



**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA  
ÁREA DE CONHECIMENTO DAS CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO ACADÊMICO**

**ANDRÉ LUIS BARP**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO SOBRE OCUPAÇÕES  
IRREGULARES EM ÁREAS PARTICULARES NO MEIO AMBIENTE URBANO: A  
RESPONSABILIDADE MUNICIPAL NA FISCALIZAÇÃO DE OCUPAÇÕES  
IRREGULARES E O CUMPRIMENTO DAS DEMANDAS SOCIAIS DOS  
INVASORES**

**CAXIAS DO SUL  
2018**

**ANDRÉ LUIS BARP**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO SOBRE OCUPAÇÕES  
IRREGULARES EM ÁREAS PARTICULARES NO MEIO AMBIENTE URBANO: A  
RESPONSABILIDADE MUNICIPAL NA FISCALIZAÇÃO DE OCUPAÇÕES  
IRREGULARES E O CUMPRIMENTO DAS DEMANDAS SOCIAIS DOS  
INVASORES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Stricto sensu – Mestrado em Direito – da Universidade de Caxias do Sul, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito na linha de pesquisa Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico.  
Orientadora: Prof. Dra. Marcia Andrea Bühring.

**CAXIAS DO SUL  
2018**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Universidade de Caxias do Sul  
UCS - BICE - Processamento Técnico

B267r Barp, André Luis, 1988-  
A responsabilidade civil do estado sobre ocupações irregulares em áreas particulares no meio ambiente urbano : a responsabilidade municipal na fiscalização de ocupações irregulares e o cumprimento das demandas sociais dos invasores / André Luis Barp. – 2018.  
98 f. : il. ; 30 cm

Apresenta bibliografia.  
Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.  
Orientação: Profª. Dra. Marcia Andrea Bühring.

1. Responsabilidade por danos ambientais. 2. Direito ambiental. 3. Planejamento urbano. 4. Invasões de terra. I. Bühring, Marcia Andrea, orient. II. Título.

CDU 2. ed.: 349.6:347.513

Índice para o catálogo sistemático:

1. Responsabilidade por danos ambientais	349.6:347.513
2. Direito ambiental	349.6
3. Planejamento urbano	711.4
4. Invasões de terra	343.77

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária  
Michele Fernanda Silveira da Silveira – CRB 10/2334

**“A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO SOBRE OCUPAÇÕES IRREGULARES  
EM ÁREAS PARTICULARES NO MEIO AMBIENTE URBANO: A  
RESPONSABILIDADE MUNICIPAL NA FISCALIZAÇÃO DE OCUPAÇÕES  
IRREGULARES E O CUMPRIMENTO DAS DEMANDAS SOCIAIS DOS  
INVASORES”**

**André Luis Barp**

Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora designada pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito Ambiental e Sociedade.

Caxias do Sul, 02 de março de 2018.

Profa. Dra. Márcia Andrea Buhring (Orientadora)  
Universidade de Caxias do Sul

Profa. Dra. Liane Tabarelli  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Cleide Calgaro  
Universidade de Caxias do Sul

Profa. Dra. Luciana Scur  
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

A desvantagem do capitalismo é a desigual distribuição das riquezas; a vantagem do socialismo é a igual distribuição das misérias.  
**(Winston Churchill)**

Dedico este trabalho aos meus pais, Luiz e Janete, ao meu avô, Carlos (*in memoriam*), e ao meu amor, Ana Paula.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo. A Prof. Dra. Marcia A. Bühring pela sempre valiosa orientação. Ao Prof. Dr. Leonardo da Rocha de Souza pelo suporte, acesso ao conhecimento e inigualáveis ensinamentos. A minha mãe, Janete, pelo apoio, carinho, cuidado e amor. Ao meu pai, Luiz, pelo exemplo de trabalho, dedicação, determinação e responsabilidade. Ao meu avô, Carlos (*in memoriam*), pelos tantos ensinamentos e tamanho incentivo para o meu ingresso na academia de Direito. A Ana Paula, meu amor, pelo incondicional suporte, companheirismo, carinho e amor. Aos meus poucos e valiosos amigos, sem os quais jamais seria capaz de viver uma vida repleta de tamanha harmonia e amor – em especial ao Dr. Estêvão P. Antoniazzi e ao Dr. Tiago S. Horn.

## RESUMO

No desenvolvimento dessa dissertação, observa-se a Responsabilidade Civil do Estado em matéria ambiental e sua evolução; constata-se, inicialmente, a abordagem do ponto de vista internacional no que toca ao seu surgimento, após, aludindo à temática no que compete à jurisdição brasileira. Aborda-se a dicotomia entre a teoria civilista e publicista e suas peculiaridades, bem como o que envolve a ação, omissão e reparação do dano por parte do Estado, na seara ambiental. Analisa-se um breve histórico da formação da cidade de Caxias do Sul, dada a ênfase à formação de loteamentos irregulares e sua consolidação no meio ambiente urbano, em destaque a sua região central. Como exemplo, identifica-se o *Caso Magnabosco* como de relevante interesse social ao Município. Verifica-se a temática do poder de polícia por parte do Estado no que tange à fiscalização e, ainda, a sua responsabilidade quanto às demandas sociais dos posseiros. Elenca-se, ao final, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de esclarecer e pacificar a discussão com relação à fiscalização e o dever de cumprimento com as demandas sociais pela ótica da responsabilidade que recai aos Municípios, no que tange ao manejo do meio ambiente artificial, bem como o direto à cidade.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil do Estado, Poder de Polícia, Demandas Sociais, Meio Ambiente Artificial, Direito à Cidade.

## RESUMEN

En el desarrollo de esta disertación se observa la Responsabilidad Civil del Estado en materia ambiental y su evolución; se constata inicialmente el enfoque desde el punto de vista internacional en cuanto a su surgimiento, después, aludiendo a la temática en lo que compete a la jurisdicción brasileña. Se aborda la dicotomía entre la teoría civilista y publicista y sus peculiaridades, así como lo que implica la acción, omisión y reparación del daño por parte del Estado, en la mies ambiental. Se analiza un breve histórico de la formación de la ciudad de Caxias do Sul, dada el énfasis en la formación de loteamientos irregulares y su consolidación en el medio ambiente urbano, destacando su región central. Como ejemplo, se identifica el Caso Magnabosco, como de relevante interés social al Municipio. Se verifica la temática del poder de policía por parte del Estado en lo que se refiere a la fiscalización y aún su responsabilidad en cuanto a las demandas sociales de los posseiros. Se alienta, al final, el posicionamiento del Superior Tribunal de Justicia con el propósito de esclarecer y pacificar lo que la discusión en lo que se refiere a la fiscalización y el deber de cumplimiento con las demandas sociales por la óptica de la responsabilidad que recae a los Municipios, en lo que se refiere al manejo del medio ambiente artificial, así como el directo a la ciudad.

**Palabras Clave:** Responsabilidad Civil del Estado, Poder de Policía, Demandas Sociales, Medio Ambiente Artificial, Derecho a la Ciudad.

## ILUSTRAÇÕES

IMAGEM 1 – MAPA DO PLANO DIRETOR DE CAXIAS DO SUL 1953.....	63
IMAGEM 2 – MAPA DO PLANO DIRETOR DE CAXIAS DO SUL 2007.....	63
IMAGEM 3 - TABELA HABITACIONAL IBGE/2010.....	64
IMAGEM 4 - MAPA CENTRAL DA INVASÃO.....	67
IMAGEM 5 – MAPA REPRESENTATIVO DA INVASÃO.....	69

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	10
2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO .....	12
2.1. A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO .....	12
2.2. A DICOTOMIA ENTRE A TEORIA CIVILISTA E PUBLICISTA.....	21
2.3. A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ATOS COMISSIVOS OU OMISSIVOS E SUA DEVIDA REPARAÇÃO.....	32
3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO: PODER DE POLÍCIA E CUMPRIMENTO DE DEMANDAS SOCIAIS SOB ANÁLISE NO CASO MAGNABOSCO EM CAXIAS DO SUL.....	43
3.1. O PODER DE POLÍCIA ESTATAL NA FISCALIZAÇÃO DE OCUPAÇÕES IRREGULARES E O DEVER DE ATENDIMENTO DAS DEMANDAS SOCIAIS DOS OCUPANTES.....	43
3.2. CAXIAS DO SUL: O HISTÓRICO DA OCUPAÇÃO E O HISTÓRICO DO PROCESSO JUDICIAL.....	60
4. A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA .....	71
4.1. ANÁLISE DE DECISÕES REFERETENS AO CASO MAGNABOSCO.....	71
4.2. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUA APLICABILIDADE NA COMPETÊNCIA MUNICIPAL .....	82
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	90

## 1. INTRODUÇÃO

*A Responsabilidade Civil do Estado* é assunto de demasiada importância quando se observa uma sociedade que vive a pós-modernidade do caos, da falência dos sistemas e da irresponsabilidade do homem. Para tanto, é válido referenciar-se ao que se chama de Estado Social de Direito o que para tanto exige-se um real contrato entre o cidadão e o Estado, para que ambos desenvolvam ações que visem o estado de bem-estar para que se estabeleça um meio ambiente equilibrado.

Para tanto, é necessário estabelecer alguns princípios que ressaltam aos demais, os quais a Constituição Federal de 1988 contempla com grandeza, quais sejam a dignidade da pessoa humana (art.1º, III), prevalência dos direitos humanos (art.4º, II) e a igualdade e propriedade (art. 5º, *caput*). Se faz necessário compreender que esses são deveres do Estado, ou ainda, princípios que então no bojo da responsabilidade do Estado, para que este propicie ao cidadão condição para se desenvolver como sujeito de direitos.

Neste sentido, o que a sociedade apresenta em seu seio são certas distinções do que representam esses princípios em suas definições mais objetivas, principalmente quando aborda-se a temática do meio ambiente urbano, qual seja, a cidade. Aqui, a responsabilidade pelos assuntos de interesse local, competência do Poder Público Municipal, é que denotam o tom da gestão do território. Para tanto, nesta pós-modernidade, um dos maiores problemas nos grandes centros urbanos é o contrapeso de dois direitos: o direito à cidade e o direito de propriedade.

É notório que o aumento populacional, o êxodo que incorpora os centros urbanos é demasiado, sendo assim, infelizmente corriqueira a formação de loteamentos irregulares em áreas invadidas por parte destes que almejam o seu lugar na cidade. A questão torna-se aguda ao ponto que se relaciona o Poder Público Municipal e seu Poder de Polícia e o direito de propriedade daquele que sofre o esbulho do bem. Aqui adentra-se ao entoar da função social da propriedade.

Os materiais utilizados para o desenvolvimento do presente trabalho se constituem pela revisão de bibliografia tradicional, análise dos acórdãos 70003749710 (Embargos Infringentes) e 70007077928 (Embargos de Declaração) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e acórdão 770.098 (Recurso Especial) do Superior Tribunal de Justiça no que se refere,

em específico, ao caso exemplificativo da temática de responsabilidade em âmbito municipal, e os acórdãos 125.796 (Agravo em Recurso Especial), 635.021 (Agravo em Recurso Especial), 647.865 (Agravo em Recurso Especial), 19.196 (Medida Cautelar), 1.361.725 (Recurso Especial) e 1.714.472 (Recurso Especial), todos do Superior Tribunal de Justiça.

É delineado de forma que, inicialmente, se promove a observação de doutrinas competentes ao tema abordado para exaurir a matéria proposta, tendo em vista os problemas de pesquisa apontados, bem como observa-se os acórdãos consoante ao caso de competência municipal, bem como o que expressa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A análise de dados e a coleta de resultados é expressa pela observação da doutrina exposta em contraponto com as decisões apresentadas nos tribunais, tendo como resultado final observar a resolução dos problemas de pesquisa.

No primeiro capítulo, se destaca a Responsabilidade Civil do Estado no que tange à sua evolução – inicialmente pela ótica internacional, após, no trato das constituições brasileiras – tendo como ponto de partida a Teoria da Irresponsabilidade do Estado até a contemplação da Teoria Publicista. Observa-se, bem como, a dicotomia entre a Teoria Civilista e Publicista no que concerne a suas peculiaridades, bem como o que envolve a ação, omissão e reparação do dano por parte do Estado. No segundo capítulo será observado um histórico das ocupações irregulares em Caxias do Sul, bem como o histórico processo judicial acerca do Caso Magnabosco, como exemplo prático de Responsabilidade do Município.

Nesse norte, será analisada a temática do poder de polícia por parte do Estado no que tange à fiscalização e, ainda, a sua responsabilidade quanto às demandas sociais dos posseiros. No terceiro capítulo serão observadas as decisões ora citadas, referentes ao caso abordado, bem como o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da responsabilidade exclusiva do município.

O tema de trabalho é a Responsabilidade Civil do Estado, e a metodologia é analítica descritiva. Os problemas de pesquisa que serão enfrentados se traduzem pela responsabilidade do Estado sobre ocupações irregulares em áreas privadas e qual a possibilidade de responsabilização do Poder Público acerca das demandas sociais dos ocupantes. Como objetivo, é proposta a análise de um caso local, de competência municipal e de relevante interesse social – Caso Magnabosco em Caxias do Sul – e, diante deste, averiguar de maneira razoável e condizente com os princípios constitucionais elencados como é gerido tal problema socioambiental pelo Poder Público Municipal no que tange à sua responsabilidade, à fiscalização de loteamentos irregulares em áreas invadidas de propriedade privada, bem como

a responsabilização do Ente Municipal pelas demandas sociais geridas pelos invasores e, ainda, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria questionada.

## 2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Neste capítulo será abordada a Responsabilidade Civil do Estado no que tange à sua evolução, partindo-se do ponto de vista internacional, e, ainda, retratando a temática no Estado Brasileiro. Observa-se, bem como, a dicotomia entre a teoria civilista e publicista no que concerne a suas peculiaridades, bem como o que envolve a ação, omissão e reparação do dano por parte do Estado.

