesta mesma linha de ideias, entende o autor que:

[...] a *responsabilidade* e *responsividade* são princípios que se complementam para a construção de um *conceito integrado de Estado Democrático de Direito*. Em razão do exposto, pode-se afirmar que nas democracias contemporâneas, tem-se hoje a *responsividade* como um *dever jurídico autônomo* dos agentes do Poder Público, sempre que disponham de competência para perfazer *escolhas discricionárias* para atenderem (responderem) adequadamente às demandas da sociedade.⁹⁶

Além disso, embora a responsividade ser devida nas condutas dos agentes públicos desde os estamentos legislativos do Estado até os executivos, é nos meandros e nos graus da aplicação discricionária destes últimos, que se faz mais particularmente exigente o dever de legitimidade administrativa, o que representa um formidável desafio para o desenvolvimento coerente da responsividade, como um novo tipo de controle específico de legitimidade a ser aperfeiçoado e profundamente imbricado no controle da discricionariedade.⁹⁷

Para André Saddy, a responsividade é o dever de responder à ilegitimidade, ou seja, o agente público responde pela postergação ou pelo desvio da vontade popular democraticamente manifestada, fato que pode ocorrer ainda quando os parâmetros da legalidade forem respeitados.⁹⁸

2.3.3 Princípio da responclicidade

André Saddy faz referência a um outro princípio da reparação estatal, o qual ele denomina de responclicidade, que seria o dever de responder pela ilicitude ou imoralidade. Assim, para o autor, há uma correlação entre os princípios da legalidade, legitimidade e licitude e seus respectivos correspondentes, a responsabilidade, a responsividade e a responclicidade.⁹⁹

[...] ao aceitar tal posicionamento e considerar uma ideia tripartida dos interesses públicos (legalidade, legitimidade e licitude), deve-se classificar o dever de resposta da Administração em três: a responsabilidade corresponde à ilegalidade; a responsividade, como afirma DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, corresponde à ilegitimidade; e, também, a responclicidade, que corresponde à ilicitude ou imoralidade. Essas três formas de responder (responsabilidade, responsividade e

⁹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 128.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ SADDY, André (Orient). **Formas de Atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016, p. 274.

⁹⁹ *Ibidem*.

responsabilidade) são princípios complementares para a construção de um conceito integrado do Estado de Justiça Democrático de Direito.¹⁰⁰

Desta forma, André Saddy declara que:

[...] como se bem sabe, a violação de qualquer dever jurídico pode configurar o ilícito, o ilegítimo ou o imoral e tais formas dão lugar a reparação no caso de causar danos. Ou seja, a violação de um dever jurídico originário resulta na obrigação jurídica sucessiva de indenizar o prejuízo.¹⁰¹

De acordo com o citado, pode-se concluir que a introdução de novas teorias no Direito Administrativo tem a finalidade de desenvolver a legitimidade das condutas administrativas, tornando-as mais transparentes, reforçando a legítima confiança do particular nessas condutas e, por consequência, transformando a Administração Pública em uma instituição eficaz e em consonância com a prossecução do interesse público, por isso, dada a importância e complexidade do assunto, cabe um maior aprofundamento desse estudo em outra oportunidade. Após essa reflexão, será desenvolvida a pretensão reintegratória da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública na doutrina nacional.

2.3 REGIME CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É consenso entre os doutrinadores e a jurisprudência que a Constituição Federal de 1988, no seu art. 37, § 6º, consagra a responsabilidade objetiva da Administração Pública, na modalidade risco administrativo pelos danos causados por atuação de seus agentes.

[...] §6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.¹⁰²

O art. 43 do CC/02 expressamente afirma que a responsabilidade do ente público se configura objetiva:

¹⁰⁰ SADDY, André (Orient). **Limites à Tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016, p. 146.

¹⁰¹ Ibidem, p. 146-147

¹⁰² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 13 de junho 18.

[...] Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.¹⁰³

Sérgio Cavalieri Filho, utilizando o previsto no texto constitucional, amplia o entendimento sobre ação e omissão, “*em nosso entender, o art. 37, § 6º, da CF, não se refere apenas à atividade comissiva do Estado; pelo contrário, a ação a que alude engloba tanto a conduta comissiva como omissiva.*”¹⁰⁴ No entanto, o entendimento que condutas omissivas geram a responsabilidade objetiva da Administração Pública não é pacificada na doutrina nacional, como será exposto posteriormente.

2.4 O ACOLHIMENTO DA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

A teoria do risco administrativo foi idealizada originalmente por Leon Duguit, quando estabeleceu uma ideia sobre um seguro social suportado pela caixa coletiva em proveito de quem sofre um prejuízo causado pelo funcionamento do serviço público.¹⁰⁵

No Brasil, em que pese, a existência de outras modalidades de risco, como o risco proveito; o risco profissional; o risco excepcional e a modalidade do risco integral¹⁰⁶, a qual é adotada em casos excepcionais, conforme Sérgio Cavalieri Filho, a Constituição Federal de 1988 adotou a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, condicionando esta responsabilidade ao dano decorrente de sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano.

Para Sérgio Cavalieri Filho, uma questão ainda enseja certa dificuldade, é a relação que deve existir entre o ato do agente ou da atividade administrativa e o dano. “*De acordo com a essência de vários julgados, o mínimo necessário para determinar a responsabilidade do Estado é que o cargo, a função ou a atividade administrativa tenha sido a oportunidade para a prática do ato ilícito.*”¹⁰⁷ Assim, se a condição de agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade

¹⁰³ BRASIL. **Código Civil de 2002**. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/10406.htm. Acesso em: 13 junho de 18.

¹⁰⁴ CAVALIERI FILHO. Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 297.

¹⁰⁵ DUGUIT, Leon, 1913 apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Atualização de Gustavo Tependino. 11 ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 281.

¹⁰⁶ Para melhor entendimento sobre os conceitos das modalidades de risco, sugiro a leitura do livro Programa de Responsabilidade Civil, 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 193 a 195, do autor Sérgio Cavalieri Filho.

¹⁰⁷ CAVALIERI FILHO. Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 291.

para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória. O momento essencial é a existência de uma relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do dano.

Na percepção de Helena Elias Pinto, o embasamento da teoria do risco administrativo encontra amparo nas inúmeras atividades administrativas que implicam em riscos, devendo assumir os danos delas decorrentes. *“Afinal, o exercício dessas atividades ocorre em benefício de toda a coletividade, justificando que os ônus sejam repartidos igualitariamente entre os seus integrantes, cabendo aos cofres públicos o pagamento das indenizações pelos danos causados.”*¹⁰⁸

Interessante verificar que, no entendimento de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, o gênero responsabilidade civil da administração, além da espécie responsabilidade delitual, apresenta também a responsabilidade extracontratual pelo risco. Assim, os autores tentam separar, respectivamente, a responsabilização por atos ilícitos e culposos de atos realizados durante atividades de risco especial criado em benefício exclusivo da prossecução do interesse público. *“Para que seja gerado a responsabilidade pelo risco, é necessário que o fato resulte de uma atividade, do funcionamento de um serviço ou de uma coisa especialmente perigosos.”*¹⁰⁹

Nessa fase de responsabilidade civil administrativa pelo risco, a Administração Pública, conforme Diana Ettner, *“passa a fundar-se em circunstâncias objetivas, para a determinação das quais se torna irrelevante a responsabilidade do titular do órgão, funcionário ou agente individualmente considerado.”*¹¹⁰ Assim, caracterizando a responsabilidade objetiva nas condutas administrativa de especial perigo, contudo, possibilitando à Administração Pública, nas hipóteses de força maior, culpa de terceiro ou concorrência de culpa do lesado, reduzir ou excluir a indenização,¹¹¹ como será apresentado posteriormente.

¹⁰⁸ PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 76

¹⁰⁹ “o conceito de perigo especial, exprime uma potencialidade de lesão de bens que normalmente não se verifica na vida social. Estão, nomeadamente (mas não apenas), abrangidos, pelo conceito daqueles perigos decorrentes de circunstâncias especificamente atinentes a prossecução da actividade administrativa e que, por isso, não se verificam correntemente em actividades desenvolvidas por particulares ou em coisas que estejam na sua posse. A natureza especial do perigo não deve ser averiguada em abstracto, mas tendo em conta os concretos funcionamento do serviço, coisa ou actividade que estejam em causa.” (SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 505.)

¹¹⁰ ETTNER, Diana. O exercício obrigatório do direito de regresso. In: (Coord) GOMES, Carla Amado; RAIMUNDO, Miguel Assis. **Novos Temas da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas. Instituto de Ciências Jurídico-políticas**. Lisboa/Portugal, p. 09-22, dez, 2012. Disponível em: <http://www.icjp.pt/publicacoes>. Acesso em: 23 de maio de 2018

¹¹¹ GOMES, Carla Amado. Nota breve sobre a tendência de objectivação da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas no regime aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de dezembro. **Responsabilidade Civil do**

Segundo Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, são exemplos clássicos de serviços administrativos, atividades e coisas excepcionalmente perigosas da responsabilidade do ente público pelo risco: “*operações policiais, que envolvam armas de fogo; transfusões de sangue realizadas em hospitais públicos, após a existência de meios de diagnósticos do vírus da imunodeficiência humana (HIV); manobras militares; centrais nucleares, dentre outras.*”¹¹² Contudo, afirmam os autores, que na prática, o conceito de coisa especialmente perigosa limitava muito a responsabilização pelo risco. Desta forma, atualmente, “*além das situações citadas, acrescentam-se a realização de obras na via pública, a condução de veículos prioritários (ambulâncias, veículos policiais) a velocidades normalmente não permitidas, etc.*”¹¹³

No Brasil, como afirmou Sérgio Cavalieri Filho,

[...] haverá responsabilidade da administração Pública, sempre que houver violação do dever de segurança, ou seja, a incolumidade de todos os administrados. O Estado tem o dever de exercer a sua atividade administrativa, mesmo quando perigosa ou arriscada, com absoluta segurança, de modo a não causar dano a ninguém. Está vinculado, portanto, a um dever de incolumidade, cuja violação enseja o dever de indenizar independentemente de culpa¹¹⁴

Destarte, levando em consideração as afirmações dos autores acima, pode-se inferir, por analogia, que a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública¹¹⁵, amparada na teoria do risco administrativo, compreende as responsabilidades delitual e pelo risco. Ratificando a afirmação que o ordenamento jurídico pátrio não dissocia as pretensões

Estado. **Centro de Estudos Jurídicos**. Coimbra/Portugal, nº 2, p. 71-101, jul. 2014. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Responsabilidade_Civil_Estado.pdf. Acesso em: 26 de maio 2018.

¹¹² SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 505.

¹¹³ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 505.

¹¹⁴ CAVALIERI FILHO. Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 287-288

¹¹⁵ A Administração Pública, em decorrência da normal ou anormal atividade que exerce, poderá gerar risco para os administrados, causando danos aos membros da comunidade. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. Consequentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. A única relação a se verificar é a de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado. A teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração Pública, permite ao Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexo causal (fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro). “Não significa, portanto, que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexistente relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo.” (CAVALIERI FILHO. Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 287-288.)

reintegratórias, o que pode causar, dependendo do caso concreto, um sacrifício de direito, o qual o particular não deveria arcar. Além disso, não se pode esquecer dos danos causados por condutas administrativas lícitas, que também constitui uma espécie do gênero responsabilidade civil administrativa, ainda com pouco aprofundamento doutrinário.

Do exposto, observa-se que para haver a responsabilização da Administração Pública não basta o ato ter sido praticado por um agente público, mas sim que sua condição de agente tenha contribuído para a prática do ilícito. Além disso, cabe à Administração Pública, em suas atividades administrativa, sejam perigosas ou não, evidenciar que sua execução tenha o máximo de segurança e, assim, evitar causar dano ao particular, sob pena de ter que responder pelos seus atos, independente de culpa.

2.5 TIPOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É fato que a Constituição Federal de 1988 consagrou a responsabilidade objetiva da Administração Pública, na modalidade risco administrativo pelos danos causados por atuação de seus agentes, contudo, não se pode resumir todas as hipóteses de responsabilização estatal à responsabilidade objetiva. Sendo assim, a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, possui duas modalidades de responsabilização, a subjetiva e a objetiva. Porém, em que pese não haver diferenciação entre condutas administrativas lícitas ou ilícitas para a sua responsabilização. Como, na responsabilidade civil administrativa dos autores Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, a responsabilidade por fato lícito é uma espécie desse gênero, torna-se relevante para este estudo explicar sobre esse tipo de espécie.

Para Alexandre Santos de Aragão, a responsabilização da Administração Pública eclode necessariamente por dois requisitos. “*o dano jurídico e certo e, em relação à responsabilidade por comportamentos lícitos, especial e anormal.*”¹¹⁶

¹¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Limitações administrativas e a sua excepcional indenizabilidade. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord). **Poder de polícia na atualidade**. Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico (CEDAU). Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 121. Como dano jurídico, entende-se que “deve haver lesão a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor do sujeito.”

2.5.1 Responsabilidade civil extracontratual subjetiva da Administração Pública

A responsabilidade subjetiva da Administração Pública, com a comprovação da culpa, como afirma Rui Stoco, se apresenta na atuação da Administração que decorre da omissão, de sua má atuação ou das falhas do serviço. Nesses casos,

[...] o Estado se equipara a qualquer outra pessoa e responderá subjetivamente se atuou mediante culpa. [...] A responsabilidade subjetiva, que exige a verificação da culpa, geralmente a culpa anônima, considerando que a omissão nem sempre deixa vestígios ou permite a identificação do omissor.¹¹⁷

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, a responsabilização subjetiva da Administração apresenta além do elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa, outros pressupostos essenciais para sua caracterização: o elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante a conduta voluntária do agente público; o prejuízo ou dano injusto ou antijurídico gerado pela conduta ilícita do agente e a respectiva relação de causalidade entre a ação ou omissão e o dano gerado para o particular.¹¹⁸

A expressão dano injusto, conforme Helena Elias Pinto, é a figura central no estudo da responsabilidade civil da Administração Pública na atualidade, “*corresponde à junção da noção de dano com a de antijuridicidade objetiva, sob ótica da equidade e da função social da responsabilidade civil. Trata-se do dano que não deve ser suportado pelo lesado ou, em outras palavras, é o dano uma situação juridicamente protegida.*”¹¹⁹

Neste contexto, segundo Rui Stoco, a comprovação da culpa na responsabilidade extracontratual subjetiva da Administração Pública se dará através de culpa especial da Administração, que se convencionou chamar de culpa administrativa e de um terceiro prejudicado que, além do fato material, comprove a falta do serviço¹²⁰ para obter a indenização.¹²¹

Para Helena Elias Pinto, não é só a comprovação da culpa, em sentido amplo, é importante na responsabilização subjetiva. Segundo a autora, “*é mais adequado afirmar que o sistema da responsabilidade subjetiva se baseia na antijuridicidade e não propriamente na*

¹¹⁷ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 10 ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1337.

¹¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed, São Paulo: Atlas, 2014, p. 33

¹¹⁹ PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 121.

¹²⁰ Segundo Paul Duez, 1927, p. 15 apud STOCO, Rui, 2014, p. 1335. “Essa falta do serviço [...], apresenta-se nas modalidades de inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço.”

¹²¹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1335.

culpa.”¹²² A justificativa da afirmação está no fato que pode existir até mesmo uma conduta dolosa que não se qualifica como ilícita, como no caso, do estado de necessidade. A autora dá outro exemplo, a requisição administrativa, a modalidade lícita de restrição da propriedade que, além de onerosa, caso haja dano será indenizada.

De acordo com Carla Amado Gomes, a culpa do serviço pode constituir uma solução de imputação tanto em fatos comissivos como omissivos. No caso dos omissivos, pode levar à responsabilização do serviço quando este tem a seu cargo a vigilância de determinadas pessoas ou coisas, móveis ou imóveis.

[...] Estas hipóteses verificadas com frequência, no âmbito da boa manutenção de ruas e estradas, na sinalização de obras nas vias públicas e na execução de obras públicas, dentre outros. Observa-se que “há uma inversão do *ônus probandi* a cargo da pessoa colectiva a cujo serviço é imputada a responsabilidade pela provocação do dano, o que constitui uma dupla ajuda ao presumível lesado, pois não só o desonera da prova da culpa, como transforma está em ilicitude — ou seja, objectiviza a imputação.”¹²³

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a responsabilidade subjetiva da Administração Pública se caracteriza quando a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido. “*Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, não atua ou atua insuficientemente para deter o evento lesivo.*”¹²⁴

Diante dos fatos, observa-se que a responsabilização subjetiva da Administração Pública se apresenta embasada na teoria da falta administrativa ou falta do serviço, como alguns denominam. A responsabilidade civil subjetiva da Administração Pública, no contexto das medidas administrativas de restrição da propriedade, terá papel relevante nas ocasiões em que o lesado tenha o ônus de provar que os danos causados ao seu patrimônio foram originados por uma conduta administrativa.

¹²² PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53

¹²³ GOMES, Carla Amado. Nota breve sobre a tendência de objectivação da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas no regime aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de dez. **Centro de Estudos Jurídicos.** Coimbra/Portugal, p. 91, jul. 2014. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Responsabilidade_Civil_Estado.pdf. Acesso em: 26 de maio 2018,

¹²⁴. MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 30 ed, revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 1021.

2.5.2 Responsabilidade Civil Extracontratual Objetiva da Administração Pública

A Constituição Federal de 1988 adotou a teoria da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas amparada na teoria do risco administrativo, conforme seu art. 37, § 6º, bastando para sua comprovação a existência de um nexo de causalidade entre o dano injusto e a ação ou omissão do ente público ou privado prestador de serviço público, mostrando-se desnecessário qualquer averiguação de dolo ou culpa por parte de seus agentes.¹²⁵ E conforme as palavras do professor Paulo Bonavides, o art 37, § 6º da CF/88:

[...] gera um direito à garantia, faz daquele instituto a nosso ver, num passo mais largo, de muito alcance, direito de última geração em consequência dos vínculos estabelecidos com o Estado social. Enfim, o princípio culmina e consagra uma evolução de natureza qualitativa, fruto das transformações do Direito em sua fase pós-positivista.¹²⁶

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a responsabilidade objetiva é “*a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito¹²⁷ que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.*”¹²⁸ O autor afirma que se apresentam como pressupostos da responsabilidade objetiva da Administração Pública, com base na teoria do risco administrativo, a conduta voluntária do agente público; o dano injusto e a relação de nexo de causalidade entre o dano e a ação do agente público.

No entendimento de Helena Elias Pinto, na responsabilidade objetiva, o que merece atenção especial é “*o desvalor do objeto da conduta, que é o resultado imediato, produzido pelo comportamento do agente, ou seja, o dano injusto.*”¹²⁹ A autora sustenta que na responsabilidade objetiva, a sanção será aplicada mediante fato repudiado pelo ordenamento jurídico, ou seja, uma reação a uma situação de fato antijurídico.

Para Eduardo Nunes de Souza, tendo o dano injusto substituído o ato ilícito como núcleo do sistema brasileiro de responsabilidade civil, basta saber se:

¹²⁵ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5 ed ver., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 43.

¹²⁶ BONAVIDES, Paulo. As Bases Principiológicas da Responsabilidade do Estado. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid/Espanha, nº 16, p. 61-67, enero, 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/Articulo/4081423.pdf>. Acesso em: 27 de abril de 2018.

¹²⁷ Sérgio Cavalieri Filho tem o mesmo entendimento, aceitando a existência de conduta ilícita na responsabilização objetiva.

¹²⁸ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 30 ed, revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 1022.

¹²⁹ PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53

[...] a injustiça do dano continua a significar também a antijuridicidade da conduta do agente ou se, a adoção contemporânea do paradigma do dano injusto permitiu dissociar dano e antijuridicidade, de modo que o dever de indenizar possa decorrer tanto de condutas contrárias ao direito quanto de condutas danosas plenamente lícitas.¹³⁰

O autor ressalta que essa discussão deriva mais de um impulso classificatório da doutrina do que a aplicações práticas relevantes. E cita Orlando Gomes que da definição legal de um ato ilícito, “*se deduzem os seus elementos, subjetivo, a culpabilidade, e objetivo, a antijuridicidade*”¹³¹ Eduardo Nunes de Souza afirma que seja na responsabilidade subjetiva, seja na responsabilidade objetiva, “*o caráter antijurídico está na produção do dano e não na conduta.*”

Rodrigo da Guia Silva afirma que a noção de dano injusto acaba por expandir as fronteiras da responsabilidade civil, haja vista o surgimento, na doutrina contemporânea, de novos danos¹³², “*vez que o dano injusto, - e portanto, aquele que se considera ressarcível - não será somente aquele que decorrer da conduta ilícita, mas sim todo e qualquer dano que violar bens jurídicos e contrariar os valores tutelados pelo ordenamento jurídico.*”¹³³

Sobre as discordâncias com relação à questão da comprovação do ato ilícito na responsabilidade objetiva, Helena Elias Pinto alerta que a noção de culpa não está descartada na imputação objetiva, contudo, não é dependente dela. A autora afirma que “*caracterizada a presença da culpa, é certo que o elemento subjetivo pode ter papel importante na caracterização da lesão como dano injusto.*”¹³⁴

Cabe salientar que um ponto importante a ser apresentado é a diferença entre ilicitude, antijuridicidade e dano injusto. Com relação a isso, Helena Elias Pinto alude que, em que pese os vários conceitos sobre os institutos, “*não parece haver necessidade ou interesse em estabelecer diferença entre ilicitude e antijuridicidade, pois ambas as palavras transmitem*

¹³⁰ SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexos causal: culpa, imputação e causalidade na responsabilidade civil. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 48

¹³¹ GOMES, Orlando, 295, 1989 apud SOUZA, Eduardo Nunes de, p. 49, 2018.

¹³² Danos à vida, sexual, dano de *mobbing* (ou assédio moral), dano de nascimento indesejado, dano à identidade pessoal, entre outros. SILVA, Rodrigo da Guia. Privação do uso e dever de indenizar: perspectivas de configuração do dano indenizável à luz do paradigma do dano injusto. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional**. São Paulo: Almedina, 2018, p 225.

¹³³ SILVA, Rodrigo da Guia. Privação do uso e dever de indenizar: perspectivas de configuração do dano indenizável à luz do paradigma do dano injusto. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional**. São Paulo: Almedina, 2018, p 225.

¹³⁴ PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 56.

adequadamente a ideia de contrariedade ao direito”¹³⁵ Contudo, a autora declara que o injusto tem uma característica imprescindível em relação às outras duas, admite gradação. “*A ideia de injusto, na responsabilidade civil, é extremamente útil para a compreensão do dano indenizável, que corresponde à figura do dano injusto.*”¹³⁶

Sobre o dano injusto, Helena Elias Pinto concluiu que para manter o equilíbrio nas relações jurídicas, garantindo a proteção dos bens jurídicos tutelados, não basta trabalhar com a categoria do ilícito objetivo, mas adotar a noção de injusto, que abrange toda a dinâmica do fato lesivo, sendo considerada a culpa, o dolo, o nexó de causalidade e a condição econômica das partes envolvidas. Para a autora, “*faz-se necessária uma categoria mais complexa, que não se exaure em um juízo binário (“tudo ou nada”, lícito ou ilícito).*”¹³⁷

Com relação ao cerne deste estudo, a noção da ampliação do conceito de dano injusto, relacionada à satisfação de um sacrifício sofrido permite que o lesado no seu patrimônio, seja por condutas lícitas ou ilícitas, tenha maiores garantias de que sua esfera jurídica será recomposta. Em paralelo, a utilização das pretensões reintegratórias, seja de caráter indenizatório, seja de recomposição do bem, possibilitam que o interesse particular tenha equivalência com o coletivo.

2.5.3 Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública por atos lícitos¹³⁸

Sobre o tema, não há unanimidade no entendimento de que atos lícitos possam ser enquadrados como responsabilização objetiva da Administração Pública. Para Sérgio Cavalieri Filho, em todas as hipóteses de responsabilidade objetiva há sempre a violação de um dever jurídico preexistente, o que configura a ilicitude. “*Ora será o dever de incolumidade, ora o dever de segurança, mas sempre o descumprimento de uma obrigação originária.*”¹³⁹ Afirma também que:

[...] os casos de indenização por *ato lícito* são excepcionalíssimos, só tendo lugar nas hipóteses expressamente previstas em lei, como no caso de dano causado em estado de necessidade e outras situações específicas (Código Civil, Arts. 188, 11, c/c Arts.

¹³⁵ PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 38.

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ Ibidem, p. 249.

¹³⁸ Neste estudo a expressão fato lícito é utilizada como semelhança ao usualmente utilizado ato lícito, para se adequar aos termos utilizados por Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, com relação às pretensões reintegratórias.

¹³⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 21

929 e 930, 1.285, 1.289, 1.293, 1.385, § 3 etc.). Nesses e em outros casos não há responsabilidade em sentido técnico, por inexistir violação de dever jurídico, mas mera obrigação legal de indenizar por ato lícito.¹⁴⁰

Embora tenha esse entendimento, Sérgio Cavalieri Filho não se furta em ressaltar a controvérsia entre alguns autores, no caso de indenização por dano em estado de necessidade, ademais, esta polêmica se estende para outras hipóteses de indenização por danos causados por atos lícitos. O autor traz à baila as observações feitas por Carlos Alberto da Mota Pinto, o qual afirma que em tais casos:

[...] compensar o sacrifício de um interesse menos valorado na composição de um conflito teleológico, porque uma prevalência absoluta e total do interesse oposto seria injusta. Os danos - nestas hipóteses expressamente reconhecidas pela lei da responsabilidade por actos lícitos - não são causados por uma atividade contrária ao sentido em que o Direito resolveu o conflito de interesses. A actividade do agente é *secundum jus*, ao contrário do que sucede no acto ilícito, em que um comportamento rebelde do agente lesa o interesse que o Direito quer fazer prevalecer. Apesar do carácter conforme ao Direito da actuação do sujeito, pareceu excessivo não dar a pessoa sacrificada uma reparação¹⁴¹

Na percepção de Renato Alessi, as condutas legítimas da Administração Pública, diferente dos danos causados por atos ilícitos, não afetam os direitos subjetivos do particular, contudo, quando se apropria sua propriedade, lhe impõe um sacrifício, que segundo o autor é expressamente previsto na norma jurídica.

[...] En el caso que nos ocupa no se trata de violación de derechos, puesto que son daños que derivan de actividades plenamente legítimas. La Administración pública cuando se apropria, con las formalidades debidas, del inmueble de un particular, cuando ordena la destrucción de las vides atacadas de filoxera, no viola otros tantos derechos de los particulares, puesto que su actividad es plenamente legítima, sino que los *sacrifica* a justando se a lo previsto expresamente por la norma legal.¹⁴²

Para Cristina Corrêa Conde Faldini, os atos administrativos lícitos que geram sacrifícios de direitos ao particular, excedendo o limite do razoável, e não possuindo norma reguladora que estabeleça a indenização correspondente, geram para o particular o direito a uma pretensão indenizatória que, *“deve ser processada pela modalidade objetiva. Isso porque exigir a submissão do assunto à responsabilidade subjetiva e perquirir de culpa que, dada a licitude do ato, inexistente, deixaria ao desamparo os administrados que tiveram seus direitos sacrificados”*.¹⁴³

¹⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 21.

¹⁴¹ Ibidem, p. 606.

¹⁴² ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Buenos Aires: Casa Editorial, 1990, p. 469

¹⁴³ FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. Responsabilidade do Estado pela prática de atos lícitos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 67/68, p.67-130, jan./dez. 2008, p. 112.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro alude que na responsabilização estatal os danos podem decorrer de condutas ou comportamentos que, embora lícitos, causem um ônus maior do que o imposto aos demais membros da sociedade. Assim, para a autora, “*quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelos demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do Erário*”.¹⁴⁴

Na concepção de Cristiano Chaves Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto, a ilicitude, por si só, nada diz acerca da exclusão da obrigação de reparar. Sendo assim, para os autores:

[...] na ordem jurídica brasileira, tanto os lícitos como os ilícitos podem dar ensejo à indenização, sobremaneira nas hipóteses de aplicação da responsabilidade objetiva. Naturalmente que o mais comum é a responsabilidade civil surgir como consequência da prática de atos ilícitos, mas nada impede que o legislador impute o dever de reparar como decorrência de um ato lícito, à luz de certas especificidades.¹⁴⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que há responsabilização do Poder Público tanto por atos ilícitos como por atos lícitos.

[...] No caso de comportamentos comissivos, a existência ou inexistência do dever de reparar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano (ilícita ou lícita), mas pela qualificação da lesão sofrida. Isto é, a juridicidade do comportamento danoso não exclui a obrigação de reparar se o dano consiste em extinção ou agravamento de um direito.¹⁴⁶

Para Alexandre Santos de Aragão, o maior problema com relação à possibilidade de indenização, em situações de restrições lícitas da propriedade privada, se encontra quando “*a norma ou ato restritivo for constitucional, já que muitas vezes fortes condicionamentos à propriedade podem perfeitamente ter esteio na lei*.”¹⁴⁷ Nessas ocasiões, para o autor, a chave da indenizabilidade será “*a especificidade e a anormalidade da limitação administrativa em relação às faculdades inerentes ao direito de propriedade*.”¹⁴⁸ Em outras palavras, o ato

¹⁴⁴ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Omissões na atividade regulatória do estado e responsabilidade civil das agências reguladoras. In: FREITAS, Juarez (Org). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 254.

¹⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 465

¹⁴⁶ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 30 ed, revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 1038

¹⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Limitações administrativas e a sua excepcional indenizabilidade. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord). **Poder de polícia na atualidade**. Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico (CEDAU). Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 117

¹⁴⁸ Ibidem.

restritivo tem que se limitar a um ou alguns indivíduos, ou seja, não dirigida a toda a sociedade, além de extrapolar os limites legais da restrição viabilizada para o interesse coletivo.

Alexandre Santos de Aragão afirma que:

[...] teremos que aferir, portanto, se os requisitos para eclodir a responsabilidade civil objetiva por ato ou norma lícita estão presentes. [...] Nesses casos, o prejuízo do particular, em razão da legitimidade dos condicionamentos impostos, por mais intensos que sejam, se resolverá sempre apenas em indenização, nunca pelo retorno ao *status quo ante*.

Na questão sobre a responsabilidade da Administração Pública por atos lícitos, deve ser levado em consideração os requisitos de especialidade e anormalidade, nos casos das restrições administrativas ao uso e gozo da propriedade privada, a especialidade se enquadra no dano individualizado do particular, já a anormalidade remete aos casos em que, apesar das condutas lícitas da Administração Pública, o sacrifício do lesado extrapolou o ônus suportável e aceito pela sociedade, constatando claramente uma omissão administrativa que não reconheceu a lesão causada, deste modo, no caso concreto, existe a possibilidade de dispor de várias modalidades de pretensões reintegratórias, seja pela indenização, seja pelo restabelecimento do seu patrimônio, não se limitando à responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública e proporcionando ao lesado maior segurança jurídica.

Um ponto polêmico sobre a responsabilização da Administração Pública por atos lícitos está na criação de das áreas de preservação ambiental (APP) e as áreas de reserva legal¹⁴⁹, as quais, segundo Edimur Ferreira de Faria e Evandro Ferreira de Assis, impõem restrições ao exercício ao direito de propriedade privada em benefício da coletividade sem previsão de indenização, exceto nos casos de abuso de poder ou desvio de finalidade. “*A reserva legal é imposta compulsoriamente pelo Poder Público em todas as propriedades rurais, enquanto que a área de preservação permanente, pode ser imposta ou não, dependendo da propriedade e da política do Governo.*”¹⁵⁰

¹⁴⁹ art. 3º da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, conceitua área de preservação permanente e reserva legal. “II- área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas; II- área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm. Acesso em: 06/02/19

¹⁵⁰ FARIA, Edimur Ferreira de; ASSIS, Evandro Ferreira de. A responsabilidade extracontratual do Estado pelas áreas de preservação ambiental e reserva legal é possível? In: FARIA, Edimur Ferreira de; SOUSA (Coord), Simone Letícia Severo e (Org). **Responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico e na jurisprudência atuais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 139.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que as áreas de preservação permanente não configuram hipótese de desapropriação indireta e, sendo da mesma natureza das limitações administrativas, não geram direito à indenização, exceto se as restrições ao uso e gozo da propriedade forem mais extensas do que os já existentes. Nesse sentido, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.317.806/MG, tendo como relator o ministro Humberto Martins, negou provimento ao recurso de agravo, no voto o relator afirmou que:

[...] Não há desapropriação indireta sem que haja o efetivo apossamento da propriedade pelo Poder Público. Desse modo, as restrições ao direito de propriedade, impostas por normas ambientais, ainda que esvaziem o conteúdo econômico, não constituem desapropriação indireta. 2. O que ocorre com a edição de leis ambientais que restringem o uso da propriedade é a limitação administrativa, cujos prejuízos devem ser indenizados por meio de uma ação de direito pessoal, e não direito real.¹⁵¹

Em sentido contrário, concedendo a indenização, devido a comprovada limitação administrativa mais extensa que as já existentes, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.220.762/RJ, tendo como relator o ministro Mauro Campbell Marques, negou provimento ao recurso de agravo, no voto o relator afirmou que:

[...] Esta Corte Superior entende que é indevida qualquer indenização em favor dos proprietários dos terrenos em área de preservação permanente, **salvo, se comprovada limitação administrativa mais extensa que as já existentes. 2. In casu, o Tribunal a quo fixou expressamente que foram os decretos municipais os atos que realmente esvaziaram o conteúdo econômico da propriedade.** Portanto, comprovada limitação administrativa mais extensa que as já existentes, cabe a indenização em favor dos proprietários dos terrenos em área de preservação permanente.¹⁵² (grifo nosso)

Nesses acórdãos, observa-se que os proprietários de imóveis com restrições ambientais, caso tenham suportado um ônus superior às limitações previstas, têm o direito de pleitear uma pretensão indenizatória, a título de responsabilidade civil por atos lícitos.

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.220.762/RJ**. Agrte: Município de Cabo Frio. Agdo: Mario Lourenço Portugal. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. DJ: 17 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019. Esse entendimento também é seguido pelo Supremo Tribunal Federal, conforme o Agravo de Instrumento nº 657093/SP, relatora a ministra Cármen Lúcia. Julgado em 22/06/2009.

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.317.806/MG**. Agrte: José de Souza Furtado. Agdo: Cemig Distribuição S/A. Relator: Ministro Humberto Martins. DJ: 06 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019

Cabe ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro não há divisão da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública em modalidades¹⁵³. Assim, todas condutas administrativas, lícitas ou ilícitas, serão enquadradas como responsabilização do Poder Público. O que reforça a ideia de que há a necessidade de diversificação das pretensões reintegratórias do particular por danos causados em sua esfera jurídica na execução de atividades administrativas. Tais mudanças serviriam para amenizar os sacrifícios imputados aos particulares, mediante os atos lícitos gerados pela Administração Pública. Relembrando que, devido à diversidade de possibilidades de pretensões, o particular terá a possibilidade de pleitear a que melhor se enquadre no seu caso específico.

Ainda sobre a indenização por atos lícitos, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 113.875/SP, deu provimento ao recurso sobre desvalorização de imóvel particular decorrente da construção de viaduto, no voto, o relator, o ministro Carlos Velloso, aduz que, *“se o funcionamento do serviço público, independentemente da verificação de sua qualidade, teve como consequência causar dano ao indivíduo, a forma democrática de distribuir por todos a respectiva consequência conduz à imposição à pessoa jurídica do dever de reparar o prejuízo”*¹⁵⁴

2.6 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De acordo com Celso Bandeira de Mello, uma coisa é ter conhecimento dos requisitos necessários para colocar em causa a obrigação de reparar o dano, outra é questionar sobre a justificativa da existência de tal responsabilização. *“Esta última corresponde ao fundamento da responsabilidade, consiste na razão pela qual são estabelecidos os vários casos ensejadores da obrigação de reparar o dano, ou, dizendo com maior rigor: consiste naquilo que supedita as distintas hipóteses de responsabilização.”*¹⁵⁵

¹⁵³ Diferentemente do que entendem Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, os quais afirmam que a pretensão reintegratória da responsabilidade civil da Administração, compreende, além da responsabilidade delitual e pelo risco, também um tipo de recomposição do dano ao lesado, denominada de responsabilidade civil administrativa por fato lícito. Nesta modalidade, “os prejuízos resultantes do exercício de uma actividade que visa a prossecução do interesse colectivo devem ser suportados pela colectividade que dela beneficia e não exclusivamente pelo lesado.” SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 482.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 113.875/SP**. Recorrente: José Carlos Deluca Magalhães. Recorrido: Prefeitura Municipal de São Paulo. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ: 18 Fev 1992. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 29/01/2019

¹⁵⁵ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 30 ed, revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 1023.

Segundo o autor, o fundamento se biparte:

[...] assim, nos comportamentos *ilícitos* comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano *é a contrapartida do princípio da legalidade*. Porém, no caso de comportamentos *ilícitos comissivos*, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo *princípio da igualdade*. No caso de comportamentos *lícitos*, assim como na hipótese de *danos ligados a situação criada pelo Poder Público*, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.¹⁵⁶

Neste contexto, José de Aguiar Dias alude que o fundamento primário da responsabilidade civil é o princípio da restituição, isto é, a contemplação da manutenção do equilíbrio social de acordo com a ordem jurídico-política vigente. Para o autor, a responsabilidade civil da Administração Pública é “*a obrigação, a cargo do Poder Público, de reparar o dano por ele causado, restabelecendo, por meio de indenização adequada, o equilíbrio econômico rompido pelo prejuízo.*”¹⁵⁷

No Recurso Especial nº 1.075.856/CE, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o ministro Luiz Fux, concedeu a conversão de uma ação de reintegração de posse em desapropriação indireta em decorrência dos princípios da celeridade e economia processual, em razão da quantidade de famílias assentadas no imóvel parcialmente ocupado pelo município de Fortaleza para o alargamento de via pública, o que gerou as consequentes invasões. Nesse acórdão ainda foi previsto o pagamento de juros moratórios e compensatórios para os ex-proprietários¹⁵⁸ como indenização, devido à demora no processo de afetação do bem particular ao domínio público.

Já no cenário dos fundamentos da responsabilidade civil da Administração Pública, Helena Elias Pinto questiona se esses fundamentos clássicos são suficientes como alicerces para solução de hipóteses de danos que apresentam grande complexidade, como nos atos administrativos omissos. A autora declara que os fundamentos da responsabilização do ente público não se encontram apenas na norma matriz do art. 37, § 6º da CF/88.

[...] é importante ressaltar que os fundamentos da responsabilidade civil do Estado decorrem do conjunto de todo o sistema de direitos fundamentais previsto no

¹⁵⁶ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 30 ed, revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 1023.

¹⁵⁷ DIAS, José de Aguiar, 1978 apud STOCO, Rui, 2014, p. 1355.

¹⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.075.856/CE**. Recorrente: Município de Fortaleza. Recorrido: José Carlos de Souza e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 09 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019.

ordenamento constitucional. Tanto é assim que é possível reconhecer que, ainda se não existisse a norma matriz (Art. 37, §6º), a só previsão dos direitos fundamentais já seria suficiente para se atribuir ao Estado o dever de indenizar nos casos em que seus agentes causem danos a terceiros.¹⁵⁹

Para corroborar essa afirmação, Helena Elias Pinto cita o exemplo da Argentina, que diante da peculiaridade da ausência de norma constitucional expressa que atribua à Administração Pública o dever de indenizar por danos causados pelos agentes públicos, nem por isso deixa de reconhecer os fundamentos constitucionais da responsabilidade civil da Administração Pública, diretamente na previsão dos direitos fundamentais.

[...] a comparação com o ordenamento constitucional argentino é suficiente para tornar mais clara a evidência de que o fundamento da responsabilidade civil do Estado na atualidade não pode mais ser fundada exclusivamente no risco administrativo e na igual repartição dos encargos sociais, pois tais referenciais já não são suficientes para fazer frente à complexidade das relações estabelecidas nas sociedades contemporâneas.¹⁶⁰

Ainda sobre o assunto, Helena Elias Pinto ressalta que essa mudança de paradigma é imperativa, diante da dignidade constitucional atribuída aos direitos fundamentais e do papel do Estado como garantidor desses direitos. E apresenta como novo fundamento da responsabilização da Administração Pública “*a antijuridicidade objetiva (revelada no dano injusto) tem sido reconhecida como principal fundamento da responsabilidade civil estatal a partir da sua conjugação com o dever de proteção dos direitos fundamentais.*”¹⁶¹ A autora salienta que:

[...] A adoção da antijuridicidade objetiva como fundamento essencial enseja um aprimoramento da teoria da responsabilidade civil do Estado, o que fundamental para a solução dos casos mais difíceis. [...] Nessa nova perspectiva, a antijuridicidade objetiva é, simultaneamente, fundamento e pressuposto para a configuração da responsabilidade estatal.¹⁶²

¹⁵⁹ PINTO Helena Elias. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado. In: **Direito Administrativo e Gestão Pública/XXIV Congresso Nacional do CONPEDI–UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara-Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 463** Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicações/66fsl345/1ppyi8tz/cTI4RK99UrVJ5vEq.pdf>. Acesso em: 12 agosto de 2016.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 464.

¹⁶¹ Ibidem. Sobre o cerne deste estudo, ou seja, as pretensões reintegratórias do particular devido às medidas estatais restritivas da propriedade privada. Cabe salientar que a propriedade, como direito individual, consta na Constituição Federal de 1988, no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, previsto ainda, no inciso XXII, do art 5º da CF/88.

¹⁶² PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 84.

Assim sendo, para a autora, a adoção da antijuridicidade objetiva como fundamento da responsabilidade da Administração Pública relaciona-se à virada do princípio da legalidade para o da juridicidade.

Observa-se que há a preocupação na discussão sobre a evolução dos fundamentos da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, os quais têm a finalidade de ampliar a segurança contra possíveis lesões na esfera jurídica do particular, principalmente por meio da inclusão dos direitos fundamentais do cidadão, como requisitos essenciais na determinação de uma justa indenização ou restituição do bem material ou imaterial violado. Para isso, é também de extrema importância que se conheçam os pressupostos da responsabilização da Administração Pública.

2.7 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Com a concepção da responsabilização objetiva da Administração Pública fundada no risco administrativo e desprovida da necessidade de imputação de culpa, pode-se afirmar que são três os pressupostos da responsabilização por atos de gestão pública: o dano material ou moral sofrido pelo particular; uma conduta comissiva ou omissiva antijurídica imputável à Administração Pública e um nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão pública.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro são pressupostos da responsabilidade objetiva da Administração Pública:

[...] (a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; (b) que esse ato cause dano específico (porque atinge apenas um ou alguns membros da coletividade) e anormal (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal); (c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano.¹⁶³

2.7.1 Dano

No entendimento de Sérgio Cavalieri Filho, o dano é o pressuposto mais relevante da responsabilidade civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar. *“Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem danos. O dever de reparar só ocorre*

¹⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 648.

quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem.”¹⁶⁴ Para o autor, o dano “*é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.*”¹⁶⁵

No entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, além da divisão tradicional do dano, o Superior Tribunal de Justiça considerou como modalidade autônoma de dano, o denominado dano estético, “*em que pese sua inexistência de menção, no texto constitucional, no campo dos direitos fundamentais, tal espécie de dano, é possível identificá-la como uma lesão ao direito de constitucional de imagem.*”¹⁶⁶

Para Caio Mário da Silva Pereira, o dano adquiriu papel central na responsabilidade civil, com a consagração constitucional dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, associada ao acelerado desenvolvimento tecnológico. Assim:

[...] observa-se uma maior ênfase da conduta do agente para o dano ressarcível. assistindo-se ao surgimento de formidável tipologia de novos danos, na esteira do incremento de riscos e do potencial danoso trazido pelas novas invenções. Dito de outro modo, ampliam-se as modalidades de danos ressarcíveis, notadamente no que concerne à lesão a interesses extrapatrimoniais. É o caso, por exemplo, das violações à integridade psicofísica e do chamado dano estético. Paralelamente, multiplicam-se as demandas com base em direitos supra individuais, tais como os relativos ao meio ambiente e a direitos coletivos dos consumidores.¹⁶⁷

Helena Elias Pinto conceitua dano, como sendo “*a ablação ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza – patrimonial ou integrante da própria personalidade da vítima.*”¹⁶⁸

Com relação aos danos, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos afirmam que na pretensão reintegratória da responsabilidade civil da Administração, há uma pluralidade de hipóteses de danos indenizáveis: danos emergentes e lucros cessantes, danos presentes e danos futuros e danos patrimoniais e danos morais.¹⁶⁹

¹⁶⁴ CAVALIERI FILHO. Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 92

¹⁶⁵ Ibidem, p. 93.

¹⁶⁶ GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO Rodolfo. **Novo curso de direito civil. v.3: responsabilidade civil**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 100

¹⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Atualização de Gustavo Tependino. 11 ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 96.

¹⁶⁸ PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 118.

¹⁶⁹ “Danos emergentes são aqueles que correspondem à privação de vantagens que já existiam na esfera jurídica do lesado à altura da lesão; lucros cessantes são aqueles que correspondem à privação de vantagens que iriam formar-se na esfera jurídica do lesado se não tivesse ocorrido a lesão. Danos presentes são aqueles que já ocorreram no momento da fixação da indemnização; danos futuros são aqueles que ainda não ocorreram no momento da fixação da indemnização. Danos patrimoniais quando susceptíveis de avaliação pecuniária; danos morais quando insusceptíveis de tal avaliação.” SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 496.

Com a variedade de possíveis espécies de danos, presentes ou futuros, cabe trazer uma decisão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial nº 1.116.364/PI, que rejeitou o embargo de declaração da União, garantindo a indenização a juros compensatórios por desapropriação para reforma agrária pelos danos causados ao proprietário pela perda do rendimento sobre o imóvel. No voto, o relator o ministro Castro Meira afirmou que:

[...] a eventual improdutividade do imóvel não afasta o direito aos juros compensatórios, pois esses restituem não só o que o expropriado deixou de ganhar com a perda antecipada, mas também a expectativa de renda, considerando a possibilidade do imóvel ser aproveitado a qualquer momento de forma racional e adequada, ou até ser vendido com o recebimento do seu valor à vista.¹⁷⁰

Vale lembrar a existência de outras espécies de danos, dentre eles, o reflexo e os danos coletivos, os quais não são o foco deste estudo.

2.7.1.1 Dano material

O dano material, conforme Marçal Justen Filho, consiste na “*redução da esfera patrimonial de um sujeito, causando a supressão ou a diminuição do valor econômico de bens ou direitos que integravam ou poderiam vir a integrar sua titularidade.*”¹⁷¹

Para Sérgio Cavalieri Filho, o dano material pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, como também o futuro; pode não somente provocar a sua diminuição ou redução, mas também impedir o seu crescimento. “*Por isso, o dano material se subdivide em dano emergente e lucro cessante.*”¹⁷²

2.7.1.2 Dano moral

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, o dano moral não é pecuniário nem comercialmente redutível a dinheiro, é aquele que “*lesiona a esfera personalíssima da*

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDel no Recurso especial nº 1.116.364/PI**. Embargante: União - AMICUS CURIAE. Embargado: Graciosa Agropecuária S/A. Relator: Ministro Castro Meira. DJ: 13 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019.

¹⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** (livro eletrônico). 4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016, p. 16/72. Disponível em: <https://ler-online.saraiva.com.br/saraiva/#/>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

¹⁷² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p 94.

peessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens juridicamente tutelados constitucionalmente.”¹⁷³

Sérgio Cavalieri Filho entende que o dano moral se conceitua em dois aspectos distintos, em sentido amplo e sentido estrito. Em sentido amplo, o dano moral é a violação de algum direito ou atributo da personalidade e como personalidade o autor considera o conjunto de caracteres ou atributos da pessoa humana. Já em sentido estrito, dano moral é violação do direito à dignidade. Com esse ponto de vista, o autor afirma que pode haver ofensa a dignidade da pessoa humana “*sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas.*”¹⁷⁴

2.7.1.3 Cumulação de dano material e moral

Com relação à possibilidade de cumulação do ressarcimento de dano material com a reparação do dano moral, Caio Mário da Silva Pereira entende que não cabe considerar que são incompatíveis os pedidos de reparação patrimonial e indenização por dano moral. Para o autor:

[...] o fato gerador pode ser o mesmo, porém o efeito pode ser múltiplo. A morte de uma pessoa fundamenta a indenização por dano material na medida em que se avalia o que perdem pecuniariamente os seus dependentes. Ao mesmo tempo justifica a reparação por dano moral quando se tem em vista a dor, o sofrimento que representa para os seus parentes ou aliados a eliminação violenta e injusta do ente querido, independentemente de que a sua falta atinge a economia dos familiares e dependentes¹⁷⁵

A cumulação de indenização de danos morais e materiais já foi discutida no Superior Tribunal de Justiça, o qual publicou a súmula nº 37: “*São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.*”¹⁷⁶ Este entendimento, também é compartilhado por outros doutrinadores como Sérgio Cavalieri Filho.

¹⁷³ GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO Rodolfo. **Novo curso de direito civil. v.3: responsabilidade civil.** 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 110

¹⁷⁴ CAVALIERI FILHO. Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 107.

¹⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** Atualização de Gustavo Tependino. 11 ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 243.

¹⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 37.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt.BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmul.> Acesso em: 18 de maio de 2018.

2.7.2 Conduta imputada à Administração Pública

A responsabilidade civil da Administração Pública depende de uma conduta administrativa, seja comissiva ou omissiva, que produza efeito danoso a terceiro. Para Marçal Justen Filho, “*a mera consumação do dano na órbita individual de um terceiro é insuficiente para o surgimento da responsabilidade civil do Estado.*”¹⁷⁷

Na percepção de Yussef Said Cahali, faz-se necessário relembrar que para determinar a responsabilização da Administração Pública, a conduta danosa deve ser realizada por agente no exercício de uma atividade ou função pública, quando da causação do dano. Assim, “*sempre que a condição de funcionário ou agente público tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação de indenizar.*”¹⁷⁸

No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, tem grande relevância a indissolubilidade da relação entre a Administração Pública e seu agente ou outra pessoa jurídica de direito privado que executa atividade pública, segundo o autor há uma relação “*procedida na intimidade da pessoa estatal.*”¹⁷⁹

Conforme os autores Cristiano Chaves Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto, a conduta ilícita tem o seu elemento objetivo e subjetivo, respectivamente, a antijuridicidade e a imputabilidade do agente.

[...] Todavia, ato ilícito não é sinônimo de antijuridicidade, nem com ela se exaure. Esta é apenas o elemento objetivo daquele. Complementando a noção fundamental de ilicitude, detecta-se, ainda, a presença de outro elemento, agora de índole subjetiva: a *imputabilidade do agente*, que diz respeito à capacidade de compreensão do caráter ilícito da conduta que se pratica.¹⁸⁰

2.7.2.1 Condutas omissivas imputadas à Administração Pública

Sobre as condutas omissivas do agente público, há situações controversas na doutrina e na jurisprudência. Alguns doutrinadores, como Celso Antônio Bandeira de Mello, entendem

¹⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** (livro eletrônico). 4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016, p. 16/72. Disponível em: <https://ler-online.saraiva.com.br/saraiva/#/>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

¹⁷⁸ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5 ed ver., atual, ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 88.

¹⁷⁹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 30 ed, revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 1026.

¹⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 383.

ser subjetiva a responsabilidade da Administração Pública sempre que o dano decorrer de uma conduta negativa (omissão)¹⁸¹.

Com entendimento diferenciado Marçal Justen Filho afirma que “*a teoria objetiva causalista é insuficiente para fundamentar a responsabilidade civil do Estado, especialmente nas hipóteses de omissão.*”¹⁸² O autor divide a responsabilização por omissão em próprios e impróprios, sendo que nos ilícitos próprios, quando a Administração Pública não age, mesmo legalmente obrigada a isso, a omissão torna-se objetiva. Já na omissão imprópria deve-se verificar se houve ou não o dever de diligência da Administração Pública para ensejar a responsabilização.

Nesse contexto, o autor faz menção à teoria da objetivação da culpa, ou seja:

[...] aquele que é investido de competências estatais tem o dever objetivo de adotar as providências necessárias e adequadas a evitar danos às pessoas e ao patrimônio. Quando o Estado infringir esse dever objetivo e, exercitando suas competências, der oportunidade à ocorrência do dano, estarão presentes os elementos necessários à formulação de um juízo de reprobabilidade quanto à sua conduta.¹⁸³

Uma segunda corrente, denominada objetivista, que tem como grande defensor Gustavo Tepedino, defende que a aplicabilidade da responsabilização da Administração Pública, no caso de omissão, é sempre objetiva. Para Helena Elias Pinto, essa corrente “*tem o mérito de simplificar a atuação dos operadores do Direito, aspecto que favorece o amplo acesso à Justiça e a efetividade da prestação jurisdicional.*”¹⁸⁴

Para uma terceira corrente, que tem como defensor Sérgio Cavalieri Filho, o ponto nodal é a distinção entre a omissão genérica e a omissão específica da Administração Pública. Desta forma para o autor, não é correto afirmar que todo dano proveniente de omissão da Administração Pública será analisado pelo ângulo subjetivo, isto acontecerá caso seja uma omissão genérica, se o dano for gerado por uma omissão específica, havendo o dever de agir da Administração Pública, o fato será analisado pelo ângulo objetivo.¹⁸⁵

¹⁸¹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 30 ed, revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 873. Defendem também esta corrente, Diógenes Gasparini, Lúcia Valle Figueiredo, Yussef Said Cahali, Maria Sylvia Zanella Di Pietro dentre outros.

¹⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** (livro eletrônico). 4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016, p. 21/72. Disponível em: <https://ler-online.saraiva.com.br/saraiva>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

¹⁸³ Ibidem.

¹⁸⁴ PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 172-173. Defendem esta corrente: Maria Emília Mendes de Alcântara, Fabiano Mendonça e Flávio de Araújo Willeman

¹⁸⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p 297.

No entendimento de Helena Elias Pinto, a conduta é o gênero, sendo espécies a ação e a omissão. A autora continua, “*não importa quem foi o autor da conduta, mas se houve comportamento de um agente público e um dano dele decorrente.*”¹⁸⁶ Assim, para Helena Elias Pinto, em casos de omissão, “*importa verificar se, em tese, o Estado pode ser considerado garantidor da proteção do bem jurídico que sofreu o dano.*”¹⁸⁷

Na percepção de Eduardo Nunes de Souza, a aferição de um dever específico do agente nos casos de responsabilidade civil por omissão consiste em um problema de causalidade, particularmente de causalidade necessária. Para o autor, “*para que a omissão possa ser considerada causa necessária do dano, não se pode tratar de qualquer omissão [...]. Ao contrário, a omissão que enseja responsabilidade do omitente deve ser qualificada, no sentido de ter sido necessária e ter causado diretamente o prejuízo sofrido.*”¹⁸⁸

Já na percepção de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, a relevância das omissões é maior na responsabilidade administrativa do que na responsabilidade civil em geral:

[...] no tráfego jurídico privado, a esfera de autonomia individual impede a existência de um dever genérico de evitar a produção de danos para outrem: pelo contrário, no direito administrativo, à administração pública um tal dever assiste sempre nos domínios abrangidos pelas suas tarefas de polícia.¹⁸⁹

Ainda sobre o dever de vigilância da Administração Pública, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos alegam que:

[...] a responsabilidade civil decorrente de atos positivos tem caráter genérico, na medida em que decorre de um dever genérico de não lesar ativamente as posições jurídicas subjetivas de outrem. Já a responsabilidade civil emergente de omissões, apesar da aparente generalidade das referências legais, depende da existência de um dever de praticar a ação omitida, geralmente designada como dever de garante.¹⁹⁰

Em razão dos fatos, pode-se aferir que a conduta, no caso de responsabilização civil do ente público, necessita de condições especiais para sua configuração. Assim, deve ser realizada por agente público, no exercício da função pública e, além disso, deve causar uma lesão à esfera jurídica do particular, ou seja, um ato antijurídico.

¹⁸⁶ PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 116.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 117.

¹⁸⁸ SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexos causal: culpa, imputação e causalidade na responsabilidade civil. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional.** São Paulo: Almedina, 2018, p.56

¹⁸⁹ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral.** Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 485.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 486.

Sobre as condutas omissivas, há certa divergência entre os doutrinadores sobre o tipo de responsabilização (subjéctiva ou objectiva), contudo, como foi exposto, a interpretação do tipo de responsabilização da Administração Pública recairá sobre a existência de um dever específico de cuidado ou de um dever genérico de atuação.

Comparando as teorias da responsabilização ao cerne deste estudo, fica claro que, sejam os atos comissivos ou omissivos, a Administração Pública, exercendo seu direito legal de limitar total ou parcialmente o uso e gozo da propriedade privada, deve se atentar para os prejuízos causados aos proprietários que extrapolam o ônus legal a que estes devem suportar, gerando os sacrifícios de direitos. Por isso, a importância das pretensões reintegratórias na recomposição da esfera jurídica o lesado, ampliando a possibilidade de buscar a satisfação dos particulares, não só por meio indenizatório, mas também pela possibilidade de reaver suas propriedades indevidamente utilizada pela Administração Pública.

2.7.3 Relação de causalidade entre o dano e a conduta administrativa

Para que seja formalizada a responsabilização objectiva da Administração Pública deve haver uma ligação ou relação causal entre o resultado danoso e a conduta pública, seja comissiva ou omissiva. Marçal Justen Filho ressalta que:

[...] é evidente que, se o resultado danoso proveio de evento imputável exclusivamente ao próprio lesado ou de fato de terceiro ou pertinente ao mundo natural, não há responsabilidade do Estado. Mas, se o evento foi propiciado pela atuação defeituosa do serviço público ou dos órgãos estatais, existe responsabilidade civil. Assim, o caso sempre lembrado é o do acidente de trânsito causado por ausência de sinalização apropriada ou o equívoco técnico da implantação da rodovia, dando oportunidade à ocorrência de acidentes porque a obra pública foi mal concebida ou mal executada.¹⁹¹

Carlos Roberto Gonçalves salienta que a teoria do nexó causal apresenta dificuldades com relação ao aparecimento de concausas, pois a pesquisa da verdadeira causa do dano nem sempre é fácil. Para o autor, o problema se encontra nas concausas sucessivas, em que se estabelece uma cadeia de causas e efeitos. A dificuldade está em saber qual delas deve ser escolhida como a responsável pelos danos. *“Três são as principais teorias formuladas a respeito dessa questão: a da equivalência das condições, a da causalidade adequada e a que*

¹⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** (livro eletrônico). 4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016, p. 17/72. Disponível em: <https://ler-online.saraiva.com.br/saraiva/#/>. Acesso em: 10 de maio de 2018. Os exemplos citados por Marçal Justen Filho fazem referência à teoria do dever de diligência especial, que será apresentada posteriormente.

exige que o dano seja consequência imediata do fato que o produziu.”¹⁹² Entretanto, conforme o autor, “*o nosso Código Civil adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no Art. 403.*”¹⁹³

Sobre a teoria do dano direto e imediato¹⁹⁴, Eduardo Nunes de Souza entende que seu posterior desenvolvimento desdobrou-se em uma série de subteorias, sendo a mais conhecida a da necessidade, “*passou-se a considerar como causa direta e imediata do dano aquela que necessariamente a ele conduziu. [...] bastando para tanto conceber que mais de uma causa pode se revelar concretamente necessária à produção do dano.*”¹⁹⁵

Para Caio Mário da Silva Pereira, na determinação do nexos causal, duas questões logo se apresentam. “*A primeira diz respeito à dificuldade de sua prova. A segunda situa-se na identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano, notadamente quando ocorre a causalidade múltipla.*”¹⁹⁶ Diante de certa indecisão sobre quais causas devam ser levadas em consideração na questão de responsabilização civil, o autor afirma que deve-se levar em consideração dois aspectos relevantes: “*a solidariedade dos coagentes e a concorrência de culpa entre a vítima e o autor do dano, como outros itens importantes na determinação da verdadeira causa da lesão.*”¹⁹⁷

Ainda sobre as divergências entre os doutrinadores, Sérgio Cavalieri Filho salienta que, amparado no art. 403 do CC/02, boa parte da doutrina e também da jurisprudência sustenta que “*a teoria da causalidade direta ou imediata acabou positivada, teoria essa que, em sua formulação mais simples, considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva.*”¹⁹⁸ No entanto, o autor salienta que o problema da causalidade não encontra solução numa fórmula simples e unitária válida para todos os casos.

¹⁹² Para melhor entendimento das teorias do nexos de causalidade, sugiro a leitura do livro Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil Vol 4. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 415 e 416, do autor Carlos Roberto Gonçalves.

¹⁹³ art. 403 do CC/02: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

¹⁹⁴ “a teoria do dano direto e imediato não apenas presta a devida deferência à escolha legislativa e se coaduna melhor com a noção de interrupções do nexos causal como, antes de tudo, obriga o intérprete a fundamentar sua decisão no caso concreto, e não com base em um juízo abstrato.” SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexos causal: culpa, imputação e causalidade na responsabilidade civil. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 65

¹⁹⁵ SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexos causal: culpa, imputação e causalidade na responsabilidade civil. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 62

¹⁹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Atualização de Gustavo Tependino. 11 ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 177

¹⁹⁷ Ibidem, p. 185.

¹⁹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 67.

Para Rodrigo da Guia Silva, o papel basilar de filtro da reparação é desempenhado pelo nexo de causalidade, tanto para evitar a responsabilização a menor, quanto para evitar a imputação de responsabilidade a maior. “*Busca-se, desse modo, promover um justo equilíbrio dos interesses em busca da adequada delimitação do dano indenizável.*”¹⁹⁹

Sobre o tema, Yussef Said Cahali apresenta várias teorias a respeito da relação de causalidade.²⁰⁰ E cita decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que se manifestou no sentido de que a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade “*é a teoria do dano direto e imediato, também denominada de teoria da interrupção do nexo causal.*”²⁰¹

Este estudo tem o entendimento, embasado nas contribuições de vários doutrinadores, que a causa direta e imediata é a melhor opção para constatar a responsabilização da Administração Pública, assim, resguardando o particular, principalmente, nas situações de restrições ao direito de propriedade em que os danos causados, nem sempre ocorrem logo após as condutas administrativas restritivas.

2.8 HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De modo geral, há várias divergências entre os doutrinadores sobre quais as situações que podem levar a não responsabilização da Administração Pública por atos que causem danos a terceiros, contudo, é pacífico, que nessas situações não estarão demonstrados os vínculos de responsabilidade da Administração.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, excluem o nexo de causalidade: a força maior; o caso fortuito e o fato exclusivo da vítima e de terceiro, dolosos ou culposos.²⁰² Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as excludentes do nexo causal são: a força maior, a culpa da vítima e a culpa de terceiros e como causa atenuante, a culpa concorrente da vítima.²⁰³

Sobre as excludentes do nexo causal, Marçal Justen Filho utiliza o termo de modo genérico, não fazendo menção ao nexo causal. Para o autor “*a doutrina costuma aludir as*

¹⁹⁹ SILVA, Rodrigo da Guia. Privação do uso e dever de indenizar: perspectivas de configuração do dano indenizável à luz do paradigma do dano injusto. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional**. São Paulo: Almedina, 2018, p 487

²⁰⁰ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5 ed ver., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 75.

²⁰¹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5 ed ver., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 75.

²⁰² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 293.

²⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 651.

hipóteses de 'exclusão' da responsabilidade civil do Estado. Trata-se de hipóteses em que, mais propriamente, não há elemento subjetivo reprovável por parte do agente que desempenha a função de órgão estatal."²⁰⁴ O autor afirma que para a análise das diversas hipóteses de exclusão deve-se sempre levar em consideração o exame da existência de infração ao dever de diligência atribuído à Administração Pública. Assim, as hipóteses de exclusão são: "*culpa da vítima; culpa de terceiro; exercício regular de direito pelo agente estatal e caso fortuito ou força maior.*"²⁰⁵

Helena Elias Pinto salienta que, além das tradicionais causas de exclusão da responsabilização de indenizar da Administração Pública, ou seja, fato exclusivo da vítima, fato exclusivo de terceiro e força maior. "*Nota-se uma deficiência em relação à avaliação de outras hipóteses que podem gerar o mesmo efeito: legítima defesa (em relação ao autor da agressão injusta), consentimento do lesado (com relação aos bens disponíveis) e ausência de antijuridicidade.*"²⁰⁶

Do apresentado pelos autores e com o objetivo de ampliar as possibilidades de análise das hipóteses que impedirão a utilização das pretensões reintegratórias pelo particular. As excludentes que serão estudadas são: como excludentes do nexo causal (a força maior ou caso fortuito e fatos exclusivos da vítima ou de terceiros) e como excludentes da antijuridicidade (a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular de um direito e estrito cumprimento de um dever legal), a cláusula de não indenizar e a prescrição não são o foco deste estudo.

Sobre a cláusula de não indenizar, Caio Mário da Silva Pereira afirma que "*a cláusula de não indenizar, que alguns impropriamente denominam 'cláusula de irresponsabilidade', não tem cabida na responsabilidade aquiliana. Somente é admissível na responsabilidade contratual, como contrárias à ordem pública.*"²⁰⁷

2.8.1 Força maior ou caso fortuito

Para Sérgio Cavalieri Filho, a força maior está relacionada com os fenômenos da natureza, como chuvas torrenciais; tempestades e inundações e como estes eventos não são

²⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** (livro eletrônico). 4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016, p. 23/72. Disponível em: <https://ler-online.saraiva.com.br/saraiva>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

²⁰⁵ Ibidem.

²⁰⁶ PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 139

²⁰⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Atualização de Gustavo Tependino. 11 ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 603.

causados pela atividade pública, devem excluir a responsabilização estatal. Mas o autor alerta que, caso seja comprovada a culpa anônima da Administração Pública, gerada pela ineficiência da prestação do serviço público, esta poderá ser responsabilizada por eventos de força maior.

Nas situações que envolvam força maior, acontecimento natural irresistível, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “*é relevante apenas na medida em que pode comprovar ausência de nexo causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido.*”²⁰⁸ Assim, quando não houver nenhum ato que afete os pressupostos da responsabilidade objetiva, não se configuraria responsabilidade da Administração Pública. Contudo, o autor, com mesmo entendimento de Sérgio Cavalieri Filho, alerta para os casos em que a Administração Pública, de alguma forma, contribuiu para a criação da situação perigosa, que foi potencializada pela força maior, nesses casos responderá pelos danos causados.

Com relação a força maior e o caso fortuito, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos entendem que a força maior será excludente quando a criação ou o aumento do risco que conduziu ao dano tenha sido provocado por uma circunstância inevitável e imprevisível, por exemplo, uma catástrofe natural. Já o caso fortuito, também como causa de exclusão ou modificação da responsabilidade pelo risco, consiste em circunstâncias que, a terem sido previstas, fossem evitáveis, por exemplo, um comportamento humano não gerador da responsabilidade civil.²⁰⁹

No tocante ao caso fortuito, atualmente, há maior relevância na diferenciação entre fortuito interno de externo. Sobre o fortuito interno, Sérgio Cavalieri Filho entende que este não exclui a responsabilidade da Administração Pública porquanto, embora imprevisível, faz parte da sua atividade, liga-se aos riscos da atuação estatal. Só o fortuito externo exclui a responsabilidade estatal por se tratar de fato irresistível, estranho a atividade administrativa.²¹⁰ Ainda sobre a questão, Sérgio Cavalieri Filho afirma que “*o que caracteriza o fortuito é a imprevisibilidade, ao passo que a irresistibilidade caracteriza a força maior.*”²¹¹

Por fim, Helena Elias Pinto alude que a doutrina moderna tem deixado de lado a busca por uma diferença entre caso fortuito e força maior, havendo uma tendência de utilização como sinônimas. Para a autora, o maior interesse está na diferenciação entre “*fortuito interno*

²⁰⁸ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 30 ed, revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 1041

²⁰⁹ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 506.

²¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 363.

²¹¹ Ibidem.

(acontecimento que se insere dentro do desdobramento causal das atividades exercida) e fortuito externo (evento alheio à atividade).”²¹²

Eduardo Nunes de Souza salienta estar consolidado na jurisprudência brasileira a diferenciação entre fortuito interno e externo, sendo que o primeiro, “danos que se inserem no risco implícito da atividade, isto é, que rotineiramente ocorrem no exercício da mesma, não são considerados causas hábeis à interrupção do nexa causal.”²¹³

2.8.2 Fatos exclusivos da vítima ou de terceiros

Sobre os fatos exclusivos da vítima ou de terceiros, Sérgio Cavalieri Filho entende que, pela mesma forma, também não responde a Administração Pública por assaltos, furtos e acidentes na via pública, os quais são fatos estranhos à atividade administrativa.²¹⁴

Com relação a culpa ou fato da vítima, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro há que se distinguir se o fato da vítima é exclusivo ou concorrente com a do Poder Público; no primeiro caso, o Estado não responde; no segundo, atenua-se a responsabilidade, que se reparte com a da vítima. Essa solução está consagrada no Código Civil, cujo art. 945 determina que “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.²¹⁵

Na percepção de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, o fato da vítima pode excluir a responsabilidade do lesante ou implicar a distribuição proporcional da responsabilidade pelas esferas patrimoniais do lesante e do lesado²¹⁶. Uma questão importante é que “a culpa do lesado não exclui em abstrato a efetivação da responsabilidade civil, nem o

²¹² PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 144

²¹³ SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexa causal: culpa, imputação e causalidade na responsabilidade civil. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 68. Contudo, o autor lança a dúvida que, “considerando que na responsabilidade objetiva, o nexa causal se estabelece entre a inteira atividade e o dano, prejuízos decorrentes do “fortuito interno”, nesse sentido, mostra-se enganosa, na medida em que, ao qualificar certo dano com ínsito ao risco da atividade, o intérprete admite, por imperativo lógico, não se tratar efetivamente de caso fortuito (o qual depende, nessa perspectiva, da externalidade para se verificar)”.

²¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 294.

²¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 652.

²¹⁶ Exemplo de culpa do lesado: “uma licença de exercício de determinada actividade económica é ilegalmente revogada, implicando o incumprimento de contratos celebrados pelo seu titular, mas tal não teria ocorrido caso este tivesse impugnado o acto revogatório e pedido a suspensão jurisdicional da sua eficácia.” SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 501.

juízo do direito de em que termos a indenização será efetuada em concreto pelo tribunal na ação de indenização intentada.”²¹⁷

Em consequência, para Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, caso um tipo de pretensão indenizatória não possa ser considerado para restabelecer a esfera jurídica do particular, pode-se sim, buscar outro tipo de pretensão, que estabeleça a posição jurídica subjetiva violada ou que reconstitua a situação atual hipotética.

Para Carla Amado Gomes e Miguel Assis Raimundo, a situação do lesado se aproxima do princípio *tu quoque*, que concretiza a situação de abuso que se verifica quando um sujeito viola uma norma jurídica e, posteriormente, tenta tirar proveito da situação em benefício próprio. “*Nesta versão, passiva, o lesado não pode pretender neutralizar o facto de o seu comportamento ter contribuído para a produção ou agravação do dano.*”²¹⁸

Na percepção de Marçal Justen Filho no fato de terceiro, “*se o dano foi acarretado por conduta antijurídica alheia, não cabe a responsabilização civil do Estado pela inexistência da infração ao dever de diligência, exceto quando a ele incumbia um dever de diligência especial, destinado a impedir a concretização de danos.*”²¹⁹ Nesse sentido, Marçal Justen Filho afirma que se pode cogitar de responsabilização civil da administração Pública por omissão, a depender das circunstâncias.

Assim, em que pese haver alguma discordância sobre quais hipóteses vigorariam para a exclusão da responsabilidade do ente público, em danos causados a terceiros, pode-se afirmar que mesmo nessas circunstâncias, a falta de observância por parte do agente público do seu dever de vigilância, junto ao particular, é imperativa na decisão de conceder ou não o direito à indenização do dano causado.

2.8.3 Legítima Defesa

Carlos Roberto Gonçalves afirma que nas hipóteses de danos causados em legítima defesa, conforme prescreve o art. 188, inc. I do CC/02, não constituem atos ilícitos e não são passíveis de reparação em caso de danos a terceiros. Contudo, concorda com Maria Sylvania

²¹⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 501.

²¹⁸ GOMES, Carla Amado; RAIMUNDO, Miguel Assis. Topicamente – e a quatro mãos- sobre o Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades. **Revista de Direito Público e Regulação**. Coimbra/Portugal, v. 5, p. 03-26, mar-abr, 2010. P. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/2018/04/revista_5.pdf. Acesso em: 23 de maio de 2018.

²¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** (livro eletrônico).4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016, p. 26/72. Disponível em: <https://ler-online.saraiva.com.br/saraiva>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

Zanella Di Pietro, quando ela afirma que, de modo implícito, como previsto no parágrafo único do art. 930 do CC/02, incidirá a responsabilidade civil da Administração Pública.

Tal entendimento, como explica Carlos Roberto Gonçalves, é possível nas hipóteses em que o agente do ato cometa um engano ou erro gerando um dano a uma terceira pessoa. “*Neste caso, deve o agente reparar o dano. Mas terá ação regressiva contra o agressor, para se ressarcir da importância desembolsada.*”²²⁰ Assim, a possibilidade de indenização ao lesado por dano em legítima defesa, tem como fundamento, a proporcionalidade do ataque sofrido.

Sobre o dano causado a terceiro inocente, em legítima defesa, Cristiano Chaves Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto entendem que “*se a vítima, defendendo-se, causa danos ao agressor, não estará obrigada a repará-los; se, porém, agindo em legítima defesa, causa danos a terceiros, deverá por eles responder.*”²²¹

Com este mesmo entendimento, Helena Elias Pinto declara que a legítima defesa, em relação ao autor da agressão injusta, é causa excludente de indenizar, “*porque a análise do nexo de causalidade aponta para a circunstância de que o lesado é quem provocou o fato que gerou o dano.*”²²² A autora declara que, se a legítima defesa for em relação a quem não é o autor da agressão injusta, “*atingindo bem pertencente a pessoa diversa do agressor, a situação se equipara (em face desse terceiro) ao estado de necessidade e, portanto, não afasta o dever de indenizar.*”²²³

Na mesma linha de pensamento, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que a legítima defesa putativa não isenta o seu autor da obrigação de indenizar. “*Nesse caso, mesmo em face do próprio sujeito que suporta a agressão, não apenas do terceiro inocente [...] pois essa espécie de legítima defesa não exclui o caráter ilícito da conduta, interferindo apenas na culpabilidade penal.*”²²⁴

Na concepção de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, o instituto da legítima defesa foi pensada para o particular, contudo, seria impossível negar aos agentes da Administração Pública, a possibilidade de se defender de agressões durante a execução da atividade pública.²²⁵ Ainda, para os autores, “*a agressão tem que ser atual ou iminente e que*

²²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil Vol 4. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 544.

²²¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 483.

²²² PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 147

²²³ Ibidem, p. 151.

²²⁴ GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO Rodolfo. **Novo curso de direito civil. v.3: responsabilidade civil**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 165

²²⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 490.

*seja ilícita, a defesa tem que ser necessária e o prejuízo provocado pela conduta defensiva deve constituir um meio adequado e necessário para repelir a agressão e não pode ser manifestamente superior ao dano que visa evitar.”*²²⁶

Para Philippe Malaurie e Laurent Aynès há duas condições para que o agente se exima sob invocação da legítima defesa: “*que a agressão seja injusta e que a defesa seja proporcional ao ataque.*”²²⁷

2.8.4 Estado de Necessidade

Para Sérgio Cavalieri Filho, com relação ao estado de necessidade, este ocorre quando alguém deteriora ou destrói coisa alheia ou causa lesão a uma pessoa, a fim de remover perigo iminente. “*O ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para remoção do perigo.*”²²⁸

Com a mesma percepção, José de Aguiar Dias afirma que o agente não quer o mal, nem estaria em condições de evitá-lo, mediante maior atenção, prudência ou diligência. “*O dano é o único meio de que dispõe para escapar ao perigo.*”²²⁹

Na percepção de Helena Elias Pinto, caso a conduta do autor da lesão seja um ato justificado perante o Direito, contudo, “*atinge pessoa que não criou a situação de perigo ou de ameaça, nesses casos deve haver o dever de indenizar da Administração Pública.*”²³⁰

No entendimento de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, para que seja considerado um ato em estado de necessidade, deve-se levar em consideração os seus pressupostos, “*a existência de um perigo atual ou iminente e a ameaça de bens jurídicos pessoais ou patrimoniais do agente ou de terceiros.*”²³¹ Acrescenta-se aos dois, um requisito relacionado ao princípio da proporcionalidade, ou seja, a manifesta superioridade dos danos a evitar em relação ao prejuízo provocado.

No entanto, os autores afirmam que deve ser paga uma indenização ao lesado, caso o estado de necessidade não poder justificar “*a ilegalidade de condutas administrativas viciadas de usurpação de poder ou de desvio de poder, pelo menos por motivo de interesse particular,*

²²⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 490.

²²⁷ MALAURIE, Philippe; AYNÉS, Laurent, 1990 apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. 2016, p. 590.

²²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 34

²²⁹ AGUIAR, José Dias, 1994 apud PEREIRA, Caio Mário da Silva, 2016, 593.

²³⁰ PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 149

²³¹ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 488-489.

nem mesmo de toda e qualquer conduta viciada de violação da lei.”²³² Nessa indenização, por ter a ilicitude justificada, deverá recair sobre o tipo de pretensão responsabilidade civil da Administração Pública. Assim:

[...] o autor do ato deve proporcionar a devida indenização ao lesado pelo prejuízo sofrido, se o perigo for provocado por culpa exclusiva do agente, em qualquer outro caso, uma indenização equitativa deve ser estabelecida, caso haja mais de um beneficiário do dano causado. Nessa situação, como se justifica a ilicitude, a modalidade de responsabilidade civil seria por fato lícito.²³³ (grifo nosso)

Do exposto, pode-se tirar duas conclusões, sobre a indenização por dano causado em estado de necessidade, caso a ilicitude seja justificada pelo estado de necessidade, uma indenização equitativa deve ser paga tendo como modalidade de pretensão indenizatória, a título de responsabilidade civil por ato lícito. Mas, caso o agente tenha provocado o dano por sua culpa exclusiva, a indenização recairá sobre outro a modalidade, a responsabilidade civil administrativa delitual.

Na doutrina nacional, a indenização nas hipóteses de responsabilização da Administração Pública segue, por analogia, o previsto no art. 929 e no *caput* do art. 930, ambos do Código Civil, o agente que comete o dano tem que indenizar o lesado pelo prejuízo que sofreu, se não for culpado do perigo, assegurado ao autor do dano o direito de regresso contra o terceiro que culposamente causou o perigo. Pois, segundo Sérgio Cavalieri Filho, “à indenização por ato lícito tem por fundamento a equidade e não a responsabilidade.”²³⁴

Com relação ao estado de necessidade, Carlos Roberto Gonçalves afirma que:

[...] o estado de necessidade é delimitado pelos Arts 188, II, 929 e 930 do Código Civil²³⁵. Embora a lei declare que o ato praticado em estado de necessidade não é ato ilícito, nem por isso libera quem o pratica de reparar o prejuízo que causou. Se um motorista, por exemplo, atira o seu veículo contra um muro, derrubando-o, para não atropelar uma criança que, inesperadamente, surgiu-lhe à frente, o seu ato, embora lícito e mesmo nobilíssimo, não o exonera de pagar a reparação do muro.²³⁶

²³² SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 488 e 489.