### 2.1. A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Ao dar início, contexto que envolve a responsabilidade como um instituto jurídico, percebe-se que, previamente à sua interação com a positivação em textos legislativos, constitui-se um ponto que retoma aos primórdios da sociedade humana. Para tanto, justifica-se a frase “*the king can do no wrong*”, marcante, e que carrega a força de um período em que se fazia presente a monarquia exercendo o papel de Estado, entretanto, período de característica singular no que se refere à exclusão de qualquer responsabilidade que poderia ser atribuída ao monarca; tempo esse em que os povos ostentavam o título de meros súditos e não desfrutavam, ou sequer almejavam, qualquer espécie de direitos que consagassem a sua humanidade. Leciona Cavalieri Filho (2007, p.219):

No Estado despótico e absolutista vigorou o princípio da irresponsabilidade. A ideia de uma responsabilidade pecuniária da Administração era considerada um entrave perigoso à exceção de seus serviços. Retratam muito bem essa época as tão conhecidas expressões: “O rei não erra” (The king can do no wrong), “O Estado sou eu” (L’État c’est moi), “o que agrada o príncipe tem força de lei” etc. Os administrados tinham apenas ação contra o próprio funcionário causador do dano, jamais contra o Estado, que se mantinha distante do problema. Ante a insolvência do funcionário, a ação de indenização quase sempre resultava frustrada. Sustentava-se que o Estado e o funcionário são sujeitos diferentes, pelo que este último, mesmo agindo fora dos limites de seus poderes, ou abusando deles, não obrigava, com seu fato, a Administração.

Percebe-se que esse seria um período marcado pela parcialidade a favor do soberano que, por sua vez, era considerado intocável, alguém que não viria a tomar decisões ou coordenar ações que exprimissem teor errôneo; não havia equívoco por parte do rei. Anota-se o período

absolutista como uma exemplificação de melhor entendimento do que seria o papel do Estado no contexto da irresponsabilidade. Época em que a vontade do rei era suprema e dotada de total desproporcionalidade. Além disso, cumpre avaliar que “qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania” (Di Pietro, 2014, p.717). Elucidando a matéria, ministra Hobbes (2006, p.115):

Toda lei humana é civil, pois o estado dos homens que estão fora da sociedade civil é um estado de guerra; e em tal condição, onde ninguém está sujeito à ninguém, não existe nenhuma lei que esteja acima dos ditames da razão natural, que é a lei divina. Porém no governo civil o único legislador é a cidade, ou seja, é aquele homem ou conselho a quem o poder supremo da cidade está submetido, e é por esta razão que chamamos as leis da cidade de “leis civis”.

A possível responsabilização por qualquer ato que viesse a causar danos ou qualquer infortúnio aos seus súditos era vista como uma barreira para com a execução dos serviços prestados pela administração. Inadmitia-se a formação de direitos por parte dos súditos que entrassem em confronto com a personalidade do Estado. Não há dúvidas de que, nesse período, a sociedade era refém de um Estado rígido e versava sobre uma imunidade desproporcional, a qual sequer permitia qualquer contradição e, principalmente, qualquer contrariedade aos seus atos, pois teriam caráter impeditivo no que tange à liberdade de ações e intenções do Estado. Observar-se, nesse sentido, que o Estado detém a postura de cerceador de liberdades e de direitos, governando seu povo em rédeas curtas e impondo o estímulo único de desenvolver-se em benefício da Coroa. O rei governava pelo temor. Aclara Maquiavel (2005, p. 98-99):

Nasce daí uma questão: se é melhor ser amado que temido ou o contrário. A resposta é que seria necessário ser uma coisa e outra; mas, como é difícil reuni-las, em tendo que faltar uma das duas é muito mais seguro ser temido. Isso porque dos homens, pode-se dizer, geralmente, que são ingratos, volúveis, simuladores, tementes do perigo, ambicioso de ganho; e, enquanto lhes fizeres bem, são todos teus, oferecendo o próprio sangue, os bens, a vida, os filhos, desde que, como se disse acima, a necessidade esteja longe de ti; quando esta se avizinha, porém, revoltam-se. E o príncipe que confiou inteiramente em suas palavras, encontrando-se destituído de outros meios de defesa, está perdido: as amizades que se adquirem por dinheiro, e não pela grandeza e nobreza de alma, são compradas mas com elas não se pode contar e, no momento oportuno, não se torna possível utiliza-las. E os homens têm menos escrúpulos em ofender a alguém que se faça amar do que a quem se faça temer, porto que a amizade é mantida por um vínculo de obrigação que, por serem os homens maus, é quebrado em cada oportunidade que a eles convenha; mas o temor é sempre mantido pelo receio de castigo.

Fundamentalmente, a teoria da irresponsabilidade, como conhecida, formaliza-se por meio de fatos históricos da administração pública, que exprimem de forma precisa sua ingerência para com a sociedade. Destarte, percebe-se que o Estado estabelece sua desigual

relação ao súdito, exibindo uma natureza irreduzível com relação à sua responsabilidade e à possibilidade de seu reconhecimento; haja vista mostrar-se imune a qualquer título de violação contra direitos dos seus súditos e, ainda, retratando os atos praticados por seus funcionários ou “prepostos”, que se chocassem aos ditames da lei, não pudessem ser considerados atos do Estado, pois deveriam estes ser de responsabilidade exclusiva dos próprios funcionários. Leciona Cahali (1996, p.18):

O conceito fundamental da teoria da irresponsabilidade absoluta da Administração Pública firma-se em três postulados: 1) na soberania do Estado, que, por natureza irreduzível, proíbe ou nega sua igualdade ao súdito, em qualquer nível de relação; a responsabilidade do soberano perante o súdito é impossível de ser reconhecida, pois envolveriam uma contradição nos termos da equação; 2) segue-se que, representando o Estado soberano, o Direito organizado, não pode aquele aparecer como violador desse mesmo Direito; 3) daí, e como corolário, os atos contrários à lei praticados pelos funcionários jamais podem ser considerados atos do Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente àqueles, como praticados não em representação do ente público, mas *nomine próprio*.

Não há, para tanto, uma restrição ao período da Idade Média no que se refere a condutas de irresponsabilidade consoantes ao Estado. Aos povos primitivos, a noção de responsabilidade prima-se pela não individualização dos resultados danosos em um grupo, ao qual todos deveriam responder, não havendo quantificação de responsabilidade ou proporcionalidade para tanto. Da mesma forma, nota-se a importância perante um dos marcos regulatórios da civilização antiga, o Código de Hamurabi, o qual, dentre tantas noções, remonta à questão de que não haveria uma ideia geral acerca da responsabilidade naquela época, mas na medida em que se apresentassem fatos que careciam de responsabilidade da administração, em alguns casos, se fazia presente, haja vista o parágrafo 32<sup>1</sup> do referido Código. Expressa Severo (2009, p. 06):

Um aspecto importante é a admissão tópica da responsabilidade pública em regimes de irresponsabilidade, na medida em que a ausência de uma regra geral não afasta a existência de certas hipóteses concretas, como, entre os babilônicos, aquelas observadas nos §§23 e 24 do Código de Hamurabi. Ambos os dispositivos, referentes, respectivamente, a casos de assalto e homicídio, sem que fosse preso o criminoso, representavam o curioso antecedente de uma concepção aproximada do risco social. Outro caso que guarda afinidade deriva da possibilidade o palácio indenizar o mercador que pagou resgate de um guerreiro aprisionado numa expedição do rei, consoante disposto no § 32 do Código de Hamurabi.

---

<sup>1</sup> Parágrafo 32: Se um negociante resgata um oficial, ou um soldado que foi feito prisioneiro no serviço do rei, e o conduz à sua aldeia, se na sua casa há com que resgatá-lo, ele deverá resgatar-se; se na sua casa não há com que resgatá-lo, ele deverá ser libertado pelo templo de sua aldeia; se no templo de sua aldeia não há com que resgatá-lo, deverá resgatá-lo a Corte. O seu campo, horto e casa não deverão ser dados pelo seu resgate.

Ao prosseguir no tempo, nota-se, por meio do direito concebido em berço romano, o qual fortemente serviu como “via de regra” ao direito brasileiro, diga-se de passagem, que retrata facetas pertinentes à temática da responsabilidade. Percebe-se de grande valia as contribuições do direito romano, principalmente no que se refere à diferenciação entre o conceito de pena (direito penal) e reparação, fundamental exemplificação para que seja criado o conceito de responsabilidade. A diferenciação básica dos institutos pende, então, para o que seriam delitos públicos e delitos privados; os públicos seriam notadamente aqueles que qualquer sanção arrecadatória seria voltada aos cofres públicos, e quanto aos privados, a sanção seria voltada à vítima. Eis que o Estado dota-se da função de punir, porém, concomitantemente, percebe-se o dever de indenizar, ou seja, nasce a ação de indenização, ou ainda, a responsabilidade civil<sup>2</sup>. Ensina Gonçalves (2005, p. 05):

A diferenciação entre a “pena” e a “reparação”, entretanto, somente começou a ser esboçada ao tempo dos romanos, com a distinção entre os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, em dinheiro cabia à vítima. O Estado assumiu assim, ele só, a função de punir, quando a ação repressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal.

Em um primeiro momento, anota-se o teor evolutivo que o direito romano retrata para uma sociedade que permeava notas de uma organização política e que, por consequência, viria primar pelo seu interesse coletivo. Outra referência que ganha respaldo ao direito romano se traduz pela responsabilidade do agente<sup>3</sup>. De forma ainda que precária, data-se dessa época a primeira lei que responsabilizaria os agentes públicos contra ações dotadas de improbidade e

<sup>2</sup> Para tanto, observa-se a Teoria da Responsabilidade de JONAS (2006. p. 165): como ponto norteador da matéria que concerne o instituto da responsabilidade, haja vista as primeiras delineações no que se refere como imputação causal dos atos realizados, exprimem o sentido venal do que seria o Princípio da Responsabilidade: “O poder causal é condição da responsabilidade. O agente deve responder por seus atos: ele é responsável por suas consequências e responderá por elas, se for o caso. Em primeira instância, isso deve ser compreendido do ponto de vista legal, não mora. Os danos causados devem ser reparados, ainda que a causa não tenha sido um ato mau e suas consequências não tenham sido nem previstas, nem desejadas. Basta que eu tenha sido a causa ativa. Mas isso somente se houver um nexo causal estreito com a ação, de maneira que a imputação seja evidente e suas consequências não se percam no imprevisível.”.

<sup>3</sup> Sobre a identidade do agente, observa-se o que ensina DROMI(1986. P. 25).: “La responsabilidad del Estado es, en suma, una *concuencia jurídica obligada de su personalidad propia*. Los actos que se atribuyen son aquellos que realizan los llamados órganos individuos (agentes del Estado), que expresan su voluntad como voluntad estatal. Tales órganos integran la estructura de la persona, formando parte de ella, pues el órgano vale tanto como el *instrumento mediante el cual se desenvuelve el sujeto de derecho*. La incorporación orgánica subjetiva (persona física) al cargo (órgano jurídico institucional) se efectúa por alguno de los títulos jurídicos (elección, designación, ley de sucesión, etcétera) que generan la relación de empleo público.”.

que, por sua vez, ressarciriam ao poder público o dano provocado. Elucida Severo (2009, p. 7-8):

O direito romano também legou um curioso antecedente da responsabilidade do agente, numa acepção alta: trata-se da hipótese do *iudex qui litem suam fecit*, mencionada no título V do Livro IV das Institutas de Justiniano, dirigida à responsabilidade dos magistrados, [...] Cícero noticia a primeira lei voltada à proteção contra atos de improbidade praticados por administradores públicos (*lex de repetundis*), atribuída “aos esforços de L. Calpurnio Pisone, tribuno da plebe em 149 a.C.” com a função de compelir administradores desonestos a ressarcir danos causados ao Poder Público. Mencionando que a lei não logrou êxito na erradicação de costumes arraigados na sociedade romana, o autor salienta que outras leis foram editadas, como destaque para a *Lex Julia* “prevendo novas e drásticas penalidades tais como a devolução em quádruplo dos prejuízos, o exílio, bem assim a perda dos direitos civis”.

Nesse sentido, percebe-se que o direito vem a construir uma nova ideia de realidade, formalizando o conceito de que se torna responsável pelo agir de seus agentes. O que se percebe é que “a fonte primeira da responsabilidade civil do Estado é o agente público que se exterioriza ou por meio de *atos administrativos*” (CRETELLA JR., 2002, 98), ou, ainda, existe uma relação direta no que tange à vontade do agente para com o intuito do Estado; não há como separar o ato do agente da vontade da administração quando este se encontra em labor sob a tutela do Estado. Eis que se apresenta a Teoria do Órgão<sup>4</sup>, que tem por assegurar a unidade do Estado no que se refere à descentralização do seu poder, bem como dos atos que seus agentes venham a proferir. Leciona Filho (2007, p. 221):

Não podendo o Estado agir diretamente, por não ser dotado de individualidade fisiopsíquica, sua vontade e sua ação são manifestadas pelos seus agentes, na medida em que se apresentem revestidos desta qualidade e atuem em seus órgãos. Pela Teoria do Órgão (ou organicista) o Estado é concebido como um organismo vivo, integrado por um conjunto de órgãos que realizam as suas funções. [...] O órgão supõe a existência de uma só pessoa, a própria pessoa do Estado, razão pela qual o dano causado ao particular, imputa-se diretamente à pessoa jurídica cuja organização faz parte o funcionário causador do dano.

Cabe ressaltar que o Estado, apesar de figurar como Ente, ou ainda, descentralizado em órgãos com personalidade coatora e fiscalizadora, encontra-se não em um plano de equidade, mas em um mesmo grau de regulação, pelo direito em si, do que o cidadão, afinal, apresenta-se como uma pessoa jurídica. Os interesses públicos perante os de caráter privado prevalecerão, respeitando os limites que o direito impor. Isso nos parece óbvio quando

---

<sup>4</sup> Não há uma bipartição entre o Estado e seus agentes, como se fossem uma espécie de “mandante e mandatário”; sempre serão considerados unos.

encontramos conceitos com o princípio<sup>5</sup> da proporcionalidade<sup>6</sup>, que, levado em consideração, e por sua aplicabilidade, torna-se ferramenta eficaz para com o desenvolvimento harmônico entre Estado e sociedade. No sentido da equalização entre Estado e direito, elucida Kelsen (2000, p.263):

Considera-se a relação entre o direito e o Estado como sendo análoga à existente entre o Direito e o indivíduo. Pressupõe-se que o Direito – apesar de criado pelo Estado – regula a conduta do Estado concebido como um tipo de homem, ou supra-homem, exatamente como o Direito regula a conduta dos homens. E, exatamente como existe o conceito jurídico de pessoa ao lado do conceito biofisiológico do homem, acredita-se que existe um conceito sociológico de estado ao lado do eu conceito jurídico, e, até mesmo, que ele seja lógica e historicamente anterior a este.

Observa-se um quadro simples de como o direito foi se moldando no decorrer do tempo e com o contexto social que a evolução proporcionou para tanto. O Estado deixa de ser absoluto, intocável, e passa a participar efetivamente da sociedade, não apenas como um sujeito sancionador, mas também atuando de forma proativa para o desenvolvimento social. Deste modo, percebe-se também que o Estado que, como analisado, seria apenas tido como responsável subjetivamente, ou seja, pela culpa, passa a contar com a nova ótica da responsabilidade objetiva, sendo esta vista como a ligação entre o comportamento da administração e o dano ocorrido. Ensina Mello (2011, p.1010):

Admitida a responsabilidade do Estado já na segunda metade do século XIX, sua tendência foi expandir-se cada vez mais, de tal sorte que evolui de uma responsabilidade *subjetiva*, isto é, baseada na culpa, para uma responsabilidade *objetiva*, vale dizer, *ancorada na simples relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso*.

---

<sup>5</sup> Nota-se ÁVILA (2004, p.35-36). Segundo alguns autores, os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo critério do modo final de aplicação, pois, para eles, as regras são aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*, ao passo que os princípios de modo gradual *mais ou menos*. Dworkin afirma que as regras são aplicadas de modo *tudo ou nada* (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve aceitar, ou ela não é considerada válida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Segundo ele, se os fatos estipulados por uma regra ocorrem, então ou a regra é válida, em cujo caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou deve ser encontrada uma exceção a essa regra.

<sup>6</sup> Observa-se ALEXY (2008, p. 116-117). Acerca da Proporcionalidade: “Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), [...] *A máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão”.

Nota-se que a figura do Estado se transmuda no decorrer das eras e seus governantes, absolutos em outrora, na pós-modernidade fazem parte do contexto como coadjuvantes na construção do desenvolvimento, haja vista a qualidade de igualdade no tratamento perante o instituto da responsabilidade. Em sentido amplo, trata-se do ato de adimplir ou quitar com uma obrigação ligada a um fato gerador. O sujeito que é responsabilizado passa a constar na condição de garantidor da situação. Leciona Cretella Junior (1991, p. 334):

“Responsabilidade” é o vocábulo que serve para indicar a situação de todo homem a quem, por qualquer título, incumbem as consequências de um fato danoso. O vocábulo “responsabilidade” liga-se a resposta. Resposta liga-se a “responder”. Responsável é aquele que responde. “Resposta” é a resultante de um estímulo anterior causativo, a pergunta. Sem diálogo, não há responsabilidade.

No que tange ao contexto da normativa brasileira, em restrito à Constituição Federal, observam-se grandes avanços no que diz respeito ao tema se traçada uma linha evolutiva desde o período monárquico até a pós-modernidade, haja vista o Brasil ser originário de colonização oriunda do sistema português. Nas primeiras Constituições, sejam elas de 1824<sup>7</sup> e 1891<sup>8</sup>, o sistema que era imposto era o da irresponsabilidade do Estado, exatamente como descrito anteriormente. A irresponsabilidade presente nessas constituições pode ser equacionada com os mesmos argumentos norteadores do modelo europeu, forma em que se baseia a maciça doutrina. Aclara Dapkevicius (2008, p. 102-104):

La tesis de la irresponsabilidad, dominante en el sigloXIX, se fundaba en los siguientes argumentos: La ley, expresión de la voluntad general y de la soberanía, se impone a todos sin que pueda reclamarse indemnización. [...] Las leyes que modifican o extinguen derechos no producen daño porque la ley que los reconocía es derogada por otra expresión general.[...] La posible responsabilidad legislativa podría determinar la dictación de nuevas leyes. [...] los jueces no pueden acoger demandas reparatorias por responsabilidad legislativa en virtud de que sólo pueden aplicar la ley y deben respetar el principio de separación de poderes. Si ésta no reconoce a, texto expreso, la indemnización, deben rechazar las demandas.[...] La ley es una norma general que no refiere a situaciones personales. Es un que se aplica generalmente. [...] Ningún sujeto tiene un derecho adquirido a petrificar la legislación y su evolución.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma.

<sup>8</sup> Art 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos. Parágrafo único - O funcionário público obrigar-se-á por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres legais.

<sup>9</sup> A tese de irresponsabilidade, dominante no século XIX, baseou-se nos seguintes argumentos: a lei, a expressão da vontade geral e a soberania, são impostas as duas, sem compensação. [...]As leis que modificam ou extinguem direitos não causam danos porque a lei que os reconheceu é derogada por outra expressão geral [...] A possível responsabilidade legislativa poderia determinar a promulgação de novas leis. [...] os juízes não podem aceitar demandas reparadoras de responsabilidade legislativa porque só podem aplicar a lei e devem revogar o princípio da separação de poderes. Se o último não reconhecer a compensação expressa, eles devem rejeitar as demandas ... A lei é uma norma geral que não se refere a situações pessoais. É um que é geralmente aplicado. [...] Nenhum assunto tem direito adquirido de petrificar a legislação e sua evolução.

O que traduz relevância se remonta à Constituição de 1934<sup>10</sup> e, posteriormente, a de 1937<sup>11</sup>, coloca a responsabilidade solidária entre os Entes e seus agentes quando estes propuserem atos omissos, abusivos ou, ainda, negligentes no exercício de suas funções. Na Constituição de 1946<sup>12</sup>, o legislador adota, então, a responsabilidade objetiva do Estado, assim como posteriormente é mantida nas Constituições de 1967<sup>13</sup> e na ECnº1 de 1969<sup>14</sup>. Ensina Bacellar Filho (2005, p. 202-203):

As Constituições de 1824 e 1891, ao adotarem a teoria da irresponsabilidade do Estado, admitiam apenas a responsabilidade dos “empregados públicos” pelos seus atos caracterizados de abuso e omissões no exercício de seus cargos. [...] a CF de 1934 acolheu a responsabilidade solidária entre a Fazenda Pública Nacional, Estadual e Municipal e seus respectivos funcionários, quando estes agissem com negligência, omissão ou abuso no exercício das suas funções. A CF de 1937 cuidou de repetir o preceito [...] em 1946, a CF então editada, afeiçãoada a uma nova realidade, foi propiciadora de grande avanço na matéria, ao estabelecer no art. 194 a responsabilidade direta e objetiva do Estado [...] a teoria da Responsabilidade objetiva do Estado foi mantida na CF de 1967, assim como na EC n. 1 de 1969, com alterações pouco significativas.

Cumpra o relato adentrar a Constituição Federal de 1988, que vem por manter em vigor a disposição de que se construiu nas anteriores, retratado, portanto, em seu art. 37, § 6º<sup>15</sup>, “Mantendo os mesmos princípios, a Constituição de 1988 ampliou a extensão dessa responsabilidade” (Cahali, 1996, p. 30), e, ainda, expressando a qualidade das pessoas jurídicas de direito público, mas também as de direito privado prestadoras de serviços públicos, o que pressupõe uma análise mais detalhada acerca dos tipos de responsabilidade, qual sejam as responsabilidades subjetiva e objetiva, matéria esta que detém extrema importância para a aplicabilidade da obrigação para a pessoa do Estado, perante o caso concreto. Ensina Bacellar Filho (2005, p. 206):

---

<sup>10</sup> Art 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

<sup>11</sup> Art 158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

<sup>12</sup> Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

<sup>13</sup> Art 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

<sup>14</sup> Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. *Parágrafo único.* Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

<sup>15</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 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.

A redação da CF de 1988 incluiu pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço públicos, por seus agentes, agindo nessa qualidade. Esta ampliação foi providencial, afinal, se o Estado delega a terceiros a prestação de serviços públicos por concessão, permissão e autorização, esses agentes delegados, que agem no interesse do Estado por sua própria conta e risco, devem responder objetivamente pelos danos causados na consecução dessas atividades.

O legislador, ora constituinte em 1988, vem por inovar de maneira demasiada a nova Constituição Federal; inovações que refletem o clamor da sociedade por uma democracia<sup>16</sup> e que tivera um caminho penoso até seu renascimento. O Brasil passa a ter, no preâmbulo<sup>17</sup> de sua Constituição, a declaração expressa de um Estado Democrático de Direito, assegurando, dentre outros princípios, o bem-estar social<sup>18</sup>, que pauta, assim, a intrínseca movimentação entre Estado e cidadão para que se faça cumprir, afinal, o Estado sendo emanado do povo, composto e formado por integrantes do corpo social. Vem por apresentar estrutura pró-ativa para com a sociedade que o forma, em outras palavras, se estabelece o Estado brasileiro pós-moderno<sup>19</sup> de bem-estar comum<sup>20</sup>, como conhecido atualmente. Ensina Baumann (2007, p. 70-71):

Foi a segunda solução que inspirou o projeto de Estado do bem-estar social de lord Beveridge, a encarnação mais abrangente da ideia de T.H. Marshall de direitos *sociais* - o terceiro elemento na cadeia de direitos, sem o qual o projeto democrático tende a

<sup>16</sup> Leciona CANOTILHO (1993, p.409): “A teoria da *democracia participativa* considera-se como teoria crítica da teoria pluralista e como alternativa para o impasse do sistema representativo. O seu ponto de partida fundamental é o interesse básico dos indivíduos na autodeterminação política e na abolição do domínio dos homens sobre os homens. Contra uma teoria democrática representativa, totalmente *absortiva* (isto é, que exclui os direitos e participação directa democrática) e contra um *mandato livre*, totalmente desvinculado dos cidadãos, a teoria da participação aspira à realização da ideia de democracia como poder do povo, juntando todas as suas componentes: individualistas, coletivistas, ideal radical democrático.”

<sup>17</sup> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

<sup>18</sup> Ao que tange o estado de bem-estar social, traçando um paralelo entre as condutas pró-ativas do Estado e do sujeito, expressa LINARES (1986, p. 423): “El poder de policía en sentido amplio en esta clase de Estado, consiste en la mencionada potestade, pero ejercida también por razones de bienestar (prosperidad o fomento) y para imponer también unilateralmente, a la libertad jurídica individual, prestaciones de dar y hacer. Es decir, no sólo omisiones, sino también comisiones. [...] En este concepto las valoraciones de justicia preeminentes son de orden, seguridad, poder, pero también de cooperación y solidaridad.”

<sup>19</sup> A expressão “pós-moderna”, ou, no caso, utilizada como referência ao “Estado pós-moderno”, expressa a visão de contemporaneidade indicada na obra “Propriedade e Função Social na Pós-Modernidade”, de José Isaac Pilati. (PILATI, José Isaac. Propriedade e Função Social na Pós-Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011).

<sup>20</sup> Ao que se refere ao entendimento do que se aplica a expressão bem-estar comum, afirma REALE (1999, p. 272-273): “A *Justiça* que, como se vê, não é senão a expressão unitária e integrante dos valores todos de convivência, pressupõe o valor transcendental da pessoa humana, e representa, por sua vez, o pressuposto de toda a ordem jurídica. Essa compreensão histórico--social da Justiça leva-nos a identificá-la com o *bem comum*, dando, porém, a este termo sentido diverso do que lhe conferem os que atentam mais para os elementos de “estrutura”, de forma abstrata e estática, sem reconhecerem que o *bem comum* só pode ser concebido, concretamente, como um processo incessante de composição de valorações e de interesses, tendo como base ou fulcro o valor condicionante da liberdade espiritual, a pessoa como fonte constitutiva da experiência ético-jurídica.”

se interromper antes da conclusão. "Um vigoroso programa de bem-estar social", como d'Arcais resume seu argumento mais de meio século depois de Beveridge, "deve ser parte integrante, e *constitucionalmente* protegida, de todo projeto democrático." Sem direitos políticos, as pessoas não podem ter confiança em seus direitos pessoais; mas sem direitos *sociais*, os direitos *políticos* continuarão sendo um sonho inatingível, uma ficção inútil ou uma piada cruel para grande parte daqueles a quem eles foram concedidos pela letra da lei. Se os direitos sociais não forem assegurados, os pobres e indolentes não poderão exercer os direitos políticos que formalmente possuem. E, assim, os pobres terão apenas as garantias que o governo julgue necessário conceder-lhes, e que sejam aceitáveis para aqueles dotados da verdadeira musculatura política para ganhar e se manter no poder. Enquanto permanecerem desprovidos de recursos, os pobres podem esperar no máximo serem recebedores de transferências, não sujeitos de direitos.

Nesse sentido, cumpre concluir que por esta linha temporal observa-se a transmutação da responsabilidade do Estado assemelhando-se à socialização do direito e dos deveres do cidadão, haja vista a observância das constituições que remontam o império no Brasil até a de 1988. Ainda, torna-se pertinente elucidar pontualmente a dicotomia entre a *Teoria Civilista e a Teoria Publicista* e suas peculiaridades.

## 2.2. A DICOTOMIA ENTRE A TEORIA CIVILISTA E PUBLICISTA

Anteriormente ao conceito de responsabilidade subjetiva, como é conhecido, cumpre analisar a transição entre a teoria da irresponsabilidade e a teoria civilista, que tem o objetivo inovar a temática da responsabilidade do Estado. Em um primeiro momento, tentou-se subdividir em duas categorias os atos decorrentes do Estado; seriam os atos de império e os atos de gestão<sup>21</sup>. Essa distinção teria por efeito a simples imputação de uma dupla personalidade do Estado, seja entre a pessoa do Monarca e do Estado gestor, fiscalizador. Discorre Cahali (1996, p. 20 apud Bielsa, *Derecho Administrativo*, V/37, n.993):

Tinha-se como certo que duas classes de funções desempenha o Estado: as que se denominam essenciais ou necessárias, no sentido de que tendem a assegurar a existência mesma do Poder Público (manter a ordem constitucional e jurídica), e as chamadas facultativas ou contingentes, no sentido de que não são essenciais para a existência do Estado, mas este, não obstante, as realiza para satisfazer necessidades sociais, de progresso, bem-estar e cultura; quando realiza as funções necessárias, age como poder público, soberano; quando realiza funções contingentes, age como gestor de interesses coletivos.