²³³ Ibidem.

²³⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p 35.

²³⁵ art. 929 do CC/02: “Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.” art. 930 do CC/02: “No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado”. Parágrafo único. “A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).”

²³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil Vol 4. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 541

Assim, pode-se afirmar que o estado de necessidade, na maioria dos casos, afasta a responsabilização da Administração Pública, mas a obriga a indenizar o terceiro de boa-fé, o qual não deve sustentar todo o ônus da conduta administrativa.

2.8.5 Exercício regular de um direito e estrito cumprimento de um dever legal

Sobre o exercício regular de um direito, Sérgio Cavalieri Filho salienta que:

[...] o direito exercido regularmente, normalmente, razoavelmente, de acordo com seu fim económico, social, a boa-fé e os bons costumes. Quem exerce seu direito subjetivo nesses limites age lícitamente, e o lícito exclui o ilícito. O direito e o ilícito são antíteses absolutas [...]. Vem daí que o agir em conformidade com a lei não gera responsabilidade civil ainda que seja nocivo a outrem - como, por exemplo, a cobrança de uma dívida, a propositura de uma ação, a penhora numa execução forçada.²³⁷

No entanto, o autor menciona que se o direito não for exercido regularmente, pode se transformar em ato ilícito, quando seu titular exceder (manifestamente) os limites estabelecidos pela lei. Nessa situação, tem-se, então, o abuso do direito, ato ilícito conceituado no art. 187 do CC/02.²³⁸

Nesse sentido, para Caio Mário da Silva Pereira, quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém. Contudo, afirma que para ser considerado um exercício do direito o ato deve ser razoável, pois caso abuse do seu direito, o ato torna-se ilícito, sendo passível de indenização para o lesado. Assim, para o autor:

[...] partindo deste princípio, não há ilícito, quando inexistente procedimento contra direito. Ao desenvolver o tema do *abuso de direito* já me referi ao assunto, para assentar que o indivíduo, no exercício de seu direito, deve conter-se no âmbito da razoabilidade. Se o excede e, embora exercendo-o, causa um mal desnecessário ou injusto, equipara o seu comportamento ao ilícito e, ao invés de excludente de responsabilidade, incide no dever ressarcitório. Cabe, portanto, ao juiz, com o seu bom senso, distinguir as duas figuras que são separadas por uma barreira muito tênue e distinguir do exercício regular do direito e do abuso de direito.²³⁹

Helena Elias Pinto salienta que, no campo da responsabilidade civil da Administração Pública, o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal, não são, por si só, causas excludentes do dever de indenizar, “*porque se trata de causas excludentes da*

²³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 34.

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Atualização de Gustavo Tependino. 11 ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 591

*ilicitude da conduta, não afetando o desvalor do resultado (dano injusto), o qual se configura independentemente da qualificação da conduta.”*²⁴⁰

Sobre a hipótese do estrito cumprimento do dever legal, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos entendem que a esta situação faz referência ao agente investido do dever de praticar determinada conduta danosa, a qual se apresenta em conflito com o dever de não provocar o dano, pois “*não é possível acatar um dever sem violar o outro. O conflito de deveres deve ser resolvido mediante o acatamento do dever que a ordem jurídica considere prevalecente*”.²⁴¹ Para os autores, o comportamento que sacrifique um dever no cumprimento de outro dever prevalecente sobre o primeiro, não pode ser reprovado pela ordem jurídica.

Para Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, nas hipóteses em que o exercício regular de um direito ou do estrito cumprimento de um dever legal extrapole os limites, gerando um dano injusto ao particular, não mais caberia a excludente de ilicitude para eximir a Administração Pública da obrigação de indenizar o lesado. Desta forma, o ato tornando-se ilícito recairia na pretensão reintegratória da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública.

Semelhante ao estado de necessidade, o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal, sendo usados dentro dos limites da razoabilidade, e conforme os preceitos legais, afastam a responsabilização da Administração Pública por danos causados ao patrimônio do particular, contudo, caso extrapolem seus limites, passarão a ser consideradas condutas ilícitas, as quais irão impor a compensação financeira para os lesados, por meio da responsabilidade civil delitual

Sobre a relação, proteção à propriedade privada e a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, Helena Elias Pinto aduz que “*é possível identificar na responsabilidade civil um instrumento para a proteção da propriedade violada.*” Assim, independente do contexto, essa afirmação vem ao encontro do cerne deste estudo, o restabelecimento da esfera jurídica do particular, mediante perda parcial ou total do seu direito de propriedade, causado por condutas ilícitas ou lícitas.

Por fim, pode-se concluir que o instituto da responsabilidade civil administrativa no ordenamento jurídico brasileiro tem grande eficácia na garantia da justa compensação financeira por danos presentes e futuros, causados ao lesado em seu patrimônio, por condutas

²⁴⁰ PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 152.

²⁴¹ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral.** Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p 488.

administrativas restritivas, contudo, ainda não há unanimidade na doutrina e jurisprudência, quando o assunto é responsabilidade por atos lícitos e sua relação com a responsabilização objetiva, a falta de um estudo específico sobre o tema prejudica o particular no momento em que este busca a recomposição de sua esfera jurídica.

Atualmente, com o estudo da responsabilidade civil contemporânea, novos temas surgem para discussão, como o dano emergente autônomo, gerado pela privação do uso, a possibilidade de cumulação de pretensões e não se limitando à compensação pecuniária, presente na responsabilidade civil administrativa, e assim, aumentando a legítima confiança do particular lesado nas condutas administrativas. Outros temas como, a maior equidade entre os interesses coletivo e particular; a própria mudança de paradigma do ilícito para o dano injusto; a importância da antijuridicidade objetiva, com o foco no resultado em detrimento da antijuridicidade subjetiva, com foco na conduta; o entendimento que o sacrifício além do suportável para o particular, mesmo em atividades lícitas, deve ser combatido; a necessidade da ampliação do termo responsabilização pública, atentando para outros princípios, como a responsividade, a responlicidade. São pontos que necessitam de uma melhor análise, levando em consideração a variedade de possibilidades de recomposição da esfera jurídica do lesado, que as pretensões reintegratórias podem oferecer, além da indenizatória prevista na responsabilidade civil administrativa.

Neste contexto de variedade de possibilidades de responsabilização da Administração Pública, no próximo capítulo será analisada a pretensão indenizatória pelo sacrifício de direitos patrimoniais por danos causados ao particular nas atividades administrativas restritivas da propriedade privada.

CAPÍTULO III – PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS PELO SACRIFÍCIO DE DIREITOS PATRIMONIAIS PRIVADOS POR DANOS CAUSADOS PELAS MODALIDADES LÍCITAS DE RESTRIÇÕES SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA

3.1 ASPECTOS GERAIS

Este capítulo tem como finalidade analisar as pretensões indenizatórias pelo sacrifício de direitos patrimoniais do particular, devido à existência de conflitos entre os interesses públicos e privados. Assim, neste capítulo serão analisadas as modalidades lícitas de restrição da propriedade privada impostas ao particular pela Administração Pública. Durante esta análise, serão feitas algumas referências ao primeiro capítulo desta dissertação, no qual foram apresentados os fundamentos e pressupostos desta pretensão.

No Brasil, uma das formas de sacrifício de direitos patrimoniais se estabelece através da intervenção do Poder Público na propriedade privada que, conforme Hely Lopes Meirelles, *“através de atos de império tendem a satisfazer as exigências coletivas e a reprimir a conduta antissocial da iniciativa particular.”*²⁴²

Tais atividades de intervenção na propriedade fazem referência às medidas administrativas lícitas de restrições sobre a propriedade privada que, no ordenamento jurídico brasileiro, compreendem atos de desapropriação, a servidão administrativa, a requisição administrativa, o tombamento, a limitação administrativa, a ocupação temporária e o parcelamento e a edificação compulsórios.²⁴³

No entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto, quando as exigências coletivas recaem sobre alguma utilidade que não esvazia a serviência principal do bem, nem impede a aplicação das suas utilidades próprias, *“aproximamo-nos do que a doutrina classifica como limitação.”*²⁴⁴ Ao contrário, a partir do momento em que são subtraídas utilidades em monta *“tal que o bem perde toda ou parcela relevante de sua serventia, chega-se então ao sacrifício*

²⁴² MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 722.

²⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

²⁴⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A servidão administrativa como mecanismo de fomento de empreendimentos de interesse público. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 254, p.109-136, maio-ago, 2010, p. 112-113.

do direito, que no limite pode implicar a subtração plena do valor de troca e de uso do bem, hipótese em que estaremos diante da desapropriação.”²⁴⁵ O autor reitera que:

[...] a faculdade conferida pelo ordenamento jurídico à Administração Pública para que este interfira no direito de propriedade estará sempre adstrita à necessidade de subtrair ou limitar alguma ou algumas das utilidades do bem privado com vistas a proteger ou consagrar alguma utilidade de interesse coletivo. São variados tanto os mecanismos de intervenção, quanto os objetivos que permitem que eles sejam manejados.²⁴⁶

Mesmo não sendo foco de aprofundamento por este estudo, cabe discorrer melhor sobre a questão do sacrifício dos direitos. Para isso, se fez necessário trazer a contribuição de Carlos Ari Sunfeld, por meio da qual o referido autor diferencia os condicionamentos de direitos dos sacrifícios de direitos.²⁴⁷

Para Carlos Ari Sunfeld, os condicionamentos de direitos são “*situações subjetivas, passivas impostas por lei e controladas pela Administração, com base em lei e por elas controladas, aos titulares de direitos, para definir seu campo de legítimo exercício, traduzidas em deveres de não fazer (limites do direito), fazer (encargos) ou suportar (sujeições).*”²⁴⁸ Já, os sacrifícios de direitos são “*situações impostas pela Administração Pública, embasada na lei, aos titulares de direitos de conteúdo patrimonial, através do devido processo judicial e mediante indenização, prévia, justa e em dinheiro, implicando em compressão do conteúdo do direito ou em sua extinção.*”²⁴⁹ Do exposto, Carlos Ari Sunfeld ressalta que a questão se apresenta complexa, “*na medida em que, até mesmo os institutos considerados, tradicionalmente, como condicionamento dos direitos (como as limitações administrativas e o tombamento) podem resultar no esvaziamento econômico da propriedade.*”²⁵⁰

De acordo com Carlos Ari Sunfeld, para parte da doutrina pátria, caso a intervenção ordenadora resulte na transferência da propriedade para Poder Público, “*estar-se-ia diante de um sacrifício de direitos; por outro lado, caso a intervenção, embora restritiva, mantivesse o bem sob a propriedade dos particulares, estar-se-ia diante de um condicionamento de direitos.*”²⁵¹

²⁴⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A servidão administrativa como mecanismo de fomento de empreendimentos de interesse público. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 254, p.109-136, maio-ago, 2010, p. 112-113.

²⁴⁶ Ibidem, p.114

²⁴⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

²⁴⁸ Ibidem, p. 54.

²⁴⁹ Ibidem.

²⁵⁰ Ibidem.

²⁵¹ Ibidem, p. 92-93

Juliano Heinen apresenta um entendimento interessante sobre um tipo específico de limitação administrativa, “*as limitações administrativas às avessas*”, que segundo o autor, caso restrinja com maior intensidade o direito de propriedade do particular, recebe a denominação de desapropriação à brasileira. Assim, para Juliano Heinen:

[...] apossamento da propriedade é, por assim dizer, formal, na medida em que restringe com intensidade bastante as faculdades do domínio (uso, gozo, disposição e possibilidade de retomada). Quando um ato administrativo, sem tomada da posse, inviabiliza a livre disposição do bem, gera a “desapropriação à brasileira”, traduzindo, pois, em um não uso do bem. Significa não conseguir dar ao bem a destinação a que ele se propõe.²⁵²

Ainda sobre o assunto Juliano Heinen ressalta que a ‘desapropriação à brasileira’ não é sinônimo de desapropriação indireta, porque aquele instituto “*é lastreado em um ato lícito, condizente com o direito. A limitação administrativa que esvazia o conteúdo da propriedade reputa-se como sendo um ato permitido pelo direito, juridicamente lícito.*”²⁵³

[...] Portanto, um dos fundamentos-base para a indenização, em termos de “desapropriação à brasileira”, calca-se no *enriquecimento sem causa*, ou melhor, no *empobrecimento sem causa* por parte do proprietário que teve seu bem restringido. É um princípio geral sobre o qual deve se fundar a pretensão indenizatória pela perda econômica da propriedade, causada por uma limitação administrativa.²⁵⁴

Sobre a indenização na ‘desapropriação à brasileira’, Juliano Heinen alega que, no caso em questão, o dever de indenizar “*é cientificamente viável, além de possuir acolhida na jurisprudência brasileira. Então, as limitações administrativas, caso se traduzam em um ônus por demais abrangente sobre o direito de propriedade, originam uma verdadeira expropriação do bem.*”²⁵⁵

Ainda sobre a questão de sacrifícios de direitos, Celso Antônio Bandeira de Mello enfatiza que “*não se qualificam como limitações, e sim sacrifícios de direitos, as medidas que,*

²⁵² HEINEN, Juliano. Limitações administrativas e o conteúdo econômico da propriedade: uma “desapropriação à brasileira”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 260, p. 133-181, maio/ago. 2012, p. 173.

²⁵³ *Ibidem*, p. 174

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 176. Como embasamento, no **Recurso Especial nº 1.015.497/SC**, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça tendo como relator o ministro Luiz Fux, deu provimento ao recurso da União, entendendo que “1. A jurisprudência do STJ é unânime, sem divergências, de que as limitações administrativas à propriedade geral, obrigação de não fazer ao proprietário, podendo ensejar direito à indenização, o que não se confunde com a desapropriação. 2. A desapropriação indireta exige, para a sua configuração, o desapossamento da propriedade, de forma direta pela perda da posse ou de forma indireta pelo esvaziamento econômico da propriedade. 3. A proibição do corte, da exploração e da supressão de vegetação primária ou nos estágios avançado e médio de regeneração da mata atlântica (Decreto 750/93) não significa esvaziar-se o conteúdo econômico.” Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019

se propuserem a irrogar particularizadamente gravames a certos imóveis".²⁵⁶ O autor prossegue informando que os sacrifícios são legítimos e amparado em disposições que permitem ao Poder Público, em nome do interesse sobranceiro, fletir direitos alheios para realizar a satisfação do interesse públicos.²⁵⁷

Sim, em que pese autores renomados como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Marçal Justen Filho, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, dentre outros, apresentarem em seus livros a limitação administrativa como uma modalidade de intervenção na propriedade privada, este estudo seguirá o entendimento que as limitações administrativas são o gênero de várias espécies de intervenções²⁵⁸ Destarte, sendo considerada de caráter generalista e gratuito, devido ao sacrifício imposto ser direcionado a todos e não a um imóvel em especial.

Sobre as possibilidades de intervenção na propriedade privada, para Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernández, há três possíveis grandes graduações de intervenção da Administração Pública nos direitos dos administrados, a que agrega a este estudo tem a denominação de intervenções ablativas ou de sacrifício de direitos. Assim, para o autor, "*há aquelas intervenções ditas ablativas, ou de sacrifício de direitos, as quais irritam o cerne dos*

²⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Tombamento e dever de indenizar. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 20, n. 81, p. 65-73, jan/mar. 1987, p. 68.

²⁵⁷ Ibidem. Com o mesmo entendimento, Luis Manuel Fonseca Pires, ao diferenciar este instituto dos condicionamentos de direitos, se posiciona no sentido de que: sacrifícios de direitos consistem na autorização legislativa ao Estado para atingir os direitos consagrados no ordenamento jurídico e já incorporados concretamente pelos administrados, diferentemente da conformação dos direitos, na qual se traceja e, com isto, se desenha o conceito e a definição de determinado valor (liberdade ou propriedade) para o direito positivo. Assim é que os *sacrifícios de direitos*, em razão da particularização dos gravames suportados pelos particulares (e da sua anormalidade), são indenizáveis. No ordenamento jurídico pátrio, seriam exemplos desse instituto as desapropriações e as servidões administrativas. PIRES, Luis Manuel Fonseca. A propriedade privada em área de proteção ambiental. In: FONSECA, Luis Manuel; ZOCKUN, Maurício (Coord). **Intervenções do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 37

²⁵⁸ Tal alegação tem como amparo as afirmações de alguns doutrinadores. "As limitações administrativas podem ser definidas como medidas de caráter geral, impostas com fundamento no poder de polícia do Estado, gerando para os proprietários obrigações positivas ou negativas, com o fim de condicionar o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social. A grande dificuldade, no que se refere às limitações administrativas, não está propriamente na sua conceituação, mas no aplicar-se o conceito aos casos concretos, muitos dos quais são confundidos com a servidão administrativa." DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 224. "Perceba-se que as limitações administrativas se diferenciam da desapropriação indireta principalmente pelo caráter geral a que submete a propriedade. Destarte, torna-se inadequado se falar em indenização quanto ao instituto da limitação administrativa, vez que não atinge o bem particular, de forma específica e individual." HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 292. "As limitações administrativas não são indenizáveis que só é cabível quando o proprietário se vê privado, em favor do Estado ou do público em geral, de alguns ou de todos os poderes inerentes ao domínio, como ocorre, respectivamente, na servidão administrativa e na desapropriação." MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 30 ed, revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 923. No mais fica patente que as limitações administrativas, embora sejam um instituto de intervenção da propriedade privada, não se enquadra no propósito deste trabalho, o qual foca a recomposição da posição jurídica do particular, seja através de uma indenização ou mesmo com o restabelecimento da propriedade ao legítimo dono.

direitos dos administrados, esvaziando sua finalidade econômica ou funcionalidade (e.g. a desapropriação e as transferências coativas de propriedade para o Poder Público).”²⁵⁹

Ainda segundo Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernández, o dever de indenizar somente estaria presente quando a medida de sacrifício de direito imposta ao particular gerasse, em contrapartida, um benefício econômico ou patrimonial à coletividade ou à Administração Pública. “*Não havendo, pois, uma inter-relação patrimonial entre aquele que suporta o sacrifício e a Administração, não haveria de se cogitar de indenização.*”²⁶⁰

Já no entendimento de Gustavo Binbenbojm, a intensidade do sacrifício imputado ao particular, por ocasião da intervenção da Administração Pública na propriedade privada, é que determinará se essa lesão caracterizará um sacrifício de direito.²⁶¹

Sobre a questão, entende-se a obrigatoriedade de recompor a esfera jurídica do lesado por condutas administrativas não se relaciona com nenhum tipo de contrapartida à coletividade, mas sim ao excessivo sacrifício de direito imposto ao particular pela Administração Pública.

Importante ressaltar que este estudo tem seu foco nas possibilidades indenizatórias, baseadas nas lesões do particular causadas por danos durante às atividades da Administração Pública. Assim, para caracterizar as situações concretas de sacrifício de direitos patrimoniais do particular serão utilizadas, como exemplo, as modalidades restritivas lícitas de intervenção da propriedade privada pela Administração Pública.

Em face disso, nos próximos itens serão analisadas as modalidades de restrições sobre a propriedade privada e sua relação com a pretensão indenizatória ao sacrifício de direitos patrimoniais privados.

3.2 FUNDAMENTOS E PRESSUPOSTOS DAS PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS PELO SACRÍFICIO DE DIREITOS PATRIMONIAIS

Como já citado no primeiro capítulo desta dissertação, os fundamentos das pretensões indenizatórias pelo sacrifício de direitos patrimoniais são balizados pelo princípio da justa

²⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon, 1999, p. 240 apud BINENBOJM, Gustavo, 2010.

²⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon, 1999, p. 247 apud BAPTISTA, Patrícia Ferreira, p. 9, 2003. Limitação e sacrifício de direitos. o conteúdo e as consequências dos atos de intervenção da administração pública sobre a propriedade privada. **Revista de Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v. 7, nº 12, jan-dez, 2003. Disponível em: [www.camara.rj.gov.br /setores/proc/ revistaproc/revproc2003/arti_limitadir.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_limitadir.pdf). Acesso em: 22/01/2019.

²⁶¹ BINENBOJM, Gustavo. Regulações expropriatórias. **Justiça & Cidadania**. Rio de Janeiro, 117 ed, p. 21-25, nº2, abr., 2010. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/regulacoes-expropriatorias>. Acesso em: 22/01/2019.

distribuição dos encargos públicos²⁶², ou seja, conforme Léon Duguit, se a operação de um serviço público causar um ônus excepcional sobre um grupo ou indivíduo, o patrimônio afetado por esse serviço deve ser indenizado ou reparado, contudo, deve haver uma relação de causa ou efeito entre a operação do serviço e os danos causados ao patrimônio do particular.²⁶³

Por isso, o estudo dos pressupostos das pretensões indenizatórias pelo sacrifício de direitos patrimoniais (o fato voluntário, a conformidade jurídica do fato voluntário, o dano e o nexo causal), com relação ao caso concreto, tem grande relevância, pois, como foi relatado no primeiro capítulo deste estudo, há uma tendência a enquadrar as pretensões pelo sacrifício de direitos patrimoniais como responsabilidade civil administrativa por atos lícitos, tal solução é descartada por Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos.

Segundo os autores, nas pretensões indenizatórias pelo sacrifício de direitos patrimoniais, os danos causados, por exemplo pela servidão administrativa e pela desapropriação, são obrigatoriamente ressarcidos por lei ou, como no Brasil, pela Constituição Federal de 1988, por meio do pagamento de uma justa e prévia indenização. Assim, para Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos:

[...] É precisamente este mecanismo que escapa totalmente aos quadros da responsabilidade civil, ainda que por facto lícito: a indemnização é, na responsabilidade civil, uma consequência dos actos danosos [...] enquanto que nas pretensões indemnizatórias pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados é um verdadeiro requisito de legalidade daqueles actos.²⁶⁴ (grifo nosso)

Assim, ratificando o entendimento de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, a grande justificativa e diferenciação da pretensão indenizatória pelo sacrifício patrimonial das demais, se fixa na necessidade desta estar prevista em lei, respeitando, principalmente, o princípio da legalidade.

Além disso, conforme os autores, o regime comum das pretensões indenizatórias pelo sacrifício de todo e qualquer direito patrimonial privado “*não exige a demonstração do caráter especial e anormal dos prejuízos provocados como condição da sua responsabilidade*”, item obrigatório para determinação do fato voluntário da responsabilidade por ato lícito.

²⁶² SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 521.

²⁶³ DUGUIT, Léon. **Las transformaciones del Derecho público y el privado**. Tradução de Adolfo Posada; Carlos G. Posada. 1ª ed, 1ª impressão. Granada, Espanha: Editorial Comares. 2007.

²⁶⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 522

Quadro 11- Características das pretensões indenizatórias: a responsabilidade civil administrativa por atos lícitos e o sacrifício de direitos patrimoniais.

Pretensões indenizatórias	Características
Pelo sacrifício de direitos patrimoniais	- Atos lícitos; - Indenização prevista em lei ou na Constituição; e - Danos presumidos.
Responsabilidade civil administrativa por ato lícito	- Atos lícitos; - Indenização não prevista em lei; e - Dano demonstrado, impossibilidade do restabelecimento legítimo de posições jurídicas subjetivas violadas.

Fonte: elaborado pelo autor.

No decorrer deste capítulo serão apresentadas as modalidades lícitas de intervenção da Administração Pública na propriedade privada, sem entrar no mérito sobre a determinação constitucional da função social da propriedade, mas sim, atentando-se somente às situações em que o particular lesado em sua esfera jurídica pleiteia a indenização, mediante condutas restritivas lícitas da Administração Pública

3.3 MODALIDADES RESTRITIVAS LÍCITAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA

No entendimento de Luciano Ferraz, as formas de intervenção do Estado na propriedade podem ser classificadas como: limitativas e supressivas:

[...] A intervenção limitativa é aquela em que o Estado impõe restrições e condicionamentos ao uso da propriedade, sem, no entanto, retirá-la do seu dono. A intervenção supressiva, por sua vez, é aquela em que o Estado, valendo-se da sua supremacia, transfere para si a propriedade de terceiro, em virtude de algum interesse público previsto em lei.²⁶⁵

Mesmo entendimento pode ser encontrado na obra de José dos Santos Carvalho Filho. Para o autor, na intervenção restritiva o particular não poderá utilizar o bem a seu exclusivo critério, devendo subordinar-se às imposições emanadas pelo Poder Público, mas, em compensação, conservará a propriedade em sua esfera jurídica. Compreende as modalidades de

²⁶⁵ FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. Direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade. In: **Tratado de direito administrativo**. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord). v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 309

servidão administrativa, requisição administrativa, ocupação temporária, limitações administrativas e tombamento.²⁶⁶ Já na intervenção supressiva “o efeito, pois, dessa forma interventiva é a própria supressão da propriedade das mãos de seu antigo titular. A modalidade desse tipo de intervenção é a desapropriação.”²⁶⁷

Maria Sylvia Zanella Di Pietro não faz uma classificação das formas de intervenção na propriedade, contudo, cita as mesmas modalidades de intervenção que os autores anteriores. Assim, para a autora, as modalidades de restrição da propriedade privada pela Administração Pública são: a servidão administrativa, a requisição administrativa, a ocupação temporária, as limitações administrativas, o tombamento e a desapropriação.²⁶⁸

Neste estudo, entende-se que o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsória são considerados modalidades restritivas sancionatórias, previstas na Lei 10.257/01 (Estatuto das Cidades), não permitindo qualquer tipo de recomposição da esfera jurídica do particular.²⁶⁹ Do mesmo modo, não será objeto de estudo, o tipo de desapropriação confiscatória.

²⁶⁶ Cabe ressaltar que o objetivo da exposição das modalidades restritivas sobre a propriedade privada tem por objetivo exemplificar situações, nas quais o particular, para recompor sua esfera jurídica, afetada por danos causados pelas atividades da Administração Pública, fará uso de institutos de pretensões reintegratórias. Desta forma, não será aprofundado o estudo das modalidades restritivas do bem particular. Caso haja interesse nesse aprofundamento pelo leitor, sugiro a leitura de livros específicos sobre o assunto, como “Desapropriação. Doutrina e Prática” de Kiyoshi Harada, além dos clássicos de Direito Administrativo, de autores como; maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Bandeira de Mello e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, dentre outros ótimos doutrinadores.

²⁶⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 927.

²⁶⁸ A finalidade da exposição das modalidades restritivas sobre a propriedade privada tem por objetivo exemplificar situações, nas quais o particular, para recompor sua esfera jurídica, afetada por danos causados pelas atividades da Administração Pública, fará uso de institutos de pretensões reintegratórias. Desta forma, não será aprofundado o estudo das modalidades restritivas do bem particular. Caso haja interesse nesse aprofundamento pelo leitor, sugiro a leitura de livros específicos sobre o assunto, como “Desapropriação. Doutrina e Prática” de Kiyoshi Harada, além dos clássicos de Direito Administrativo, de autores como: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Bandeira de Mello e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, dentre outros ótimos doutrinadores.

²⁶⁹ Esta assertiva tem embasamento nas seguintes afirmações. “o Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001, que prevê a possibilidade de parcelamento, edificação ou utilização compulsória do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado e, ainda, imposto predial com progressão de alíquota por ano, durante cinco anos, enquanto o solo não for utilizado de acordo com a sua função social, mantendo-se a alíquota máxima fixada enquanto não houver essa destinação (Lei 10.257/2001, arts. 5º a 7º).” SCAVONE Junior, Luiz Antônio. **Direito imobiliário: teoria e prática**. 12.ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 48. “As figuras examinadas restringem a concepção de que a propriedade autoriza o proprietário a escolher entre usar ou não usar, entre fruir ou não fruir do bem. No entanto, não existe competência para a Administração Pública determinar concretamente o modo de utilização do imóvel. Cabe-lhe apenas o poder de exigir que seja dada ao imóvel uma destinação compatível com a sua função social. Será o proprietário o único titular do poder de escolher a solução que lhe parecer mais satisfatória. Se estiverem presentes os pressupostos exigidos, o Estado pode impor compulsoriamente o parcelamento, a edificação ou a utilização do imóvel. Ainda assim, caberá ao proprietário deliberar sobre o modelo de parcelamento, edificação ou utilização do imóvel.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** (livro eletrônico). 4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://ler-online.saraiva.com.br/saraiva>. Acesso em: 05 de novembro de 2018, p. 62/125. “A edificação e o parcelamento compulsórios são impostos ao proprietário que não utiliza adequadamente a sua propriedade.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 203

Quadro 12- Modalidades restritivas da Administração Pública sobre a propriedade privada

Modalidades restritivas da Administração Pública sobre a propriedade privada	Intervenção supressiva	Desapropriação
	Intervenção restritiva	Servidão administrativa
		Requisição administrativa
		Tombamento
		Ocupação temporária

Fonte: elaborado pelo autor

Na sequência serão analisadas as modalidades de restrição da propriedade privada pela Administração Pública.

3.3.1 Desapropriação

3.3.1.1 Conceito

A Constituição Federal de 1988, com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades e garantir o bem-estar da população, autorizou a Administração Pública a desapropriar propriedades privadas que não estejam cumprindo sua função social ou mesmo por utilidade ou necessidade públicas, atendendo às exigências do plano diretor das cidades.

Assim, na percepção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a desapropriação²⁷⁰ é “*um procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização.*”²⁷¹

Na concepção de Egon Bockmann Moreira e Bernardo Strobel Guimarães, a desapropriação, fundada em títulos de necessidade ou utilidade pública, sempre se apresentou como um título legítimo para o sacrifício do direito de propriedade. “*Por mais plena que fosse a garantia da propriedade (como nos períodos referenciados pelo ideário liberal clássico), sua*

²⁷⁰ Este estudo não se presta a aprofundar os conhecimentos sobre o instituto da desapropriação, tema rico em detalhes que, caso seja de interesse do leitor, pode ser melhor entendido no livro *Desapropriação: doutrina e prática* do autor Kiyoshi. HARADA. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

²⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 236.

*proteção não seria oponível à implementação das necessidades postas a cargo do Estado.”*²⁷²

O que confirma o entendimento do caráter lícito da desapropriação, como um tipo de intervenção na propriedade privada, contudo, mesmo de acordo com o ordenamento jurídico, há situações em que os danos causados ao particular, por conta do procedimento expropriatório, gerarão ao lesado o direito de requerer uma compensação financeira.

Conforme Marçal Justen Filho, a desapropriação é uma forma de aquisição do domínio originário, ou seja, todas as características e eventuais defeitos inerentes à relação jurídica anterior não se transferem à nova relação de domínio. Assim, para o autor, “*a desapropriação é um ato de duplo efeito: é causa de extinção e é causa de aquisição de domínio. Mas não é um ato de transferência de propriedade. O domínio do proprietário desapropriado é extinto, surgindo o domínio do Poder Público expropriante.*”²⁷³

Sobre a fundamentação da desapropriação, para Clóvis Benzos, esta não se relaciona com a supremacia do interesse público, mas da específica previsão normativa de índole constitucional, que assegura esse direito ante a ocorrência de seus pressupostos também previstos normativamente. Para o autor, há uma inversão de entendimento:

[...] Ao nosso sentir não é a supremacia do interesse público sobre o interesse privado que se constitui no fundamento da desapropriação, mas, ao contrário, é o instituto da desapropriação acolhido pelo Ordenamento que se constitui em fundamento para afirmar-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Não apenas a desapropriação, aliás, mas toda espécie de sacrifício de direito que o Ordenamento acolhe, privilegiando o interesse coletivo, ante o interesse individual.²⁷⁴

Com o mesmo discernimento, Bernardo Strobel Guimarães e Egon Bockmann Moreira afirmam que, em que pese ser a legislação vigente sobre desapropriação anterior à Constituição Federal de 1988, está mantém o equilíbrio entre o interesse privado e o público, por meio de dispositivos constitucionais tidos como modernos, assentados nos direitos e garantias fundamentais e nos ares da coletivização e do bem comum e social, “*devendo, obrigatoriamente, observar o devido processo legal, seja ele justificado pela necessidade ou*

²⁷² GUIMARÃES, Bernardo Strobel; MOREIRA, Egon Bockmann. A desapropriação no Estado Democrático de Direito. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 572.

²⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** (livro eletrônico).4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://ler-online.saraiva.com.br/saraiva>. Acesso em: 05 de novembro de 2018, p. 67/125.

²⁷⁴ BEZNOS, Clóvis. **Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação**. 2 ed, ver. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.33

utilidade pública, pelo descumprimento da função social da propriedade ou, ainda, pela prática de um ilícito”²⁷⁵

Marçal Justen Filho ratifica esse entendimento, alegando que a Constituição Federal de 1988 contempla, antes de tudo, um conjunto de garantias em favor do particular e contra a Administração Pública. Além disso, é impossível afirmar a existência de um interesse público único e unitário, pois existem diversos interesses tutelados pela ordem jurídica, todos merecedores de idêntica proteção. Assim, “*a supremacia do interesse público somente é consagrada em Estados totalitários, que eliminam do ser humano a condição de sujeito de direito.*”²⁷⁶

Tal afirmação corrobora a modalidade de pretensão indenizatória pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados por danos causados por modalidades lícitas de restrição da propriedade. Pois, segundo Clóvis Beznos, “*o próprio Estado Federativo, justifica o sacrifício do particular, desde que respeitada a igualdade, compensando-os na exata medida do sacrifício.*”²⁷⁷

Com relação à justa compensação, Clóvis Beznos afirma que diante do princípio da igualdade “*não se pode conceber que os encargos sociais decorrentes dos benefícios ou melhorias, construídos em prol da coletividade, recaiam especialmente sobre alguém, exigindo que sejam eles distribuídos por toda a sociedade.*”²⁷⁸

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “*a desapropriação trata-se de um sacrifício de direito imposto ao desapropriado, pela Administração Pública, de caráter originário.*”²⁷⁹ Para o autor, um ponto importante do ato de desapropriar e sua consumação.

[...] Tendo em vista o texto do art. 5º, XXIV, da Carta Constitucional, que subordina a desapropriação à “prévia e justa indenização desde logo depreende-se que não se pode consumir antes do pagamento da indenização. Em consequência, o Poder Público só adquirirá o bem e o particular só o perderá com o pagamento da indenização. Isto só é excepcionado nos casos invulgares em que a Constituição admite desapropriação paga com títulos, desde que o resgate deles se faça ao longo do tempo.”²⁸⁰

²⁷⁵ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; MOREIRA, Egon Bockmann. A desapropriação no Estado Democrático de Direito. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 573

²⁷⁶ JUTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 74-75.

²⁷⁷ BEZNOS, Clóvis. **Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação**. 2 ed, ver. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 34.

²⁷⁸ Ibidem, p. 23

²⁷⁹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 30 ed, revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 884.

²⁸⁰ Ibidem, p. 905.

Com entendimento contrário, Bernardo Strobel Guimarães e Egon Bockmann Moreira aduzem que não se pode tratar a desapropriação como se um ato arbitrário fosse, sem lastro na norma jurídica, mas sim na manifestação de um poder posto à disposição da Administração Pública para o cumprimento de deveres constitucionais. No entendimento dos autores:

[...] ao lado da capacidade reconhecida ao Estado para extinguir vínculos de propriedade particular, a desapropriação também se caracteriza por dotar esse proceder de garantias substanciais ao expropriado. Com efeito, a supressão de direitos patrimoniais pelo Estado é condicionada à observância de um regime de especial segurança para a pessoa privada, cuja nota mais elementar é salvaguardar de modo pleno tanto a legitimidade do ato como o direito de receber antecipadamente o equivalente pecuniário do direito sacrificado.²⁸¹

No caso de desistência do Poder Público em desapropriar, com a provável devolução do bem expropriado ao proprietário, não cabe ao prejudicado, pela expropriação fracassada, utilizar a pretensão indenizatória pelo sacrifício de direitos patrimoniais para o ressarcimento de lesão à sua esfera jurídica, haja vista o bem do particular não ter sido afetado pelo Poder Público, contudo, outra pretensão deve ser trazida à baila, a responsabilidade civil administrativa por ato lícito, caso tenha deixado de obter rendimentos, como lucros cessantes, ou outros tipos de prejuízos, no ínterim entre a desapropriação, com uma possível imissão na posse, e sua desistência, para isso deve demonstrar os prejuízos causados. Tal fato caracteriza a possibilidade de flexibilização das pretensões reintegratórias a serem utilizadas em cada caso concreto, garantindo ao particular maior segurança jurídica.

Kiyoshi Harada entende que os lucros cessantes são importantes para a recomposição econômica rompida com a desapropriação, para isso, “*é preciso que se compute na justa indenização tudo aquilo de que o expropriado ficou privado e que deveria vir a integrar o seu patrimônio.*”²⁸² O Autor ressalta que a doutrina e jurisprudência se equivocam quando confundem os juros compensatórios com os lucros cessantes, sob o fundamento que ambos têm a mesma finalidade.²⁸³

[...] Na realidade, os juros compensatórios servem para compensar o expropriado pela perda antecipada da posse do imóvel subtraindo-lhe a disponibilidade econômica da propriedade. Os lucros cessantes têm a finalidade de repor os ganhos que o

²⁸¹ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; MOREIRA, Egon Bockmann. A desapropriação no Estado Democrático de Direito. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 567

²⁸²HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 281

²⁸³ Em que pese a afirmação de eminente doutrinador, o Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 traz no §1º do art. 15-A que “Os juros compensatórios destinam-se, apenas, a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário.”

expropriado teria não fosse a desapropriação. O que não se articula com o pagamento atrasado da justa indenização, que se constitui em fundamento dos juros moratórios.²⁸⁴

Sobre a possibilidade de desistência por parte do expropriante, Para Kiyoshi Harada é pacífico na jurisprudência que o expropriante, “*no sentido de que enquanto não pago o justo preço, pode desistir da ação, ainda que tenha havido imissão provisória, ressaltado ao expropriado o direito de ressarcir-se de perdas e danos sofridos.*”²⁸⁵ Contudo, o autor relembra que, caso haja a desconfiguração do bem objeto da desapropriação, ficaria impossibilitada a devolução, devendo o expropriado se contentar com uma indenização corresponde aos prejuízos sofridos.

Sobre essa questão, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, deu provimento ao Recurso Especial nº 1.368.773/MS, no qual o órgão público desiste de dar continuidade ao processo expropriatório de bem particular. O relator, o ministro Herman Benjamin, entendeu que é possível a desistência da desapropriação a qualquer tempo, desde que não seja impossível o imóvel ser utilizado como antes. Assim, segundo o relator:

[...] a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que é possível a desistência da desapropriação, a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado, desde que ainda não tenha havido o pagamento integral do preço e o imóvel possa ser devolvido sem alteração substancial que impeça que seja utilizado como antes. [...] Se a desapropriação se faz por utilidade pública ou interesse social, uma vez que o imóvel já não se mostre indispensável para o atingimento dessas finalidades, **deve ser, em regra, possível a desistência da desapropriação, com a ressalva do direito do atingido à ação de perdas e danos.** Essa desistência só não será possível se já tiver sido pago integralmente o preço, pois nessa hipótese já terá se consolidado a transferência da propriedade do expropriado para o expropriante, ou se tiverem sido feitas alterações de tal monta no imóvel que impeçam que ele possa ser utilizado como antes.²⁸⁶ (grifo nosso).