<sup>21</sup> No que tange aos atos de gestão e atos de império, observa-se, para tanto, o que expressa CASSAGNE (1998, p. 280): "corresponde um doble sistema de actos: a) el de los llamados "actos de gestión", que son aquellos que pertenecen al ámbito de la igualdad de derechos entre las partes, o sea em el campo del derecho privado, porque la administración no los realiza como depositaria de la soberanía sino em calidad de "intendente de los servicios públicos"9LAferrière); b) la de los "actos de império" o de autoridade, que caen em el campo de las relaciones de poder, de subordinación, de desigualdade de derechos, es decir, em la esfera del derecho público."

Essa divisão acerca da pessoa jurídica do Estado tinha por caracterizar os atos do império como aqueles que detivessem prerrogativas especiais, de caráter unilateral perante a coletividade, independentemente de ordem judicial, e dotados de conduta desproporcional com relação à exorbitância de seus interesses; atos advindos do rei. Já os atos de gestão, ficam caracterizados pela ação da administração pública<sup>22</sup> por meio dos seus agentes – ou prepostos – na gestão de serviços com relação ao patrimônio público; esses com uma situação de proporcionalidade com relação ao coletivo, e, portanto, havendo esse nivelamento entre agentes e civis, se aplicaria a responsabilização. Leciona Mello (2007, p. 481):

Atos de império seriam aqueles que a administração pública tão somente pratica no uso das suas prerrogativas de autoridade, e se impõe aos cidadãos, obrigados coercitivamente, sem prévio pronunciamento judicial, em virtude do plano diferente das partes, e cujas consequências jurídicas verificam-se *ipso jure*. Os atos de gestão seriam aqueles que a Administração Pública pratica no uso das prerrogativas comuns a de todos os cidadãos, particulares, na conservação e desenvolvimento do patrimônio público e efetivação dos seus serviços.

Acerca dessa breve introdução ao tema da responsabilidade civil, ou ainda sobre as teorias civilista e publicista, para a noção de responsabilização, percebe-se então que sempre que algum dano derivar de fato culminado por ato administrativo, o Estado será chamado a arcar com o ônus desprendido pelo evento danoso. Porém, essa responsabilização pode ser arguida de diferentes formas, subjetiva ou objetiva, bem como elencando seus agentes, perpetuadores de suas vontades e que aplicam *in loco* a determinação do Estado. Expressa Dromi (1986, p. 26):

La responsabilidad del Estado, tiene lugar toda vez que una persona sufra un daño – material o moral – causado directamente por sus agentes estatales. Al Estado se le imputa los daños y perjuicios ocasionados por sus órganos individuales. [...] En algunos casos, se exige que la conducta danosa sea culpable (*responsabilidad subjetiva*), y en otros, se prescinde de tal dato subjetivo (*responsabilidad objetiva*).<sup>23</sup>

Além da causa que inspiraria tais conceitos, atos de império e atos de gestão, o conceito alarga-se ao que consta a aplicação do conceito de culpa civil<sup>24</sup> para com o ímpeto da

<sup>22</sup> Ao observar a entidade da Administração Pública, observa-se o entendimento de Bobbio (1998, p. 10): “Em seu sentido mais abrangente, a expressão Administração pública designa o conjunto das atividades diretamente destinadas à execução concreta das tarefas ou incumbências consideradas de interesse público ou comum, numa coletividade ou numa organização estatal.

<sup>23</sup> A responsabilidade do Estado ocorre sempre que uma pessoa sofre um dano - material ou moral - causado diretamente por seus agentes estaduais. O Estado é responsável pelos danos e perdas causados por seus órgãos individuais. [...] em alguns casos, é necessário que o comportamento prejudicial seja culpado (responsabilidade subjetiva) e, em outros, que os dados subjetivos sejam desconsiderados (responsabilidade objetiva).

<sup>24</sup> Expressa MIRANDA (2000, p.287): “A culpa é inconfundível com a contrariedade a direito. Opera no suporte

administração pública e seus atos, acerca da culpa do serviço ou pelo atraso do serviço, ou ainda pelo não funcionamento do serviço. No caso, pela ocorrência de qualquer um desses atos, a administração pública vem por responsabilizar-se pelos danos provocados, e ao que tange ao dano, fica clara a exposição de culpa ou dolo de sua ocorrência para caracterizar a subjetividade. Pelo fato de o dano estar sendo avaliado sob o conceito da culpa ou dolo, à Administração Pública recai o encargo de provar que não se caracteriza o dano em questão por falta de diligência, perícia ou prudência, Leciona Mello (2011, p. 1012):

É mister acentuar que a responsabilidade por “falta de serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute de service*, seja qual tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo). [...] Em face da presunção de culpa, a vítima do dano fica desobrigada de comprová-la. Tal presunção, entretanto, não elide o caráter subjetivo desta responsabilidade, pois se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência – antítese de culpa -, estará isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se fora objetiva a responsabilidade.

A expressão “*faute du service*”<sup>25</sup> é uma das grandes controvérsias no que tange ao instituto da responsabilidade civil do Estado no Brasil. O motivo de sua aplicabilidade perante a tradução feita de forma errada sobre a expressão em francês “*faute*”, em português, que como tradução expressa o vocábulo “culpa” e não “falta”, o que teria por, no caso da segunda tradução, aplicar objetivamente a responsabilidade. A falta ou ausência deduz algo objetivo, não deixando dúvidas para com o sentido de culpa ou dolo característicos da conduta subjetiva.

Norteados pelos ditames do Código Civil de 1916, mais precisamente em seu art. 15<sup>26</sup>, observa-se, portanto, o sentido da caracterização de culpa por parte do Ente, ou seja, pressuposto para a admissibilidade da responsabilidade subjetiva e ainda caracterizando o agente público como representante do Estado em teor de preposto, matéria de direito privado. Assim, anota-se a matéria em um primeiro momento, remontando as primeiras constituições do Brasil, ou seja, período que antecede a Constituição de 1946. Ministra Cavalieri Filho (2007, p. 225):

---

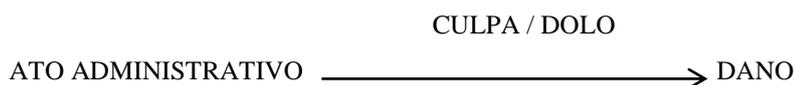
fático, como *plus*. Culpa quem tem atua positivamente, ou negativamente, como causa evitável de algum dano ou infração. Há no conceito, implícita, a reprovação, posto que haja culpa de atos não reprováveis e, até, de atos dignos de louvor.”

<sup>25</sup> Elucida MELLO (2011, p.1012): “muito provável que a causa deste equívoco, isto é, da sua posição de que a responsabilidade pela *faute du service* seja responsabilidade objetiva, deva-se a uma defeituosa tradução da palavra *faute*. Seu significado corrente em Francês é o de culpa. Todavia, no Brasil como de resto em alguns outros países, foi inadequadamente traduzida como “falta” (ausência), o que traz ao espírito a ideia de algo objetivo.”

<sup>26</sup> Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Não obstante a redação ambígua desse dispositivo, o que se ensejou alguma controvérsia inicial, a melhor doutrina acabou firmando entendimento no sentido de ter sido nele consagrada a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado. Tanto é assim que fala em representante, ainda ligado à ideia de que o funcionário representaria o Estado, seria o seu preposto, tal como ocorre no Direito Privado. Ademais, as expressões, “procedendo de modo contrário ao Direito ou faltando a dever prescrito por lei” não teriam sentido se não se referissem à culpa do funcionário.

Constatado então fica que a certeza de que a responsabilidade subjetiva, que advém da teoria civilista, percebe a relação horizontal/linear com ponto de partida no ato administrativo revestido de culpa e culminando no dano. É pacífica a definição de que, “a responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao direito – culposo ou doloso – consistem em causar um dano a outrem” (MELLO, 2011, p. 1011).



É de se perceber que, às vistas da época, teria sido uma grande evolução ao direito público, tendo em vista sua transmutação da teoria da irresponsabilidade adotada no período monárquico e agora trazendo certo balanceamento nas vias de responsabilização do Estado<sup>27</sup>, “as teorias civilísticas equacionam em termos do direito civil o importante instituto da responsabilidade pública” (CRETELLA JÚNIOR. 1991, p. 345). Em uma definição do que seria a responsabilidade objetiva, “é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito – culposo ou doloso – consistente em causar dano a outrem” (MELLO, 2011, p. 1011).

Com a evolução das sociedades e o declínio dos estados absolutistas, percebe-se na França, diante do Tribunal de Conflitos, o grande marco para com a responsabilidade civil do Estado, trata-se do *Caso Blanco*<sup>28</sup> (DI PIETRO, 2014, p. 718). A partir do seu julgamento, nota-

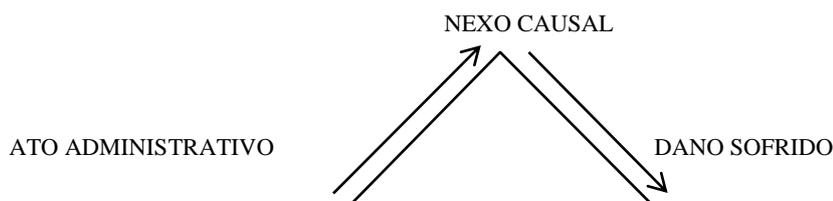
<sup>27</sup> Assinala DI PIETRO (2014, p.718-718) acerca dos *atos de império e atos de gestão*: “Numa primeira fase, distinguem-se para fins de responsabilidade, os atos de império e os atos de gestão. Os primeiros seriam os praticados pela administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateralmente e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum. [...] Distinguiu-se a pessoa do Rei (insuscetível de errar – the king can do no wrong), que praticaria os atos de império, da pessoa do Estado, que praticaria atos de gestão, através de seus prepostos”.

<sup>28</sup> O Caso Blanco: trata-se de um fato ocorrido na França, em Bordeaux, datado de 1871, onde uma jovem teria sido atropelada por funcionários de uma fábrica de tabaco do Estado e, por conta disso, sofreu a amputação de

se, portanto, grande evolução para com o direito administrativo no argumento de que o Estado torna-se responsável para com as atividades possivelmente causadoras; também devido à menção de que o Estado deve, sim, ser responsabilizado, porém, não de forma absoluta ou geral, e que, para tanto, seriam observadas regras especiais para que se procedesse a aplicabilidade de tal responsabilidade. Ensina Mello (2011, p. 1010):

O reconhecimento da responsabilidade do Estado, à margem de qualquer texto legislativo e segundo princípios de Direito Público, como se sabe, teve por marco relevante o famoso aresto *Blanco* do Tribunal de Conflitos, proferido em 1º de fevereiro de 1873. Ainda que nele se fixasse que a responsabilidade do Estado “não é nem geral nem absoluta” e que se regula por regras especiais, desempenhou a importante função de reconhecê-la como um princípio aplicável mesmo à falta de lei.

Partindo desse pressuposto evolutivo com relação ao tribunal francês, abandona-se assim a teoria civilista subjetiva, e adentra-se à teoria publicista. Nesse sentido, avalia-se não mais a questão da culpa sobre determinado fato gerado, mas sim, se promove a análise da teoria do risco. A culpa é deixada de lado e vem ser substituída pelo nexo de causalidade, entre o ato administrativo e o dano de que é acometido o sujeito. Alguns são os pressupostos para tanto: “(a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; (b) que esse ato cause dano específico [...] e anormal [...]; (c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano.” (DI PIETRO, 2014, 719). Observa-se, então, a responsabilidade do Estado a partir de um plano triangular como vetor balizador:



Assim sendo, para configurar esse prisma, promove-se a avaliação do ato, excluindo a observância à conduta culposa ou dolosa do evento acometido pela administração pública, mas tão pura e simplesmente a questão que envolve o nexo. Nesse norte, tem-se determinada obrigação de indenizar por conta de uma conduta que produziu determinado agravo para com

---

uma perna. Houve a promoção de um processo judicial pedindo indenização por parte do Estado, haja vista sua responsabilidade civil para com os quatro funcionários. Diante de votação apertada, acabou-se por decidir pelo direito de pensão vitalícia para a vítima, estabelecendo, assim, além da responsabilidade civil do Estado, a teoria do risco administrativo, a qual estabelece a responsabilidade do Estado pelos danos causados por seus agentes; teoria esta que será abordada adiante com maior ênfase.

alguém que esteja revestido das intenções de que o direito a resguarda. Assinala Cahali (1996, p. 32):

Rigorosamente, a responsabilidade objetiva tende a se bastar com o simples nexó de causalidade material, eliminada a perquirição de qualquer elemento psíquico ou volitivo; a aceitação incondicionada da teoria da responsabilidade objetiva, bastando-se com a identificação do vínculo etiológico – atividade do Estado, como causa, e dano sofrido pelo particular, como consequência –, eliminaria *a priori* o exame de qualquer coeficiente de culpa na conduta do funcionário, ou de culpa anônima decorrente de falha da máquina administrativa, investindo a presunção absoluta, *juris et de jure*, portanto invencível e sem possibilidade de qualquer contraprova; nem mesmo a teoria do risco criado, do risco proveito, seria com ela compatível, na medida em que simplesmente tornaria relativa aquela presunção de culpa, fazendo-a presumida *juris tantum*, para simplesmente liberar o lesado da produção da respectiva prova, com a transferência para o Estado da prova e de fatos excludentes da responsabilidade.

Principiologicamente, a teoria objetiva ou a responsabilidade objetiva se rege por dois princípios que, mantendo-se entrelaçados, proporcionam assim a sustentação necessária à aplicabilidade da teoria. O sujeito partícipe da coletividade estabelece uma relação na qual contribui para com a manutenção do Estado, ou seja, a arrecadação efetiva promovida pelo Ente transfere-se à obrigação de quitar obrigação advinda de dano, ou seja, se estabelece uma relação solidária entre o sujeito e o Estado, ou ainda, se perfaz o princípio da solidariedade<sup>29</sup>, bem como o princípio de igualdade<sup>30</sup> dos ônus e encargos (JUNIOR, 2002, p. 305). Acrescenta Di Pietro:

Essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais e encontra raízes no artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789 [...]. O princípio significa que, assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos, quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para reestabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário.