O relator também deixou claro que o ônus de provar a impossibilidade do restabelecimento do bem é do expropriado, o qual poderá requerer, em ação própria, as perdas e danos a que tiver direito.

[...] deve ser deferido o pedido de desistência da ação, já que **não se pode obrigar a agravante a adquirir um bem imóvel com dinheiro público e, tampouco, condená-la a pagar indenização por algo que não precisa nem deve integrar seu patrimônio, visto que prevalece o interesse coletivo sobre o particular.** Obrigar o Poder Público a fica com o bem que não precisa viloa a Constituição. E, no caso, há

²⁸⁴ HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 272.

²⁸⁵ Ibidem, p. 281.

²⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.368.773/MS**. Recorrente: CESP (Companhia Energética de São Paulo). Recorrido: Exportadora e Importador Aeroceânica Ltda e outros. Relator: Ministro Og Fernandes-R.P/Acórdão Ministro Herman Benjamin. DJ: 06 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019

o agravante de que é até intuitivo que, não sendo mais inundada a área, a mineração poderá ser retomada, **razão pela qual mais lógico ainda é exigir que seja a empresa a ter o ônus de demonstrar a impossibilidade de voltar a exercer a atividade de areia industrial, cascalho e sílex no local.** [...] Como a regra é a possibilidade de desistência da desapropriação, o desistente não tem de provar nada para desistir, cabendo ao expropriado requerer as perdas e danos a que tiver direito por ação própria. Pretendendo o réu, porém, impedir a desistência, poderá alegar que não há condição de o bem ser devolvido no estado em que recebido ou com danos de pouca monta, mas é seu o ônus da prova. [...] **À Aeroceânica, naturalmente, ficará aberta a possibilidade de ajuizar ação de perdas e danos para recomposição dos prejuízos que lhe tenham sido causados, inclusive à sua atividade minerária de sílex, areia industrial e cascalho.**²⁸⁷ (grifo nosso)

3.3.1.2 Tipos de desapropriação

Os tipos de desapropriação, segundo Kiyoshi Harada, estão previstos no art. 5º, inc. XXIV da CF/88, o qual faz referência à desapropriação de propriedades que podem ocorrer por necessidade pública, por utilidade pública ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro²⁸⁸ e o art. 182, § 4º, inc. III da CF/88 se refere à desapropriação aplicada como sanção urbanística.²⁸⁹ De acordo com Kiyoshi Harada, “*os casos de necessidade pública ou utilidade pública estão enumerados no Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, que continua sendo o estatuto básico das desapropriações. As hipóteses de interesse social estão elencadas na Lei nº 4.132, de 10 de dezembro de 1962.*”²⁹⁰

Sobre os tipos de desapropriação, Clóvis Beznos afirma que a faculdade de desapropriar da Administração Pública sempre reconheceu certas limitações explícitas. Assim, “*a necessidade ou a utilidade pública sempre são declaradas justificadamente e a indenização, em princípio, é prévia ao desapossamento, ainda que em caso de urgência seja bastante a consignação do preço oferecido pelo expropriante.*”²⁹¹

²⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.368.773/MS**. Recorrente: CESP (Companhia Energética de São Paulo). Recorrido: Exportadora e Importador Aeroceânica Ltda e outros. Relator: Ministro Og Fernandes-R.P/Acórdão Ministro Herman Benjamin. DJ: 06 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019.

²⁸⁸ Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “Ocorrerá a hipótese de *necessidade pública*, se a Administração encontrar na desapropriação a *única solução* para resolver determinado problema administrativo por ela enfrentado; a de *utilidade pública* se caracterizará se a desapropriação se apresentar como a *melhor solução* administrativa para o atendimento do interesse público, e, finalmente, a de *interesse social* se configurará, se a desapropriação for a *única* ou a *melhor solução administrativa* para amparar um *grupo social* que o Estado deva proteger ou pretenda atender de modo especial. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 513.

²⁸⁹ HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

²⁹⁰ Ibidem, p. 13.

²⁹¹ BEZNOS, Clóvis. **Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação**. 2 ed, ver. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 28

Sobre a desapropriação sancionatória, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que, nesses casos, com o evidente descumprimento da função social da propriedade urbana, o pagamento é realizado mediante a entrega de títulos da dívida pública, com prazo de resgate de até 10 (dez) anos.²⁹² No contexto da desapropriação sancionatória, há uma inovação prevista no art. 243 da CF/88, prevendo a hipótese de desapropriação de glebas de terras onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou na exploração de trabalho escravo, sem qualquer indenização ao proprietário. Portanto, conforme Kiyoshi Harada, “*uma modalidade excepcional de desapropriação compulsória a cargo da União.*”²⁹³

3.3.1.3 Indenização

O sacrifício do direito de propriedade sempre esteve associado à necessidade de indenizar o particular que fosse atingido por ele. A perda da propriedade está necessariamente associada ao pagamento de seu real equivalente em dinheiro (ou títulos representativos), conforme Egon Bockmann Moreira e Bernardo Strobel Guimarães, “*a desapropriação, em verdade, um meio de extinguir compulsoriamente uma relação de domínio específica mediante a substituição do bem no patrimônio do expropriado pelo seu exato equivalente pecuniário.*”²⁹⁴

O texto constitucional do art. 5º, inc. XXIV da CF/88 faz menção a uma indenização “*mediante justa e prévia indenização*”²⁹⁵ em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;²⁹⁶. Para Kiyoshi Harada, esta expressão justa indenização significa a recomposição do patrimônio do expropriado antes existente “*na avaliação do bem expropriado, não pode haver superestimação nem subestimação, mas proceder-se-á de tal forma que venha recompor o equilíbrio patrimonial rompido pela desapropriação.*”²⁹⁷

Sobre a indenização, Kiyoshi Harada traz à discussão a possibilidade de indenização dos lucros cessantes e não somente dos danos emergentes. Sobre isso, o autor afirma que há entendimentos controversos sobre o tema e que se deve “*examinar caso a caso e afastar a*

²⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 236.

²⁹³ HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 14.

²⁹⁴ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; MOREIRA, Egon Bockmann. A desapropriação no Estado Democrático de Direito. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 573.

²⁹⁵ Não é foco deste estudo, aprofundar nas características da expressão “justa e prévia indenização”, contudo, entende-se, conforme Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, que justa indenização, não significa algo menos que o equivalente à integral compensação dos danos e recomposição do equilíbrio patrimonial do particular que teve sua esfera jurídica afetada.

²⁹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 13 de junho 18.

²⁹⁷ HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 43.

*indenização naquelas hipóteses em que os lucros cessantes ficam apenas no plano teórico, sem qualquer comprovação efetiva pelo interessado.”*²⁹⁸

Sobre o assunto, Carlos Alberto Dabus Maluf ressalta que os juros compensatórios da desapropriação representam “*um aluguel pelo uso da propriedade. [...] nada mais justo, pois o expropriado fica privado de utilizar seu imóvel. [...] representam os frutos civis, evitando-se assim, o locupletamento ilícito ou enriquecimento sem causa em favor do expropriante*”²⁹⁹ e que os juros moratórios representam o ressarcimento pelo atraso no pagamento do justo preço da indenização.³⁰⁰

Neste sentido, a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, na Apelação Cível nº 0017509-75.1988.4.03.6100, tendo como relatora a juíza convocada Taís Ferracini, decide dar provimento à solicitação do lesado por uma servidão administrativa que inviabiliza a utilização normal dos lotes, sendo determinado uma desapropriação total da área. No voto, a relatora declara que:

[...] há razoabilidade na desapropriação da área total de lotes quando a constituição de servidão administrativa em grande faixa inviabiliza o uso normal dos imóveis. 2. A taxa dos juros compensatórios em desapropriação é até 6% ao ano no período de 11.06.1997 a 13.09.2001. 3. Os juros compensatórios deverão ser contados de forma simples e incidirão da imissão na posse dos lotes.³⁰¹

Para Kiyoshi Harada, o perito contábil deve calcular os lucros que eram certos, mas que foram interrompidos pela ação da Administração Pública. Por isso, afirma o autor, doutrinadores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Hely Lopes Meirelles, dentre outros, que trabalham o conceito de justa indenização “*são unânimes em proclamar a necessidade de os lucros cessantes integrarem a compensação indenizatória.*”³⁰²

Nesse sentido, Marcelo Beserra alega que:

[...] justa indenização significa tornar indene o desapropriado para que possa recompor seu patrimônio, através de valor que o possibilite adquirir bem com as mesmas características, sem a cogitação de qualquer prejuízo. Hely Lopes Meirelles entende que a indenização justa é “*a que cobre não só o valor real e atual dos bens à*

²⁹⁸ HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 280.

²⁹⁹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Teoria e prática da desapropriação**. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 224

³⁰⁰ Taís afirmações têm amparo legal nas súmulas nº 69 e 70 do Superior Tribunal de Justiça, corroborado pelas súmulas 164, 345 e 618 do Supremo Tribunal Federal.

³⁰¹ BRASIL. Tribunal Federal Regional. **Apelação Cível nº 0017509-75.1988.4.03.6100**. Relatora a Juíza Convocada Taís Ferracini, e- DJF3, Data:28/09/2017. Disponível em: [https://www2.cjf.jus.br /jurisprudencia /unificada/](https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/). Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

³⁰² HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 281.

*data do pagamento, como também os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrentes do despojamento de seu patrimônio.*³⁰³

Com relação à desapropriação sancionatória, o fato da indenização ser paga na forma de títulos da dívida pública, não afeta seu caráter justo e prévio, mesmo por meio da entrega dos títulos ao expropriado. Assim, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] o caráter sancionatório apenas impõe o pagamento em títulos da dívida pública, mas não afeta a exigência de indenização justa, sob pena de a desapropriação adquirir, nesse caso, feição confiscatória. A indenização só é justa quando recompõe inteiramente o patrimônio do desapropriado, abrangendo todos os eventuais prejuízos que decorram da perda da propriedade.³⁰⁴

Do apresentado, observa-se que a desapropriação da propriedade privada, seja por interesse coletivo ou por descumprimento da sua função social, estabelece por lei, o direito do expropriado receber em contrapartida à desapropriação, uma compensação justa e prévia, que restabeleça o seu equilíbrio econômico. Para isso, o lesado torna-se o titular da pretensão reintegratória pelo sacrifício de direitos patrimoniais. No entanto, caso a desapropriação tenha gerado, para o expropriado ou terceiro circunvizinho prejuízos extraordinários que extrapolam a justa e prévia indenização, os lesados terão como restabelecer sua esfera jurídica através da pretensão, a título de responsabilidade civil administrativa por atos lícitos.

Sobre a extensão da indenização, Kiyoshi Harada ressalta o texto do art. 35 do Decreto-lei nº 3.365 de 21 de junho de 1941, que versa sobre a desapropriação por utilidade pública, esse preserva o direito de indenização aos terceiros cujos bens tenham sido prejudicados em sua destinação econômica em função da desapropriação do imóvel circunvizinho ou em razão de obras ou serviços executados na área desapropriada. Conforme o autor, “*é comum a ocorrência desses prejuízos econômicos, quer para o próprio expropriado, quer para o locatário do bem expropriado, quer, ainda, para os lindeiros.*”³⁰⁵ E cita como exemplos:

[...] desapropriação de faixas para passagem de estrada de ferro, cortando uma fazenda de pastagens deixando parte delas sem acesso às águas, no caso, o expropriado teria que providenciar um poço artesiano para abastecer o rebanho [...]; o proprietário de um enorme e movimentado supermercado, que explora atividade em prédio locado, o qual teve desapropriada a área destinada ao estacionamento de veículos, para dar passagem a uma avenida de intenso tráfego de caminhões, visível, na hipótese, o prejuízo econômico decorrente da retração de clientela, que pode até inviabilizar a atividade no local.³⁰⁶

³⁰³ BESERRA, Marcelo. **Desapropriação no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 63

³⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 252.

³⁰⁵ HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.279.

³⁰⁶ Ibidem.

Sobre a nomenclatura da indenização, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho propõe a substituição do termo indenização expropriatória pela noção conceitual de compensação indenizatória “*a englobar (a) o justo preço pela perda em si da propriedade e tudo o mais que nela se integra, (b) e reparação proporcional dos danos e prejuízos produzidos em desfavor do expropriado pela execução do conteúdo do ato expropriatório.*”³⁰⁷ Observa-se que, não só a perda do bem deverá ser indenizado, mas também os danos e prejuízos causados pelo desequilíbrio na posição jurídica subjetiva do particular.

Ainda sobre a desapropriação, Clóvis Benzos traz à tona a questão polêmica sobre a possibilidade de indenização ao particular, por possíveis danos causados pela determinação legal de áreas de preservação permanente ou de reserva legal, sobre suas terras, amparado no artigo 225 da CF/88, que determina como direito da coletividade, um meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo o dever de sua defesa e preservação.³⁰⁸ Para o autor, caberá indenização quando for constatado danos na esfera jurídica do particular, pois semelhante ao tratamento constitucional dado ao tema, seja nos casos de desapropriação de imóveis urbanos, por descumprimento da função social, seja por interesse social, para fins de reforma agrária, ambos requerem a devida indenização, conforme, respectivamente, os art. 182 e 184 da CF/88.³⁰⁹

Do exposto, Clóvis Benzos conclui que:

[...] se assim é, razão não há para invocar a função social da propriedade rural como fundamento para o não pagamento de indenização de propriedade privada individual que venha a ser onerada, com a incidência de sacrifício de direito. [...] Por outro lado, não nos parece se possam qualificar tanto as florestas de preservação permanente como as reservas legais em meras limitações administrativas. Como estudiosos ambientalistas têm-se limitado a invocar, embasados em dois aspectos que caracterizam as limitações, consistentes no fato de atingirem elas genericamente todas as propriedades rurais, de um lado, e, de outro, decorrerem da lei.³¹⁰

³⁰⁷ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira, 1977, p. 116 apud FERRAZ, Luciano; GOUVEIA, Jorge Bacelar. Procedimento expropriatório e administração pública dialógica: estudo comparativo da expropriação no Brasil e Portugal. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 113, p. 477-532, jul./dez. 2016, p. 518

³⁰⁸ BEZNOS, Clóvis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. 2 ed, ver. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 68.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 71.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 73.

3.3.2 Servidão administrativa

3.3.2.1 Conceito

O instituto da servidão administrativa, no regime jurídico de direito público, pode ser entendido como uma prerrogativa da Administração Pública, atuando com seu poder de império, que lhe permite onerar a propriedade privada com um direito real de natureza pública. Desta forma, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “*o fundamento que justifica a servidão administrativa é a supremacia do interesse público sobre o privado.*”³¹¹

Na percepção de Sérgio Roxo da Fonseca, a Administração Pública, incorporando seu poder de império, procede intervenções no domínio privado do particular, em busca da satisfação do interesse público, por supressões de direito, expropriações ou, no caso das servidões administrativas, na imposição de restrições ao exercício do direito de propriedade.³¹²

Sobre as servidões administrativas, José Carlos Pellegrino entende que a implantação de uma servidão, qualquer que seja o tipo ou a sua localização, “*envolve riscos, incômodos e restrições causadas ao imóvel serviente como, por exemplo, no caso específico de linhas aéreas de transmissão de energia elétrica.*”³¹³ O autor ressalta que:

[...] riscos: possibilidade de rompimento dos cabos elétricos, por defeito de fabricação, fadiga do material, quer pela ação dos ventos [...]. Restrições: a faixa de servidão torna-se non aedificandi, não se permitindo nela a existência de construções, vedando-se o plantio de culturas [...]. Incômodos: presença de ruídos de interferência em aparelhos receptores e transmissores, instalados nas proximidades da linha, passagem de pessoas e veículos de fiscalização das linhas, atravessando a propriedade periodicamente.³¹⁴

Do exposto, Carlos Alberto Dabus Maluf aduz que algumas servidões administrativas se tornam inviáveis ou porque a frente do terreno fica prejudicada, como no caso em que a linha de transmissão é lançada à frente do imóvel ou porque os cabos cortam o imóvel no meio. “*Nessas hipóteses, a servidão deve ser estendida ao domínio do bem.*”³¹⁵

³¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

³¹² FONSECA, Sérgio Roxo da. Servidões administrativas. **Justitia**. São Paulo, nº 52, p. 77-84, jan-mar, 1990. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/links/>. Acesso em: 11 Nov 18.

³¹³ PELLEGRINO, José Carlos, RT, 513:311, apud MALUF, Carlos Alberto Dabus, 2015, p. 29-30.

³¹⁴ Ibidem.

³¹⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Teoria e prática da desapropriação**. 3 ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 110.

Sobre o assunto, a Apelação Cível nº 0052996-17.1999.4.02.0000/RJ, do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, tendo como relator o desembargador Rogerio Carvalho, proferiu decisão declarando que a servidão administrativa que teve como consequência o total esvaziamento econômico do bem particular, deve ter em contrapartida uma indenização total, “*No caso, a instituição da servidão tornou os lotes sem qualquer aproveitamento econômico para os proprietários pelo que a indenização deve ser total.*”³¹⁶

Com relação à possibilidade de esvaziamento econômico do direito de propriedade do particular, devido aos pesados prejuízos imputados à Administração Pública pela decretação de uma servidão administrativa, tornando-se uma desapropriação indireta, o particular não mais se socorrerá na responsabilidade civil da administração por ato lícito, mas poderá requer que seja restabelecida sua situação jurídica anterior, ou seja, que seu patrimônio seja restaurado. Para adquirir seu bem de volta, poderá se socorrer na pretensão reintegratória ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas, instituto que será analisado no capítulo seguinte.

Para Floriano de Azevedo Marques Neto, há servidões nas situações de intervenção direta, como exemplo, nas atividades econômicas, dotadas de relevante interesse coletivo, como no monopólio do setor de petróleo, nas servidões constituídas em favor de uma utilidade pública, como ocorre com as servidões para incentivo do melhoramento dos centros populacionais ou para proteção do patrimônio histórico e cultural.³¹⁷

Diante disso, para ser uma servidão administrativa há a necessidade de haver uma relação de dependência entre os extremos, ou seja, a coisa serviente e a coisa dominante, que no caso da servidão estará usufruindo, em benefício coletivo, do bem particular. Assim, quando o sacrifício do particular, restringido no seu direito de propriedade por uma servidão administrativa extrapola o razoável, este torna-se titular de uma pretensão reintegratória indenizatória, sendo uma restrição parcial, o que não exclui a possibilidade do particular pleitear outro tipo de pretensão caso ocorra, por exemplo, o total esvaziamento do seu direito de propriedade.

³¹⁶ BRASIL. Tribunal Federal Regional da Segunda Região. **AC 0052996-17.1999.4.02.0000/RJ**. Relatora a Desembargador Rogerio Carvalho, e-DJF2 23/08/2006. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

³¹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A servidão administrativa como mecanismo de fomento de empreendimentos de interesse público. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 254, p.109-136, maio-ago, 2010, p. 125.

3.3.2.2 Formas de constituição

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a servidão administrativa pode ser constituída por três formas distintas. A primeira forma é por decorrência direta da lei, ou seja, por determinação legal um bem particular será utilizado de alguma forma pela Administração Pública, como exemplo, servidão sobre as margens dos rios navegáveis. A segunda forma é mediante acordo precedido de ato declaratório de utilidade pública, como exemplo, a servidão de energia elétrica, que será efetivada por meio de acordo lavrado por escritura pública. A terceira forma é por uma sentença judicial, quando não houver acordo ou quando seja adquirido por usucapião.³¹⁸

Com entendimento contrário, Marçal Justen Filho afirma que não entende ser possível admitir a servidão administrativa produzida por efeito direto da lei. Para o autor, a servidão administrativa depende de ato administrativo concreto e “*sempre que a lei estabelecer, de modo genérico, restrição aplicável diretamente a toda uma categoria de bens, haverá limitação administrativa.*”³¹⁹ Tal afirmação também é aceita por Hely Lopes Meirelles e José dos Santos Carvalho Filho, o qual alude que:

[...] há duas formas de instituição de servidões administrativas, o acordo entre o proprietário e a Administração Pública e através de sentença judicial. Com relação a possibilidade de instituição de servidões administrativas através da lei, não consideramos legítima a forma de instituição de servidões administrativas através de lei, como o fazem alguns autores. As servidões são instituídas sobre propriedades determinadas, o que não ocorre com a lei, que estabelece o direito de uso sobre propriedades indeterminadas.³²⁰

Com o mesmo entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que as limitações administrativas representam termos genéricos, ou seja, quando o Poder Público quer um determinado resultado, impõe, mediante ação, a requisição de bens ou serviços, imposta pela lei, dentro das condições e limites constitucionalmente previstos. “*Não deve, ainda, confundir tais situações com as que derivam das servidões administrativas, via de regra caracterizadas por um pati, ou seja, um dever de suportar.*”³²¹ Assim, conforme o autor:

³¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 228.

³¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** (livro eletrônico). 4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016, p. 46/125. Disponível em: <https://ler-online.saraiva.com.br/saraiva>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

³²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 930.

³²¹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 30 ed, revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 848

[...] nas servidões administrativas o Poder Público coloca determinado bem em uma especial sujeição ao interesse público, o que não ocorre com as limitações administrativas à propriedade privada, próprias da polícia administrativa, nas quais pela simples delimitação do âmbito de exercício do direito de propriedade obtém uma genérica e indiscriminada utilidade social; isto é, não se trata de gravame instituído de modo especial sobre certos bens onerados com uma peculiar sujeição ao interesse público.³²²

Ainda sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello alega que a limitação administrativa não é senão o perfil do direito e sempre que seja necessário um ato específico da Administração Pública impondo um gravame, e por conseguinte criando uma situação nova atingindo-se o próprio direito, a hipótese é de servidão. *“Por este motivo, entendemos que a declaração de que uma determinada área particular é de reserva florestal é caso de servidão e não de limitação administrativa, como normalmente se afirma.”*³²³

Da mesma forma, Edmir Netto de Araújo entende que nas servidões instituídas diretamente por lei, a regra é a não indenizabilidade, a não ser expressamente prevista, porque o sacrifício é imposto a toda uma coletividade (determinados ou determináveis) que se encontram na mesma situação. *“Mas mesmo quando na servidão imposta pela lei, a individualização de um prejuízo concreto e insuportável a um dos proprietários pode acarretar o ressarcimento.”*³²⁴

Na percepção de Edmir Netto de Araújo, não há que ser imperativo na determinação da indenização ou não da servidão administrativa, simplesmente, porque o que vai balizar a indenização ou não é a análise do caso concreto e, a partir daí, buscar a melhor modalidade de pretensão que satisfaça a posição jurídica subjetiva do particular.³²⁵

3.3.2.3 Indenização

A indenização na servidão administrativa é uma questão polêmica, no entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na primeira forma de constituição, ou seja, decorrente da lei, não deve haver indenização, *“porque o sacrifício é imposto a toda uma coletividade de imóveis que se encontram na mesma situação. Somente haverá direito à indenização se um prédio sofrer prejuízo maior, por exemplo, se tiver de ser demolido.”*³²⁶ Já na servidão decorrente de

³²² MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 30 ed, revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 848

³²³ *Ibidem*, p. 924.

³²⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1020.

³²⁵ *Ibidem*.

³²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 230.

acordo ou decisão judicial, cabe indenização “*porque seus proprietários estão sofrendo prejuízo em benefício da coletividade. Nesses casos, a indenização terá que ser calculada em cada caso concreto, para que se demonstre o prejuízo efetivo; se este não existiu, não há o que indenizar*”.

Sobre a indenização na servidão administrativa, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), negou provimento ao recurso da União, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 949.507/RS, no qual o proprietário do bem, sob servidão administrativa pleiteava uma indenização maior do que a prevista na servidão de passagem pactuada em escritura pública. O relator, o Ministro Sérgio Kukina, depois da análise das restrições e da perícia, entendeu que “*o complemento do valor indenizatório quando as restrições ocasionadas pela instalação de eletrodutos abrangerem área superior à de servidão de passagem constante na escritura pública. respeita o princípio do justo preço.*”³²⁷

A decisão da Primeira Turma do STJ reforça o tipo de servidão em que não houve acordo em torno da escritura pública que estabeleceu a servidão, referente a indenização estipulada, proporcionando ao lesado tornar-se titular de uma pretensão indenizatória, a título de responsabilidade civil por ato lícito, exigindo do proprietário do bem a comprovação dos prejuízos causados.

Sobre este assunto, Sérgio Roxo da Fonseca aduz que há a possibilidade de pagar indenização pela constituição de servidões administrativas e, caso seja assim, essa indenização deverá se dar pela responsabilidade civil administrativa por ato lícito, contudo, caso a imposição da servidão administrativa seja eivada de vícios, a indenização se dará pela responsabilidade civil administrativa, amparado no art. 37, § 6 da CF/88, situação que foi discutida no segundo capítulo. Assim para o autor:

[...] para que a imposição da medida restritiva ganhe foros de validade, impõe-se estar perfeitamente enquadrada no ordenamento jurídico. O seu desconchavo com o balizamento normativo deverá gerar a sua supressão e possível indenização por ato ilícito, não por atividade lícita do Estado.³²⁸

³²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ag. Reg. no Recurso especial nº 949.507/RS**. Agrte: Eletrosul Centrais Elétricas S/A. Agdo: Natálio Gutoski e outros. Relator: Ministro Sérgio Kukina. DJ: 06 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019. No mesmo sentido, Recurso Especial nº 1.742.915 – SC, Relator: Ministro Herman Benjamin. DJ: 06 de setembro de 2018; REsp 1.366.012/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ: 28/04/2015; REsp 1.050.641/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 20/08/2013, DJ: 30/08/2013

³²⁸ FONSECA, Sérgio Roxo da. Servidões administrativas. **Justitia**. São Paulo, nº 52, p. 77-84, jan-mar, 1990. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/links/>. Acesso em: 11 Nov 18.

Na percepção de Marçal Justen Filho, “quando a instituição da servidão acarretar sacrifício tão intenso da propriedade que corresponda a uma forma de expropriação. Em tal hipótese, a instituição da servidão dependerá não apenas do ato administrativo, mas, também, do pagamento da indenização prévia.”³²⁹ O autor reafirma que é possível que a servidão acarrete direito de indenização para o proprietário privado, contudo, somente quando:

[...] a servidão produzir restrições ao conteúdo econômico do direito de propriedade. [...] caso de servidão que impeça o cultivo de certas áreas do imóvel. Isso significa a redução do potencial de exploração econômica do bem. Mas haverá casos em que a servidão não produzirá qualquer efeito econômico relativamente ao proprietário. Por isso, o Dec.-lei 3.365/1941 (Lei de Desapropriações) estabelece, no art. 40, que a constituição de servidões poderá fazer-se segundo as regras ali previstas. O dispositivo se refere aos casos em que a servidão produzir efeitos equivalentes aos da desapropriação.³³⁰

Corroborando essas afirmações, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 691.318/SP, nega provimento ao recurso do Ente Público, decidindo a favor da concessão de juros compensatórios na servidão administrativa. No seu voto o relator, o Ministro Herman Benjamin declara que:

[...] orientação jurisprudencial desta Corte Superior, firmada no enunciado da Súmula 56/STJ, in verbis: “**Na desapropriação para instituir servidão administrativa são devidos os juros compensatórios pela limitação de uso da propriedade**”. Ressalta-se que os **juros compensatórios incidem** pela simples perda antecipada da posse, no caso de desapropriação, e **pela limitação da propriedade, no caso da servidão administrativa, irrelevante o fato de ser ou não o imóvel produtivo.**³³¹

Sobre a possibilidade do lesado por uma servidão administrativa pleitear indenização por lucros cessantes, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.666.491/SP, tendo com relator, o Ministro Herman Benjamin, proferiu decisão negando provimento ao recurso do Ente Público, possibilitando a indenização por lucros cessantes. No seu voto o relator entendeu que, mediante laudo pericial, a servidão administrativa imposta ao

³²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** (livro eletrônico).4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016, p. 49/125. Disponível em: <https://ler-online.saraiva.com.br/saraiva>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

³³⁰ Ibidem, p. 50/125.

³³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ag. Reg. no Recurso especial nº 691.318 /SP**. Agrte: Companhia de Saneamento Básico do Estado De São Paulo (Sabesp). Agdo: CTPH Participações Ltda. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJ: 16 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019

particular iria impedir a atividade econômica explorada no local, o que ensejaria a apuração de lucros cessantes.³³²

Partindo dessa concepção, pode-se interpretar que há a possibilidade da servidão administrativa conceder uma determinada indenização prévia ao particular, mediante o consenso entre as partes, com relação ao valor da indenização a ser paga, contudo, não se enquadra no tipo de servidão prevista em lei, mas sim no acordo feito e transcrito em escritura pública. Em outra hipótese, caso haja um sacrifício do proprietário devido à obrigatoriedade da servidão em sua propriedade, dada a comprovação dos prejuízos atuais ou futuros que o serviente irá sofrer, este se tornará titular de uma pretensão indenizatória, a título de responsabilidade civil por atos lícitos.

Corroborando o descrito, a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, em Apelação Cível nº 0066189-89.2010.4.01.3800/RJ, tendo como relatora a desembargadora Monica Sifuentes, negou recurso de apelação para o Ente Público, concedendo maior indenização em servidão administrativa, devido à comprovação, por meio de laudo pericial, de cultivo de eucalipto que seria prejudicado pela servidão. No voto a desembargadora declara que:

[...] a indenização decorrente de constituição de servidões está prevista no Decreto-Lei 3.365/1941: "O expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei". Hipótese em que a indenização deve corresponder "à justa reparação dos prejuízos e das restrições ao uso do imóvel", inclusive com incidência de juros compensatórios. 4. **Arbitramento de indenização em conformidade com o laudo pericial.** 5. **O valor de R\$44.878,83 (terra nua: R\$9.748,64 + outras áreas: R\$10.454,34 + eucalipto: R\$24.675,85) é suficiente, em conformidade com o laudo pericial, para recompor as perdas e danos sofridos pela requerida decorrente da restrição do domínio particular,** mesmo porque se trata de servidão administrativa (de gasoduto) e não de desapropriação, sem que se possa falar em inviabilização da atividade comercial desenvolvida no imóvel.³³³ (grifo nosso)

Em vista dos fatos, considerando todos os doutrinadores que expuseram seus entendimentos, dentre eles, Marçal Justen Filho, Celso Antônio Bandeira de Mello, José dos Santos Carvalho Filho, Edmir Netto de Araújo, este estudo entende que não se deve indenizar a servidão prevista em lei. Assim, salvo nos casos consensuais em que é estipulado o valor indenizatório em escritura pública, nos demais casos, a pretensão a ser pleiteada será a

³³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.666.491/ SP**. Recorrente: Estação Transmissora de Energia S/A. Recorrido: Agropecuária São Paulo Ltda. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJ: 08 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019.

³³³ BRASIL. Tribunal Federal Regional da Primeira Região. **AC nº 0066189-89.2010.4.01.3800/RJ**. Relatora a Desembargadora Federal Monica Sifuentes -Terceira Turma, e-DJF1 28/02/2018. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

indenizatória, a título de responsabilidade civil administrativa por atos lícitos, apresentada no segundo capítulo, e não através da pretensão indenizatória pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados, pois, como verificado no primeiro capítulo, a indenização pelo sacrifício de bens patrimoniais privados carece de uma previsão legal.³³⁴

3.3.3 Requisição Administrativa

3.3.3.1 Conceito

Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro, a requisição administrativa pode se apresentar sob diferentes modalidades, *“ora sobre bens, móveis ou imóveis, ora sobre serviços, é forma de limitação à propriedade privada e de intervenção estatal no domínio econômico, justifica-se em tempo de paz e de guerra, a qual, contudo, não implica na diferença de tratamento entre as duas modalidades.”*³³⁵

Na percepção de Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho, a requisição administrativa é uma modalidade de intervenção da Administração Pública na propriedade privada que *“faculta à autoridade competente a utilizar bens e/ou serviços particulares, pelo lapso temporal necessário, objetivando afastar ou minimizar o perigo público iminente, restando assegurada a indenização posterior, desde que comprovado o prejuízo.”*³³⁶

Não poderia deixar de citar o esclarecedor conceito de requisição administrativa feita por Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

[...] o instituto da *requisição* pode ser conceituado como uma *intervenção ordinatória e concreta do Estado na propriedade e atividades privadas, limitativa do uso e fruição de bens ou impositiva de obrigação de fazer, onerosa, transitória ou permanente, e de caráter indelegável*. É empregado quando o Estado necessita de bens e de serviços para atender a necessidades gerais urgentes, imprevistas e transitórias.³³⁷

³³⁴ Cabe ressaltar que este estudo entende que o acordo indenizatório firmado em escritura pública, entre a Administração Pública e o dono do bem a ser utilizado a título de servidão administrativa, se enquadra no tipo de previsão legal.

³³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 213.

³³⁶ MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de. Requisição administrativa constitucional: fundamentos normativos e características estruturais da medida interventiva. **Revista Controle**, Fortaleza, v 16, n 1, p. 113-140, jan-jun, 2018, p 120-121.

³³⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 508.

3.3.3.2 Indenização

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que a requisição administrativa se caracteriza por ser um procedimento unilateral e autoexecutório da Administração Pública que “*é em regra oneroso, sendo a indenização a posteriori. [...] mesmo em tempo de paz, só se justifica em caso de perigo público iminente.*”³³⁸

A modalidade de requisição administrativa é trata na Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, que regula a hipótese de requisição administrativa voltada para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a qual no seu art. 15, inc. XIII, prevê a requisição de bens e serviços para o atendimento de necessidades coletivas decorrentes de calamidades públicas ou irrupção de epidemias, mediante justa indenização.³³⁹

O inc. XIII do art. 15 da Lei 8.080 de 19 setembro de 1990, confirma o entendimento da necessidade de se ampliar as opções preventivas do particular frente à imposição legal que a Administração Pública tem de se apossar ou restringir o uso do bem particular em situações específicas. No caso da requisição, caso haja algum tipo de prejuízo causado pelo uso do bem privado, o proprietário lesado tem o direito de pleitear a pretensão indenizatória por sacrifícios patrimoniais, se a Administração Pública não reconhecer o dano como justa indenização.

Além disso, o próprio fundamento da requisição administrativa, previsto no art. 5º, inc. XXV, da CF/88, possibilita nos casos de perigo público iminente, indenização ulterior ao proprietário, caso haja danos. Com relação à indenização, como na requisição administrativa, o particular tem a obrigação de suportar o uso de seus bens privados, em caráter passageiro, não havendo a transferência da propriedade, o que há é um impedimento temporário de exercer de forma plena e absoluta seu direito de uso e gozo do bem. Desta forma, conforme Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho, caso o bem requisitado seja de característica móvel ou fungível, estes podem simplesmente deixar de existir imediatamente após sua utilização, inviabilizando a restituição³⁴⁰.

³³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 214.

³³⁹ art. 15, XIII, da Lei 8.080/90 “para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;”

³⁴⁰ MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de. Requisição administrativa constitucional: fundamentos normativos e características estruturais da medida interventiva. **Revista Controle**, Fortaleza, v 16, n 1, p. 113-140, jan-jun, 2018, p 133.

[...] Nesses casos, embora o objetivo da medida interventiva seja apenas o uso, em decorrência da natureza do bem, acabou irremediavelmente ocorrendo a extinção da propriedade. [...] Pelo fato de serem bens que podem ser substituídos por outros da mesma qualidade e quantidade, a problemática se resolve com levantamento do prejuízo e indenização posterior, depois de cessada a situação extraordinária.³⁴¹

Com esse entendimento, Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho ressalta que o tipo de indenização a ser pago por danos causados durante a requisição administrativa, não só podem abranger os danos emergentes, mas também os lucros cessantes, pois há a possibilidade que os prejuízos causados pela requisição não apareçam de imediato, ou seja, logo após o fim da utilização do bem particular pela Administração Pública. Assim, para o autor:

[...] a interpretação dada à temática da indenização deverá ser a mais ampla possível, atingindo não apenas os danos emergentes, mas alcançando, também, os lucros cessantes. Restando comprovado que o uso temporário dos bens e/ou serviços privados causou paralisação ou interrupção na obtenção de rendimentos, caberá o pleito indenizatório.³⁴²

Importante fazer referência às características da requisição administrativa, as quais interferem na possibilidade do particular poder requerer uma compensação financeira por danos causados por esse instituto. Assim, conforme Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho, são seis as características: perigo público iminente, autoridade competente, discricionariedade, uso, propriedade particular e indenização.

Diante do que foi citado, pode-se fazer algumas observações, embasadas no primeiro capítulo desta dissertação e no entendimento de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos. Destarte, observa-se que sendo a indenização da requisição administrativa prevista em lei, em que pese ser ulterior, caso houver atraso no pagamento previsto em decreto anteriormente assinado entre o proprietário e o Poder Público, o instituto que o particular poderá utilizar, para recuperar o equilíbrio da sua esfera jurídica, será a pretensão indenizatória pelo sacrifício de direitos patrimoniais. No entanto, caso haja um sacrifício imposto ao proprietário, maior do que o acordado entre as partes, o lesado torna-se titular de uma pretensão indenizatória, a título de responsabilidade civil por atos lícitos.

Partindo do entendimento que o caso concreto é o definidor do tipo de pretensão que estará disponível ao particular, caso o dano causado seja declarado pela Administração Pública,

³⁴¹ MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de. Requisição administrativa constitucional: fundamentos normativos e características estruturais da medida interventiva. **Revista Controle**, Fortaleza, v 16, n 1, p. 113-140, 2018, p 131

³⁴² *Ibidem*, p. 138

como um plenamente justificado, como por exemplo, nos casos de estado de necessidade,³⁴³ constatando omissão na reparação do prejuízo causado, a pretensão à indenização gerada pelos danos causados ao patrimônio do particular recairá sobre a pretensão indenizatória, a título da responsabilidade civil administrativa por atos lícitos.

Corroborando essa afirmação, Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho declara que não se faz necessário apontar o dolo ou a culpa da autoridade pública competente, bastando indicar a existência do dano e o nexo de causalidade entre a lesão e a conduta inicial. “A temática do ressarcimento na seara da requisição administrativa se fundamenta na responsabilidade objetiva, devendo a indenização ocorrer independentemente da comprovação de dolo ou culpa.”³⁴⁴

3.3.4 Tombamento

3.3.4.1 Conceito

Há na Constituição Federal de 1988, uma preocupação com a tutela do patrimônio cultural brasileiro, como previsto seu no art. 216, que determina como patrimônio “*bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.*”³⁴⁵ Já o § 1º do art. 216 designa o tombamento como um meio de salvaguardar o patrimônio cultura brasileiro. Além da Constituição Federal de 1988, o tombamento tem como legislação pertinente o Decreto-lei nº 25 de 30 de novembro de 1937.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tombamento pode ser definido como:

[...] o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público sujeita a restrições parciais os bens de qualquer natureza cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico. É **procedimento administrativo**, porque não se realiza em um único ato, mas numa sucessão de atos

³⁴³ Sobre o assunto, Hely Lopes Meirelles afirma que caso a requisição seja para debelar o perigo iminente, como por exemplo, nos casos de incêndio e inundação, causando a destruição, total ou parcial do bem particular, por ser “esse *uso impróprio* da propriedade particular pelo Poder Público justifica-se plenamente pelo *estado de necessidade*.” MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 760.

³⁴⁴ MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de. Requisição administrativa constitucional: fundamentos normativos e características estruturais da medida interventiva. **Revista Controle**, Fortaleza, v 16, n 1, p. 113-140, jan-jun, 2018, p 139.

³⁴⁵ art 216 da CF/88. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 de jan de 2019.

preparatórios, essenciais à validade do ato final, que é a inscrição no Livro do Tombo³⁴⁶.

Sobre o tombamento, Edimur Ferreira de Faria ressalta que há dois tipos, provisório ou definitivo. O primeiro ocorre a partir da notificação do proprietário pela Administração Pública, informando que seu bem tem relevante valor cultural, “*é utilizado como forma de assegurar a proteção provisória, enquanto tramita o procedimento administrativo e não se alcança a sua tutela definitiva.*”³⁴⁷ Já o definitivo ocorre a partir da inscrição do bem no Livro do Tombo. O autor afirma que o tombamento provisório tem maior relevância, pois o processo de tombamento definitivo é complexo e lento, em virtude, principalmente, do tipo de investigação realizada.

Yussef Said Cahali afirma que o tombamento pode provocar três efeitos sobre a propriedade privada e a questão da indenização dependerá do efeito que o tombamento provocar sobre o direito de propriedade. Os três efeitos são:

[...] **no primeiro e mais raro, o tombamento não promove qualquer tipo de inibição**, como ocorre, como no tombamento de um quadro, em que seu proprietário não perde o seu deleite. [...] **No segundo, o tombamento atinge com tal violência o uso da coisa, que a mesma perde, por completo, o seu conteúdo econômico. Na terceira, mais comum, o tombamento restringe o direito de propriedade**, com diminuição de seu potencial econômico, sem, contudo, ocorrer seu completo esvaziamento.³⁴⁸ (grifo nosso)

Sobre a limitação do uso e gozo pelas restrições impostas pelo tombamento, Yussef Said Cahali ressalta que as determinações impostas sobre o direito de propriedade, estabelece que seja feito o fracionamento dos prejuízos sofridos pelo particular, pois não é de se aceitar que recaia o ônus de arcar com o cômodo coletivo de preservar o bem, o que se choca, frontalmente, com o princípio de solidariedade social norteados da responsabilidade civil da Administração Pública. “*Não há norma jurídica positiva ou princípio exigente de um sacrifício individual em benefício da coletividade, sem correspondente compensação.*”³⁴⁹

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as possíveis restrições impostas no tombamento são sempre parciais, não podendo ensejar uma restrição total do direito de propriedade, “*pois*

³⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 217.

³⁴⁷ FARIA, Edimur Ferreira de. O tombamento e seus reflexos. In: SOUZA, Carlos Magno de; DIAS, FONSECA, Maria Tereza (Coord.). **Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel**. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 56.

³⁴⁸ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5 ed ver., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 480.

³⁴⁹ Ibidem, p. 481.

*nessa situação a Administração Pública não deverá proceder ao tombamento e sim à desapropriação.*³⁵⁰

Segundo Marcelo Manhães de Almeida, o tombamento é um ato pelo qual a Administração Pública, após análise dos elementos técnicos do processo administrativo, reconhece que o bem se reveste dos valores a que faz menção a Constituição Federal de 1988 e, por conseguinte, decide-se pela necessidade de sua conservação. Por conta disso, a Administração Pública determina a sua preservação e a inclusão do bem no Livro dos Tombos.³⁵¹

Ainda sobre os requisitos do tombamento, Marcelo Manhães de Almeida ressalta que *“poderá haver eventual restrição em área envoltória ao bem tombado, de modo a evitar que alguma construção levada a efeito nessa área envoltória, impeça ou reduza, em nível significativo, a sua visibilidade.”*³⁵² Assim, várias consequências podem decorrer de um ato administrativo que estabelece um tombamento, seja para o proprietário do bem, reduzindo ou esvaziando a utilização do bem tombado, seja para terceiros, limitando as construções no entorno desse bem.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a possibilidade da Administração Pública impedir que vizinhos possam alterar por meio de construções ou outras atividades suas propriedades, caso essas alterações impeçam ou reduzam a visibilidade do bem tombado, previsto no art. 18 do Decreto-lei 25, de 30 novembro de 1937, tem causado discussão sobre o que pode ser considerado como prejudicial à visibilidade do imóvel tombado. Destarte, para a autora:

[...] na ausência dessas medidas, incumbe àquele órgão exercer permanente vigilância sobre as coisas tombadas e respectiva vizinhança, **cabendo responsabilidade por perdas e danos quando, por culpa sua, terceiros de boa-fé tiverem suas construções embargadas ou demolidas, embora devidamente aprovadas pela Prefeitura.**³⁵³ (grifo nosso)

A falta de uma regulamentação específica sobre a possibilidade de construções no entorno de imóveis tombados pode causar prejuízos aos particulares de boa-fé, os quais lesados na sua esfera jurídica devem buscar a satisfação dos seus direitos, por meio do instituto da pretensão indenizatória pela responsabilidade civil administrativa por atos lícitos, pois a falta

³⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 218.

³⁵¹ ALMEIDA, Marcelo Manhães. O instituto do tombamento e o direito de propriedade. **Revista Científica Virtual** da Escola Superior de Advocacia da OAB, São Paulo, ano IV, nº12, p. 60-66, mar-jun, 2012, p. 63

³⁵² Ibidem, p. 64.

³⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 223.

de regulamentação por parte da Administração Pública causa insegurança jurídica nos particulares.

3.3.4.2 Indenização

No entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por ser o tombamento de restrição parcial da propriedade privada, não impedindo ao particular o exercício dos direitos de domínio sobre o bem “*não dá, em regra, direito a indenização; para fazer jus a uma compensação pecuniária, o proprietário deverá demonstrar que realmente sofreu algum prejuízo em decorrência do tombamento.*”³⁵⁴ Nessa situação, o particular poderá pleitear a indenização através do instituto da responsabilidade civil administrativa por ato lícito, demonstrando que o ato administrativo do tombamento, sendo não indenizado, causou sacrifícios de direito acima dos suportáveis, sendo que os prejuízos causados devam ser distribuídos entre a sociedade.

Com o mesmo entendimento, Edimur Ferreira de Faria ressalta que, de modo geral, o direito de indenização não é a regra, “*mas é admissível quando a inscrição efetivamente acarretar prejuízo para o titular do direito, reduzir seu patrimônio ou atingir direito adquirido.*”³⁵⁵

Para Kiyoshi Harada, como a Constituição Federal de 1988 não prevê o tombamento que anule parcial ou totalmente o direito de propriedade, mediante indenização. “*A jurisprudência vem decidindo pela indenização de áreas atingidas pelas restrições de natureza ambiental que retire o conteúdo econômico das propriedades atingidas, equiparando-as a hipótese de desapropriação indireta.*”³⁵⁶ Mesmo entendimento tem Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “*caso a Administração Pública queira dar uma proteção maior ao bem, impondo uma restrição total ao direito de domínio do particular, deverá desapropriá-lo.*”³⁵⁷

Corroborando o afirmado por Kiyoshi Harada, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 141.192/SP, tendo o Ministro Francisco Peçanha Martins, como relator, proferiu decisão reconhecendo do recurso sobre um ato administrativo de tombamento de uma propriedade de interesse ambiental. O relator afirma que “*a jurisprudência*

³⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 216.

³⁵⁵ FARIA, Edimur Ferreira de. O tombamento e seus reflexos. In: SOUZA, Carlos Magno de; DIAS, FONSECA, Maria Tereza (Coord.). **Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel**. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 86

³⁵⁶ HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 19

³⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 223

*do STJ vem se firmando no sentido de que as restrições de uso e fruição do bem particular, impostas pela Administração Pública através do tombamento da área, constitui verdadeira desapropriação indireta, ação de natureza real.*³⁵⁸ Nesse caso, por se tratar de uma área de proteção ambiental, decidiu-se pela incorporação do bem ao Poder Público e pela indenização ao proprietário do bem pelo o esvaziamento do seu poder econômico. Assim, um ato administrativo lícito, impôs ao particular sacrifício maior que o suportável, equiparando-se a um esbulho possessório, proporcionando a este, a possibilidade de pleitear uma pretensão indenizatória, a título de responsabilidade civil administrativa delitual.

Cabe uma reflexão sobre essas afirmações, sendo de conhecimento que a finalidade do tombamento é a preservação do bem por motivos históricos ou culturais, não cabendo, a princípio, indenização, pois não há a perda do direito de propriedade, caso haja, no caso concreto, um tipo de tombamento em que o proprietário ou quem estiver na sua posse não possa gozar dos seus direitos, tal situação poderia ser enquadrada como ato ilícito da Administração Pública, sendo considerada uma desapropriação indireta. Nesse sentido, outra modalidade de pretensão poderá ser arguida, caso o lesado queira a reposição do seu imóvel, a pretensão ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas.

Com relação à possibilidade do tombamento se tornar um ato ilícito pelo total esvaziamento do poder econômico do proprietário sobre o bem, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 361.127/SP, proferiu decisão entendendo que devido ao prejuízo sofrido no tombamento, estava caracterizado uma desapropriação indireta, negando provimento ao agravante. O relator, o Ministro Joaquim Barbosa afirma em seu voto que:

[...] na desapropriação indireta, destaca-se a dimensão individual do prejuízo sofrido com o tombamento. Demonstração, no acórdão recorrido, do dano especial sofrido pelo proprietário, o qual resultou no esvaziamento do direito de propriedade. [...] Em casos como o presente, a jurisprudência da Corte reconhece que o dano resulta do esvaziamento do direito de propriedade que resulta do tombamento.³⁵⁹

³⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 141.192/SP**. Recorrente: Fazenda Maranhão Ltda. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. DJ: 15 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019. No mesmo sentido, cita-se Recurso Especial nº 194.689/SP, tendo como relator: o Ministro Castro Meira, julgado em 1º de dezembro de 2005; Recurso Especial nº 122.114/SP, relator o Ministro Paulo Gallotti, julgado em 1º de abril de 2002; Recurso Especial nº 12.202/SP. relator o Ministro Franciulli Netto, julgado em 27 de junho de 2005

³⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso extraordinário nº 361.127/SP**. Agrte: Estado de São Paulo. Agdo: Rubens Franco de Mello e outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ: 15 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 29/01/2019

No caso em questão, o lesado requereu a transferência da propriedade para o Poder Público, pleiteando uma pretensão indenizatória, o que poderia ter sido feito por meio da responsabilidade civil administrativa delitual, pois teve seu direito de gozo e uso totalmente prejudicado pelo tombamento, tornando inválido o ato administrativo que estabeleceu o tombamento, ensejando um tipo de desapropriação indireta.

Na hipótese do lesado desejar ter de volta seus direitos de proprietário restabelecidos, além de indenizados os prejuízos causados pelo ato administrativo que previa um tombamento, sem o apossamento do bem pela Administração Pública, este poderia pleitear uma pretensão à reconstituição da situação atual hipotética, um tipo de pretensão ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas, tendo como a dimensão negativa a anulação do ato administrativo que estabeleceu o tombamento e como dimensão positiva o restabelecimento do bem indevidamente tombado, voltando ao *status quo ante* ao processo de tombamento. Esse tipo de pretensão será melhor apresentado no quinto capítulo

Luciano Ferraz e Thiago Marrara trazem o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no tocante à indenização pelo tombamento. Declaram os autores que:

[...] prevalece a tese de que o tombamento não garante direito à indenização, salvo quando dele resultar esvaziamento econômico do bem. Nesse sentido, o informativo 241 do STJ transcrito abaixo: “Desse modo, havendo o esvaziamento do conteúdo econômico ao proprietário, pode-se falar em direito indenizatório, vez que o esvaziamento econômico é um dos efeitos da desapropriação indireta”.³⁶⁰

Nesse contexto, Edimur Ferreira de Faria alude que há possibilidade de um bem tombado tornar-se uma desapropriação, poderá ocorrer em duas situações:

[...] a primeira, quando o poder público tiver de expender soma vultosa de recursos financeiros com a recuperação ou restauração do bem tombado, ante a impossibilidade do proprietário fazê-lo por conta própria. Nessa situação, por razões óbvias, é conveniente que o bem passe a integrar o patrimônio estatal. **A segunda hipótese ocorrerá quando o tombamento impedir total exercício do direito sobre a propriedade.**³⁶¹ (grifo nosso)

Para Carlos Magno de Souza Paiva, pretender indenizar proprietários, cujos bens foram tombados pela Administração Pública, previamente e em dinheiro, “*é criar uma ficção jurídica*

³⁶⁰ FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. Direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade. *In: Tratado de direito administrativo*. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord). v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 401.

³⁶¹ FARIA, Edimur Ferreira de. O tombamento e seus reflexos. *In: SOUZA, Carlos Magno de; DIAS, FONSECA, Maria Tereza (Coord.). Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 86

não existente em nosso ordenamento legal e desprezar o caráter de contínua manutenção dos bens culturais.”³⁶² Assim, para o autor, o tombamento deve ser indenizado dependendo do caso concreto e também da natureza jurídica do instituto do tombamento que se adotará.

Para Hely Lopes Meirelles o tombamento não é confisco é preservação de bens de interesse da coletividade imposta pela Administração Pública. Assim, “*não podem um ou alguns particulares ser sacrificados no seu direito de propriedade sem a correspondente indenização reparatória do prejuízo ocasionado pelo tombamento.*”³⁶³ O autor ressalta que o tombamento de uma área urbana ou rural que impeça a edificação ou sua normal exploração econômica dever ser indenizados.

Corroborando o relatado, a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, na Apelação Cível nº 5006409-46.2015.404.7205/SC, decidiu pela não indenização ao imóvel tombado, vez que não ocorreu o esvaziamento econômico da propriedade. Assim, conforme o relator, o Desembargador Ricardo Teixeira do Valle Pereira:

[...] Na hipótese em que as limitações administrativas cometidas não podem ser vistas como desapropriação indireta, pois abrangem grande região do Município de Pomerode, caracterizando um tombamento geral com limitações gerais e abstratas, e o bem objeto da ação pertence à zona adjacente àquela tombada, sofrendo, por conseguinte, menores restrições ao uso e gozo da propriedade. - Não havendo esvaziamento econômico do imóvel, caracterizando-se mera limitação administrativa, não há direito à indenização.³⁶⁴

Observa-se que o tema causa polêmica entre os doutrinadores, diante de todas as interpretações, não se pode deixar de levar em consideração o direito constitucional da propriedade privada nem, ao mesmo tempo, descuidar dos interesses coletivos, geridos pela Administração Pública. Do exposto, o que vai direcionar a melhor solução, não privilegiando o interesse coletivo em detrimento do particular ou vice-versa é a análise do caso concreto.

Diante disso, avalia-se que o tombamento, como mais uma modalidade de restrição da propriedade privada, embora não legalmente indenizável, pode gerar situações em que o particular lesado, no seu direito de propriedade, vá em busca da devida compensação financeira por meio da pretensão indenizatória, a título de responsabilidade civil por ato lícito.

³⁶² PAIVA, Carlos Magno de Souza ; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.) . **Direito e Proteção do Patrimônio Cultural Imóvel**. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 82.

³⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 703

³⁶⁴ BRASIL. Tribunal Federal Regional da Quarta Região. **AC: 5006409-46.2015.404.7205/SC**. Relator o Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira -Terceira Turma, e-DJF1 27/09/2016. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

3.3.5 Ocupação temporária

3.3.5.1 Conceito

A ocupação temporária é mais uma modalidade de restrição da propriedade privada que se caracteriza, conforme afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *“pela utilização transitória, gratuita ou remunerada, de imóvel de propriedade particular, para fins de interesse público.”*³⁶⁵

O Decreto-lei nº 3.365 de 21 de junho de 1941, no seu art. 36, permite a ocupação temporária, mediante a devida indenização.³⁶⁶ Há outros exemplos em que a ocupação temporária é utilizada pela Administração Pública, como no art. 58, inc. V da Lei nº 8.666 de 21 junho de 1993, para ocupar provisoriamente bens vinculados ao contrato.

Corroborando com este entendimento, Alberto Dabus Maluf afirma que a ocupação temporária é permitida em terrenos não edificados, vizinhos às obras, mas a condiciona ao pagamento de uma indenização a ser cobrada por ação própria. O autor ressalta que *“não tolera a lei que venha o poder público ocupar propriedade particular, sem indenizar por essa ocupação, compondo a renda a que tem direito o proprietário.”*³⁶⁷

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a ocupação temporária também, a semelhança da requisição administrativa, pode ocorrer nos casos de perigo público iminente, fundada no art. 5º, inc. XXV da CF/88, a Administração Pública poderá se dispor de propriedade particular, assegurado ao proprietário posterior indenização, se houver dano. Como exemplo, nos casos de ocupação temporária por inundação ou outro tipo de ameaça iminente ao bem-estar social.³⁶⁸

3.3.5.2 Indenização

Para Marçal Justen Filho, sendo a ocupação temporária instrumento de redução do valor ou das aptidões do bem, a Administração Pública deverá promover ao particular a indenização

³⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 211.

³⁶⁶ Art 36 do Dec-lei 3.365/41: “É permitida a ocupação temporária, que será indenizada, afinal, por ação própria, de terrenos não edificados, vizinhos às obras e necessários à sua realização. O expropriante prestará caução, quando exigida.”

³⁶⁷ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Teoria e prática da desapropriação**. 3 ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 290.

³⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 212.

pelas perdas e danos eventualmente ocorridos.³⁶⁹ Com o mesmo entendimento, Diogo de Figueiredo Moreira Neto reforça que caso a ocupação temporária cause algum dano ao proprietário do bem, este terá o direito à indenização, “*como simples aplicação do princípio da justiça distributiva*”³⁷⁰

Sobre o assunto, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.190.271/RS, tendo como relator o Ministro Og Fernandes, proferiu decisão negando provimento ao recurso do Ente Público, mediante a pretensão indenizatória por danos decorrentes de ocupação temporária de imóvel particular pela Administração Pública. No voto o relator declara que “*a responsabilidade do ente federativo foi definida com base nos contornos fáticos do caso concreto.*”³⁷¹

Partindo dessa decisão, mais uma vez se ratifica a necessidade de se estudar e aprimorar o entendimento sobre as pretensões reintegratórias do particular sobre a Administração Pública, mediante o apossamento ou restrição temporária do direito de propriedade. No caso em questão, como previsto em lei, a ocupação temporária merece ser indenizada em ação própria pelo simples fato de sua restrição. Assim, o particular restrito no uso do seu bem, torna-se titular de uma pretensão indenizatória pelo sacrifício patrimonial.

José dos Santos Carvalho Filho tem um entendimento interessante sobre a indenização mediante o instituto da ocupação temporária. O autor especifica e divide os tipos de indenização em dois. O primeiro tipo baseado no dever da Administração Pública indenizar o proprietário pelo uso do imóvel, amparado no art. 36 do Decreto-lei nº 3.365 de 21 junho de 1941 e o segundo tipo, semelhante às regras da servidão administrativa na quais, a princípio, não haverá indenização, exceto nos casos de comprovado prejuízo ao proprietário do bem, como exemplo, serviços eleitorais. Assim, para o autor:

[...] a primeira delas implica o dever do Estado de indenizar o proprietário pelo uso do imóvel. O referido dispositivo da lei expropriatória estabelece que a ocupação “será indenizada, afinal”. Nota-se aqui que a utilização estatal se consuma por período de tempo mais extenso, gerando, em consequência, o dever indenizatório. Na ocupação desvinculada da desapropriação, a regra é a mesma que vale para a servidão administrativa, ou seja, em princípio não haverá indenização, mas esta será devida se o uso acarretar comprovado prejuízo ao proprietário. Por isso

³⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** (livro eletrônico).4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016, p. 61/125. Disponível em: <https://ler-online.saraiva.com.br/saraiva>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

³⁷⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 507.

³⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.190.271/RS**. Recorrente Município de Torres. Recorrido: Barcelino Becker. Relator: Ministro Og Fernandes. DJ: 05 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019.

é que os casos que citamos, de obras em estradas e de serviços eleitorais, não rendem, como regra, ensejo a qualquer indenização.³⁷² (grifo nosso)

Novamente, amparado no primeiro capítulo e no entendimento de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, cabe uma reflexão sobre essas afirmações. No caso do primeiro tipo de possibilidade de indenização, com previsão legal, se houver omissão administrativa na demora no pagamento da indenização ou do início do processo administrativo que gerará a indenização, o particular poderá recompor sua esfera jurídica lesada por meio do instituto da pretensão indenizatória pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados.

Já no segundo tipo de possibilidade de indenização caso seja comprovado danos à propriedade do particular, extrapolando o sacrifício estipulado por decreto entre as partes, mediante a ocupação temporária, este poderá recorrer ao instituto de responsabilidade civil administrativa por ato lícito, pois lhe foi imputado um prejuízo não acordado anteriormente.

Destarte, conclui-se que a maioria dos doutrinadores entende ser a ocupação temporária vinculada à desapropriação, haja vista seu fundamento estar dentro do Decreto-lei nº 3.365 de 21 junho de 1941 e, neste caso, a indenização está prevista no ordenamento jurídico, sendo relacionada à pretensão indenizatória pelo sacrifício de direitos patrimoniais.

Quadro 13- Tipo de pretensões requeridas mediante as modalidades restritivas da propriedade privada

Modalidades restritivas da propriedade privada	Tipo de pretensão indenizatória	Tipo de dano	Tipo de Indenização
Desapropriação	Pelo sacrifício de direitos patrimoniais	Presumido	Previsão legal
Servidão administrativa	Responsabilidade civil administrativa por ato lícito	Demonstrado	Sem previsão legal
Requisição administrativa	Pelo sacrifício de direitos patrimoniais	Presumido	Previsão legal
Tombamento	Responsabilidade civil administrativa por ato lícito	Demonstrado	Sem previsão legal
Limitações administrativas	Não indenizável		
Ocupação temporária	Pelo sacrifício de direitos patrimoniais	Presumido	Previsão legal
	Responsabilidade civil administrativa por ato lícito (1)	Demonstrado	Sem previsão legal

(1) Entendimento de José dos Santos Carvalho Filho

Fonte: elaborado pelo autor.

³⁷² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 32 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 938.

Por fim, observa-se que a pretensão indenizatória pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados é gerada por um ato administrativo lícito da Administração Pública, restringindo o direito do particular sobre a sua propriedade. Essa pretensão é consequência do não cumprimento, por parte da Administração Pública, de determinação legal, referente à justa indenização pela privação do bem patrimonial. Assim, entende-se que na desapropriação, na requisição administrativa e na ocupação temporária, caso haja omissão do Poder Público, não pagando a justa indenização legal, pela restrição parcial do direito de propriedade do proprietário, este tornar-se-á titular de uma pretensão indenizatória pelo sacrifício de direitos patrimoniais que visa ao cumprimento de determinação legal.

Cabe ressaltar que os sacrifícios de direitos, que geram prejuízos futuros e não contabilizados na indenização anteriormente prevista, também permitirão ao lesado pleitear uma compensação pecuniária, a título de responsabilidade civil administrativa por atos lícitos. Atualmente, no Brasil a busca da satisfação desses danos ocorre por ações genéricas, o que realça a importância da análise das medidas que permitam ao lesado em seu patrimônio melhores garantias na recomposição da sua esfera jurídica.

Outras situações, como em danos futuros por meio de institutos como a servidão administrativa e o tombamento, cultural ou de cunho ambiental, como não possuem previsão legal de indenização, os lesados em seus patrimônios por condutas administrativas geradas por essas medidas, tornam-se titulares de uma pretensão indenizatória, mediante comprovação dos danos, a título de responsabilidade civil por atos lícitos. Assim, observa-se que há razões para enquadrar as medidas restritivas da propriedade privada nos conceitos das pretensões reintegratórias.

No próximo capítulo será analisada outro tipo de pretensão reintegratória voltada para o restabelecimento das posições jurídicas subjetivas violadas por condutas administrativas restritivas ilícitas da Administração Pública.

CAPÍTULO IV – PRETENSÕES REINTEGRATÓRIAS AO RESTABELECIMENTO DE POSIÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS VIOLADAS POR DANOS CAUSADOS PELAS MODALIDADES ILÍCITAS DE RESTRIÇÕES SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA

4.1 ASPECTOS GERAIS

Este capítulo tem como finalidade analisar as pretensões reintegratórias ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas por atividades ilícitas da Administração Pública. Como já informado no primeiro capítulo desta dissertação, neste tipo de pretensão, a reparação dos danos eventualmente causados pela conduta da Administração Pública não representa o principal interesse do particular, o mais relevante é o reconhecimento, por parte da Administração Pública, dos deveres a que estava obrigada perante o particular e o restabelecimento da posição jurídica violada. Conforme Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “*os deveres em causa podem ser deveres gerais de respeito ou deveres creditícios, consoante a posição jurídica subjectiva violada seja absoluta ou relativa.*”³⁷³

Há várias formas da Administração Pública, por uma conduta ilícita, proporcionar ao particular o direito de pleitear o restabelecimento de sua posição jurídica subjetiva violada, conforme consta no primeiro capítulo desta dissertação, os tipos de pretensões cabíveis ao restabelecimento de uma posição jurídica violada podem surgir devido à turbação do direito de posse; da ocupação ilegal de propriedade particular, conhecida como desapropriação indireta; da servidão inexistente sobre um bem particular; de condutas administrativas nulas ou inexistentes e anuláveis.

Em face disso, nos próximos itens serão analisados os tipos de pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas e suas relações com as demais pretensões.

³⁷³ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 528.

4.2 FUNDAMENTOS E PRESSUPOSTOS DAS PRETENSÕES AO RESTABELECIMENTO DE POSIÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS VIOLADAS

Os fundamentos das pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas são balizados subjetivamente na vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais do cidadão e no princípio do respeito pelas posições jurídicas subjetivas dos particulares, além de um fundamento objetivo no princípio da legalidade.³⁷⁴

Com relação aos pressupostos das pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas, diferente da pretensão indenizatória da responsabilidade civil administrativa e suas modalidades visam a reintegrar as posições jurídicas afetadas. Assim, conforme Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “*são apenas dois os pressupostos destas pretensões: a existência de uma situação de afectação de uma posição jurídica subjectiva de um particular pela administração e o carácter ilegítimo dessa afectação*”³⁷⁵

4.3 PRETENSÕES AO RESTABELECIMENTO DE POSIÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS VIOLADAS

A pretensão ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas tem por característica principal a eliminação da ilegalidade cometida por uma conduta administrativa, atuando sobre o passado para restabelecer os direitos lesionados, na hipótese de ainda não haver sido consumado a sua inutilização prática. Observa-se que, conforme aludem Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, este é um tipo de pretensão primária, pois visa à realização dos direitos violados e não somente uma indenização que naturalmente seria uma consequência do bem lesionado.

Por este motivo entende-se que há a possibilidade da ocorrência de uma cumulação de pretensões, a primeira, visando ao restabelecimento do direito subjetivo violado e a segunda, ocorrendo quando a tutela primária não contempla a satisfação de todas as lesões causadas. Assim, através do instituto da responsabilidade civil administrativa, o particular se torna titular do direito de ressarcimento dos danos causados pela ilegítima privação do direito lesionado,

³⁷⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 529

³⁷⁵ Ibidem, p. 532.

seja de propriedade, seja pela privação da posse ou por condutas administrativas nulas ou anuláveis.³⁷⁶

4.4 SUBPRETENSÕES AO RESTABELECIMENTO DE POSIÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS VIOLADAS

De acordo com o entendimento de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, há seis tipos de subpretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas.

As pretensões possessórias, reivindicatórias e inibitórias fazem referência aos bens patrimoniais, pela turbacão ou mesmo pelo esbulho causados por uma privação ilegal da posse, por meio da desapropriação indireta ou pela imposição de um tipo de servidão inexistente sobre um direito real do particular, restando ao lesado pleitear a restituicão do bem apropriado devido à conduta ilegal da Administraçao Pública. Esses tipos da pretensao ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas serão exemplificadas, nos itens posteriores, por meio das modalidades ilícitas de restrição da propriedade privada causadas por condutas administrativas.

As pretensões creditórias são relacionadas ao descumprimento de deveres contratuais pela Administraçao Pública. Contudo, não haverá um aprofundamento sobre questões contratuais, haja vista o cerne da pesquisa ser as pretensões reintegratórias do particular por ocasião das modalidades restritivas da propriedade privada.

As pretensões à reintegração de situações jurídicas lesadas por atos administrativos ou regulamentos nulos ou inexistentes, podendo produzir efeitos jurídicos, serão levados em consideração para a análise no caso concreto, mesmo porque a partir do momento em que forem certificadas suas nulidades, todas as consequências jurídicas dos atos terão efeito *ex tunc*.

Já as pretensões à reconstituicão da situacão atual hipotética, relacionadas às condutas anuláveis da Administraçao Pública, e portanto eficazes, serão melhor analisadas no próximo capítulo pois, conforme Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “*sua particularidade e complexidade justificam a sua autonomizacão*.”³⁷⁷ Ou seja, devido à capacidade de autotutela declarativa da Administraçao Pública, os autores decidiram reservar um item específico para este tipo da pretensao ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas. Cabe ressaltar que somente serão analisadas condutas administrativas que interferem no direito de propriedade do particular.

³⁷⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressao. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 530.

³⁷⁷ Ibidem, p. 531.

Sobre as subpretensões, não se pode deixar de salientar, conforme Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “*que pode haver entre esses tipos de pretensões componentes semelhantes que as integram simultaneamente entre si.*”³⁷⁸ Com isso, há a possibilidade de haver uma cumulatividade entre essas subpretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas, ou seja, em uma mesma situação concreta, o particular lesado pode se tornar titular de mais de um tipo de subpretensão, como exemplo, uma pretensão possessória cumulada com uma de reconstituição da situação atual hipotética. Cabe salientar que devido a essa integração entre as subpretensões, no caso concreto ocorre que algumas podem ser assimiladas por outras, como a subpretensão à reconstituição da situação atual hipotética, que devido às suas duas dimensões, de destruição do ato ilícito e recomposição da situação anterior a este, assimila as demais subpretensões.

4.5 MODALIDADES RESTRITIVAS ÍLICITAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA

Dos tipos de pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas, as pretensões possessórias, as reivindicatórias e as inibitórias são referentes às lesões causadas por condutas administrativas ilícitas na propriedade privada.

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, tal situação se apresenta no instituto da desapropriação indireta, podendo também, como já foi citado no terceiro capítulo desta dissertação, ocorrer nas servidões administrativas declaradas por atos eivados de vícios ou no total esvaziamento do direito de propriedade nos tombamentos, tornando-os ilegais e constituindo-os em desapropriações indiretas.

A seguir serão analisados os institutos que estabelecem a possibilidade ao restabelecimento da propriedade privada ilegalmente tomada por atos administrativos.

4.5.1 Retrocessão

A retrocessão, conforme Firmino Whitaker, “*é o direito que tem o ex-proprietário de readquirir o imóvel desapropriado, mediante a restituição do valor recebido, quando não tenha sido o mesmo imóvel aplicado em serviço da ordem pública.*”³⁷⁹

³⁷⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 531.

³⁷⁹ WHITAKER, Firmino. 1972, p. 73 apud MALUF, Carlos Alberto Dabus, 2015, p. 337.

No Recurso Especial nº 868.120/SP, julgado em 27/11/2007, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça discutiu a questão da retrocessão e, do voto do relator, o Ministro Luiz Fux, pode-se extrair que:

[...] a retrocessão é o instituto por meio do qual ao expropriado é lícito **pleitear as consequências pelo fato de o imóvel não ter sido utilizado para os fins declarados no decreto expropriatório**. Nessas hipóteses, a lei permite que a parte, que foi despojada do seu direito de propriedade, possa reivindicá-lo e, **diante da impossibilidade de fazê-lo (*ad impossibilia nemo tenetur*)**, venha postular em juízo a reparação pelas perdas e danos sofridos. 2. A retrocessão constitui-se direito real do ex-proprietário de reaver o bem expropriado, mas não preposto a finalidade pública. [...] Conseqüentemente, em **não tendo havido o desvio de finalidade, uma vez que, muito embora não efetivada a criação de Parque Ecológico, conforme constante do decreto expropriatório, a área desapropriada for utilizada para o atingimento de outra finalidade pública**, não há vício algum que enseje ao particular ação de retrocessão, ou, sequer, o direito a perdas e danos.³⁸⁰ (grifo nosso)

Na retrocessão, conforme ressalta Kiyoshi Harada, “*cabe ao judiciário verificar se determinado ato expropriatório tem ou não amparo nas hipóteses legais exteriorizadoras do interesse público, o que é bem diferente do exame de oportunidade e conveniência daquele ato*”³⁸¹ O autor continua, afirmando que os bens desapropriados vinculam-se ao interesse público específico, assim, o desvio na destinação do bem desapropriado enseja a retrocessão, que outra coisa não é senão “*a reincorporação do bem expropriado ao patrimônio de ex-proprietário, mediante devolução da indenização recebida, por inexistir o vínculo entre o sacrifício suportado pelo particular e o interesse público invocado como razão de desapropriar*.”³⁸²

José Carlos de Moraes Salles confirma a existência e a importância do instituto da retrocessão. O autor ressalta que:

[...] é inequívoco que a retrocessão continua a existir em nosso direito. A confusão que se formou em torno do assunto teve a sua origem no fato de não haver sido a matéria versada no bojo do Decreto-Lei de 21. 6. 1941, pois, de maneira incontestada, está intimamente relacionada com o instituto da desapropriação e deveria, portanto, ter sido regulada na Lei de Desapropriações.³⁸³

³⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 868,120/SP**. Recorrente: João José da Silva e outros. Recorrido: Município de Cubatão. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 27 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019. Com precedentes nos acórdãos, RESP n.º 800.108/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 20.03.2006; RESP n.º 710.065/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 06.06.2005; RESP n. 847092/SP, Rel. Min. Denise Arruda, DJ. 18.09.2006.

³⁸¹ HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 275.

³⁸² Ibidem.

³⁸³ SALLES, José Carlos de Moraes. **Desapropriação a luz da doutrina e da jurisprudência**. 6 ed rev, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.496

Clóvis Beznos reitera que a retrocessão e sua possível admissão ante o vício de desvio de finalidade na desapropriação independe de qualquer previsão legal, “vez que consiste numa decorrência lógica da previsão da desapropriação no ordenamento jurídico constitucional, bem como do princípio da igualdade e do princípio do Estado Democrático de Direito, que coloca o Estado sob as regras do ordenamento jurídico.”³⁸⁴ Assim, verificada a tredestinação do bem, ou seja, a destinação diferente do que se tenha efetivado no ato expropriatório ou fora do interesse coletivo, nasce o direito do lesado em pleitear a recomposição do imóvel ao seu patrimônio.

Kiyoshi Harada alude que, no art. 519 do CC/02, diferente do código civil anterior, a iniciativa da devolução pela Administração Pública desapareceu, cabendo ao proprietário a iniciativa da reincorporação do patrimônio expropriado. Nesse contexto, em que há uma clara lesão ao direito de propriedade do particular, este torna-se o titular de uma pretensão ao restabelecimento da sua posição jurídica violada, pois conforme o autor, “o Poder Público sempre resiste ao direito do ex-proprietário pela simples razão de que nenhum administrador público confessa o desvio de finalidade.”³⁸⁵ Cabe lembrar que o mesmo art 519 do CC/02 traz expressamente que caso o imóvel desapropriado seja utilizado em obras ou serviços públicos, não se caracterizará o desvio de finalidade.

Sobre a questão acima, Maria Sylvia Zanella Di Pietro declara que, em que pese o Código Civil de 2002 nada mencionar sobre a possibilidade do proprietário expropriado reivindicar o bem, caso este não seja utilizado para uma finalidade pública, a autora entende que o bem pode sim ser restabelecido para o seu proprietário.

[...] Não obstante a redação do novo dispositivo do Código Civil, ainda fico com a corrente que utiliza o argumento suprarreferido, de ordem constitucional, pois o Código Civil não tem o condão de infringir a norma da Constituição que só permite a desapropriação por motivo de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social. **Demonstrado que o imóvel não foi utilizado nessa conformidade, o direito de propriedade do expropriado se restabelece em sua totalidade, com o direito à reivindicação do imóvel.**³⁸⁶ (grifo nosso)

Nesse sentido, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 623.511/RJ, tendo como relator o Ministro Luiz Fux, negou provimento ao recurso do Município do Rio de Janeiro, determinando a devolução do imóvel à proprietária por desvio de

³⁸⁴ BEZNOS, Clóvis. **Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação**. 2 ed, ver. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 83.

³⁸⁵ HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 276.

³⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 263.

finalidade previsto no decreto expropriatório. No caso em questão, a propriedade expropriada foi cedida a terceiros.

[...] 4-A jurisprudência desta Corte considera a retrocessão uma ação de natureza real. 5 - Outrossim, o Supremo Tribunal Federal também assentou a natureza real da retrocessão:" (STF, ERE 104.591/RS, Rel. Min. Djaci Falcão, DJU 10/04/87). [...] O Supremo Tribunal Federal concluiu que "Transitado em julgado o reconhecimento da impossibilidade de retrocessão do imóvel por já incorporado ao patrimônio público e cedido a terceiros, razoável é o entendimento, em consonância com doutrina e jurisprudência, do cabimento de perdas e danos ao expropriados - Recursos extraordinários não conhecidos." (STF - RE nº 99.571/ES, Rel. Min. Rafael Mayer, DJU de 02/12/83). 8 - In casu, depreende-se dos autos que não foi dada ao imóvel a finalidade prevista no decreto expropriatório, porquanto a propriedade fora cedida a terceiro para exploração de borracharia. 9 - Reconhecendo o v. acórdão recorrido que houve desvio de finalidade na desapropriação, porquanto não foi dada ao imóvel a destinação motivadora do decreto expropriatório, determinou que o imóvel retornasse ao domínio das apelantes, ora recorridas, que em contrapartida devem restituir o valor da indenização recebida, devidamente corrigido e com a incidência de juros moratórios, retroativos à data do seu recebimento. É cediço na doutrina que o Poder Público não deve desapropriar imóveis sem lhes destinar qualquer finalidade pública ou interesse social, exigência constitucional para legitimar a desapropriação. Com efeito, "não pode haver expropriação por interesse privado de pessoa física ou organização particular". 15 O STJ, no julgamento do REsp 412.634/RJ, afirmou que a obrigação de retroceder "homenageia a moralidade administrativa, pois evita que o Administrador – abusando da desapropriação – locuplete-se ilicitamente às custas do proprietário. Não fosse o dever de retroceder, o saudável instituto da desapropriação pode servir de instrumentos a perseguições políticas e, ainda ao enriquecimento particular dos eventuais detentores do Poder" (EDREsp 412.634/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 09.06.2003).³⁸⁷ (grifo nosso)

Cabe uma reflexão sobre a possibilidade do restabelecimento do bem esbulhado por uma conduta administrativa. Nos acórdãos já apresentados e nos que ainda serão trazidos como embasamento, é pacífico o entendimento que, caso não se tenha dado a destinação prevista no decreto expropriatório, mas ainda se tenha dado uma destinação voltada ao interesse público, caracterizando uma trestinação lícita, não há que se permitir a retrocessão. O particular lesado na sua esfera jurídica terá direito a uma indenização por perdas e danos, que será pleiteada pela pretensão a título de responsabilidade civil administrativa delitual, gerada por condutas ilícitas da Administração Pública. No entanto, como apresentado no Recurso Especial nº 623.511/RJ, o instituto tem sua serventia e segue, como um meio de garantir ao particular o direito de restabelecer o bem indevidamente apossado.