Para tanto, há de se observar os preceitos fundamentais que servem de base para a responsabilidade do Estado, antes mesmo de ser tida como objetiva, mas que mantém estrita

<sup>29</sup> Acerca da Solidariedade, observa-se os ensinamentos de ALFONSO (2003. P. 61-62): “La *solidariedade administrativa* hace jugar en conjunto los valores de libertad, igualdad y fraternidade. Es la expresión de un *nuevo valor* jurídico-político, que se manifiesta principalmente en la ayuda concreta exige la ética de la realidade individual y social.

<sup>30</sup> Observa-se, sobre solidariedade, o que expressa ALFONSO (2003. p. 62): “La solidariedade se há convertido en un *valor jurídico* prioritário en la gestión administrativa. Su incorporación com arraigo consituicional es ahora una práctica cotidiana em la *acción administrativa* tanto estatal como no estatal, em las áreas de los servicios públicos, las funciones públicas y las actividades de interés público, que debe cumplir la organización administrativa. Así lo demuestra el compromiso de *sacrificio compartido* como fórmula de *justicia administrativa* y requerimento axiológico, que exige la participación em los esfuerzos comunes de assistência individual.”

relação principiológica. A fundamentação, para tanto, pode ser subdividida em duas partes. Em um primeiro momento, observa-se a ilicitude do comportamento provocado por ação ou omissão, podendo este ser jurídico ou material; a reparação é tida como compensadora do princípio da igualdade e, ainda, da legalidade. Em um segundo momento, por meio do comportamento lícito, dando respaldo ao resultado de ato da administração pública<sup>31</sup>, ao que compete a responsabilidade do Ente Estatal é a repartição do ônus desse resultado por igual, agindo de forma linear, haja vista o fato danoso ser de interesse de todos. Explica Mello (2011, p.1015):

a) No caso de 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*. b) No caso de comportamentos *lícitos*, assim como na hipótese de danos *ligados à situação criada pelo Poder Público* – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso – entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição do 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.

Nesse mesmo sentido, quando se fala em igualdade e equidade, retoma-se a concepção de Estado de Direito<sup>32</sup>, o qual é formado por uma visão de sociedade como coletivo e não mais com a ideia de um Estado absoluto. A atuação no meio social entre Estado e sujeito torna-se resultado de uma interação inerente a interesses comuns de desenvolvimento social. Porém, ao mesmo passo, deve-se lembrar que tanto o Estado quanto o sujeito exercem seu papel perante a lei, submetendo-se, portanto, ao Direito. O Estado também é detentor de responsabilidades por atividade danosa e, com base no princípio da igualdade e do Estado Democrático de Direito, seus atos devem ser avaliadas em equidade aos atos do sujeito, ressalvadas suas prerrogativas. Ensina Dergint (1994, p. 160):

<sup>31</sup> Assinala CRETELLA JÚNIOR (1999.p. 188-189): “Longe de ser fato do mundo com repercussões no mundo administrativo, o *fato administrativo* é considerado pelos autores, em acepção absolutamente técnica e peculiar, como toda *atividade material* que tem, por objetivo, efeitos práticos no interesse da pessoa jurídica que a executa, neste caso, a Administração, por intermédio de seus agentes. [...] Assim o ato “da” *administração* é toda atividade, jurídica ou não jurídica, que tem nascimento a partir da Administração Pública, que concretiza interesses públicos, damos nome de *ato administrativo*, ao ato não jurídico, editado pelo agente administrativo, damos o nome de *ato de administração* ou *fato administrativo*.”

<sup>32</sup> No entorno do Estado de Direito, observa-se o que aborda LINARES (1986. p. 130): “Aparecido el Estado d derecho com división de poderes, la función d dictar normas generales em aplicacion a inmediata de la Constitución formal, se resrva, em principio y com ciertas excepciones, a um órgano específico: el cuerpo o asamblea legislativa permanente integrado por representantes del Pueblo.”

A ideia de responsabilidade estatal decorre, como consequência lógica e inevitável, da noção de Estado de Direito, em que o Poder Público submete-se ao Direito. Os órgãos exercentes da função judiciária e das demais funções estatais, engendram, assim, a responsabilidade estatal por sua atividade danosa. Em decorrência mesmo do princípio da igualdade, Estado-juiz é tão responsável por seus atos lesivos quanto o Estado-administrador (ou Estado-legislador).

Em suma, levando em consideração a teoria civilista como sinônimo da responsabilidade subjetiva, bem como a teoria publicista como da responsabilidade objetiva, se estabelece, portanto, diferenças abismais entre estas, uma atuando com base em culpa e dolo do ato praticado para com o dano, e outra versando acerca do nexos causal entre o ato e o dano. Percebe-se que não há qualquer confusão acerca dos conceitos. Assinala Mello (2011, p. 1013):

Há responsabilidade objetiva quando basta para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que 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.

Para todos os efeitos, a teoria do risco biparte-se em duas outras teorias – risco administrativo e risco integral, que embasam, para tanto, as teorias da responsabilidade do Estado objetiva e subjetiva – nesta ordem – e que se fazem necessárias de exame para uma melhor compreensão acerca do tema, bem como para futura análise jurisprudencial.

A primeira teoria, a do risco administrativo, corresponde à responsabilidade objetiva do Estado, adotada expressamente pela Constituição Federal de 1988, e que tem por cerne a indenização por parte da administração pública para com o sujeito; não se observa culpa ou falta de serviço, mas tão apenas o fato do serviço, ainda admitindo excludentes, sejam elas, força maior, culpa da vítima e culpa de terceiros<sup>33</sup>. A identificação dessa teoria seria “aquela que encara o dano sofrido pelo particular em consequência do funcionamento, puro e simples, do serviço público. [...] importa é a relação de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e o ato do preposto[...]” (CAHALI, 1996, p. 37). Leciona Meirelles (2014, p. 739):

Aqui não se cogita da culpa da administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstra o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do poder

<sup>33</sup> Segundo DI PIETRO (2014, p. 725): “força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração Pública, não pode incidir a responsabilidade do Estado; [...] poderá ocorrer se, aliada à força maior, ocorrer omissão do poder público na realização de um serviço. [...] Quando se trata de ato de terceiros, como é o caso de danos causados por multidão ou por delinquentes; o Estado responderá se ficar caracterizada sua omissão [...] Quando houver culpa da vítima, já que se distinguir se é sua culpa exclusiva 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.”

público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz a mais perfeita justiça distributiva[...].

Fato é que há a dispensa da prova de culpa neste caso; quem sofre o dano que porventura venha a ser causado pela administração pública não detém o ônus probatório com relação à culpa, porém, recai sobre o Poder Público, para invocar as excludentes previstas em lei, ou seja, “a vítima fica dispensada da prova da culpa da administração, mas esta poderá demonstrar culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente” (MEIRELLES, 2014, p. 740). Leciona Cahali (1996, p. 38):

A teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização. [...] não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração.

Já a segunda linha na bipartição da teoria do risco, a do *risco integral*, correspondente, expressa então em algumas constituições anteriores a de 1988<sup>34</sup>, percebe-se pela doutrina como a modalidade mais extremada e que já não figura mais entre os ditames da regra constitucional por deter-se de desproporcionalidade no que tange a sua prática, haja vista que, “por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer tipo de dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima.” (MEIRELLES, 2014, p. 140).

Há os que se filiam ao trato dessa teoria tendo em vista que ao sujeito que sofre determinado dano, prejuízo ou lesão advindo da execução de serviços públicos, configurando-se em lesões de direitos, seria lógica a devida indenização para tanto. A comprovação por parte do sujeito lesado de que o fato violou seu direito seria de fundamental importância para a condenação do ente estatal e, assim, ficaria comprovada a relação de causa e efeito do ente estatal. Ensina Júnior (2002, p.306, apud Pedro Lessa, 1915, p. 166-167, 170):

Nem se objete que, adotado esse sistema, desaparece em grande parte o estímulo dos funcionários públicos no desempenho de suas obrigações: tudo se concilia, pagando o Estado a indenização do dano, punindo os agentes que tiverem procedido

<sup>34</sup> Constituição de 1946, art. 194 – Constituição de 1967, art. 105 – EC n° 1/69, art. 107

culposamente e condenando-os por seu turno à reparação devida ao Estado. Não procede, tampouco, o argumento dos que lembram a probabilidade de crescer demasiadamente esta nova fonte de despesas para o Estado. O que importa ter em mente é que para haver condenação é necessário que o autor prove que de fato se deu a lesão de um direito, que essa lesão acarretou dano certo, e não apenas eventual, presente e não futuro; finalmente, que entre a prestação ou desempenho do serviço público, o ato ou omissão do serviço público que ocasionou o dano, e este, se verificou relação direta de causalidade, laço direto de causa e efeito.

Nesse sentido, também se percebe determinada argumentação acerca da contextualização da responsabilidade estatal como uma problemática de justiça social com relação à realização do bem comum. A lesão que tivesse em seu fim atingir sujeito teria por justificativa a diminuição do patrimônio da coletividade; essa lesão que o Estado provoca ao sujeito, não apenas reflete para este, mas para o coletivo, haja vista ser um legítimo direito individual. Ensina Júnior (2002, p. 308, apud Mendes Júnior, 1961, p. 314):

Sendo objetivo do Estado a realização do bem comum, que é o de todos e o de cada um, assim como não se pode sacrificar o direito da coletividade em benefício do indivíduo, também não é lícito o sacrifício do direito individual, em benefício da coletividade, sem a conseqüente reparação. [...] O dano a um elemento individual da coletividade significa, teoricamente, a diminuição do patrimônio da mesma coletividade. O enriquecimento desta representada pelo Estado, é transitório, se figurar a hipótese da repetição do dano, em extensão indefinida, alcançando diversos patrimônios privados, [...] toda lesão partida do Estado, por seus representantes ou prepostos, a um legítimo direito individual, não afeta somente o bem de *uns*, mas o de *todos*, ou da *coletividade*.

Em suma, o que traduz a questão da polêmica acerca das teorias do risco - sejam elas: administrativa e integral - é a questão pura e simples da maior ou menor proteção com relação à Fazenda Pública e a prática de seus atos. Parece que o embasamento no que tange à teoria objetiva, apesar do reconhecimento expresso constitucional, percebe-se frágil quanto à sua materialização teórica, bem como no seu propósito principiológico de igualdade, quando se coloca este princípio diante das possibilidades de excluir a sua responsabilidade ou, ainda, dividir coletivamente, por meio do erário, sua devida indenização. Acerca do tema, retrata Cahali (1996, p. 40):

Revela-se artificiosa e carente de fundamentação científica [...] com efeito, a distinção entre *risco administrativo* e *risco integral* não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre duas modalidades pretendidas de risco, mas simplesmente em função das conseqüências irrogadas a uma ou outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de *excludente de responsabilidade*, efeito que se pretende seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção. Desenganadamente, a *responsabilidade objetiva* da regra constitucional – concordes todos, doutrina e jurisprudência, em considerá-la como tal

– se basta com a verificação do nexo de causalidade entre procedimento comissivo ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso verificado com consequência.

Estabelecidos os conceitos, cabe avaliação na seara ambiental. Observa-se, diante da Constituição Federal, expresso no art. 225, parágrafo 3º<sup>35</sup>, combinado com o artigo 14, parágrafo 1º<sup>36</sup> da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei. 6.938/81), que as condutas de caráter lesivo ao meio serão avaliadas por meio da responsabilidade objetiva, consagrada no sistema jurídico brasileiro, e, portanto, estando abarcada a teoria do risco. O que torna a ser confuso é por qual das teorias, administrativa ou integral, será devidamente processada.

Diante de tal situação, parece claro que, tendo em vista a teoria do risco integral sendo fundada na ideia de que quem produz o risco tem o dever de reparar o dano, bem como não admitir as causas excludentes ou atenuantes, e ainda independentemente de ter agido ou não em conformidade da lei, evocando o princípio da solidariedade, igualdade, proporcionalidade, sem deixar de mencionar o *modus operandi* que impõe o Estado Democrático de Direito, tendo em vista o coletivo como principal alvo do Direito aplicável pelas políticas públicas de manutenção da sociedade, adota-se, para tanto, em quaisquer das esferas que venham a fazer parte do Meio Ambiente, a teoria do risco integral na reparação de danos oriundos de atos que porventura causem danos ao Ambiente. Elucida Zockun (FREITAS; 2006, p. 83):

Essa interpretação é extraída no sentido teleológico da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, onde o legislador disse menos do que queria dizer ao estabelecer a responsabilidade objetiva. Segue-se daí que o poluído deve assumir integralmente todos os riscos que advêm de sua atividade, como se isto fora um começo da socialização do risco e de prejuízo...Mas não só a população deve pagar esse alto preço pela chegada do progresso. O poluidor tem também a sua parcela de sacrifício, que é, justamente, a submissão à teoria do risco integral, substituindo o dever de indenizar, ainda quando o dano seja oriundo de caso fortuito ou força maior.

---

<sup>35</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

<sup>36</sup> Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Nesse sentido, cumpre concluir a temática acerca da diferenciação entre as teorias civilista e publicista, bem como no que tange à diferenciação entre a responsabilidade subjetiva e objetiva do Estado, sendo que esta última apresenta a teoria do risco, sendo bipartida em risco administrativo e risco integral e, ainda, a localização do Direito ambiental no que compete à teoria do risco integral dentro da responsabilidade objetiva. Além disso, torna-se pertinente, e com ânimo, elucidar pontualmente a responsabilidade por *atos comissivos*, *omissivos* e a sua devida *reparação* em caso de dano.