Sobre o tema, Bernardo Strobel Guimarães e Egon Bockmann Moreira alertam que, em que pese a possibilidade da Administração Pública poder alterar os objetivos previamente

³⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 623.511/RJ**. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: Helena Maria de Vasconcelos Leviair outros. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 06 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019.

declarados, como na mudança da finalidade pública, nos decretos expropriatórios. “*Essas alterações devem observar certos requisitos para sua validade não havendo uma imunidade de ordem geral que permita à Administração mudar livremente a destinação dos bens expropriados, como se isso fosse um indiferente jurídico.*”³⁸⁸ Assim, a finalidade declarada é um dos mais importantes elementos para controlar o exercício das competências expropriatórias. “*Na ausência da superveniência de fatos novos, a decisão anteriormente produzida, seja ela de que natureza for, deve ser respeitada pela Administração.*”³⁸⁹

Os autores complementam que:

[...] **modificá-la supervenientemente sem qualquer formalidade e impedir que o particular se insurja de modo direto em face desse ato é contrariar flagrantemente o devido processo legal inerente à desapropriação.** Não se pode perder de vista que a propriedade só pode ser legitimamente sacrificada por razões públicas confirmadas em um processo que garanta a ampla defesa. Fora dessas condições não é legítimo o sacrifício da propriedade à luz da Constituição. **O argumento utilitarista de que uma vez que ao bem se deu uma destinação pública (que não foi devidamente afirmada de modo válido) não há que reclamar é, em essência, contrário aos cânones do devido processo legal.** Disto resulta que nos casos em que a alteração de destinação se faz sem qualquer formalização idônea não pode ser prestigiada a ação da Administração como um meio idôneo de imposição do sacrifício do direito de propriedade.³⁹⁰ (grifo nosso)

Sobre o tipo de direito que o expropriado tem, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta a existência de três correntes. A primeira entende “*não mais existir, no direito brasileiro, a retrocessão como **direito real** de reivindicar o imóvel de volta, substituindo apenas como direito **pessoal** de pleitear perdas e danos.*”³⁹¹ São partidários dessa primeira corrente, Hely Lopes Meirelles, Diógenes Gasparini, Clovis Beviláqua, F. Whitake, dentre outros. A segunda corrente defende “*que permanece a retrocessão, como **direito real**, ou seja, como direito à reivindicação do imóvel expropriado.*”³⁹² São integrantes dessa segunda corrente, Odete Medauar e Celso Antônio Bandeira de Mello,³⁹³ Edmir Netto de Araújo e, mais recentemente,

³⁸⁸ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; MOREIRA, Egon Bockmann. A desapropriação no Estado Democrático de Direito. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 583.

³⁸⁹ Ibidem, p. 584.

³⁹⁰ Ibidem.

³⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p 262.

³⁹² Ibidem.

³⁹³ Celso Antônio Bandeira de Mello discorda do entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para o autor só existem dois tipos de direito, “um que lhe advém diretamente da Constituição; outro que lhe foi outorgado pelo Código Civil.”³⁹³ Assim, não há a possibilidade de um direito de natureza mista. Para o autor: “*data venia*, erroneamente, imaginaram que se estaria em face de um “direito de natureza mista” - pessoal e real. O óbvio, entretanto, é que não há direito de natureza mista. retrocessão é retrocessão: direito *real* - o de reaver o bem. Direito de preferência é direito de preferência: direito *pessoal* - o de que lhe seja oferecido o bem para readquiri-lo, pena de perdas e danos. São simplesmente *dois direitos perfeitamente distintos* e que podem ser alternativamente (e

José Carlos de Moraes Salles³⁹⁴. A terceira, da qual Maria Sylvia Zanella Di Pietro é grande expoente, tendo como defensores, Carlos Alberto Dabus Maluf e Antônio de Pádua Ferraz Nogueira, entende que a retrocessão é um direito de natureza mista, obrigacional e real, sendo facultado ao proprietário lesado, quando verificado desvio na destinação do bem, previsto no decreto expropriatório, pleitear o restabelecimento do bem ou a indenização por prejuízos comprovados.³⁹⁵ Para a autora:

[...] pode ocorrer, no entanto, que a devolução do imóvel tenha se tornado problemática, em decorrência de sua transferência a terceiros, de alterações nele introduzidas, de sua deterioração ou perda, da realização de benfeitorias; nesse caso, podia o ex-proprietário pleitear indenização, que corresponderia ao mesmo preço da desapropriação, devidamente corrigido, com alterações para mais ou para menos, conforme as melhorias ou deteriorações incidentes sobre o imóvel.³⁹⁶

Sobre as correntes da natureza jurídica da retrocessão, José Carlos de Moraes Salles aduz que a questão é de grande interesse, haja vista interferir no tipo de compensação ao lesado. Assim, o autor declara que

[...] para os que entendem ser a retrocessão simples direito pessoal, a não aplicação do bem na finalidade para a qual fora desapropriado gera, apenas, a consequência da indenização do ex-proprietário por perdas e danos. Para os que a consideram direito real, descumprido, mediante devolução do preço pago pelo expropriante.³⁹⁷

Sobre o assunto da natureza jurídica da retrocessão, está pacificado nos Tribunais Superiores, o entendimento da natureza de direito real do instituto. No Recurso Especial nº 868.655, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relatora a Ministra

excludentemente) utilizados.”³⁹³. No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, deve-se ser examinado a situação concreta para deduzir se houve ou não intenção da Administração Pública de abandonar o bem e gerar o direito real para o lesado de reaver o bem. Para o autor, “tal ponto de vista - o de que há de ser examinada *in concreto* a situação, para daí deduzir-se se **houve** intento de abandonar o bem, expressado mediante comportamentos explícitos, tácitos ou expressos.”³⁹³ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 30 ed, revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 916

³⁹⁴ “Para nós, retrocessão é direito real, direito que incide sobre o bem, no sentido de que o expropriado, ex-proprietário, pode exigir a reincorporação do referido bem ao seu patrimônio, se não houver sido utilizado na finalidade para a qual a desapropriação se realizara. SALLES, José Carlos de Moraes. **Desapropriação a luz da doutrina e da jurisprudência**. 6 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p.835

³⁹⁵ Para melhor entendimento das correntes sobre a natureza jurídica da retrocessão, sugiro ao leitor que utilize o livro *Direito administrativo*. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, da autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

³⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 263.

³⁹⁷ SALLES, José Carlos de Moraes. **Desapropriação a luz da doutrina e da jurisprudência**. 6 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p.826

Eliana Calmon, reconhece que “*a jurisprudência desta Corte e do STF adotou corrente no sentido de que a ação de retrocessão é de natureza real.*”³⁹⁸

Entretanto, em que pese a importância da natureza jurídica do instituto da retrocessão para determinação de sua existência, o assunto não é o foco deste estudo, então não será aprofundado. O importante é que caso haja a possibilidade de reaver o imóvel, em uma indevida destinação prevista em ato expropriatório, o lesado torna-se o titular de uma pretensão ao restabelecimento de sua posição jurídica subjetiva violada, contudo, caso não seja possível a restituição do bem, o lesado torna-se titular de uma pretensão indenizatória a título de responsabilidade civil administrativa delitual, devido ao não cumprimento do previsto em ato expropriatório.

Sobre a possibilidade de reaver o imóvel, Kiyoshi Harada ressalta a necessidade de se provar a intenção da Administração Pública de não utilizar o bem para qualquer finalidade e, assim, pleitear seu direito sobre o imóvel. Kiyoshi Harada reforça que não há um prazo certo para a destinação efetiva do imóvel desapropriado, “*só a destinação efetiva do bem a uma finalidade que não seja de interesse público é que revela objetivamente o desvio de finalidade ensejador da retrocessão.*”³⁹⁹

Odete Medauar aduz que, embora não haja um período legal para que a Administração Pública se manifeste sobre o destino do imóvel desapropriado, no entendimento jurisprudencial, a demora na decisão pode ser considerada como um tipo de desapropriação, motivada por vingança ou por concessão de benefício a alguém:

[...] o fato da não utilização do bem expropriado não caracteriza, por si só, independentemente das circunstâncias, desvio do fim da desapropriação. [...] **Exige-se, então, prova de que o bem não será aproveitado conforme a destinação prevista inicialmente ou destinação outra, prevista em lei ou de finalidade pública.** No entanto, diferente deveria ser a orientação adotada: **aceitar a não utilização do bem, sem consequência alguma, sem que o expropriado possa agir perante o Judiciário, é o mesmo que admitir a desapropriação sem fundamento, o que seria inconstitucional. A inércia da Administração revela a desnecessidade da expropriação realizada: se não ensejar retrocessão, estimula a desapropriação por razões subjetivas, por motivos de vingança ou para beneficiar alguém.** Melhor seria a consideração de prazo razoável para o aproveitamento do bem.⁴⁰⁰ (grifo nosso)

³⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **recurso especial nº 868.655/MG**. Recorrente: Cia de administração e Participação Veman. Recorrido: Serviço Social da Indústria (SESI) Relator: Ministro Eliana Calmon. DJ: 06 de março de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019. Com mesmo entendimento, REsp 943.604/CE, que teve como relator o Ministro Luiz Fux, da Primeira Turma do STJ, julgado em 05 de março de 2009 e REsp 816.251/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 14/03/2006

³⁹⁹ HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 278.

⁴⁰⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 361.

Em consequência dos fatos, verifica-se que há duas possibilidades para o particular, lesado por uma desapropriação ilegal, ter sua esfera jurídica recomposta. A primeira, caso possa ter seu bem reconstituído ao seu domínio, o particular será o titular de uma pretensão ao restabelecimento de sua posição jurídica subjetiva violada, por uma conduta ilegal do Poder Público. A segunda, caso não seja possível o retorno bem ao proprietário, o lesado poderá pleitear o direito de recompor sua esfera jurídica por perdas e danos, além de possíveis valores deixados de perquirir por não ter a propriedade do seu imóvel, por meio da pretensão a título da responsabilidade civil administrativa delitual.

Sobre a questão do desvio de finalidade, Marçal Justen Filho entende que cabe diferenciar desvio de finalidade da tredestinação. Para o autor, desvio de finalidade consiste na utilização da competência expropriatória para finalidade distinta daquela que foi reservada, sendo um defeito contemporâneo à edição do ato. Por exemplo, “*há desvio de finalidade quando a expropriação é destinada a prejudicar um inimigo político, tal como se passa quando se pretende desapropriar a residência do adversário do governante.*”⁴⁰¹ Já a tredestinação é a alteração superveniente da destinação a ser dada pela Administração Pública ao bem expropriado. Assim, “*a tredestinação pressupõe, então, a superveniência de fatos que acarretem a impossibilidade ou a inconveniência da manutenção da concepção original que motivara a desapropriação.*”⁴⁰² Destarte, caso a nova destinação dada ao bem não siga a obrigatoriedade da finalidade pública, essa tredestinação será ilícita e dará margem ao instituto da retrocessão, contudo, se estiver dentro dos limites da competência expropriante, sendo uma tredestinação lícita, não caberá ao particular restabelecer sua posição jurídica violada, restando-lhe o direito de pleitear uma indenização.

Assim, independente do conceito de desvio de finalidade e tredestinação, o fato é que o entendimento recorrente dos Tribunais Superiores que é um bem particular, mesmo mediante um apossamento ilegal, caso tenha uma destinação pública, não será restabelecido ao seu antigo proprietário. No Recurso Especial nº 1.025.801/SP, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relatora a Ministra Eliana Calmon, entendeu que não cabe retrocessão, quando a Administração Pública der uma destinação que atende aos interesses públicos, mesmo que essa seja contrária à destinação prevista no ato expropriatório:

⁴⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** (livro eletrônico). 4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://ler-online.saraiva.com.br/saraiva>. Acesso em: 05 de novembro de 2018, p. 78/125.

⁴⁰² Ibidem.

[...] **multo embora não cumprida a destinação prevista no decreto expropriatório [...], não houve desvio de finalidade haja vista que o interesse público permaneceu resguardado [...].** Assim, em não tendo havido o desvio de finalidade, [...] não há vício algum que enseje ao particular ação de retrocessão ou, sequer, o direito a perdas e danos. [...] “O desvio de finalidade que leva à retrocessão não é o simples descumprimento dos objetivos que justificaram a desapropriação. **Para que o expropriado tenha direito à devolução do imóvel, ou seja indenizado, é necessário que o Poder Público dê ao bem destinação que não atenda ao interesse público.**”⁴⁰³ (grifo nosso)

A questão de se diferenciar a tredestinação lícita da ilícita é recorrente entre os doutrinadores. Desta forma, Odete Medauar ressalta que a tredestinação ocorre nas situações em que:

[...] o bem foi usado para finalidade diversa daquela apontada no ato expropriatório, mas é usado para outra finalidade de interesse público, considera-se haver *tredestinação lícita*; se for dada finalidade alheia ao interesse público, há *tredestinação ilícita*, a significar desvio de finalidade. Quando o Poder Público não atribui finalidade alguma ao bem expropriado, ocorre a chamada *adestinação*.⁴⁰⁴

Sobre a tredestinação, Bernardo Strobel Guimarães e Egon Bockmann Moreira ressaltam que “*em face das desapropriações em que o destino dado ao bem não corresponda ao inicialmente invocado para deflagrar o processo expropriatório (seja por meio da retrocessão seja por meio de ação fundada na violação do direito de perempção)*”, nesses casos, o destino do bem deva ser completamente divorciado de qualquer finalidade pública, cabendo a tredestinação nas hipóteses em que “*o bem seja alienado a terceiro ou sua utilização fosse manifestamente viciada.*”⁴⁰⁵

Outra questão relevante que Bernardo Strobel Guimarães e Egon Bockmann Moreira discutem no seu artigo é sobre os bens que não recebem destinação alguma em prazo razoável. Para os autores, a omissão na utilização do bem tem que ser entendida como um desvio da nossa ordem constitucional. “*A situação de inércia da Administração não pode receber chancela de qualquer ordem. Não utilizar o bem equivale a utilizá-lo indevidamente. Além dessas hipóteses*

⁴⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1025801/SP**. Recorrente: Maria Ana da Conceição Silva e Outros. Recorrido: Município de Cubatão. Relator: Ministra Eliana Calmon. DJ: 20 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019. No mesmo sentido: o EDcl no REsp 841.399/SP, relator ministro Mauro Campbell Marques, da Segunda Turma, julgado em: 14/09/2010; REsp nº 847.092/MG, relatora a ministra Denise Arruda, julgado em 18/09/06 e REsp nº 800.108/SP, relator o ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 20/03/06.

⁴⁰⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 359.

⁴⁰⁵ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; MOREIRA, Egon Bockmann. A desapropriação no Estado Democrático de Direito. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 582.

permitirem a insurgência do particular.”⁴⁰⁶ Em que pese o entendimento contrário dos autores, na tredestinação lícita não há um ‘prazo razoável’ a se aguardar para que seja dada outra destinação pública, que não seja a prevista no decreto expropriatório.⁴⁰⁷

Com relação à indenização, Kiyoshi Harada traz uma percepção interessante sobre a indenização dada ao proprietário de um bem apossado indevidamente. Para o autor, “*basta lembrar que todo e qualquer prejuízo acarretado pelo Poder Público é passível de indenização consoante a regra do § 6º do art. 37 da CF/88, que define a responsabilidade objetiva do Estado.*”⁴⁰⁸

Esse entendimento só vem a corroborar a importância do estudo das pretensões reintegratórias do particular frente às condutas lesivas da Administração Pública, pois observa-se que não somente pela responsabilidade civil da Administração Pública, o particular pode pleitear a recomposição da sua esfera jurídica, lesionada por condutas administrativas e que mesmo no âmbito dessa pretensão, há a divisão por modalidades, seja a delitual, seja por atos lícitos.

4.5.2 Desapropriação indireta

A desapropriação indireta, segundo Kiyoshi Harada, nada mais é que instrumento processual que imporá a Administração Pública uma obrigação de indenizar o ato ilícito, “*representado pelo desapossamento da propriedade particular, sem o devido processo legal, que é a desapropriação.*”⁴⁰⁹ Ainda segundo o autor, “*a ação do Poder Público é de uma ilegalidade manifesta, caracterizando-se o esbulho possessório.*”⁴¹⁰

Maria Sylvia Zanella Di Pietro corrobora o entendimento que a desapropriação indireta se processa sem a observância do procedimento legal e costuma ser equiparado ao esbulho. Além disso, a autora ressalta a premência do particular em obstar a conduta administrativa de apossamento ilegal do seu imóvel, pois, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “*os bens*

⁴⁰⁶ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; MOREIRA, Egon Bockmann. A desapropriação no Estado Democrático de Direito. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 585.

⁴⁰⁷ Embasam esse entendimento os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça: REsp 1025801 / SP. Relator: Eliana Calmon. DJ: 20/08/2009; REsp 814570 / SP. Relator: Mauro Campbell Marques. DJ: 17/08/2010; EDcl nos EDcl no REsp 841399 / SP. Relator: Mauro Campbell Marques. DJ: 14/09/2010.

⁴⁰⁸ HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 279

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 291.

⁴¹⁰ Ibidem.

expropriados, uma vez incorporados ao patrimônio público, não podem ser objeto de reivindicação.”⁴¹¹

Carlos Alberto Dabus Maluf alega que, muitas vezes, o expropriante sem decreto de utilidade pública, imite-se na posse de um imóvel para construir uma estrada, abrir uma rua. *“Assim, se apossam ilegalmente da propriedade privada, [...] comentem um ato ilícito. Praticam um verdadeiro esbulho possessório.*”⁴¹²

Alexandre Santos de Aragão alude que caso haja na limitação administrativa uma proibição de total uso da propriedade privada, está caracterizada a desapropriação indireta, já que não é de se esperar que alguém adquira terras para não as aproveitar economicamente, devendo o proprietário ser indenizado, *“o que explica também em razão do princípio da solidariedade social, pelo qual um indivíduo não deve arcar sozinho com o prejuízo que sofreu para atender o interesse de toda a sociedade.*”⁴¹³

Nas palavras de José Carlos de Moraes Salles, na desapropriação indireta ocorre o *“desapossamento ou apossamento administrativo, pelo simples fato de que o Poder Público, inexistindo acordo ou processo judicial adequado, se apossa do bem sem o consentimento de seu proprietário”*.⁴¹⁴ A partir daí a obrigação em provar que o ato expropriatório é ilegal, transfere-se a este último, ou seja, o proprietário terá o ônus de provar em juízo que foi esbulhado em sua propriedade para pleitear a indenização devida. *“Inverte-se, portanto, as posições: o expropriante, que deveria ser autor da expropriatória, passa a ser réu da ação indenizatória; o expropriado, que deveria ser réu da expropriatória, passa a ser autor da indenizatória”*⁴¹⁵

Gustavo Binenbojm ressalta que os casos de excessiva regulação ambiental podem ensejar o que se convencionou chamar desapropriação indireta. *“O administrador público que esvaziar em demasia o conteúdo econômico e a funcionalidade de bens imóveis por razões ambientais ataca o cerne do direito de propriedade, gerando, inclusive, direito de indenização.*”⁴¹⁶ O autor faz um paralelo com o Direito norte-americano, alegando que:

⁴¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed, rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 259

⁴¹² MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Teoria e prática da desapropriação**. 3 ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 303.

⁴¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Limitações administrativas e a sua excepcional indenizabilidade. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord). **Poder de polícia na atualidade**. Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico (CEDAU). Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 115

⁴¹⁴ SALLES, José Carlos de Moraes. **A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 728

⁴¹⁵ Ibidem.

⁴¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. Regulações expropriatórias. **Justiça & Cidadania**. Rio de Janeiro, 117 ed, p. 21-25, nº2, abr., 2010. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/regulacoes-expropriatorias>. Acesso em: 22/01/2019.

[...] o rótulo de “expropriação regulatória” (regulatory taking) designa estas situações em que o Poder Público, a pretexto de disciplinar o exercício de direitos, acaba por exceder suas atribuições na limitação à propriedade privada. São hipóteses em que o Estado vai longe demais, em desrespeito ao conteúdo essencial do direito de propriedade e à vedação de sua utilização pública sem justa compensação (5ª Emenda). O caso paradigma em que originariamente ficou reconhecida a possibilidade de expropriação regulatória foi *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 206 U.S. 393 (1922).⁴¹⁷

Ratificando o apresentado, a Suprema Corte Norte-americana julgou um caso emblemático *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, 438 U.S. 104 (1978), na qual a empresa Penn Central, proprietária do *Grand Central Terminal*, que foi declarado pela Comissão de Preservação de Marcos, um marco histórico da cidade de Nova York. (*historic district*), ficou impedida de construir um edifício de escritórios sobre o Grand Terminal. O caso chegou na Suprema Corte que entendeu que o impacto econômico para a empresa não foi grave o suficiente para que houvesse algum tipo de compensação financeira, não havendo também a apropriação do terminal. Sobre o assunto, o juiz William Joseph Brennan Jr decidiu que:

[...] Its designation as a landmark not only permits but contemplates that appellants may continue to use the property precisely as it has been used for the past 65 years: as a railroad terminal containing office space and concessions. So the law does not interfere with what must be regarded as Penn Central's primary expectation concerning the use of the parcel. More importantly, on this record, we must regard the New York City law as permitting Penn Central not only to profit from the Terminal but also to obtain a "reasonable return" on its investment⁴¹⁸.

Nesse contexto, André Rodrigues Cyrino ressalta que nos Estados Unidos o tema *regulatory takings* já apresenta desde muito tempo importante bibliografia especializada, o que se pode verificar nas jurisprudências tratadas na Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA). Nos casos de maior relevância, houve uma constante discussão entre o texto da Quinta Emenda da Constituição dos EUA, que na sua parte final, estabelece que a propriedade privada não poderá ser tomada para uso público, sem a devida compensação. Dentre os casos de mais emblemáticos, cita-se o caso *Pennsylvania v. Mahon*, julgado em 1922 e o caso *Keystone Bituminous Coal Association v. DeBenedictis*, julgado em 1987.⁴¹⁹

⁴¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. Regulações expropriatórias. **Justiça & Cidadania**. Rio de Janeiro, 117 ed, p. 21-25, nº2, abr., 2010. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/regulacoes-expropriatorias>. Acesso em: 22/01/2019.

⁴¹⁸ UNITED STATES. Supreme Court. **438 U.S. 104**. *Penn Central Transportation Co. v. New York City*. 25 jun, 1978. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/104>. Acesso em: 22/01/ 2019.

⁴¹⁹ CYRINO, André Rodrigues. Regulações Expropriatórias: Apontamentos para uma teoria. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 199-235, set./dez. 2014, p 208-210.

O contexto apresentado corrobora a importância do tema de estudo, pois não necessariamente haverá o interesse do proprietário em receber algum tipo de indenização pelo apossamento de seu bem, seja ilícito ou mesmo lícito, deve-se permitir a ele a possibilidade de reaver sua propriedade, caso seja de seu interesse e compatível com o interesse coletivo.⁴²⁰ O que pode servir de alicerce para tal afirmação é a alegação de Gustavo Binbenbojm, o qual defende que as hipóteses de regulação expropriatória devem ser analisadas pelo prisma do princípio da proporcionalidade, “*com a análise sucessiva dos seus três elementos ou subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.*”⁴²¹ Segundo o autor, a regulação expropriatória é aquela que não é proporcional, na medida em que se afigura desnecessária ou mesmo desproporcional. “*A menos que seja a única forma de se atingir determinado fim constitucionalmente previsto, o sacrifício desmedido de direitos deve ser evitado.*”⁴²²

Partindo desse entendimento, pode-se observar que nas questões relacionadas entre o meio ambiente e a desapropriação indireta, André Rodrigues Cyrino apresenta um panorama de mudanças no entendimento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça no decorrer dos anos. Assim, o autor afirma que não há uma solução definitiva nesses Tribunais Superiores e que ambos possuem orientações distintas:

[...] O STJ teve dois momentos. Numa primeira fase, admitiu em grande medida a possibilidade de caracterização de desapropriação indireta em razão de regulações gerais (geralmente rotuladas de limitações administrativas). Essa orientação, porém, modificou-se nos últimos anos. Já o STF admite (ao menos em *obiter dictum*) a possibilidade de caracterização da modalidade expropriatória indireta por meio de limitações administrativas de caráter regulatório, reconhecendo que a gravidade das restrições promovidas por normas gerais poderia ensejar proteção judicial.⁴²³

André Rodrigues Cyrino apresenta como exemplo, o emblemático caso da criação do Parque Estadual da Serra do Mar⁴²⁴, que gerou inúmeros precedentes que tentaram sem sucesso

⁴²⁰ Alexandre Santos do Aragão tem entendimento contrário, afirmando que “nesses casos, o prejuízo do particular, em razão da legitimidade dos condicionamentos impostos, por mais intensos que sejam, se resolverá sempre apenas em indenização, nunca pelo retorno ao *status quo ante*. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 511.

⁴²¹ BINENBOJM, Gustavo. Regulações expropriatórias. **Revista Justiça&Cidadania**, ed 117, 2010. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/regulacoes-expropriatorias>. Acesso em: 22/01/2019.

⁴²² BINENBOJM, Gustavo. Regulações expropriatórias. **Justiça & Cidadania**. Rio de Janeiro, 117 ed, p. 21-25, nº2, abr., 2010. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/regulacoes-expropriatorias>. Acesso em: 22/01/2019.

⁴²³ CYRINO, André Rodrigues. Regulações Expropriatórias: Apontamentos para uma teoria. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 199-235, set./dez. 2014, p 219.

⁴²⁴ “O parque da Serra do Mar do Estado de São Paulo foi criado em 1977 pelo Decreto Estadual nº 10.251, alterado pelo Decreto Estadual nº 13.313/1979. O regulamento também estabeleceu que as terras compreendidas no parque fossem, desde então, declaradas de utilidade pública para fins de desapropriação, por via judicial ou amigável. Esperava-se que se expedissem novos decretos de modo a concretizar as desapropriações, inclusive com o pagamento de indenização prévia, em dinheiro. Todavia, nem todas as terras foram efetivamente desapropriadas,

definir os requisitos da desapropriação indireta. Segundo o autor, no primeiro momento, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a ocorrência de desapropriação indireta no processo expropriatório da criação do Parque Estadual da Serra do Mar, aplicando o entendimento segundo o qual “*existirá desapropriação indireta sempre que houver perda dos poderes inerentes ao domínio, ainda que promovida por limitação administrativa geral. Determinou-se, assim, em diversos casos, o pagamento de indenização, acompanhada de juros.*”⁴²⁵

Em um segundo momento, conforme André Rodrigues Cyrino, no Superior Tribunal de Justiça houve uma mudança de interpretação, passando ao entendimento que a criação do parque não acrescentou qualquer limitação àquelas preexistentes, que já vedavam a utilização indiscriminada da propriedade. Assim, as medidas em questão eram meras limitações administrativas:

[...] porquanto inexistente esbulho possessório pelo poder público, bem como inócua o esvaziamento de todas as faculdades inerentes ao domínio. Segundo o STJ, impossível o pleito indenizatório em decorrência de imposição de caráter geral, que deveria ser suportada pelos proprietários, em benefício de toda a coletividade. Além disso, a criação do parque seria nada mais que um meio apto a dar efetividade à função social da propriedade.⁴²⁶

Como se pode observar no Recurso Especial nº 1.355.167/MG, tendo como relator o Ministro Og Fernandes, no qual a Segunda Turma deu provimento ao recurso do Ente Público, sobre a criação de lagos artificiais em terras particulares, declaradas de preservação permanente, o relator declara que “*tese de que a criação de área de preservação permanente, em decorrência da formação do lago, tem o caráter de desapropriação indireta. Referido*

muito embora não mais pudessem ser economicamente exploradas.” CYRINO, André Rodrigues. Regulações Expropriatórias: Apontamentos para uma teoria. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 199-235, set./dez. 2014, p 211

⁴²⁵ CYRINO, André Rodrigues. Regulações Expropriatórias: Apontamentos para uma teoria. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 199-235, set./dez. 2014, p 220. Com esse precedente cita-se: REsp nº 94.297/SP, relator: ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe: 2-12-2002.; REsp nº 122.114/SP, relator: ministro Paulo Galloti, Segunda Turma, DJe 1-4-2002; REsp nº 271.927/SP, relator ministro Franciulli Neto, Segunda Turma, DJe 1-12-2003; REsp nº 209.297/SP, relator ministro Paulo Medina, Segunda Turma, DJ 10-3-2003; REsp nº 435.128/SP, relator ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe: 19-5-2003.

⁴²⁶ CYRINO, André Rodrigues. Regulações Expropriatórias: Apontamentos para uma teoria. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 199-235, set./dez. 2014, p 221. Com esse entendimento, cita-se: EREsp nº 610.158/SP, relator ministro Castro Meira, DJe 22-9-2008; AgRg no REsp nº 649183/SP, relator ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 4-2-2010 e EDcl no AREsp nº 150.667/SP, relatora ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 15-10-2013. Em outros acórdãos, sobre o tema área de preservação permanente, o Superior Tribunal de Justiça ratificou o mesmo entendimento: AgRg nos EDcl no Resp nº 1417632 MG, relator ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11-2-2014.; AgRg no REsp nº 1.361.025/MG, relator ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29-4-2013

*entendimento diverge da jurisprudência desta Corte, a qual entende que se trata, nessas hipóteses, de limitação administrativa.*⁴²⁷

Ainda sobre as decisões do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com André Rodrigues Cyrino, em que pese o novo entendimento das restrições de uso nas propriedades privadas localizadas no Parque Estadual da Serra do Mar. A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o Ministro José Delgado, entendeu “*ser devida a indenização somente no caso de restar comprovada limitação administrativa mais extensa que as já existentes na área antes do decreto e, também, prejuízo concreto decorrente da impossibilidade de exploração econômica da propriedade.*”⁴²⁸

Com relação ao Supremo Tribunal Federal, André Rodrigues Cyrino cita que esta Corte entende que as limitações administrativas podem caracterizar desapropriação indireta. “*Para o STF, a criação de áreas de proteção permanente geraria o dever de indenizar, porquanto as matas teriam um valor econômico que é esvaziado pela regulação ambiental.*”⁴²⁹ Corroborando esse entendimento, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 529698/SP, tendo como relator o Ministro Sepúlveda Pertence, negou provimento ao recurso do Estado de São Paulo, afirmando no voto do relator que “*assente a jurisprudência do Supremo Tribunal de que é devida indenização pela desapropriação de área pertencente à reserva florestal Serra do Mar, independentemente das limitações administrativas impostas para proteção ambiental dessa propriedade.*”⁴³⁰

Concluindo sobre a questão ambiental e a desapropriação indireta, André Rodrigues Cyrino ressalta que o Supremo Tribunal Federal, embora reconheça a possibilidade de caracterização da desapropriação indireta nos casos das reservas ambientais:

[...] considera a matéria como de ordem infraconstitucional, inviabilizando recursos extraordinários, e reforçando o papel do STJ no tratamento do problema. Segundo o STF, a possibilidade ou não de indenização pela desapropriação

⁴²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.355.167/MG**. Recorrente: Companhia Energética de Minas Gerais- Cemig. Recorrido: João Alvarenga Rios e outros. Relator: Ministro Og Fernandes. DJ: 19 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019. No mesmo sentido cita-se os acórdãos; REsp 1.345.908/MG, Relator: Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 20/2/2018, DJe 26/2/2018; AgRg nos EDcl no REsp 1.417.632/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 6/2/2014, DJe 11/2/2014 / REsp 1.409.486/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3/4/2014, DJe 24/10/2016

⁴²⁸ CYRINO, André Rodrigues. Regulações Expropriatórias: Apontamentos para uma teoria. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 199-235, set./dez. 2014, p 222. Com o mesmo entendimento cita-se: REsp nº 257.970/SP, relator ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 21-02-2006 e REsp nº 628.698/SP, relator ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 21-02-2006

⁴²⁹ Ibidem, p. 222.

⁴³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgReg. no AI nº 529.698/SP**. Agrte: Estado de São Paulo. Agdo: Serralheria Taubaté Ltda. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 12 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 29/01/2019

indireta, apesar de reconhecida pelo Tribunal, não agride diretamente a Constituição.⁴³¹ (grifo nosso)

Retornando sobre o assunto da desapropriação indireta, Alexandre Santos de Aragão entende que há duas espécies de desapropriações:

[...] o esbulho possessório do bem por parte do Estado seguido da sua afetação a serviços públicos (ex.: o Estado simplesmente ocupa um terreno particular e lá constrói uma escola pública – desapropriação indireta – esbulho); e a decorrente de condicionamentos legais ou administrativos à propriedade (ex.: lei ou regulamento que proíba o desmatamento de cem por cento em uma área pertencente a particulares – desapropriação indireta regulatória).⁴³²

Ainda conforme o autor, a desapropriação indireta por esbulho será sempre ilícita, já as por regulação, poderão ou não ser constitucionais, sobretudo à luz do atendimento ou não ao princípio da proporcionalidade, mas em ambas as hipóteses geram direito à indenização. Assim, em ambos os casos, “*o fundamento da indenização devida ao particular não é o art. 5º, inc. XXIV da CF/88 (justa indenização pela desapropriação), mas sim o art. 37, § 6º, CF/88 (responsabilidade objetiva do Estado), pode ser desencadeada por comportamentos estatais ilícitos ou lícitos.*”⁴³³

Cabe uma reflexão nas palavras de Alexandre Santos do Aragão, levando em consideração todo o entendimento de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, pode-se concluir, que as desapropriações indiretas, por serem geradas por atos expropriatórios ilícitos, permitem ao particular lesado em sua esfera jurídica pleitear o restabelecimento de sua posição jurídica violada, ou seja, a restituição do bem esbulhado, contudo, caso não haja a possibilidade do bem ser restituído para o proprietário, será necessária uma compensação financeira pelos prejuízos causados, tornando o lesado titular de uma pretensão a título de

⁴³¹ CYRINO, André Rodrigues. Regulações Expropriatórias: Apontamentos para uma teoria. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 199-235, set./dez. 2014, p 223. O autor afirma que “o não tratamento da matéria sob o ponto de vista constitucional é um erro a merecer reparo. Sem se adentrar uma discussão sobre o mérito dos casos concretos citados, parece certo que o problema deveria ser colocado em termos diversos, fundados num debate constitucional sobre a proteção da propriedade. Referidas questões deveriam ser analisadas do ponto de vista de uma possível regulação expropriatória, meio disfarçado de violação ao sistema constitucional de proteção à propriedade privada.” Ibidem, p. 225.

⁴³² A segunda espécie é a desapropriação indireta-restrição administrativa ou desapropriação regulatória, expressão semelhante a que a Suprema Corte dos EUA adota (regulatory takings). Dá-se através da instituição de uma suposta limitação administrativa à propriedade que, ao contrário do que determinaria a sua natureza, acaba por retirar o conteúdo econômico do bem (ex.: vedação total a construções ou plantações em área de preservação ambiental, mudança do limite de altura para apenas dois andares de prédios no centro comercial de grande metrópole, transformação de uma atividade econômica em serviço público titularizado com exclusividade pelo Estado.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 508- 510

⁴³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 509.

responsabilidade administrativa delitual. Na hipótese que vislumbra Alexandre Santos de Aragão, em que poderia haver uma desapropriação regulatória lícita, não havendo a possibilidade da restituição do bem ao proprietário, este torna-se titular de uma pretensão a título de responsabilidade administrativa por atos lícitos.⁴³⁴

Nesse contexto, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso do particular lesado em seu bem, pela criação de áreas especiais de proteção ambiental, que, segundo o autor do agravo, trouxe um esvaziamento no seu direito de propriedade. No Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 155.302/RJ, o relator, o ministro Humberto Martins, declara que:

[...] a criação de áreas especiais de proteção ambiental – salvo quando se tratar de algumas unidades de conservação de proteção integral e de uso sustentável em que a lei impõe que o domínio seja público – configura limitação administrativa, que se distingue da desapropriação. Assim, ainda que ocorrido danos aos agravados, em face de eventual esvaziamento econômico de propriedade, tais devem ser indenizados pelo Estado, por meio de ação de direito pessoal fundada na responsabilidade aquiliana.⁴³⁵

Duas questões podem ser entendidas do voto do ministro Humberto Martins, a primeira que pode haver exceções na determinação de áreas especiais de proteção ambiental, as quais ensejariam algum tipo de compensação financeira para o proprietário. A segunda questão é que mesmo se houver alguma restrição ao gozo e uso do bem por parte do proprietário, o fato não se caracterizaria em uma desapropriação indireta, haja vista não haver o apossamento do bem pelo Poder Público. Assim, caso haja um esvaziamento econômico do direito de propriedade, o lesado poderá pleitear uma indenização a título de responsabilidade civil administrativa delitual, mediante a comprovação do excessivo prejuízo econômico do bem, descaracterizando uma simples limitação administrativa.

No entendimento de Clóvis Benzos, a desapropriação indireta tem fundamento no Direito Francês juntamente com outros institutos como as denominadas *via de fato* e a *emprise*

⁴³⁴ Sobre a questão da desapropriação indireta regulatória, por atos lícitos, Alexandre Santos de Aragão, entende que “a chave para a indenizabilidade, serão a especificidade e a anormalidade da limitação em relação às faculdades inerentes ao direito de propriedade. Em outras palavras, para a restrição lícita ser indenizável ela tem que ser específica em relação a um ou alguns dos cidadãos, e não dirigida difusamente a toda a sociedade; e anormal, no sentido de não decorrer das limitações já inerentes à viabilização da vida em sociedade. Teremos que aferir, portanto, se os requisitos para eclodir a responsabilidade civil objetiva por ato ou norma lícita estão presentes.” Esses são os mesmos requisitos previstos por Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, para pretensão de responsabilidade civil administrativa por atos lícitos. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 511.

⁴³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1555.302/RJ**. Agravante: Evandro Veiga Negrão de Lima e outro. Agravado: Município de Cabo Frio. Relator: Ministro Humberto Martins. DJ: 13 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019

(apropriação).⁴³⁶ Em especial sobre a desapropriação indireta, o autor ressalta o desrespeito ao conteúdo do ato expropriatório pela Administração Pública, mediante apossamento de imóvel particular. Ainda segundo Clóvis Benzos, em que pese o art 1.228 do CC/02, o qual prevê o direito do proprietário reaver seu bem, caso tenha sido tomado ilegalmente, “*costumam negar, tanto a doutrina como a jurisprudência, o direito do proprietário de reaver seu bem do poder de quem injustamente o possua, [...] desde que incorporado ao patrimônio público.*”⁴³⁷ Sendo que caberá ao lesado somente pleitear uma indenização por perdas e danos.

Gustavo Binembojm reitera que a regulação que expropria “*será aquela com custos muito elevados para o direito de propriedade sem um benefício equiparável para os interesses da coletividade. Em outras palavras, a desproporcionalidade haverá quando os custos individuais superarem os benefícios coletivos da medida.*”⁴³⁸

Nesse contexto, em face da afetação do bem particular ao patrimônio Público, o proprietário ficaria privado de pleitear o restabelecimento de sua posição jurídica subjetiva violada, cabendo a ele somente pleitear uma indenização satisfatória, bem como, possíveis danos decorrentes do processo ilegal de apossamento do seu imóvel. Assim, este proprietário torna-se titular de outra modalidade de pretensão vista no segundo capítulo, a pretensão indenizatória por responsabilidade civil administrativa delitual.

Desta maneira, pode-se entender que esse tipo de ocupação administrativa ocorre por uma conduta ilegal da Administração Pública, a qual se apossa da propriedade privada sem seguir os trâmites legais, ou até mesmo, sem a devida dotação orçamentária, como afirma Kiyoshi Harada, “*e sem recursos financeiros necessários, com grave infração dos princípios orçamentários. [...] obedece sempre a um plano de melhoramento previamente aprovado por lei [...] só faltam os recursos orçamentários e financeiros. Daí o apossamento.*”⁴³⁹

Com relação à indenização ou ao restabelecimento do bem desapropriado, em que pese os acórdãos dos Tribunais Superiores serem unânimes em declarar que bens incorporados ao patrimônio público não podem ser objeto de reivindicação pelo seu antigo proprietário, o que é ratificado no art 35 do Decreto-lei nº 3.365 de 21 de junho de 1941. Há alguns doutrinadores que divergem desse entendimento.

⁴³⁶ Sobre os fundamentos dos institutos “via de fato” e “empreses”, sugiro a leitura do livro Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação, do autor Clóvis Benzos. Editora Fórum, 2016.

⁴³⁷ BEZNOS, Clóvis. **Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação**. 2 ed, ver. Ampl.e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 53.

⁴³⁸ BINENBOJM, Gustavo. Regulações expropriatórias. **Revista Justiça&Cidadania**, 117 ed, 2010. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/regulacoes-expropriatorias>. Acesso em: 22/01/2019.

⁴³⁹ HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 292.

Para Marçal Justen Filho, o apossamento fático pela Administração Pública fundado no art. 35 do Decreto-lei nº 3.365 de 21 de junho de 1941 depõe contra as normas da Constituição Federal de 1988. Assim, para o autor:

[...] tem de ser repudiada em vista da Constituição: se a desapropriação depende da prévia e justa indenização em dinheiro, a ser fixada judicialmente, não há fundamento jurídico mínimo para afirmar a aquisição do domínio por parte do Estado mediante um ato de força, incompatível com a ordem jurídica. É evidente que, em face da Constituição, cabe a reivindicação de bens indevidamente apossados pelo Estado. Aliás, cabe também a punição civil, administrativa e penal para o agente público que ousou ignorar a Constituição.⁴⁴⁰

Marçal Justen Filho entende que cabe a reivindicação de bens indevidamente apossados pela Administração Pública e não somente um tipo de indenização pela perda do bem e de possíveis danos causados pela conduta ilegal do Poder Público.

Com o mesmo entendimento, Clóvis Bezanos alude que a desapropriação indireta, além de configurar um esbulho possessório, “*vulnera frontalmente a Constituição Federal, que condiciona a desapropriação ao pagamento da prévia e justa indenização.*”⁴⁴¹ Para o autor, há o desrespeito de dois preceitos constitucionais, o apossamento administrativo sem o pressuposto da prévia e justa indenização e a falta do devido processo legal, contrariando os incisos:

[...] XXII do artigo 5º, que assegura o direito de propriedade, e XXIV do mesmo artigo, que além de condicionar a desapropriação à prévia ocorrência da necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, prescreve também a necessidade de um procedimento legal para a efetivação da desapropriação. Além disso, outro preceito constitucional vê-se atingido às escâncaras, que se amolda com a previsão referida do inciso XXIV do artigo 5º, contida no inciso LIV do mesmo artigo, que assegura a todos o *devido processo legal* em hipótese de privação da liberdade ou dos bens.⁴⁴²

Ainda sobre o assunto, Clovis Bezanos afirmar que:

[...] como se vê, a regra estatuída pelo citado artigo 35 não alcança os bens compreendidos na chamada desapropriação indireta, porque tais bens não podem ser considerados como expropriados”, pela ausência do requisito indenizatório e do processo legal, exigidos como pressupostos da desapropriação. Assim, não há no ordenamento jurídico respaldo normativo expresso a justificar a impossibilidade de ação de reivindicação do bem objeto de ilícito apossamento pelo Poder Público.⁴⁴³

⁴⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** (livro eletrônico). 4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://ler-online.saraiva.com.br/saraiva>. Acesso em: 05 de novembro de 2018, p. 114/125.

⁴⁴¹ BEZANOS, Clóvis. **Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação**. 2 ed, ver. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 54.

⁴⁴² Ibidem.

⁴⁴³ Ibidem, p. 59.

Do exposto, observa-se que na desapropriação indireta, caso o bem do particular esteja incorporado ao patrimônio público, este não terá mais a possibilidade de pleitear seu restabelecimento, restando recorrer à pretensão indenizatória a título de responsabilidade civil administrativa delitual, decorrente de perdas e danos, além de vantagens não auferidas.

4.5.3 Outras modalidades restritivas ilícitas da Administração Pública sobre a propriedade privada

Há outras situações em que a Administração Pública realiza condutas restritivas da propriedade privada, por meio de modalidades não remuneradas, mas que causam o parcial ou total esvaziamento do poder econômico do proprietário.

Sobre a questão, Kiyoshi Harada relata em sua obra que na restrição ao uso da propriedade, nesses casos, o imóvel do particular deveria ser desapropriado, caso não o seja dará margem para uma desapropriação indireta, cabendo ao proprietário o restabelecimento do bem ou pleitear uma justa indenização pela perda do direito de usufruir de sua terra, tornando-se titular de uma pretensão a título de responsabilidade civil administrativa delitual pela conduta ilícita da Administração Pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro corrobora esse entendimento aduzindo que “ *as limitações ou servidões que impedem **totalmente** o proprietário de exercer sobre o seu imóvel os poderes inerentes ao domínio; neste caso, também se caracterizará a desapropriação indireta.*”⁴⁴⁴ A autora menciona que nas situações em que a Administração Pública impõe restrições, como servidão ou tombamento, que esvaziam inteiramente o direito de propriedade, impedindo o proprietário de exercer os poderes inerentes ao domínio, não estão bem resolvidas na doutrina e jurisprudência e apresenta soluções que o proprietário pode pleitear, caso a Administração Pública não desaproprie de forma legal o imóvel:

[...] não efetuada a desapropriação, caracterizada estará a desapropriação indireta, mesmo não tendo ocorrido o apossamento exigido. A manter-se, para tais hipóteses, a exigência de apossamento, restará para o proprietário uma dupla alternativa: (a) **pleitear a invalidação do tombamento, por afetar integralmente o direito de propriedade sem a devida compensação** ou (b) **pleitear a indenização correspondente ao prejuízo sofrido, não só com fundamento no dispositivo constitucional que garante o direito de propriedade, mas também com base no**

⁴⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 259.

artigo 37, § 6º, da Constituição, que prevê a responsabilidade civil do Estado por danos causados aos particulares. ⁴⁴⁵ (grifo nosso)

Cabe algumas observações sobre as afirmações de Maria Sylvia Zanella DI Pietro, na hipótese em que não seja desapropriado o imóvel que apresenta limitações ao direito de propriedade mais severas do que as legalmente impostas, o particular se torna o titular de uma pretensão ao restabelecimento de sua posição jurídica subjetiva violada, se valendo de uma de suas subpretensões, restabelecendo o equilíbrio de sua esfera jurídica lesada. No entanto, caso não seja possível a restituição do bem, conforme afirma a autora, o particular torna-se titular de uma pretensão indenizatória a título de responsabilidade civil administrativa delitual, como visto no segundo capítulo desta dissertação, que engloba o valor do imóvel mais possíveis prejuízos causados ao proprietário no decorrer da ocupação administrativa.

Do apresentado, observa-se que há várias situações em que o particular poderá pleitear o restabelecimento de sua posição jurídica subjetiva violada, seja através do retorno do bem ao seu domínio, seja nos casos em que não será possível a restituição do bem, cabendo ao proprietário se satisfazer com o ressarcimento dos prejuízos que envolveram toda a conduta de apossamento pela Administração Pública.

4.6 IMPOSSIBILIDADE DO RESTABELECIMENTO LEGÍTIMO DE POSIÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS VIOLADAS

Há situações em que as pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas podem não ser possíveis de ocorrer. Assim, conforme ressaltam Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, existem duas situações em que o lesado em sua esfera jurídica fica impossibilitado de pleitear o restabelecimento do seu imóvel ilegalmente apossado pela Administração Pública. Tais situações são: a impossibilidade absoluta ou quando houver grave prejuízo para o interesse público.⁴⁴⁶

Destarte, seja na impossibilidade absoluta de restituir o imóvel ilegalmente apossado do seu proprietário, devido à sua destruição, seja na situação de grave prejuízo ao interesse coletivo, caso o bem seja restabelecido ao seu dono. Haverá uma ponderação entre o sacrifício do direito à propriedade e a garantia da intangibilidade do direito coletivo.

⁴⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 260.

⁴⁴⁶ Cabe salientar que há uma terceira situação do não restabelecimento legítimo do bem ao lesado, que será explanado no quinto capítulo, sobre a pretensão à reconstituição da situação atual hipotética do lesado.

Sobre o assunto, Teori Albino Zavascki ressalta que na desapropriação indireta, embora considerado um esbulho possessório, devido à sua utilização para implantar uma obra ou serviço público, havendo conflito de interesses entre o proprietário esbulhado e a Administração pública, “*a solução dada pelo Judiciário é a de converter a prestação específica (de restituir o bem) em prestação alternativa, de pagar o equivalente em dinheiro, um ‘justo preço’.*”⁴⁴⁷ O autor afirma que essa solução pode-se legitimar sob o prisma do interesse público e da destinação social do bem. “*Não teria sentido algum, com efeito, em nome do direito de propriedade, comprometer a obra pública já realizada e já incorporada a uma destinação comunitária.*”⁴⁴⁸

Na percepção de Teori Albino Zavascki, há três requisitos necessários na desapropriação indireta para que se imponha ao particular a substituição da retomada plena da sua propriedade pela prestação alternativa da indenização.

[..] O apossamento do bem pelo Estado, sem prévia observância do devido processo de desapropriação; a afetação do bem, isto é, sua destinação à utilização pública; e a impossibilidade material da outorga da tutela específica ao proprietário, isto é, irreversibilidade da situação fática resultante do indevido apossamento e da afetação.⁴⁴⁹

Nos casos de decisões judiciais que determinam o legítimo não restabelecimento ao seu proprietário, por alguma questão de cunho público, não há que se falar em retorno do bem, contudo, se fazendo valer das demais pretensões, pode-se concluir que o lesado em sua esfera jurídica se tornará um titular do direito a uma justa indenização, a título da responsabilidade civil administrativa por atos lícitos.⁴⁵⁰ Além disso, segundo Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, o lesado terá direito a pleitear outra indenização pelos prejuízos causados durante o processo expropriatório, por danos causados pelo apossamento ilegal, acrescido de juros moratórios, se for o caso, cumulativamente aos juros compensatórios por possíveis perdas causadas pelo impedimento do gozo do bem pelo proprietário. Assim, para os autores, “*o direito a esta indemnização não impede o interessado de efectivar a responsabilidade civil delitual da*

⁴⁴⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Novo Código Civil. **Revista Direito e democracia/Universidade Luterana do Brasil**, Canoas, vol.5, n.1, p. 11-28, jan-jun, 2004, p. 20.

⁴⁴⁸ Ibidem.

⁴⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 442.774/SP**. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Yara de Campos Escudero Paiva e outros. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. DJ: 02 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019.

⁴⁵⁰ No caso, embora o apossamento do imóvel do particular tenha sido feito por uma conduta ilícita, caso seja estabelecido judicialmente, que é legítimo o não restabelecimento, O lesado será o titular de um direito a título de responsabilidade civil administrativa, por atos lícitos, ou seja, nas situações em que é legítima a expropriação do bem particular pela Administração Pública.

*administração por todos os danos sofridos, além daqueles que decorrem do não restabelecimento do seu direito ou interesse.”*⁴⁵¹

Por fim, observa-se que há situações em que a Administração Pública, em desacordo com seus atos ou de forma autoritária, apropria-se de bens privados muitas vezes incluindo esses bens ao seu patrimônio,⁴⁵² dificultando ao proprietário o seu restabelecimento.

Com relação às medidas ilícitas de restrição da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, o direito à retrocessão, mesmo sendo uma consequência de uma trestinação ilícita, não é unanimidade da jurisprudência dos Tribunais Superiores, pois conforme previsto no Decreto-lei nº 3.365 de 21 de junho de 1941, após o bem particular ser incluído no domínio do Poder Público não há a possibilidade de reaver o imóvel. Contudo, entre alguns doutrinadores já citados, há o entendimento que o desvio de finalidade do ato expropriatório, independente do motivo continuar sendo de interesse público ou não, deveria gerar o restabelecimento do bem ao seu antigo proprietário. As medidas que se enquadram no contexto de esbulho possessório do bem privado são: a desapropriação indireta, a servidão administrativa e o tombamento, nos casos de total esvaziamento do direito de propriedade do particular.

Nas situações em que a jurisprudência decide ao legítimo não restabelecimento do bem ao seu proprietário, após a afetação ao domínio público, tornando um ato inicialmente ilícito, em posteriormente lícito, o lesado não ficará desprotegido, pois poderá pleitear a justa indenização pela responsabilidade civil por atos lícitos, o que não o impede de pleitear demais prejuízos causados, presentes ou futuros, pela responsabilidade civil delitual.

Novamente, se comprova a versatilidade das pretensões reintegratórias em benefício da recomposição da esfera jurídica do lesado. Tais possibilidades não são explícitas no ordenamento jurídico brasileiro, o que causa uma sensação de insegurança ao particular.

No próximo capítulo, será apresentada mais um tipo de pretensão que o particular poderá se socorrer caso lesado. Essa pretensão, embora seja uma subpretensão do restabelecimento de posições jurídicas subjetivas, tem seu foco na recomposição da situação atual hipotética do lesado, atuando em duas dimensões, mediante atos e regulamentos anuláveis da Administração Pública.

⁴⁵¹ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016. p. 534.

⁴⁵² Lei nº 33.365, de 21 de junho de 1941, que dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública, no seu art 35 traz expresso que “Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.”

CAPÍTULO V – PRETENSÕES REINTEGRATÓRIAS À RECONSTITUIÇÃO DA SITUAÇÃO ATUAL HIPOTÉTICA POR DANOS CAUSADOS POR ATOS OU REGULAMENTOS ANULÁVEIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

5.1 ASPECTOS GERAIS

Este capítulo tem como finalidade analisar as pretensões reintegratórias à reconstituição da situação atual hipotética do particular frente às condutas administrativas geradas por atos ou regulamentos anuláveis, aptos para produzirem efeitos jurídicos. Desta forma, o particular lesado por esses atos torna-se titular de uma pretensão a título da reconstituição da sua situação atual hipotética, modificada por uma conduta anulável da Administração Pública, que gerou efeitos jurídicos que modificaram desfavoravelmente a situação atual do lesado.

Para Marcello Caetano, “*ato administrativo é a conduta voluntária de um órgão da Administração Pública, que, no exercício de um poder público e para a prossecução de interesses legais, produz efeitos jurídicos num caso concreto.*”⁴⁵³

Marçal Justen Filho entende ser o ato administrativo “*uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa.*”⁴⁵⁴ Sobre o conceito de ato administrativo não há divergência relevante. No entanto, sobre sua classificação há certa discordância, que embora não seja o foco deste estudo, será apresentada de modo singelo.

Desta forma, para Marçal Justen filho, o ato administrativo se classifica em irregularidade irrelevante e suprível, nulidade relativa e absoluta e inexistência jurídica.⁴⁵⁵ Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos se classificam em inexistentes, nulos e anuláveis.⁴⁵⁶

⁴⁵³ CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo - Vol II**, 9 ed. Coimbra-Portugal: Livraria Almedina, 2007, p. 1197

⁴⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** (livro eletrônico).4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://ler-online.saraiva.com.br/saraiva>. Acesso em: 05 de novembro de 2018, p. 03/109.

⁴⁵⁵ Caso haja interesse em aprofundar o conceito da classificação dos atos administrativos, conforme Marçal Justen Filho, recomendo a leitura do Curso de Direito Administrativo. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** (livro eletrônico).4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://ler-online.saraiva.com.br/saraiva>. Acesso em: 05 de novembro de 2018, p. 64-65/109.

⁴⁵⁶ Os atos inexistentes orbitam no campo do impossível jurídico. Os atos nulos “os atos em que é racionalmente impossível a convalidação, pois, se o mesmo conteúdo (é dizer, o mesmo ato) fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior, como exemplo, os atos de conteúdo (objeto) ilícito; os praticados com desvio de poder; os praticados com falta de motivo vinculado; os praticados com falta de causa. Os atos anuláveis, os que podem ser re praticados sem vício. Sirvam de exemplo: os atos expedidos por sujeito incompetente; os editados

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, os atos inexistentes se enquadram no critério de existência como atos incompletos, os quais podem ser pormenorizadamente distintos, como incompletos por forma, motivo ou objeto. “*Estas três hipóteses de ato incompleto apresentam especial relevância, porque, encontrando-se na fronteira entre o ser e o não ser jurídico, exigem especial cuidado para manter íntegro o conceito da segurança jurídica, bem como o da proteção da boa-fé dos administrados.*”⁴⁵⁷ Já os atos nulos e anuláveis são classificados como inválidos:⁴⁵⁸

[...] os próprios *atos inválidos*, por sua vez, admitem, para muitos autores, a distinção entre *atos nulos* e *atos anuláveis*, sendo *nulos* os absolutamente inválidos, e *anuláveis*, os que dependessem de expressa desconstituição, administrativa ou judicial. A aceitar-se essa distinção de inspiração civilista, para incluir uma categoria de *atos anuláveis*, parece superior a aceitação da sistematização acima exposta, por estar mais afeita à índole do direito público, considerando a existência de *atos válidos*, sempre tendo em vista o resguardo da segurança jurídica e a nitidez da atuação do Poder Público.⁴⁵⁹

Diante das classificações apresentadas, pode-se inferir que independentemente do tipo de classificação aceita pelos doutrinadores, o que interessa para este estudo é a possibilidade do particular ter o seu bem restabelecido, devido aos efeitos jurídicos ilícitos do ato anulável. Desta forma, por meio da pretensão à reconstituição da situação atual hipotética nas suas duas dimensões, negativa com a anulação do ato e positiva com o restabelecimento da sua situação jurídica, que existia no momento anterior da anulação do ato, o particular terá novamente restituída sua esfera jurídica.

Para caracterizar a situação de uma conduta administrativa anulável, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos citam o exemplo do ato administrativo que permite a construção em terreno alheio, sem o conhecimento do verdadeiro proprietário. Para os autores, “*anulável o acto administrativo que permite a alguém a edificação de uma construção*

com vício de vontade; os proferidos com defeito de formalidade. BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 30 ed, revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 486.

⁴⁵⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 238.

⁴⁵⁸ Neste estudo será utilizada a mesma categoria apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello, sendo considerado, o ato inválido o gênero e como espécies, os atos nulos, anuláveis e os inexistentes. “Assim, em nosso entender são categorizáveis como inválidos (a) os atos inexistentes, (b) os atos nulos e (c) os atos anuláveis.” BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 30 ed, revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 478. Diogo de Figueiredo Moreira Neto tem entendimento semelhante, contudo, diverge na classificação do ato inexistente.

⁴⁵⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 239.

*num terreno alheio, pode, à sombra da sua eficácia, ter sido efetivamente implantada a construção em causa, com prejuízo do verdadeiro proprietário do terreno.*⁴⁶⁰

Sobre os atos inválidos, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que sendo inexistentes, nulos ou anuláveis, estes atos não deveriam ser produzidos e conseqüentemente não deveriam produzir efeitos, contudo, “*o fato é que são editados atos inválidos (inexistentes, nulos e anuláveis) e que produzem efeitos jurídicos. Podem produzi-los até mesmo per omnia secula, se o vício não for descoberto ou se ninguém o impugnar.*”⁴⁶¹

Sobre a questão da modulação dos efeitos do ato inválido, para Ricardo Marcondes Martins deve ser feita uma ponderação do conjunto de razões jurídicas em favor da manutenção ou não do ato inválido, “*como dos princípios da estabilização das relações jurídicas, da boa-fé dos administrados, da confiança legítima, os princípios especificamente concretizados pelo ato inválido – o princípio da conformação dos atos ao direito, os princípios opostos aos concretizados pelo ato inválido.*”⁴⁶² O autor afirma “*que a possibilidade de invalidação, irretroativa ou parcialmente retroativa, ainda não é facilmente assimilada pelos juristas.*”⁴⁶³

Já para Carlos Ari Sundfeld, a invalidação é tratada como “*ato declaratório desconstitutivo de direito, pois desfaz os efeitos já produzidos e retira a aptidão para a produção de efeitos futuros, de modo que, normalmente, retira de circulação tanto o próprio ato quanto os seus efeitos, promovendo o retorno ao status quo anterior à sua prática.*”⁴⁶⁴

Nesse contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que há que se distinguir os atos unilaterais restritivos dos unilaterais ampliativos, nos primeiros, se forem inválidos, “*todas as razões concorrem para que sua fulminação produza efeitos ex tunc, exonerando por inteiro quem fora indevidamente agravado pelo Poder Público das conseqüências onerosas*”⁴⁶⁵, nos segundos, se estes não concorrerem para o vício do ato, “*estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos ex nunc, ou seja, depois de pronunciada.*”⁴⁶⁶ O autor alerta que, caso não seja possível a invalidez operar *ex tunc*, deverá haver a indenização no seu lugar.

⁴⁶⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016. p. 535.

⁴⁶¹ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 30 ed, revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 487.

⁴⁶² MARTINS, Ricardo Marcondes. Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo. **Col. Temas de Direito Administrativo**. v.19. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 418.

⁴⁶³ Ibidem.

⁴⁶⁴ SILVA, Clarissa Sampaio; MEIRELES, Ivson Antônio de Souza. A invalidação dos atos administrativos e a modulação temporal de seus efeitos. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**. V.2, n° 2, p. 20-35, jul/dez. Curitiba, 2016, p. 24.

⁴⁶⁵ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 30 ed, revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 482.

⁴⁶⁶ Ibidem.

Em consequência, pode-se observar que Ricardo Marcondes Martins bem como Celso Antônio Bandeira de Mello entendem que a modulação dos efeitos dos atos inválidos deve se adequar às características de cada caso concreto. Para este estudo, o que importa são os efeitos jurídicos causados pelos atos inválidos, que geraram danos na esfera jurídica do particular e sua posterior recomposição por meio das pretensões reintegratórias, no caso, pela reconstituição da situação atual hipotética.

5.2 FUNDAMENTOS E PRESSUPOSTOS DA PRETENSÃO À RECONSTITUIÇÃO DA SITUAÇÃO ATUAL HIPOTÉTICA

Como já apresentado no primeiro capítulo, os fundamentos da pretensão à reconstituição da situação atual hipotética do lesado vão além dos princípios da legalidade e do respeito pelas posições jurídicas dos lesados. Esta pretensão fundamenta-se, também, no efeito repristinatório⁴⁶⁷ das situações jurídicas anteriormente existentes, tendo como corolário o retorno das situações jurídicas preexistentes ao ato lhe pretendeu modificar.

Com relação aos pressupostos, para que o particular seja titular de uma pretensão à reconstituição da situação atual hipotética não há interesse em se provar o dano causado ou a culpabilidade do agente público, mas sim, há a necessidade de destruir o ato ou regulamento administrativo anulável que modificou a esfera jurídica do particular, possibilitando o retorno à situação anterior.

Ainda sobre os pressupostos, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos alegam que há uma relação entre a reconstituição da situação atual hipotética e a nulidade de atos administrativos consequentes. Assim, os atos administrativos consequentes são “*ab initio inválidos, sendo a efetivação da sua nulidade uma consequência automática da anulação do acto antecedente.*”⁴⁶⁸ A relação entre os institutos se faz na medida em que a oponibilidade a todos os interessados da nulidade dos atos administrativos consequentes é verdadeiramente um pressuposto da plena reconstituição da situação atual hipotética. Para os autores, “*no caso de*

⁴⁶⁷ De acordo com o Ministro do STF Alexandre de Moraes, a repristinação é “é o nome que se dá ao fenômeno que ocorre quando uma norma revogadora de outra anterior, que, por sua vez, tivesse revogado uma mais antiga, recoloca esta última novamente em estado de produção de efeitos.” MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 896. No caso da pretensão à reconstituição da situação atual hipotética, o termo repristinação tem a sentido de restauração da situação jurídica, que o lesado possuía antes do ato administrativo que o lesionou. Como exemplo, empresa perdeu status de utilidade pública, por atos administrativo inválido. Assim, terá direito de pleitear a anulação desse ato, auferir todos os impostos pagos até a anulação e outras vantagens que tinha direito com base no estatuto anterior.

⁴⁶⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 538.

ocorrer a inoponibilidade dessa nulidade a um terceiro titular de uma posição jurídica subjectiva incompatível com a reconstituição plena da situação actual hipotética, esta não poderá ter lugar, pelos menos em parte.”⁴⁶⁹

Destarte, de acordo com Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, a pretensão à reconstituição a situação atual hipotética surge no momento da prática do ato ou regulamento administrativo ilegal que modifica a esfera jurídica do particular, gerando como consequência o dever da Administração Pública em reconstituir a situação anterior do lesado, não necessitando aguardar uma possível anulação judicial do ato ou regulamento, “*todavia, deve ter-se em conta que a efectivação da pretensão à reconstituição da situação actual hipotética pressupõe necessariamente a eliminação do acto imperativo ilegal*”⁴⁷⁰, que normalmente terá que ser prévia ou simultaneamente promovida pelo interessado.”⁴⁷¹

Antes de continuar a explanação sobre a pretensão em questão, compete apresentar algumas observações sobre os atos administrativos, que embora não sejam o foco deste estudo, é um tema complexo, no qual há uma diversidade de classificações e denominações.

5.3 DESFAZIMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO

O desfazimento do ato administrativo mediante sua natureza nula ou anulável ou mesmo devido à imposição de danos a terceiros pode ser feita de quatro formas conforme Alexandre Santos de Aragão: “*pela revogação; invalidação; cassação e decaimento.*”⁴⁷² Contudo, há outras formas de desfazimento ou extinção, na percepção de Marçal Justen Filho e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, mas é pacífico entre todos, as quatro formas apresentadas.

⁴⁶⁹ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 538.

⁴⁷⁰ Com relação ao termo ilegal ou ilegalidade Hely Lopes Meirelles, no seu livro *Direito Administrativo Brasileiro*, 42 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 230, afirma que “O conceito de ilegalidade ou ilegitimidade, para fins de anulação do ato administrativo, não se restringe somente à violação frontal da lei. Abrange não só a clara infringência do texto legal como, também, o *abuso*, por excesso ou desvio de poder, ou por relegação dos princípios gerais do Direito, especialmente os princípios do regime jurídico administrativo. Em qualquer dessas hipóteses, quer ocorra atentado flagrante à norma jurídica, quer ocorra inobservância velada dos princípios do Direito, o ato administrativo padece de *vício de ilegitimidade* e se torna passível de invalidação pela própria Administração ou pelo Judiciário, por meio de *anulação*. A ilegitimidade, quando intencional e como toda fraude à lei, vem sempre dissimulada sob as vestes da legalidade. Em tais casos, é preciso que a Administração ou o Judiciário desça ao exame dos motivos, disseque os fatos e vasculhe as provas que deram origem à prática do ato inquinado de nulidade.” SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 542

⁴⁷¹ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 538.

⁴⁷² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 190.

A revogação é a supressão pela Administração Pública de ato administrativo válido,⁴⁷³ motivada por questões de conveniência e oportunidade. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “*é emanção direta do poder discricionário, decorre da mudança na avaliação do interesse público relativo àquele ato,*”⁴⁷⁴ sendo o mérito administrativo, o produto do exercício da discricionariedade. O autor aduz que não existirá o mérito administrativo no caso do ato, “*essencial ou ocasionalmente, apresentar todos os elementos vinculados, pois as escolhas de conveniência e de oportunidade só se podem referir a um dos dois elementos, ou a ambos, cuja integração a lei delegou à Administração para fazê-lo discricionariamente: o motivo e o objeto.*”⁴⁷⁵

Já a invalidação ou anulação⁴⁷⁶, é a extinção do ato administrativo por ser contrário ao Direito, que pode ser feita tanto pela própria Administração Pública, de ofício ou por provocação, como pelo Poder Judiciário quando provocado. Segundo Alexandre Santos de Aragão, “*trata-se de um dever da Administração que não pode se quedar inerte caso detecte algum ato administrativo antijurídico.*”⁴⁷⁷

Marçal Justen Filho ressalta que a invalidade resulta da desconformidade do ato administrativo concretamente praticado com valores jurídicos fundamentais protegidos pelo ordenamento jurídico. Para o autor, essa desconformidade pode ser de natureza vertical ou de cunho horizontal:

[...] a desconformidade vertical é aquela que se verifica quando o ato administrativo infringe a Constituição, a lei, o regulamento ou uma decisão judicial. A desconformidade horizontal se configura quando o ato administrativo é incompatível com atos anteriormente praticados ao longo de um procedimento administrativo.⁴⁷⁸

Na doutrina clássica, os atos nulos e anuláveis apresentam efeitos temporais distintos. Assim, os atos nulos, violadores de normas de ordem pública, teriam efeitos retroativos ou *ex*

⁴⁷³ “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” Súmula 473- STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>. Acesso em: 05/02/2019.

⁴⁷⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 190.

⁴⁷⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 307.

⁴⁷⁶ “**Anulação**, que alguns preferem chamar de **invalidação** é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 317.

⁴⁷⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 191.

⁴⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** (livro eletrônico). 4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://ler-online.saraiva.com.br/saraiva>. Acesso em: 05 de novembro de 2018, p. 60/109.

tunc. Já os atos anuláveis, violadores de normas disponíveis, teriam efeitos *ex nunc* ou não retroativos.⁴⁷⁹ Contudo, conforme será melhor explanado abaixo, a atual doutrina administrativa entende que em atenção ao princípio da segurança jurídica e da boa-fé dos administrados, “*em alguns casos deve-se admitir a manutenção dos efeitos do ato administrativo ilegal.*”⁴⁸⁰ Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “*diante de princípios a serem ponderados, que definam superiores interesses públicos éticos, tais como o da segurança jurídica, que compreende a boa-fé e a confiança legítima dos administrados, ou o da paz social.*”⁴⁸¹

Conforme Gustavo Binenbojm, o reconhecimento dos efeitos válidos dos atos administrativos editados em contrariedade a leis constitucionais, mediante convalidação do próprio ato de origem, são “*reconhecidos por motivos ligados normalmente à segurança jurídica*⁴⁸² e à *boa-fé objetiva, as quais, numa equação de ponderação, devam prevalecer sobre a legalidade estrita.*”⁴⁸³ O autor ressalta que há situações em que o princípio da legalidade e a segurança jurídica andam juntos, como na concessão de um alvará de licença para construir, no particular sabe, mediante a lei que regula o ato administrativo, as condições para obtê-lo. Assim, preenchendo os requisitos adquire o direito subjetivo à expedição da licença, contudo, faltando algum dos requisitos para a concessão ou expirando o prazo para solicitação, “*nada poderá reclamar o particular, pois somente a sua inércia ou incapacidade se deveu a denegação do pedido.*”⁴⁸⁴

Em outra situação, a segurança jurídica e o princípio da legalidade não andam juntos, como no caso do alvará de licença de construção concedido por autoridade incompetente. Nesse caso, em que pese a promoção da legalidade postular a invalidação retroativa dos efeitos da

⁴⁷⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 193.

⁴⁸⁰ *Ibidem*.

⁴⁸¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 304.

⁴⁸² Na medida cautelar nº 2.900-3/MS, o ministro do STF, Gilmar Mendes, proferiu decisão consignando a segurança jurídica como “subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça.” BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 170-216, 2017, p. 205

⁴⁸³ BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 170-216, 2017, p. 204.

⁴⁸⁴ BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 170-216, 2017, p. 207.

licença, “a segurança jurídica estaria a reclamar a preservação desses efeitos, quiçá não a própria convalidação dos atos que os originaram.”⁴⁸⁵

Para Weida Zancaner, a existência de um ato administrativo com algum tipo de vício demanda para a Administração Pública o dever de restaurar a ordem jurídica, “seja invalidando-o, seja convalidando-o. [...] ambas são forma de recomposição da ordem jurídica violada.”⁴⁸⁶

Marçal Justen Filho alerta que há casos em que a natureza do defeito do ato administrativo comporta correção, “de modo a que pelo menos alguns dos efeitos do ato sejam preservados. Produz-se, então, a convalidação do ato administrativo.”⁴⁸⁷ Contudo, Alexandre Santos de Aragão adverte que a convalidação não pode ser admitida em relação a todos os vícios dos atos administrativos, dependendo a sua possibilidade do elemento do ato administrativo em que ocorreram os vícios. Assim, para o autor:

[...] admite-se a convalidação nos casos de vício de forma e de competência, e, nessa última hipótese, estaremos diante da convalidação em sua modalidade de “ratificação”, que só pode ser praticada dentro da mesma linha hierárquica – ex.: um ato de desapropriação praticado por um Ministro de Estado, quando a lei atribui competência para editá-lo apenas ao Chefe do Poder Executivo, pode ser convalidado/ratificado com efeitos retroativos por um decreto deste. [...] quanto ao motivo e à finalidade, não é possível a convalidação, uma vez que tanto um quanto o outro são irreversíveis.⁴⁸⁸

Por fim, a cassação é a modalidade punitiva de extinção do ato administrativo, que ocorre quando o particular beneficiado pelo ato “descumpre um dos requisitos que condicionaram a sua expedição. Como exemplo, o desfazimento de licença para construir por inobservância do projeto submetido pelo particular e aprovado pela Administração Pública.”⁴⁸⁹

Já o decaimento ou caducidade, nada mais é que a extinção do ato administrativo em razão da sua ilegalidade superveniente, “pelo surgimento de norma jurídica que retire o seu

⁴⁸⁵ BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 170-216, 2017, p. 207.

⁴⁸⁶ ZANCANER, Weida. Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos. **Col. temas de direito administrativo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 66.

⁴⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** (livro eletrônico). 4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://ler-online.saraiva.com.br/saraiva>. Acesso em: 05 de novembro de 2018, p. 84/109.

⁴⁸⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 194.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 196.

*fundamento de validade, desde que, naturalmente, tal extinção não fira a segurança jurídica do cidadão, aí incluídos a proteção ao direito adquirido e o ato jurídico perfeito.”*⁴⁹⁰

Ainda sobre as modalidades de desfazimento do ato administrativo, Gustavo Binenbojm ressalta que os atos administrativos, assim como as leis, desfrutam de uma presunção de legitimidade, que despertam nos particulares, “*de ordinário, uma ‘legítima confiança’ de que tenham sido editados em conformidade ao direito.*” Assim, tendo agido subjetivamente de boa-fé, confiando na legitimidade do Poder Público, “*não é justo, na maioria dos casos, que essa confiança legítima do particular seja frustrada por uma mudança de posição do Estado, seja ela decorrente da invalidação de um ato administrativo ilegal ou da declaração da inconstitucionalidade de uma lei.*”⁴⁹¹

Gustavo Binenbojm, com entendimento semelhante a Ricardo Marcondes Martins e Celso Antônio Bandeira de Mello, estabelece um *modus operandi* para as situações em que a segurança jurídica e o princípio da legítima confiança do particular na conduta da Administração Pública estejam em jogo por atos administrativos eivados de ilegalidade:

[...] em relação a atos administrativos não geradores de benefícios, deverá *invalidá-los retroativamente* (eficácia *ex tunc*), já que, por seu conteúdo específico, não há quem haja sofrido prejuízo por neles ter depositado sua confiança legítima. Como exemplo, ato administrativo que indefira um benefício previdenciário. b) em relação a atos administrativos geradores de benefícios, há as seguintes opções: b.1) havendo previsão legal para *convalidação*, está será obrigatória, por ser a solução que, de forma *otimizada*, promove a legalidade e preserva a legítima confiança dos beneficiários. b.2) não sendo possível a convalidação, o intérprete-aplicador do direito deverá sopesar o grau de lesividade social da ilegalidade com o grau de irreversibilidade da situação do particular que confiou legitimamente na Administração, promovendo, ao menos, a invalidação prospectiva (eficácia *ex nunc*) do ato administrativo viciado. b.3) não sendo possível a convalidação, mas já decorrido o prazo decadencial para a invalidação de atos ilegais pela Administração Pública e não havendo o beneficiário obrado de má-fé, o ato será convalidado por efeito do tempo.[...] Cuida-se de uma prognose do legislador, que considera o prazo de cinco anos como marco temporal razoável para conferir maior prestígio à segurança jurídica que à legalidade estrita. b.4) não tendo o beneficiário agido de boa-fé, não se verificando que sua confiança foi legítima, ou não tendo o beneficiário sofrido qualquer dano, o intérprete-aplicador do direito deverá promover a invalidação retroativa do ato (eficácia *ex tunc*), já que não há confiança legítima a ser protegida.⁴⁹²

Sobre a convalidação, Juarez de Freitas entende que “*o dever de convalidar apresenta-se superior ao de anular. Presentes os pressupostos de incidência, a convalidação revela-se*

⁴⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 335

⁴⁹¹ BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 170-216, 2017, p. 208.

⁴⁹² Ibidem, p. 212-213.

imperativa.”⁴⁹³ O autor declara que o posicionamento doutrinário e jurisprudencial que “*a supressão, sempre com efeitos ex tunc, de todos os atos irregulares da Administração Pública, [...] começou, a pouco a pouco, a ceder lugar a nova concepção, segundo a qual nem todos os atos inválidos são suscetíveis de anulação.*”⁴⁹⁴ No entanto, conforme Juarez Freitas, a má-fé, não importa qual a extensão do lapso de tempo, jamais convalida.

Diante dos fatos, pode-se observar que atualmente há uma tendência doutrinária em se aproveitar os efeitos jurídicos de atos eivados de algum tipo de vício. Para isso, há a necessidade de se sopesar entre a lesividade social da ilegalidade do ato com a situação prática do particular que confiou legitimamente nas condutas administrativas. Tal entendimento proporciona maior segurança jurídica ao lesado e consolidada a confiança na legitimidade dos atos da Administração Pública, desonerando o Poder Judiciário de ações que pleiteariam o reequilíbrio entre os interesses coletivo e privado.

5.4 RECONSTITUIÇÃO DA SITUAÇÃO ATUAL HIPOTÉTICA E SUAS REALIDADES CONEXAS

O particular lesado por uma conduta da Administração Pública se torna o titular de várias pretensões, conforme suas posições jurídicas subjetivas forem lesadas. Assim, havendo danos na prática de atos administrativos anuláveis, o particular poderá pleitear a recomposição da sua esfera jurídica por meio da pretensão indenizatória a título de responsabilidade civil administrativa. Nos próximos subtítulos será analisada a complexidade da pretensão à reconstituição da situação atual hipotética do lesado, diante da conduta ilegal da Administração Pública.

5.4.1 Reconstituição da situação atual hipotética e responsabilidade civil administrativa

A fórmula da reconstituição da situação atual hipotética é muito similar àquela utilizada sobre a obrigação de indenizar decorrente de responsabilidade civil administrativa, ou seja,

⁴⁹³ FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 170-216, 2017, p. 314.

⁴⁹⁴ Ibidem, p. 315.

*“quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.”*⁴⁹⁵

Neste contexto, conforme Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, há várias diferenças entre os dois institutos, uma delas é que a pretensão à reconstituição da situação atual hipotética, diferente da responsabilidade civil administrativa, atua na extinção da ilegalidade cometida com a conduta administrativa, agindo sobre o passado. Outra diferença entre a pretensão à reconstituição da situação atual hipotética e a responsabilidade civil administrativa é que esta é uma pretensão secundária, visando à compensação de direitos violados, já essa é uma pretensão primária, visando à realização dos direitos do lesado, por ainda não ter sido consumada a sua inutilização prática.