### 2.3. A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ATOS COMISSIVOS OU OMISSIVOS E SUA DEVIDA REPARAÇÃO

Não sobram dúvidas acerca de que o Estado, quando atua como sujeito ativo perante a ordem social, produz efeitos imediatos diante da sociedade. Ainda, tem-se por evidenciado, que esses fatos gerados pelo ente estatal são dotados de efeitos, e por consequência, o risco de possivelmente esses atos produzirem algum dano ao administrado é causa natural da administração. No entanto, como analisado, cumpre aplicar a regra da responsabilidade objetiva como meio avaliativo do fato, levando em consideração o nexo e o resultado. Aduz Cahali (1996, p. 77):

No plano da responsabilidade objetiva do Direito brasileiro, o dano ressacável tanto resulta de um ato doloso ou culposos do agente público, como também, do ato que, embora não culposos ou revelador de falha da máquina administrativa ou do serviço, tenha-se caracterizado como *injusto* para o particular, como lesivo ou seu direito subjetivo.

Sabe-se, ainda, que o Estado, exercendo as suas funções na plenitude do Estado Democrático de Direito, pede por esta responsabilização, haja vista este manter-se em igualdade com o administrado no que tange a sua personalidade perante os fatos, porém, a este se reserva a garantia da força, ou seja, por vontade unilateral do próprio Estado, este se coloca e expressa a sua presença perante a sociedade, cumprindo seus deveres como gerenciador da ordem. Sendo assim, este tem como incumbência a prática de atos que visem atingir a vontade da coletividade, sempre almejando o bem-estar social.

Com isso, torna-se claro que “se houver conduta estatal a bem jurídico garantido de terceiro, o princípio da igualdade – inerente ao Estado de Direito – é suficiente para reclamar a restauração do patrimônio jurídico lesado.” (MELLO, 2011, p. 1019). Sendo assim, porventura,

o Estado pode vir a lesar, por meio de sua ação, ou *conduta comissiva*, direito de outrem. Dessa forma, o Estado fica atrelado ao sujeito pela obrigação de reparar o dano; é legítimo, por parte do administrado, promover a reclamação para que seja reparado seu patrimônio, afinal, ao mesmo tempo em que o Ente estatal se reserva ao direito de proporcionar condições plenas de desenvolvimento à sociedade, detém os encargos de reparar os danos que eventualmente causar a ela. Leciona Velloso (1987, p. 233):

Muita vez o Estado causa danos ou prejuízos aos indivíduos. Incumbe-lhe, então, reparar esses danos, indenizar os prejuízos que causou, porque também o Estado, que é sujeito de direito, submete-se à responsabilidade civil, que “impõe a Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiro, por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las”. Essa responsabilidade civil do Estado é extracontratual, certo que, hoje, “todos os povos, todas as legislações, doutra e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos”.

Com isso, pretende-se concluir que o Estado está engajado em solucionar o efetivo dano. Lembra-se que a conduta pela qual o Estado possa vir a ser responsabilizado nem sempre seja legítima, podendo pender pela ilegitimidade; o administrado permanece na mesma posição, ou seja, de acometido pelo dano, assim sendo, o que realmente interessa é a quebra da proteção jurídica que envolve o dano e o bem a ser reparado. Acerca da licitude ou ilicitude dos atos decorrentes do Estado, discorre Mello (2011, p. 1020-1021):

O quadro de exemplificação abaixo tipifica as diferentes situações: Por comportamentos lícitos: a.1) *Atos jurídicos* – como, por exemplo, a determinação de fechamento legítimo e definitivo do perímetro central da cidade a veículos automotores, por razão de tranquilidade, salubridade pública e desimpedimento do trânsito, que acarretam para os proprietários de edifícios-garagem, devidamente licenciados, indiscutível dano patrimonial anormal. a.2) *Atos materiais* – como, por exemplo, o nivelamento de uma rua, procedido com todas as cautelas e recursos técnicos, que, entretanto pelas características físicas ambientais, implica ficarem algumas casas em nível mais elevado ou rebaixado em relação ao leito da rua, causando séria desvalorização daqueles imóveis. Por comportamentos ilícitos: b.1) *Atos jurídicos* – como, *verbi gratia*, a decisão de apreender, fora do procedimento ou hipóteses legais, a edição de jornal ou revista. b.2) *Atos materiais* – o espancamento de um prisioneiro, causando-lhe lesões definitivas.

Para tanto, cabe avaliar o teor das atividades estatais que exprimirem seu efeito em atos lícitos ou ilícitos, assim sendo, determina relevância no que tange à determinação da responsabilidade administrativa. Ao acompanhar essa corrente doutrinária, dada ênfase tão somente na ilicitude do ato, observa-se a possibilidade de aplicar a subjetiva responsabilização com relação à conduta ilícita ferindo direito protegido. Expressa Cahali (1996, p. 78):

Quanto aos danos provenientes de atividades ilícitas, eles são sempre antijurídicos e necessitam reunir apenas duas características: a) ser certos e não eventuais, podendo ser atuais ou futuros; b) atingir situação jurídica legítima, suscetível de configurar um direito, ou, quando menos, um interesse legítimo. [...] Em outros termos, no caso de dano sofrido pelo particular em razão de dolo ou culpa do agente estatal, de deficiência ou de falha do serviço público, de culpa anônima da Administração, da chamada *faute de servisse*, nasce a pretensão ressarcitória: a indenização, compreendendo os danos certos e não eventuais, atuais ou futuros, deve ser a mais completa possível, assimilando-se à responsabilidade civil do direito comum.

Eis que se deve perceber que o dano ultrapassa a qualidade da praxe da atividade pública, assim sendo, que exceda o limite do aceitável no que tange ao convívio sadio na sociedade. É notória também a questão que, para constatar-se a ilicitude, para que se faça perfeito o dano, é imprescindível que a perda que esse dano acarrete seja singular, ou seja, quando determinado sujeito seja prejudicado pela atividade da Administração enquanto a coletividade seja poupada, sendo assim, a presença do injusto. O dano, dessa forma, deve ser a um direito tido como individual, ou seja, tão somente aquele direito que o seu detentor possa usufruir ou ainda reclamar reparação por meio de dispositivo legislativo vigente. Aclara Cahali (1996, p. 78-79):

Na atividade administrativa são frequentes os casos em que o interesse público exige o sacrifício de interesses privados, em tais casos, para que o dano dê lugar ao nascimento da pretensão indenizatória, é necessário que o prejuízo seja *especial* ou *singular*, e não universal, isto é, “só quando certas pessoas foram prejudicadas pela atividade administrativa enquanto a generalidade for poupada”. [...] Pois só assim qualifica-se o *dano injusto*, na medida em que “rompe o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais”. [...] “o objeto da lesão deve ser um direito individual, na verdadeira significação desse vocábulo; um simples interesse, ou mesmo o chamado direito em expectativa, embora realmente prejudicado por atos da Administração Pública não pode constituir o objeto em questão”, [...] Se o conceito de “dano singular e não universal” pode ser deduzido de “*circunstâncias objetivas*”, no que afeta uma pessoa ou um determinado grupo mais ou menos numeroso de pessoas, já o mesmo não pode ser referido quanto à “excepcionalidade ou anormalidade do dano”, pois aqui se faz presente uma certa carga de sensibilidade do julgador na aferição valorativa dos incômodos e prejuízos causados a certos particulares com a obra pública realizada a benefício de toda uma coletividade.

Nesse contexto, adentra-se à responsabilidade por omissão. A questão que envolve os atos omissivos da Administração Pública para com as suas atividades perante seus administrados consistem em dúvida para com a aplicação da teoria puramente objetiva da responsabilidade. Quando analisada a questão que norteia a responsabilidade subjetiva do Estado, observou-se que, apesar de ambas as responsabilidades trazidas à baila resultarem em reparação, a questão da *faute de service*, ou ainda a culpa no serviço, por assim sendo, caracterizaria a questão da omissão, pois “o Estado responde desde que o serviço público (a)

não funcione quando deveria funcionar; (b) funcione atrasado; ou (c) funcione mal. Nas duas primeiras hipóteses, tem-se a omissão danosa” (DI PIETRO, 2014, p. 728).

Há de se pensar na questão que seria a qualificadora de dano nessa dita omissão, pois quando se retrata a responsabilidade do Estado no plano subjetivo, não há possibilidade de excludentes, ou seja, a vinculação do Estado para com a reparação é única e linear. Aqui entra a questão do dever de agir, pois, diante dessa possibilidade, o Estado tem por obrigação desempenhar atos que venham a suprir possíveis danos ao sujeito; omitindo-se, por inércia, imperícia ou ainda negligência, versa então ao instituto da culpa, a qual, então, enseja a responsabilização subjetiva. Assinala Cahali (1996, p. 283, apud CRETELLA JÚNIOR, p.210):

Não apenas a ação produz danos. Omitindo-se, o agente público também pode causar prejuízos ao administrado e à própria Administração. A omissão configura a culpa *in omittendo* ou *invigilando*. São casos de inércia, casos de não atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, *o agente público omite-se*, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o *bônus pater familiae*, nem como *bônus administrador*. Foi negligente. Às vezes imprudente e até imperito. Negligente, se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu a possibilidade da concretização do evento. Em todos os casos, *culpa*, ligada à ideia de inação, física ou mental.

Não há como se contestar a ideia de que o dever de agir mantém relação estrita com a responsabilidade por parte da Administração pública, e ainda no sentido de evitar um dano, o fato de omitir-se é incontestavelmente motivo de eleger o fator culpa no caso. Sendo assim, não se tem a possibilidade de cogitar a ideia de responsabilidade objetiva do Estado. Porém, nesse norte, é necessária a avaliação, que vai de caso em caso concreto, no que tange à omissão ilícita. Funda-se configurar a antijuricidade por parte do Estado quando, ao esperar a ação do Ente Estatal no sentido de evitar o dano ao direito – ou bem – juridicamente protegido do sujeito, fazendo, ainda, presente a não observância de lei expressa, resultando em omissão. Leciona Di Pietro (2014, p. 728):

Isso significa dizer que, para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o *dever de agir* por parte do Estado e a *possibilidade de agir* para evitar o dano. [...] Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que houvesse uma razão aceitável. [...] a dificuldade da teoria diz respeito à *possibilidade* de agir; tem que se tratar de uma conduta que seja *exigível* da Administração e que seja *possível*. Essa possibilidade só pode ser examinada diante de cada caso concreto. Tem aplicação no caso, o *princípio da reserva do possível*, que constitui aplicação do princípio da razoabilidade: o que seria razoável exigir do Estado para impedir o dano.

Isso basta para caracterizar o posicionamento acerca do comportamento omissivo e a qualidade de responsabilidade subjetiva. A omissão deve ser *causa* e não *condição* para que

guie um evento danoso, ou ainda, que conduza a interrupção de algum direito juridicamente protegido. É de se ter em mente que esta ocorra em um caso concreto por via do Estado em deixar de agir quando necessária sua ação e, ainda, se o seu representante assim o fizer, haja vista transmite em seu labor a intenção desempenada pela Administração por seus atos. Ao fim, não se percebe confusão ou conflitos, ora, se há omissão e decorrente dano, presume-se a prévia sapiência de ocorrência do dano, seja pela Administração, seja pelo seu representante, o preposto. Linearmente, nota-se culpa. Assinala Cahali (1996, p. 285):

Funda-se em que as obrigações, em Direito, comportam causas, podendo elas ser a lei, o contrato ou o ato ilícito; assim, causa, nas obrigações jurídicas, é todo fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um efeito jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma pretensão (de dar, de fazer ou não fazer); daí concluir que a omissão pode ser causa e não condição, ou em outros termos, o comportamento omissivo do agente público, desde que deflagrador primário do dano praticado por terceiro, é causa e não simples condição do evento danoso; portanto, há que se examinar, em cada caso concreto se o evento danoso teve como causa a omissão grave do representante do Estado; se teve, a responsabilidade subjetiva do Estado (por culpa *in omittendo*) aparece.

A questão da proveniente responsabilização da Fazenda Pública com base em culpa por omissão ainda refere-se no entorno da propriedade privada do particular, ou seja, torna-se ainda mais pontual no que tange ao caso de invasão de terras de particulares por terceiros, prejudicando um bem revestido por um direito juridicamente perfeito – direito à propriedade – o qual demanda gerenciamento externo ao do proprietário do bem, qual seja força e fiscalização advinda do Ente Estatal. Observa Cahali (1996, p. 462-463):

A responsabilidade civil do Estado mais se agrava em caso de invasão de terras particulares, não obtendo os seus proprietários os meios necessários das autoridades competentes para executar ação de reintegração de posse contra os invasores, e na qual, esses foram vencedores. [...] a responsabilidade civil do Estado pode derivar de atos comissivos ou omissivos que causem prejuízos a terceiros, bastando demonstrar que tais danos ocorreram por conduta de seus representantes, procedendo de modo contrário ao Direito ou se escusando de cumprir dever prescrito em lei. Não tendo o Estado do Paraná, como lhe competia, cumprido decisão judicial, fato que ensejou pedido de intervenção federal acolhido pelo Tribunal de Justiça e remetido à Suprema Corte, deve ser responsabilizado civilmente a reparar os danos e prejuízos decorrentes de sua injustificável omissão. Ninguém deseja que conflitos sociais entre proprietários e trabalhadores *sem-terra* que invadem áreas rurais se transformem em confrontos violentos e sanguinários, mas não compete ao Poder Judiciário encontrar soluções para o assentamento e fixação de famílias pobres e miseráveis, cuja atribuição é em tudo e por tudo do poder Executivo. Descumprimento o Estado do Paraná decisão inatada (que deferiu a reintegração de posse das terras em favor dos proprietários), propiciou que os invasores da propriedade alheia causassem os prejuízos já constatados, pelos quais tem o dever jurídico de responder civilmente. (TJPR, 1ª C., Rel. Oto Luiz Sponholz, 17.8.93, RT703/147).

Fático que a Constituição Federal apenas ressalta expressa a teoria do risco administrativo, seja esta a Teoria da responsabilidade objetiva para com o Estado, deixando de lado, portanto, a questão da culpa ou risco integral. A responsabilidade objetiva caracteriza apenas o agente, de forma genérica, no que tange ao funcionário público, porém, a Fazenda sempre será responsável de forma objetiva. Ressalta Meirelles (2014, p. 744):

Desde que a administração defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha causar injustamente a terceiros. Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco de sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só concorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está precisamente na área dos riscos assumidos pela administração para a consecução dos seus fins.