Assim, corroborando as diferenças entre a pretensão à reconstituição da situação atual hipotética e a responsabilidade civil administrativa, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos alegam que:

[...] à primeira vista parece uma modalidade de responsabilidade civil. Mas não é assim, [...], a reconstituição da situação actual hipotética assenta-se no efeito repristinatório das sentenças de anulação e dos actos de revogação de actos administrativos inválidos, mecanismo totalmente estranho aos quadros da responsabilidade civil.⁴⁹⁶

Os autores aludem também que, em algumas situações, há a possibilidade do recurso cumulativo das duas pretensões, a responsabilidade civil administrativa e a reconstituição da situação atual hipotética. Assim, dado como exemplo, a revogação de uma pena disciplinar de um agente público, este tem o direito à reconstituição da sua situação atual hipotética, mas também à indenização, em sede de responsabilidade civil administrativa, dos danos patrimoniais e morais sofridos.⁴⁹⁷

O mesmo entendimento se tem com um ato expropriatório inválido, o lesado por meio da pretensão à reconstituição da situação atual hipotética pleiteará, nas suas duas dimensões, a anulação do ato e a recomposição do bem, caso seja possível. No entanto, poderá solicitar em juízo uma indenização pelos danos presentes ou futuros que o processo expropriatório lhe causou, por meio da responsabilidade civil administrativa na modalidade delitual.

⁴⁹⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 539

⁴⁹⁶ Ibidem.

⁴⁹⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 540.

5.4.2 Dimensões da pretensão à reconstituição da situação atual hipotética

A pretensão à reconstituição da situação hipotética tem um caráter complexo, pois se desdobra em suas dimensões: a restituição da situação que existia se o ato não tivesse sido praticado e, por outro lado, a pretensão ao cumprimento dos deveres que a Administração não tenha cumprido. As duas dimensões implicam a prática de atos dotados de efeitos retroativos que não envolvem a imposição de deveres à aplicação de sanções ou restrição de direitos ou interesses legalmente protegidos, bem como, a remoção ou substituição de atos jurídicos e a alteração de situações de fato que possam ter surgido e cuja manutenção seja incompatível com a restituição.⁴⁹⁸

5.4.2.1 A dimensão negativa da reconstituição da situação atual hipotética

A dimensão negativa é a possibilidade de exigir a reposição da situação anterior à conduta administrativa ilegal, mediante a destruição das suas consequências, ou seja, a reconstituição da situação caso a conduta ilegal da Administração Pública não tivesse ocorrido. Segundo Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, é a “*consequência mais evidente e mais imediata da anulação ou revogação por invalidade de um acto administrativo: em virtude da retroactividade daquelas decisões.*”⁴⁹⁹

A essa possibilidade de efeitos retroativos, os autores designaram de dimensão negativa da reconstituição. Tal dimensão de alcance eminentemente fático visa a adequar a realidade, ainda moldada pelo ato anulado, à definição jurídica que resulta da revogação ou anulação.⁵⁰⁰

Na sua dimensão negativa, a pretensão à reconstituição da situação atual hipotética desdobra-se em subdimensões, de tipo inibitório; como as que pretendem a cessação de atividades poluentes de um estabelecimento público e do tipo possessório ou reivindicatório; como as que almejam a devolução de bens que a Administração Pública tenha ilegalmente apropriado em virtude de ato ilegal. Mas, em que pese a predominância da prática de atos materiais, segundo Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, não está excluída a possibilidade da efetivação desta dimensão envolver a prática de atos imateriais, como “*as*

⁴⁹⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p 541.

⁴⁹⁹ Ibidem.

⁵⁰⁰ Ibidem.

*ordens de serviço emitidas de modo a criar as condições para a reintegração fáctica de um trabalhador ilegalmente demitido ou despedido.”*⁵⁰¹

Nesse sentido, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18.703/BA, por maioria, deu provimento ao recurso do particular, sobre a anulação de decreto expropriatório do Governo da Bahia para a montagem de um polo industrial, o qual por vício de desvio de finalidade beneficiava somente uma empresa privada. Além disso, o Governo da Bahia não tinha competência para o ato, mas sim o Município. No voto, a relatora, a Ministra Denise Arruda, declarou que:

[...] O decreto expropriatório editado com fundamento no art. 5º, i, do Decreto-Lei 3.365/41, beneficiando uma única empresa privada, contém vício de finalidade que o torna nulo, na medida em que se desvia do interesse público, contrariando, ainda, os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, consagrados no art. 37 da Constituição Federal. 6. Ademais, a construção ou ampliação de distritos industriais pressupõe "o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, bem como a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas", dependendo, ainda, "de aprovação, prévia e expressa, pelo Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação", tal como definido nos §§ 1º e 2º do art. 5º do Decreto-Lei 3.365/41, atraindo, desse modo, a competência exclusiva dos Municípios, a teor do disposto no art. 30, VIII, da CF/88. 7. O Governador do Estado da Bahia não detém competência, tanto para a expedição. Recurso provido para se conceder a segurança pleiteada, declarando-se a nulidade do Decreto 7.917/2001, expedido pelo Governador do Estado da Bahia. À vista do exposto, seja por desvio de finalidade, seja por vício de competência, deve ser provido o recurso para se conceder a segurança pleiteada, declarando-se a nulidade do Decreto 7.917/2001, expedido pelo Senhor Governador do Estado da Bahia.⁵⁰²

Sobre a dimensão negativa da pretensão à reconstituição da situação atual hipotética do lesado, pode-se relacionar com uma das possibilidades de nulidade da desapropriação. Desta maneira, como já apresentado no quarto capítulo, os bens expropriados por utilidade ou necessidade pública e interesse social têm destinação principal para obras e serviços públicos. Caso o ato expropriatório possua outra destinação que não a pública, ocorrerá o desvio de finalidade, possibilitando a anulação do ato administrativo e a posterior reconstituição do bem expropriado ao seu dono, como se não tivesse sido promulgado o ato.

Sobre o assunto, Hely Lopes Meirelles menciona que a ilegalidade da desapropriação tanto pode ser formal quanto substancial, pois em certos casos resulta da incompetência da

⁵⁰¹ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 542.

⁵⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18.703/BA**. Recorrente: KAUFMANN -Cacau Industrial e Comercial S/A. Recorrido: Estado da Bahia. Relatora: Ministra Denise Arruda. DJ: 28 de nov de 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019. No mesmo sentido, REsp 36.611/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 22.8.1994.

autoridade ou da forma do ato e em outros provém do desvio de finalidade ou da ausência de utilidade pública ou de interesse social.

[...] o desvio de finalidade ocorre, na desapropriação, quando o bem expropriado para um fim é empregado noutra sem utilidade pública ou interesse social. [...] por outro lado, se o Poder Público ou seus delegados não derem ao bem expropriado sua destinação legal, ficará o ato expropriatório sujeito a *anulação* e a *retrocessão*.⁵⁰³

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o desvio de finalidade ou desvio de poder tem características próprias porque “*não se trata de apreciar objetivamente a conformidade ou não conformidade de um ato com uma regra de direito, mas de proceder-se a uma dupla investigação de intenções subjetivas.*”⁵⁰⁴ Para a autora é necessário investigar quais foram as intenções da Administração Pública ao promulgar o ato. Como exemplo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro cita:

[...] a desapropriação feita para prejudicar determinada pessoa caracteriza desvio de poder porque o ato não foi praticado para atender a um interesse público; a remoção *ex officio* do funcionário, permitida para atender à necessidade do serviço, constituirá desvio de poder se for feita com o objetivo de punir.⁵⁰⁵

Corroborando o exposto, Marçal Justen Filho entende que é cabível invalidar a desapropriação, mediante defeitos no ato expropriatório, tais como a infração à proporcionalidade ou o desvio de finalidade. O autor conceitua desvio de finalidade como a utilização da competência expropriatória para finalidade distinta da que foi reservada. “*É um defeito contemporâneo à edição do ato. Por exemplo, há desvio de finalidade quando a expropriação é destinada a prejudicar um inimigo político, tal como se passa quando se pretende desapropriar a residência do adversário do governante.*”⁵⁰⁶

Ainda sobre o tema, Marçal Justen Filho denomina como desfazimento da desapropriação, a anulação do ato expropriatório mediante algum tipo de vício no ato administrativo, “*a anulação da desapropriação, quando verificada a ocorrência de vício nos atos administrativos pertinentes. Essa invalidação poderá ser obtida tanto em virtude da insatisfação do expropriado quanto por via das ações de defesa do interesse jurídico*

⁵⁰³ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 752.

⁵⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 323

⁵⁰⁵ Ibidem.

⁵⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** (livro eletrônico). 4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://ler-online.saraiva.com.br/saraiva>. Acesso em: 05 de novembro de 2018, p. 78/125.

objetivo.”⁵⁰⁷ Assim, o desfazimento do ato expropriatório antecede a restituição do bem ao particular.

Para Clóvis Beznos, caso haja um desvio de finalidade na desapropriação, evidencia-se a nulidade do ato expropriatório, “*sendo perfeitamente devida a recuperação do bem pelo expropriado.*”⁵⁰⁸ O autor ainda faz referência à pretensão do lesado em sua esfera jurídica em pleitear as perdas e danos, causados pela promulgação do ato administrativo ilegal. Nesse aspecto, como já apresentado no segundo capítulo, o lesado torna-se titular de uma pretensão a título de responsabilidade civil administrativa delitual, gerada por um ato ilícito.

5.4.2.2 A dimensão positiva da reconstituição da situação atual hipotética

A dimensão positiva da reconstituição da situação atual hipotética consiste na possibilidade de exigir os direitos que foram negados ao lesado, devido à promulgação do ato ou regulamento ilegal. Conforme Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “*o cumprimento aos deveres que a administração não tenha cumprido com fundamento naquela actuação.*”⁵⁰⁹ Ainda segundo os autores, “*essa dimensão apresenta maior relevância quando o acto ilegal da Administração tiver efeito extintivo ou modificativo de uma relação jurídica duradoura entre o interessado e a Administração.*”⁵¹⁰

Para exemplificar melhor o tipo de dimensão positiva da reconstituição da situação atual hipotética, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos citam a situação do trabalhador ilegalmente demitido, que tem o direito de receber todas as remunerações referentes ao período decorrido entre a demissão ilegal e a anulação do ato administrativo. “*Além das promoções e à progressão salarial que eram devidas durante o mesmo período e à contagem daquele período como tempo de serviço (dimensão positiva).*”⁵¹¹

Desta forma, a reconstituição da situação atual hipotética pretende fundamentalmente agir sobre o passado. Sua plena efetivação exige que os atos administrativos sejam praticados

⁵⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** (livro eletrônico). 4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://ler-online.saraiva.com.br/saraiva>. Acesso em: 05 de novembro de 2018, p. 118/125.

⁵⁰⁸ BEZNOS, Clóvis. **Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação**. 2 ed, ver. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 93

⁵⁰⁹ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 542.

⁵¹⁰ Ibidem.

⁵¹¹ Ibidem, p. 543.

por referência à situação jurídica e de fato existente no momento em que a Administração deveria ter atuado e não depende da margem de livre decisão da Administração Pública.⁵¹²

Assim, associando as duas dimensões, quando a Administração Pública ou o Poder Judiciário anula um ato administrativo ilegal, a reconstituição da situação atual hipotética de quem foi lesado por esse ato, conforme Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “pretende levar até às últimas consequências a destruição retroativa dos efeitos de um acto ilegal, mediante a reintegração da legalidade por ele violada, e não somente a reparação de danos.”⁵¹³ Desta forma, a restituição da situação anterior abrange a eliminação das circunstâncias de fato ou de direito que decorrem dos efeitos jurídicos do ato administrativo anulado, bem como, dos seus atos consequentes.

Para Marcello Caetano, o particular lesado por um ato administrativo ilegal, para obter “a reintegração efectiva da ordem jurídica violada, mediante a reconstituição da situação que existiria, se o acto ilegal não tivesse sido praticado, deve suprimir os respectivos efeitos do acto ilegal e eliminar os efeitos dos chamados actos consequentes.”⁵¹⁴

Com relação a afirmação de Marcello Caetano, pode-se concluir que a dimensão negativa seria a anulação do ato administrativo demissionário e a posterior reintegração do funcionário lesado no cargo e a dimensão positiva seria o cumprimento de direitos negados pela Administração Pública ao lesado, no período em que este esteve afastado de suas funções indevidamente

Neste contexto, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087/DF, sobre a demarcação de terras indígenas, por maioria, deu provimento ao recurso do particular, contrário a União, porque é pacificado que o marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, o qual não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por índios em passado remoto. No voto, o relator, o Ministro Gilmar Mendes, aduz que:

[...] Como visto, há mais de setenta anos não existe comunidade indígena na região reivindicada. Isto é, em 5 de outubro de 1988, marco objetivo insubstituível para o reconhecimento aos índios dos “direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, essas terras não eram habitadas por comunidade indígena há quase meio século! O marco temporal relaciona-se com a existência da comunidade e a efetiva e formal ocupação fundiária. Caso contrário, em nada adiantaria o estabelecimento de

⁵¹² SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 543.

⁵¹³ Ibidem, p. 544.

⁵¹⁴ CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo - Vol II**, 9 ed. Coimbra-Portugal: Livraria Almedina, 2007, p. 1216.

tais limites, que não serviriam para evitar a ocorrência de conflitos fundiários. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, repita-se, não compreende a palavra “tradicionalmente” como posse imemorial. Na hipótese de a União, mesmo assim, entender ser conveniente a desapropriação, por interesse social ou por utilidade pública, de terras como as do presente caso, deverá seguir procedimento específico, com o pagamento de justa e prévia indenização ao seu proprietário.⁵¹⁵

Odete Medauar, relatando sobre a retroatividade da anulação, faz referência indiretamente às dimensões da reconstituição da situação anterior. Para a autora, a anulação tem duas características, destrutiva ou construtiva. A função destrutiva suprime o ato administrativo, “*acarretando a perda de eventuais faculdades ou vantagens nele fundamentadas; por exemplo: anulação de alvará de construção; anulação de ato de promoção.*”⁵¹⁶ Já a função construtiva, acarreta não só a eliminação do ato administrativo, mas também a edição de outros atos, “*a fim de colocar a situação no estado em que estaria no presente se a ilegalidade não tivesse existido no passado, exemplo: anulação de ato que indeferiu inscrição em concurso público.*”⁵¹⁷

Há claramente uma grande semelhança entre as funções citadas por Odete Medauar e as dimensões, negativa e positiva, apresentadas por Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, pois ambas têm como finalidade a extinção do ato que lesionou o particular e o estabelecimento da situação anterior a promulgação do ato administrativo ilegal.

Caso haja, além da necessidade de reconstituição da situação anterior do lesado, prejuízos econômicos que desequilibraram a sua esfera jurídica, este poderá pleitear, cumulativamente, outras modalidades de pretensões. Como exemplo, no caso de um esbulho possessório de propriedade privada, sem nenhum motivo vinculado ao interesse coletivo, permitindo ao lesado pleitear, a anulação do ato administrativo ilegal e a restituição do bem, caso seja impossível o restabelecimento, o lesado poderá requerer a pretensão a título de responsabilidade delitual, o ressarcimento do danos causados, além de juros de moratórios e compensatórios, conforme já explanado e comprovado pela jurisprudência.

⁵¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087/DF**. Recte.: Avelino Antonio Donatti. Recdo: União. Relator do voto: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 16 de setembro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 29/01/2019.

⁵¹⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 154

⁵¹⁷ Ibidem.

5.4.3 Situações em que é legítima a não reconstituição da situação atual hipotética

5.4.3.1 As causas legítimas de inexecução das sentenças de anulação

Do mesmo modo que ocorre com a pretensão ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas, a pretensão à reconstituição da situação atual hipotética pode encontrar situações que inviabilizam sua satisfação, ou seja, causas legítimas de inexecução das sentenças de anulação de atos ou regulamentos administrativos anuláveis.

Conforme Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, além casos de impossibilidade absoluta e grave prejuízo para o interesse público, analisados no quarto capítulo, outra situação que inviabiliza a reconstituição da situação anterior do lesado é a inoponibilidade subjetiva da nulidade de atos consequentes.⁵¹⁸

Assim, em que pese à obrigatoriedade do efeito repristinatório para que a pretensão à reconstituição da situação atual hipotética tenha efetividade, ou seja, todas as ações que geraram algum efeito jurídico oriundas das condutas administrativas inválidas deverão ser eliminadas, em determinadas situações, *“a nulidade de actos consequentes de um acto administrativo ilegal, incompatíveis com a tutela do interessado na eliminação deste, não seja oponível a terceiros [...]. Nestes casos, não pode haver lugar à reconstituição, pelo menos integral, da situação actual hipotética do lesado”*⁵¹⁹

Assim, quando não se puder pretender a reconstituição da situação anterior, devido a impossibilidade de anulação de atos consequentes, oponíveis a terceiros, esta dará lugar as modalidades de responsabilidade civil administrativa por ato lícito, nos mesmos termos referidos das pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas subjetivas violadas.

⁵¹⁸ Com relação aos atos consequentes, devido à necessidade de destruição retroativa dos efeitos do ato ou regulamento administrativo ilegal, para que seja viável a pretensão à reconstituição da situação atual hipotética do lesado, torna-se imprescindível a eliminação de todas as circunstâncias de fato ou de direito que decorrem dos efeitos jurídicos do ato administrativo anulado, entre esses os seus atos consequentes.

⁵¹⁹ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p. 547. Sobre a questão de quais tipos de atos consequentes devem ser anulados juntamente com seus atos antecedentes, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, nas páginas 175 e 176, afirmam que “é uma invalidade consequential, mas não vale para todos os actos consequentes de actos inválidos e sim apenas para aqueles que se apresentarem como viciados em resultado da insubsistência da definição jurídica que deriva de actos anteriores inválidos.” Como critério para identificação, os autores exemplificam, “o acto administrativo em causa foi praticado, ou foi praticado em determinados termos, por causa de um acto anterior? O acto administrativo em causa seria invalidado se o acto anterior não tivesse sido praticado? O acto administrativo em causa seria válido se o acto anterior o fosse também? Só se as respostas às três perguntas forem positivas é que se trata de um acto consequente incompatível com a tutela do lesado.”

5.4.3.2 O reexercício do poder administrativo em sentido igual ou equivalente ao do ato anulado

Há ocasiões, nas quais a Administração Pública pode, se preferir, após a anulação ou revogação do ato, reinstruir o procedimento administrativo no qual foi praticado o ato anulado, nele vindo a reexercer as competências e praticar um novo ato com os mesmos elementos do ato anterior. Para isso, o ato deve incidir em um vício que não obsta à prática de novo ato sobre o mesmo objeto, ou seja, um vício de forma.⁵²⁰

O reexercício das competências discricionárias da Administração Pública, em reinstruir um ato administrativas em sentido igual ou equivalente ao do ato inválido, extingue a pretensão à reconstituição da situação atual hipotética, uma vez que o novo ato não se limita a legitimar a não reconstituição da situação atual hipotética, e sim legitimar sua própria situação de fato existente, não existindo qualquer dever de indenizar o interessado.

No Brasil, o reexercício do poder administrativo reeditando atos administrativos anteriormente com vícios sanáveis tem o nome de convalidação. A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, traz no seu art. 55 a possibilidade de convalidação de atos administrativos com defeitos sanáveis, “*em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.*”⁵²¹

Para José Carlos de Moraes Salles, no caso da desapropriação, outra forma de reconstituição da situação atual hipotética do particular lesado em sua esfera jurídica é a desistência do processo de expropriação com a revogação do ato expropriatório⁵²². Nesse caso, a Administração Pública deverá restituir o patrimônio tomado do particular em seu estado primitivo. Para o autor, “*o imóvel deverá retornar ao patrimônio do particular em seu estado primitivo, porquanto, se houver sido destruído ou substancialmente modificado pela execução da obra ou serviço público, impossível será a desistência.*”⁵²³

⁵²⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade Administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide-Portugal: D. Quixote, 2016, p.548.

⁵²¹ BRASIL. A Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. **Processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 27 Dez 18.

⁵²² Sobre isso, Kiyoshi Harada declara que “Nada impede, também, desde que haja fundada razão, de o expropriante desistir desta ou daquela ação sem, contudo, renunciar à ação, isto é, sem revogar o ato declaratório de desapropriação, visando à propositura de nova ação no futuro, por exemplo, após o equacionamento dos recursos orçamentários e financeiro”. HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 231.

⁵²³ SALLES, José Carlos de Moraes. **A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 573.

Por fim, diante do apresentado em todo o capítulo, observa-se que a pretensão à reconstituição da situação atual hipotética, como um dos tipos da pretensão ao restabelecimento das posições jurídicas violadas, apresenta-se de forma mais ampla do que os demais tipos dessa pretensão, pois pretende, além da revogação ou anulação do ato administrativo (dimensão negativa), a reconstituição da situação do particular (dimensão positiva), anteriormente à execução do ato, por meio da concessão ao lesado de benefícios que lhes foram negados durante o período de vigência do ato administrativo. Contudo, está regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro que qualquer imóvel destruído ou afetado ao domínio da Administração Pública, não retornará ao seu proprietário, cabendo a este a indenização devida.

Por isso, a pretensão à reconstituição da situação atual hipotética ficará prejudicada, pois não se constituirá em sua plenitude, ou seja, a dimensão positiva será negada ao particular, contudo, outro tipo de pretensão será pleiteado em seu lugar, a responsabilidade civil delitual.

Do exposto, conclui-se que a pretensão à reconstituição da situação atual hipotética tem a natureza de permitir ao particular lesado, no seu direito de propriedade, maior diversidade de escolhas para recompor sua esfera jurídica. No entanto, no ordenamento jurídico brasileiro essas possibilidades não se apresentam de forma explícita, prejudicando o particular que busca a recomposição de seus direitos lesados por condutas administrativas. De qualquer forma, as modalidades de pretensões reintegratórias podem ser incorporadas às previsões legais de reconstituição da esfera jurídica do particular frente às condutas restritivas da Administração Pública.

CONCLUSÕES E SUGESTÕES

Em um Estado Democrático de Direito, a Administração Pública deve preservar os direitos e garantias fundamentais de todos os particulares, dentre eles, atentar para um dos princípios de maior relevância, a dignidade da pessoa humana. Assim, as atividades administrativas restritivas da propriedade privada devem se pautar por condutas que exacerbem no particular a sua legítima confiança na Administração Pública, pois na prossecução do interesse público não cabe mais a imposição de danos que extrapolem o aceitável pela sociedade.

Nesse contexto contemporâneo das relações entre o público e o privado, este estudo buscou analisar quatro institutos de pretensões reintegratórias do particular frente às condutas administrativas danosas à propriedade privada, já existentes no ordenamento jurídico brasileiro de maneira implícita.

Das análises, pode-se verificar que a responsabilidade civil administrativa ou, como é mais conhecida, responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, cumpre de maneira eficaz seu papel nos processos indenizatórios dos particulares frente aos possíveis danos causados por condutas administrativas no direito de propriedade dos lesados. No entanto, atualmente, outros temas de grande relevância, como a responsabilidade civil administrativa por atos lícitos, a antijuridicidade objetiva, como fundamento da responsabilização pública e o dano pela privação de uso, dentre outros, indicam que a responsabilidade civil administrativa, com seu caráter indenizatório, não abarca todas as situações reais e complexas de danos ao particular, necessitando da ampliação das possibilidades de recomposição da esfera jurídica lesada por danos ao patrimônio privado.

A Administração Pública quando age em prol do coletivo, seja em qualquer situação, tem como pressuposto a presunção de legitimidade, contudo, mesmo nas modalidades lícitas de intervenção na propriedade privada, há a possibilidade do particular, como consequências dessas restrições, sofrer sacrifícios que extrapolam o limite razoável. Assim, medidas restritivas, como a desapropriação, a requisição administrativa e a ocupação temporária, todas com previsões legais de indenização, não estão livres de infligir danos extraordinários aos particulares que têm o ônus de provar esses danos para serem indenizados.

Desta forma, considerando os diferentes pressupostos e fundamentos das pretensões reintegratórias, o lesado poderia garantir uma justa indenização ou mesmo seu patrimônio

restabelecido por uma dessas modalidades de pretensões, evitando buscar a recomposição de sua esfera jurídica, por meio de ações indenizatórias de caráter genérico.

Além disso, em outras situações, como na servidão administrativa e no tombamento, os quais não possuem previsão legal de indenização, os lesados em seus patrimônios por condutas administrativas geradas por essas medidas, tornam-se titulares de uma pretensão indenizatória, mediante comprovação dos danos, a título de responsabilidade civil por atos lícitos ou nos casos de total esvaziamento do direito de propriedade, pela responsabilidade civil delitual. Assim, observa-se que há razões para se enquadrar as medidas restritivas da propriedade privada nos conceitos das pretensões reintegratórias.

Em que pese, a legitimidade das atividades administrativas, há ocasiões que essas condutas ocorrem sem o devido processo legal, caracterizando o desvio de finalidade. Nesses casos concretos, o particular tem dificuldade em restabelecer seu direito de propriedade, haja vista que a própria legislação e a jurisprudência entendem que não há possibilidade de recompor o bem privado incluído no patrimônio público, seja por tredestinação lícita ou ilícita, restando ao lesado requer a compensação financeira por uma ação genérica de indenização, por meio da pretensão indenizatória a título da responsabilidade civil administrativa.

No entanto, na era do Direito Administrativo Contemporâneo, há o entendimento que o desvio de finalidade do ato expropriatório, independente do motivo continuar sendo de interesse público ou não, deveria gerar o restabelecimento do bem ao seu antigo proprietário. As medidas que se enquadram no contexto desse esbulho possessório do bem privado são a desapropriação indireta, a servidão administrativa e o tombamento, nos casos de total esvaziamento do direito de propriedade do particular.

Na execução das atividades administrativas, o Poder Público decreta atos administrativos, muitas vezes eivados de vícios, que causam pesados prejuízos ao particular, no caso em questão, ao seu patrimônio. Esses atos, até o momento de sua revogação ou anulação, podem gerar consequências negativas ao direito de propriedade do particular. Assim, pela pretensão à reconstituição da situação atual hipotética, esse pode pleitear a destruição dos atos administrativos nulos ou anuláveis e o restabelecimento do seu bem, caso seja possível e viável para a Administração Pública. No entanto, no ordenamento jurídico brasileiro que qualquer imóvel afetado ao domínio público não retornará ao seu proprietário, cabendo a este a indenização devida. Por isso, a pretensão à reconstituição da situação atual hipotética ficará prejudicada, pois não se constituirá em sua plenitude, restando ao lesado requerer outro tipo de pretensão em seu lugar, a responsabilidade civil delitual.

Apresentado as diversas possibilidades de utilização das pretensões reintegratórias em benefício da recomposição da esfera jurídica do lesado, ao qual foi imputado sacrifícios de direitos que extrapolam o ônus suportável pelo particular, por condutas restritivas da sua propriedade. Cabe salientar que este estudo encontrou dificuldades para o amplo embasamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, haja vista a pouca quantidade de material produzido sobre as pretensões no ordenamento jurídico pátrio.

Tal afirmação ratifica a necessidade de um aprofundamento sobre o tema, devido à obrigatoriedade do Ente Público garantir os direitos de propriedade do particular frente às limitações administrativas impostas ao seu patrimônio, sejam elas lícitas ou ilícitas.

Cabe ressaltar também que a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, como instituto solucionador das demandas particulares por danos causados pelas medidas restritivas na propriedade privada, necessita de maior especificidade e ampliação, face aos nos questionamentos e teorias que surgem por meio do Direito Administrativo Contemporâneo.

Assim, como sugestões de futuros estudos, indica-se a necessidade de maior aprofundamento no estudo da responsabilidade civil administrativa por atos lícitos, realizando a correlação desse instituto com outros, como o dano emergente autônomo, derivado da privação do uso do bem privado; a possibilidade de cumulação de pretensões reintegratórias, devido à diversidade de seus pressupostos e fundamentos, os quais proporcionam maior segurança jurídica ao lesado; além da necessidade da ampliação do termo responsabilização pública, amparado nos princípios da responsividade e da responlicidade, os quais juntamente com o próprio princípio da responsabilidade servirão de subsídio aos intérpretes do direito para a melhor solução dos casos concretos.

Sobre a possibilidade de cumulação de pretensões reintegratórias, observou-se neste estudo a associação das possibilidades do particular recompor sua esfera jurídica lesada por condutas administrativas. Assim, em que pese a distinção entre os institutos em cada capítulo, pode-se perceber a sobreposição de pretensões reintegratórias, o que não indica um estudo repetitivo das mesmas situações, mas sim a ratificação que estes institutos bucam, por meio dos seus tipos, garantir o respeito e a manutenção das posições jurídicas subjetivas do particular.

Por fim, o estudo das pretensões reintegratórias do particular sobre as condutas restritivas da propriedade privada buscou analisar, no ordenamento jurídico brasileiro, institutos que confirmassem a existência dessas pretensões, mesmo de forma implícita. Para isso, trouxe à baila temas, como as medidas restritivas da propriedade privada, anulação de atos administrativos e responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, que

interferem na recomposição dos danos ao direito da propriedade privada e, ao mesmo tempo, corroboram a necessidade de se buscar mecanismos que impeçam os particulares de sofrerem sacrifícios de direitos, por ocasião de lesão à sua esfera jurídica.

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Buenos Aires: Casa Editorial, 1990.
- ALMEIDA, Marcelo Manhães. O instituto do tombamento e o direito de propriedade. **Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB**, São Paulo, ano IV, nº12, p. 60-66, mar-jun, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Limitação e sacrifício de direitos. o conteúdo e as consequências dos atos de intervenção da administração pública sobre a propriedade privada. **Revista de Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v. 7, nº 12, p. 01-21, jan-dez, 2003. Disponível em: www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_limitadir.pdf. Acesso em: 22/01/2019.
- BESERRA, Marcelo. **Desapropriação no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BEZNOS, Clóvis. **Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BINENBOJM, Gustavo. Regulações expropriatórias. **Justiça & Cidadania**. Rio de Janeiro, v. 117, n. 2, p. 21-25, abr., 2010. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/regulacoes-expropriatorias>. Acesso em: 22/01/2019.
- BONAVIDES, Paulo. As Bases Principiológicas da Responsabilidade do Estado. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, nº. 16, p. 61-67, enero, 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/Articulo/4081423.pdf>. Acesso em: 27 de abril de 2018.
- BRASIL. **Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/10406.htm. Acesso em: 13 junho de 18.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 13 de junho 18.
- .

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941**. Desapropriação por utilidade pública. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm. Acesso em: 27 Dez 18.

BRASIL. **Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 27 Dez 18.

BRASIL. **Lei nº 12.651 de 25 de maio 2012**. Novo Código Florestal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm. Acesso em: 06/02/19

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg 1.220.762/RJ**. Agrte: Município de Cabo Frio. Agdo: Mario Lourenço Portugal. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. DJ: 17 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Ag. Reg. no Recurso especial nº 949.507/RS**. Agrte: Eletrosul Centrais Elétricas S/A. Agdo: Natálio Gutoski e outros. Relator: Ministro Sérgio Kukina. DJ: 06 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Ag. Reg. no Recurso especial nº 691.318 /SP**. Agrte: Companhia de Saneamento Básico do Estado De São Paulo (Sabesp). Agdo: CTPH Participações Ltda. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJ: 16 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg 1.317.806/MG**. Agrte: José de Souza Furtado. Agdo: Cemig Distribuição S/A. Relator: Ministro Humberto Martins. DJ: 06 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1555.302/RJ**. Agravante: Evandro Veiga Negrão de Lima e outro. Agravado: Município de Cabo Frio. Relator: Ministro Humberto Martins. DJ: 13 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no Recurso especial nº 1.116.364/PI**. Embargante: União - AMICUS CURIAE. Embargado: Graciosa Agropecuária S/A. Relator: Ministro Castro Meira. DJ: 13 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 18.703/BA**. Recorrente: KAUFMANN -Cacau Industrial e Comercial S/A. Recorrido: Estado da Bahia. Relatora:

Ministra Denise Arruda. DJ: 28 de nov de 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 442.774/SP**. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Yara de Campos Escudero Paiva e outros. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. DJ: 02 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.666.491 - SP**. Recorrente: Estação Transmissora de Energia S/A. Recorrido: Agropecuária São Paulo Ltda. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJ: 08 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.075.856/CE**. Recorrente: Município de Fortaleza. Recorrido: José Carlos de Souza e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 09 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 141.192/SP**. Recorrente: Fazenda Maranhão Ltda. Recorrido: Fazendo do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. DJ: 15 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.190.271/RS**. Recorrente Município de Torres. Recorrido: Barcelino Becker. Relator: Ministro Og Fernandes. DJ: 05 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 868,120/SP**. Recorrente: João José da Silva e outros. Recorrido: Município de Cubatão. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 27 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 623.511/RJ**. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: Helena Maria de Vasconcelos Levior outros. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 06 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.355.167/MG**. Recorrente: Companhia Energética de Minas Gerais- Cemig. Recorrido: João Alvarenga Rios e outros. Relator: Ministro Og Fernandes. DJ: 19 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 868.655/MG**. Recorrente: Cia de administração e Participação Veman. Recorrido: Serviço Social da Indústria (SESI) Relator:

Ministro Eliana Calmon. DJ: 06 de março de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1025801/SP**. Recorrente: Maria Ana da Conceição Silva e Outros. Recorrido: Município de Cubatão. Relator: Ministra Eliana Calmon. DJ: 20 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29/01/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 37**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt.BR/Jurisprud%C3%A2ncia/S%C3%BAmul>. Acesso em: 18 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 361.127/SP**. Agrte: Estado de São Paulo. Agdo: Rubens Franco de Mello e outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ: 15 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 29/01/2019

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 529.698/SP**. Agrte: Estado de São Paulo. Agdo: Serralheria Taubaté Ltda. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 12 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 29/01/2019

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 113.875/SP**. Recorrente: José Carlos Deluca Magalhães. Recorrido: Prefeitura Municipal de São Paulo. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ: 18 Fev 1992. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 29/01/2019

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087/DF**. Recte.: Avelino Antonio Donatti. Recdo: União. Relator do voto: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 16 de setembro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 29/01/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumariosumulas.asp?sumula=1602>. Acesso em: 05/02/2019.

BRASIL. Tribunal Federal Regional da Segunda Região. **Apelação Cível nº 0017509-75.1988.4.03.6100**. Relatora a Juíza Convocada Taís Ferracini, e- DJF3, Data:28/09/2017. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

_____. Tribunal Federal Regional da Segunda Região. **Apelação Cível nº 052996-17.1999.4.02.0000**. Relatora a Desembargador Rogerio Carvalho, e-DJF2 23/08/2006.

Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

_____. Tribunal Federal Regional da Primeira Região. **Apelação Cível nº 0066189-89.2010.4.01.3800**. Relatora a Desembargadora Federal Monica Sifuentes -Terceira Turma, e-DJF1 28/02/2018. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019

_____. Tribunal Federal Regional da Quarta Região. **Apelação Cível nº 5006409-46.2015.404.7205/SC**. Relator o Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira - Terceira Turma, e-DJF1 27/09/2016. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. v. II. 9 ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARVALHO, Gabriela de. A nova Administração Pública e o direito administrativo. **Fórum Administrativo**. Belo Horizonte, nº. 158, p. 37-48, abr. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CYRINO, André Rodrigues. Regulações Expropriatórias: Apontamentos para uma teoria. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 199-235, set-dez. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. (Coord). **Tratado de direito administrativo**. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DUGUIT, Léon. **Las transformaciones del Derecho público y el privado**. Tradução de Adolfo Posada; Carlos G. Posada. Granada: Comares. 2007.

FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. Responsabilidade do Estado pela prática de atos lícitos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, nº. 67/68, p. 67-130, jan./dez. 2008.

FARIA, Edimur Ferreira de; SOUSA (Coord), Simone Letícia Severo e (Org). **Responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico e na jurisprudência atuais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERRAZ, Luciano; GOUVEIA, Jorge Bacelar. Procedimento expropriatório e administração pública dialógica: estudo comparativo da expropriação no Brasil e Portugal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 113, p. 477-532, jul./dez. 2016.

FREITAS, Juarez (organizador). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

FONSECA, Sérgio Roxo da. Servidões administrativas. **Justitia**. São Paulo, nº 52, jan-mar, p.77-84, 1990. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/links/>. Acesso em: 11 Nov 18.

GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO Rodolfo. **Novo curso de direito civil. v.3: responsabilidade civil**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Carla Amado. Nota breve sobre a tendência de objectivação da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas no regime aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro. **Centro de Estudos Judiciários**. Coimbra, n.º 2, p. 71-101, jul. 2014. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Responsabilidade_Civil_Estado.pdf. Acesso em: 26 de maio 2018.

GOMES, Carla Amado; RAIMUNDO, Miguel Assis. Novo regime da responsabilidade Civil extracontratual do estado e demais entidades. **Revista de Direito Público e Regulação**. Coimbra, v. 5, p. 3-26, mar-abr, 2010. Disponível em: https://www.fd.uc.pt /cedipre /wp-content/uploads/2018/04/revista_5.pdf. Acesso em: 23 de maio de 2018.

_____. Novos Temas da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas. **Instituto de Ciências Jurídico-políticas**. Lisboa, p. 09-22, dez, 2012 Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/.../respcivil_ebook_completo_rev2.pdf. Acesso em: 23 de maio de 2018

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil Vol 4. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

HEINEN, Juliano. Limitações administrativas e o conteúdo econômico da propriedade: uma “desapropriação à brasileira”. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 260, p. 133-181, maio/ago. 2012.

JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** (livro eletrônico). 4 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://ler-online.saraiva.com.br/ saraiva>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

- MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Teoria e prática da desapropriação**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A servidão administrativa como mecanismo de fomento de empreendimentos de interesse público. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 254, p.109-136, maio-ago., 2010.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo. **Col. Temas de Direito Administrativo**. v.19. São Paulo: Malheiros, 2008
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MONCADA, Luiz Cabral de. A nulidade do acto administrativo. **JURISMAT**. Portimão, n.º 2, p. 117-138, maio, 2013. Disponível em: recil.grupolusofonapt/bitstream/handle/.../anulidade_actoadministrativo.pdf. Acesso em: 18/02/19
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de. Requisição administrativa constitucional: fundamentos normativos e características estruturais da medida interventiva. **Revista Controle**. Fortaleza, v 16, n 1, p. 113-140, jan-jun, 2018.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PAIVA, Carlos Magno de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Direito e Proteção do Patrimônio Cultural Imóvel**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Atualização de Gustavo Tependino. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado. *In: Direito Administrativo e Gestão Pública/XXIV Congresso Nacional do CONPEDI-UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara- Florianópolis: 2015, p. 463* Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicações/66fsl345/1ppyi8tz/cTI4RK99UrVJ5v.pdf> Acesso em: 12 agosto de 2016.
- SADDY, André (Orient). **Formas de Atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

- _____. **Limites à Tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- SALLES, José Carlos de Moraes. **Desapropriação a luz da doutrina e da jurisprudência**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do Estado intervencionista**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- SCAVONE Junior, Luiz Antônio. **Direito imobiliário: teoria e prática**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- SILVA, Clarissa Sampaio; MEIRELES, Ivson Antônio de Souza. A invalidação dos atos administrativos e a modulação temporal de seus efeitos. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**. Curitiba, v.2, n° 2, p. 20-35, jul/dez., 2016.
- SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado. **Direito Administrativo Geral**. Actividade administrativa. Tomo III, 2 ed, reimpressão. Alfragide: D. Quixote, 2016.
- SOUZA, Carlos Magno de; DIAS, FONSECA, Maria Tereza (Coord.). **Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional**. São Paulo: Almedina, 2018.
- STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- UNITED STATES. Supreme Court. **438 U.S. 104**. Penn Central Transportation Co. v. New York City. 25 jun, 1978. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/104>. Acesso em: 22/01/ 2019.
- WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade civil das agências reguladoras**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte:Fórum, 2015.
- ZANCANER, Weida. Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos. **Col. temas de direito administrativo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Novo Código Civil. **Revista Direito e democracia/Universidade Luterana do Brasil**. Canoas, v. 5, n. 1, p. 11-28, jan-jun, 2004.