Por alguns momentos, a regra da responsabilidade objetiva, que se entende pacificada por alguns, é questionada ou ainda questionável, porém, somente de caso a caso é possível discuti-la; muitas são as provocações, mas a corrente majoritária pende à sua defesa, assim como expressa a Constituição Federal. Expressa Cahali (1996, p. 40):

Desenganadamente, a *responsabilidade objetiva* da regra constitucional – concordes todos, doutrina e jurisprudência, em considerá-la como tal – se basta com a verificação do *nexo de causalidade* entre o procedimento comissivo ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso verificado como consequência.

Toda a ação comissiva ou omissiva do Estado, portanto, resulta em um produto, um fator comum entre ambas, o dano. Uma sociedade politicamente organizada e dotada de pró-atividade pressupõe um Estado democrático que, por sua vez, detentor da força, expressa sua intenção de gestão por meio de atos administrativos visando o bem-estar da coletividade; os atos administrativos, por meio de seus agentes, e a atuação prática de sua representação do poder estatal, consumam-se em fato oriundo da Administração. Ao final dessa linha temporal, o fato gerado varia entre o bem-estar ou o dano, que geralmente envolve um sujeito ou um pequeno grupo deles.

É necessário o entendimento de que o dano, quando advindo da Administração Pública, tem alguns requisitos básicos para ser considerado um dano reparável, ou seja, de responsabilidade do Estado. Ao dano reparável é imprescindível ser *certo, especial, anormal, protegido por direito, valor líquido*. Nesse norte, o dano tem que ser possível, efetivo não aquele que porventura possa acontecer tido como dano incerto; ele deve ter relação particular

com a vítima, saindo dos parâmetros naturais da sociedade em convívio, assim sendo, deve atingir um bem lícito e ser dotado de um relevante valor econômico. Ensina Gasparini:

O dano ou prejuízo é o resultado da ação danosa, no caso, do Estado. É perda ou prejuízo patrimonial sofrido por alguém, em decorrência de ato ou fato estranho à sua vontade. Se causado pela própria vítima, não configura a responsabilidade, salvo situação especialíssima (bens tombados). Ademais, o dano só é reparável pela Administração Pública causadora do evento danoso se for *certo* (possível, real, efetivo, aferível, presente – exclui-se, pois o dano eventual, isto é, o que poderá acontecer), *especial* (individualizado, referido à vítima, pois se geral, configuraria ônus comum à vida em sociedade), *anormal* (excedente aos inconvenientes naturais dos serviços e encargos decorrentes do viver em sociedade), *referente a uma situação protegida pelo Direito* (incidente sobre uma atividade lícita; não são protegidos, por exemplo, os danos decorrentes da destruição de uma plantação de maconha) e de *valor economicamente apreciável* (não tem sentido a indenização de dano de valor econômico irrisório). O dano que não apresentar, ao mesmo tempo, essas características, não é reparável pelo Poder Público que lhe deu causa.

A reparação do dano pode ser feita em dois momentos, de forma conciliadora, administrativamente, ou ainda de forma judicial por meio de uma ação indenizatória. Ambas as questões, consoantes à responsabilidade do Estado, presumem uma ação que será proposta ao agente causador do dano, seja ela, a ação de regressiva, expressa no art. 37, parágrafo 6º da constituição, que tem por fim reaver a quantia que foi despendida à reparação do dano pela administração, por meio da conduta do agente. Leciona Bacellar Filho (2005, p. 207):

Com a reparação do dano, oriunda do processo judicial ou composição administrativa, compete ao Estado, ou à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público que respondeu pelo ressarcimento da vítima, procurar identificar o agente causador, se ainda não identificado, aferindo em processo próprio a presença de dolo ou culpa na atuação deste, no intuito de capacitar-se à ação de regresso. Em sendo possível individualizar o agente, constatada a presença de dolo ou culpa na sua atuação, o Estado é que tem o dever de ajuizar a ação de regresso, ressarcindo-se dos prejuízos que teve com a reparação da vítima.

Vale ressaltar que a natureza da ação regressiva que é um direito-dever do Estado é de natureza civil, que é prevista em rito ordinário, com a destinação única de recompor o erário, ou seja, o titular dessa ação sempre será o Estado, pessoa jurídica que se percebe vinculada diretamente com o funcionário ou agente que cometeu o dano. Deve-se atentar que a ação regressiva difere da ação indenizatória por responsabilidade do Estado. Para pressuposto da segunda, nota-se o fato do nexos causal e o ano, e para a primeira, a culpa e o dolo do agente, ou seja, de caráter estritamente subjetivo, personalíssima; “a responsabilidade do agente, quanto ao ressarcimento, transmite-se aos seus herdeiros e sucessores” (BACELLAR FILHO, 2005, p. 206). Ensina Cretella Júnior:

Qual a natureza da ação regressiva? É ação civil, ação direta, de objetivo patrimonial, que obedece ao rito ordinário prescrito no Código de Processo Civil, destinando-se a recompor o erário, desequilibrado, momentaneamente, com a quantia paga à vítima, em virtude do ato lesivo. [...] O titular do *direito de ação regressiva* é sempre o Estado, a pessoa jurídica pública a qual se acha vinculado o funcionário culpado. O sujeito passivo da ação regressiva é o funcionário, que agiu culposamente ou dolosamente. [...] Difere a *ação regressiva* da *ação de responsabilidade* intentada pelo particular, diretamente contra o Estado, porque, para esta última, bastam o *dano* e o *nexo causal*; para aquela é indispensável a culpa ou o dolo do funcionário, bem como a propositura da preliminar ação de responsabilidade culminando com a condenação do Estado.

Para ter a indenização, segue a regra da responsabilidade objetiva, ou seja, a demonstração do nexo causal entre o ato administrativo e o dano. No que compete à Administração com vistas a não arcar com o dano, cabe a comprovação de que o administrando deva ter agido com alguma conduta culposa para que se formasse o evento danoso. A indenização tem por seu caráter adimplir em sua totalidade o dano sofrido pela vítima, de acordo com o processamento civil comum, sendo esta com a devida correção e juros de mora. Sua quitação é regida pelo art. 100<sup>37</sup> da Constituição Federal de 1988, e nos arts. 534<sup>38</sup> e 535<sup>39</sup> do Código de Processo Civil. Leciona Meirelles (2014, p. 748 – 749):

<sup>37</sup> Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

<sup>38</sup> Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo: I - o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente; II - o índice de correção monetária adotado; III - os juros aplicados e as respectivas taxas; IV - o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados; V - a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso; VI - a especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados. § 1º Havendo pluralidade de exequentes, cada um deverá apresentar o seu próprio demonstrativo, aplicando-se à hipótese, se for o caso, o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 113. § 2º A multa prevista no § 1º do art. 523 não se aplica à Fazenda Pública.

<sup>39</sup> Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia; II - ilegitimidade de parte; III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; IV - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução; VI - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença. § 1º A alegação de impedimento ou suspeição observará o disposto nos arts. 146 e 148. § 2º Quando se alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante do título, cumprirá à executada declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de não conhecimento da arguição. § 3º Não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da executada: I - expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição Federal; II - por ordem do juiz, dirigida à autoridade na pessoa de quem o ente público foi citado para o processo, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de 2 (dois) meses contado da entrega da requisição, mediante depósito na agência de banco oficial mais próxima da residência do exequente. § 4º Tratando-se de impugnação parcial, a parte não questionada pela executada será, desde logo, objeto de cumprimento. § 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. § 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica. § 7º A decisão do Supremo Tribunal

Para obter-se a *indenização* basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano vem como seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial reparte-se o *quantum* da indenização. A *indenização do ano* deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu e que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da Administração, ou seja, em linguagem civil, o dano emergente e os lucros cessantes, bem como os honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora, se houver atraso no pagamento.

Constada a indenização, percebe-se a intenção do poder público para com a ação de regresso para com o agente causador do dano. A Administração Pública deve haver o seu patrimônio devidamente restaurado à custa da indenização do causador do dano, ou seja, neste caso, o seu agente. A ação de regresso está expressa, além do dispositivo constitucional que discorre sobre a responsabilidade objetiva, no art. 45<sup>40</sup> do Código Civil Brasileiro, ressalvando que este detém força somada ao dispositivo constitucional quando o agente tenha tido por dano ou fraude cometido o dano e a fazenda já o tenha quitado. Leciona Gasparini:

Indenizada a vítima, deve a Administração Pública restaurar seu patrimônio à custa do patrimônio do causador do dano do direito – o seu agente. Essa medida (ação de regresso) está, entre nós, expressamente autorizada na parte final do §6º do art. 37 da Constituição Federal e na última prescrição do art.43 do Código Civil, embora esse preceptivo não tenha a mesma extensão de seu assemelhado constitucional, mas somente tem cabida quando o Estado promoveu, efetivamente, o pagamento da indenização e o agente causador direto do dano agiu com dolo ou fraude. Não basta por tanto, só a condenação da Administração Pública no pagamento da indenização. Esta há de ter ocorrido, mesmo que por decisão administrativa.

No que tange ao processo administrativo, é protocolado e julgado juntamente ao Estado, sem envolvimento, portanto, do poder judiciário; o sujeito demonstra em petição comum o dano que sofrera em decorrência da ação do Estado, e se possível faz constar a perda monetária, ou seja, o quanto deixou de ganhar tendo como motivo o dano em questão. Observado pelo Estado a questão do dano, e verificada a sua veracidade, ocorre o adimplemento

---

Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda. § 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>40</sup> Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo. Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.

por parte da Fazenda Pública, em montante líquido e integral ou, também, convencionando bens, desde que ambas as partes estejam de comum acordo para tanto, e ainda há a restituição do bem quando possível. Ensina Gasparini (2012, p.1134):

O pedido administrativo de indenização ou pedido amigável de indenização processa-se perante a Administração Pública Responsável pelo agente público causador do dano e, obviamente pela indenização. A petição, sempre em termos, deve historiar os fatos e suas consequências, comprovando uns e outras sempre que necessário e trazer o pedido de indenização demonstrando o que *perdeu*, o que *deixou de ganhar*, e o que *despendeu*, cifrando verbas. [...] Verificada a correção do direito pleiteado quanto à lei, ao mérito e ao montante, determina-se o pagamento. Com esse pagamento libera-se o Estado de sua responsabilidade. O normal é o pagamento da indenização em dinheiro e de uma só vez, mas nada impede, por se tratar de composição de interesses disponíveis, que a vítima concorde com recebimento do montante indenizatório em parcelas. Também se pode convencionar o pagamento em bens. O estado dá a vítima tantos bens, de tal ou qual natureza, quantos sejam suficientes para a recomposição de seu patrimônio. [...] A vítima, por fim, pode concordar com a restauração do bem.

Além das esferas civil e administrativa, a conduta relativa ao agente pode ser arguida na esfera penal. Havendo a hipótese do processamento penal, pode-se perceber quatro distintas consequências. A primeira delas sendo a *condenação criminal*, ou seja, com esta, não há negativa em qualquer das outras duas esferas e, ainda, faz coisa julgada acerca do comportamento do agente, ficando este à mercê da reparação do dano e responsabilização administrativa. A segunda é a *absolvição pela negativa de autoria ou do fato*, também provocando efeito nas outras esferas e, assim, eximindo o funcionário de qualquer responsabilização. A terceira é a *Absolvição por ausência de culpabilidade penal*; essa absolvição não reflete nas outras esferas, pois não há, tão somente, qualificadora de conduta penal, mas ainda podendo a Administração promover ação regressiva. A quarta é a *absolvição por insuficiência de provas*, que também não produz efeitos nas outras esferas, haja vista que por meio do processo penal não houve provas suficientes para a criminalização do seu ato. Aclara Meirelles (2014, p. 750-751):

Havendo julgamento penal, podem ocorrer quatro hipóteses, a saber: 1ª) condenação criminal do servidor; 2ª) absolvição pela negativa da autoria ou do fato; 3ª) absolvição por ausência de culpabilidade penal; 4ª) absolvição por insuficiência de provas. [...] na primeira hipótese a condenação criminal produz efeito também nos processos civil e administrativo, isto é, faz coisa julgada relativamente à culpa do agente, sujeitando-o à reparação do dano e às punições administrativas, [...] Na segunda hipótese a sentença criminal também produz efeito no Cível e na instância administrativa para impedir que se responsabilize ou aplique punição ao funcionário [...] na terceira hipótese a absolvição criminal não produz efeito algum nos processos cível e administrativo. Embora o réu seja absolvido no processo criminal, a Administração pode mover-lhe ação regressiva de indenização [...]. Na quarta hipótese a absolvição criminal também não produz qualquer efeito no juízo civil ou na instância

administrativa, porque a insuficiência da prova colhida na ação penal não impede que se demonstrem, por outras provas, as culpas civil e administrativa.

Dessa forma, cumpre observar que, por meio dessa análise, concluiu-se a diferenciação entre as condutas comissivas e omissivas do Estado externadas por meio de seus agentes, a breve qualificação para estas dando ênfase à ilicitude dos atos omissos, bem como ao que tange ao processamento da ação regressiva do Estado para com seu agente e, ainda, as qualificações nas esferas administrativa, civil e penal.

### 3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO: PODER DE POLÍCIA E CUMPRIMENTO DE DEMANDAS SOCIAIS SOB ANÁLISE NO CASO MAGNABOSCO EM CAXIAS DO SUL

Neste capítulo, será analisada a temática do poder de polícia por parte do Estado no que tange à fiscalização e, ainda, à sua responsabilidade quanto às demandas sociais dos posseiros. Será observado, também, um breve histórico dos loteamentos irregulares na cidade de Caxias do Sul, bem como o processo judicial que envolve o Caso Magnabosco.

#### 3.1. O PODER DE POLÍCIA ESTATAL NA FISCALIZAÇÃO DE OCUPAÇÕES IRREGULARES E O DEVER DE ATENDIMENTO DAS DEMANDAS SOCIAIS DOS OCUPANTES

Toda a sociedade politicamente organizada<sup>41</sup> é composta por alguns mecanismos que dão a ela a devida estabilidade social, ou seja, mecanismos que proporcionam aos cidadãos a potencial segurança jurídica de seus direitos e deveres, aqui se tratando de modelo de Estado – sendo o Brasil, em *strictu sensu*, um Estado social de direito. O Estado torna-se peça fundamental para o cumprimento dessa ordem, haja vista a sua atuação intervencionista, dando ênfase ao contexto dos direitos sociais. Para tanto, se faz necessário que haja um controle efetivo, uma fiscalização; eis que se adentra ao *Poder de Polícia*<sup>42</sup>. Acrescenta, nesse sentido, Cretella Junior (2002, p. 113-114):

*Poder de Polícia*, num primeiro significado, é sinônimo de *regras de polícia*, complexo de preceitos que impõe determinadas condutas aos cidadãos, ou na conjuntura da vida corrente, ou no exercício de determinada atividade. Toda regra de direito poderia ser assim compreendida como uma regra de polícia, no sentido lato do termo[...] Numa segunda acepção, *poder de polícia* é o conjunto dos atos de execução

---

<sup>41</sup> Observa-se, para tanto, a definição de sociedade politicamente organizada segundo CASSAGNE (1998, p. 39): El Estado – se há dicho – “no es otra cosa que una sociedad políticamente organizada, y no puede haber sociedad sin organización política; la realidad del Estado, de la sociedad civil, no es ni la sociedad ni la orden político por sí solos, sino su compuesto, de manera que entre Estado y Sociedad no existe ninguna separación real”

<sup>42</sup> Observa-se a definição de poder de polícia segundo CASSAGNE (1998, p.456): Mientras, la llamada policía administrativa se traduce, fundamentalmente, em el dictado de actos concretos, el poder normativo de la administración requiere siempre de una ley (ats. 14, Const. Nac. y 99, inc 2º, Const.Nac.) careciendo ésta de la potestad de dictar normas generales sin una cobertura legal expresa, determinada y circunscripta en razón de materia. Al lado de aquélla, existe otra actividad e limitación, extinción, etcetera de derechos privados que se manifiesta a través del poder de legislación mediante leyes y reglamentos que limitan el ejercicio y el contenido de los derechos individuales para hacerlos compatibles con los derechos de otros e con los fines de interés público que persigue la comunidad. Em este último supuesto se habla de “Poder de Policía”, aun cuando, por lo común, esta denominación se reserva, entre nosotros, a cierto tiempo de actividad reglamentaria de los derechos individuales que realiza el congreso.

dos regulamentos assim feitos, bem como das leis, sendo, neste sentido, que se distingue a *polícia administrativa* da *polícia judiciária*.

Pode-se entender, portanto, que o Estado, aqui, tem papel fundamental em proporcionar ao sujeito a segurança assegurada pelo disposto na Constituição Federal de 1988<sup>43</sup>, mas, acima de tudo, compreender que não tão somente serve como força coercitiva absoluta originária, característica dos moldes liberais<sup>44</sup> de outrora<sup>45</sup>, mas também passa a atuar em outras áreas na forma de fiscalizar ou ainda de limitar, como exemplo – por meio da obrigação de fazer, o que transforma a sua aplicabilidade no plano social por meio de uma dupla interpretação<sup>46</sup>, ou seja, de um lado detém-se à gestão por meio da polícia civil – aqui referindo-se em sentido amplo e não institucional – e a polícia administrativa. Observa-se a lição de Di Pietro (2014, p. 123):

O crescimento do poder de polícia deu-se em dois sentidos: 1. De um lado, passou a atuar em setores não relacionados com a segurança, atingindo as relações entre particulares, anteriormente fora de alcance do Estado; o próprio conceito de ordem pública, antes concernente apenas à segurança, passou a abranger a ordem econômica e social, com medidas relativas às relações de emprego, ao mercado dos produtos de primeira necessidade, ao exercício das profissões, às comunicações, aos espetáculos públicos, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico nacional, à saúde e a tantas outras; 2. De outro lado, passou a possibilitar a imposição de obrigações de fazer, como o cultivo de terra, o aproveitamento do solo, a venda de produtos; a polícia tradicional limitava-se a impor obrigações de não fazer. Para alguns autores, essas medidas escapam ao poder de polícia e se apresentam como novo instrumento de que o Estado dispõe para intervir na propriedade, com vista em assegurar o bem comum, com base no princípio da função social da propriedade.

Nesse sentido, opera-se com a ciência de que o poder de polícia não deve ser considerado como um poder-dever puramente coercitivo, violento ou sancionador advindo do Estado, mas também, e principalmente, como um mecanismo de assegurar o bem-estar no que

<sup>43</sup> Art. 5º, Constituição Federal de 1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...].

<sup>44</sup> Cabral (2012, p. 197): É comum relacionar as limitações ou restrições à propriedade ao poder de polícia municipal. Contudo, explica Gordilo, a noção de poder de polícia vive em uma crise e não mais se restringe à velha concepção liberal, no sentido de que competia ao Estado a faculdade de impor limitações e restrições aos direitos individuais, com a finalidade de salvaguardar a segurança, a salubridade e a moralidade públicas contra os ataques e perigos que poderiam assacá-las.

<sup>45</sup> Observa-se o que destaca DI PIETRO (2014, p. 124): Pelo conceito clássico ligado à concepção liberal do século XVIII, o poder de polícia compreendia a atividade estatal que limitava o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança. Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público. Esse interesse público diz respeito aos mais variados setores da sociedade, tais como segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade.

<sup>46</sup> Entende-se ainda o que expressa DI PIETRO (2014, p. 126): [...] **atos normativos** em geral, a saber: pela **lei**, criam-se as **limitações administrativas** ao exercício dos direitos e atividades individuais, [...] **atos administrativos** e **operações materiais** e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto, compreendendo **medidas preventivas** (fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença).

se compreende por meio social. O que se compreende, portanto, dentro do Poder de Polícia, em sentido estrito, é a atuação do Estado, por meio de um poder-dever, utilizando-se de mecanismos reguladores de direitos individuais, que têm por fim assegurar, prevenir e acautelar o equilíbrio social, com o fim de fazer estabelecer o bem-estar social<sup>47</sup>. Ensina Mello (2014, p. 691-692):

Pelo poder de polícia, o Estado, mediante lei, *condiciona, limita* o exercício da liberdade e da propriedade dos administrados, a fim de compatibilizá-las com o bem-estar social. Daí que a *administração* fica incumbida de desenvolver certa atividade destinada a *assegurar que a atuação dos particulares se mantenha consonante com as exigências legais*, o que pressupõe a prática de atos, ora preventivos, ora fiscalizadores e ora repressivos.[...] Além disto, para cumprir tais encargos, a administração *fiscaliza*, isto é, inspeciona, tanto o exercício destas atividades que dependeram de prévia manifestação administrativa, *quanto de atividades que não dependem destas manifestações administrativas prévias*, mas que, evidentemente, também não podem ser efetuadas em descompasso com as *leis* acauteladoras dos diversos valores socialmente protegidos.

Observa-se algumas características que o poder de polícia detém de forma intrínseca à sua executoriedade, são elas: discricionariedade, autoexecutoriedade e a coercibilidade. Inicialmente observada a forma da lei, com relação ao fato ou caso concreto, esta não deixando explicitamente ou expressamente a medida a ser tomada, o sujeito fiscalizador da ordem pode agir – respeitando o objeto de sua ação – de forma discricionária, porém, se a lei for composta por todas as medidas cabíveis, observar-se-á o cumprimento da medida de modo vinculado. A autoexecutoriedade, verifica a independência de agir – salvo em casos que necessitam de apreciação judicial, do aval do Poder Judiciário, e, por meio dessa ação a ser tomada no caso concreto, exprime-se a coercibilidade, ou seja, o momento em que se regula a ordem. Observa Di Pietro (2014, p. 127-128):

Costuma-se apontar como atributos do poder de polícia a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade[...]. Quanto à discricionariedade, embora esteja presente na maior parte das medidas de polícia, nem sempre isso ocorre. Às vezes, a lei deixa certa margem de liberdade de apreciação quanto a determinados elementos, como o motivo ou o objeto,[...] em outras hipóteses, a lei já estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração terá que adotar a solução previamente estabelecida.[...] o poder de polícia tanto pode ser discricionário quanto vinculado.[...] a autoexecutoriedade é a possibilidade que tem a Administração de, com os próprios meios, pôr em execução as suas decisões sem precisar recorrer ao Poder Judiciário.[...] A coercibilidade é indissociável da autoexecutoriedade. O ato de polícia só é autoexecutório porque dotado de força coercitiva.

<sup>47</sup> Observa-se CRETELLA JUNIOR (2002, p.113): O *poder de polícia* do Estado é entendido, dentro do direito positivo de muitos países, como o conjunto de atribuições que lhe correspondem para promover o bem-estar geral por meio de restrições e regulamentações dos direitos do indivíduo, de tal forma que possa prevenir-se ou acautelar-se das consequências prejudiciais que sua disposição, em termos absolutos, acarretariam para a vida em comum.

Com o estudo de caso proposto, pretende-se observar a atuação do poder de polícia administrativo, mais especificamente no que tange ao ato de fiscalização do Poder Público Municipal<sup>48</sup>. Observada a situação fática, trata-se de um loteamento irregular, o qual desenvolveu-se em uma área de negociação entre o Poder Público e os particulares. Como exposto o resumo fático do processo, não se observa com precisão qual foi o momento exato em que iniciou-se a invasão – se quando estava sob domínio do Município ou dos proprietários reclamantes da ação –, o que seria de fundamental importância para a constatação da culpabilidade no que tange à fiscalização de patrimônio, tendo em vista que os “Municípios têm seu campo exclusivo de polícia administrativa no que disser respeito ao seu peculiar interesse, notadamente sobre as matérias previstas no art. 30 da Constituição Federal”. (MELLO 2014, p. 852).

De contraponto, observa-se a questão que envolve o proprietário particular e seu aproveitamento da terra de seu domínio. Ora, não é novidade a constitucionalização da propriedade<sup>49</sup> e o regramento acerca da função social<sup>50</sup> da propriedade. Matéria que também individualizaria a culpabilidade do proprietário da porção de terras em questão no que tange à sua fiscalização e aproveitamento. Não há o que intervir o poder público – neste caso, o Município – em fiscalizar área de propriedade privada, a qual por leitura de obviedade não está sob seu domínio e que não está em conformidade ou observando a destinação que cumpriria os requisitos de sua função social. Assim, tendo em vista principalmente o ânimo do seu proprietário em manter a sua porção de terras produtiva e alinhada com seus interesses particulares.

No caso de haver a necessária e efetiva atuação do Poder Público na fiscalização de áreas que correspondem aos seus interesses, cabe a esse alguns cuidados para que não se

---

<sup>48</sup> Aqui observa-se o TAUIL (2006, p.04): Os Municípios, em geral, possuem quadros de funções específicas na fiscalização do poder de polícia. São quadros de atuação nas áreas: I – Fiscalização de Posturas Municipais; II – Fiscalização de Obras de Construção Civil e outras; III – Fiscalização Sanitária; IV – Fiscalização de Meio Ambiente; V – Fiscalização de Transporte. A chamada Fiscalização de Posturas Municipais abrange, entre outras funções: I – Autorização e funcionamento de estabelecimentos comerciais, industriais etc.; II – Uso dos logradouros públicos; III – Autorização e controle de propagandas, placas e anúncios nas áreas públicas e frontais aos imóveis; IV – Controle dos mercados públicos, feiras e abatedouros; V – Autorização e funcionamento de eventos, shows, parques de diversões, circos etc.

<sup>49</sup> Observa-se a Constituição Federal de 1988: Art. 5º, XXII e XXIII, Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III - função social da propriedade; Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

<sup>50</sup> Expressa LORENZETTI (2010, p. 50-51): a) A função “social” do contrato entendida como adequação do vínculo privado à justiça social, e está compreendida como uma série de diretrizes fixadas pelo Estado.

transgridam os direitos individuais. Portanto, a questão da necessidade da intervenção para repelir qualquer tipo de ameaça real de turbacão, somado à proporcionalidade<sup>51</sup> de uma açã que estivesse em equilíbrio no que tange à privacão de um direito e o prejuízo que tem por se evitar<sup>52</sup>, resultando ainda em uma açã eficaz para impedir qualquer dano. Observa-se que essas medidas tomadas pelo Poder Pùblico dizem respeito apenas a um fim maior, ou ainda, à justa finalidade da Administraçã Pùblica, que seria atingir e contemplar o interesse unicamente pùblico. Leciona Di Pietro (2014, p. 129):

Alguns autores indicam regras a serem observadas pela polícia administrativa, como fim de não eliminar os direitos individuais: 1. A da **necessidade**, em consonância com a qual a medida de polícia só deve ser adotada para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbações de interesse pùblico; 2. A da **proporcionalidade**, já referida, que significa a exigência de uma relaça necessária entre a limitaça ao direito individual e o prejuízo a ser evitado; 3. A da **eficácia**, no sentido de que a medida deve ser adequada para impedir o dano ao interesse pùblico.

Claramente, o desenvolvimento das cidades é um tema que emerge em um contexto mundial, respeitando principalmente os moldes contemporâneos de superpopulações e acùmulos em áreas de risco ou, ainda, áreas que não respeitam os ditames previstos nos planos diretores das cidades<sup>53</sup>, mas não há o que se discutir no que tange ao poder de polícia e fiscalizaça de áreas pùblicas – de responsabilidade do Município – e de áreas privadas – de responsabilidade dos proprietários. Observa-se ainda que o loteamento em questã se origina em parte central da cidade de Caxias do Sul (observado por mapas anteriormente) em meados da década de 1960, ou seja, o que implica em um desenvolvimento desordenado e fora dos padrões que seriam previstos para as áreas urbanas na época. Destaca Meirelles (1965, p.274):

<sup>51</sup> Observa-se GERBAN NETO (2002, p.113): Diz-se respeitado o princípio da proporcionalidade quando o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental.

<sup>52</sup> Constata-se por GERBAN NETO (2002, p.114-118): Princípio da adequaçã. Exige adequaçã da relaça meio-fim em que toda limitaça de um direito fundamental se estrutura. Não basta apelar a um determinado bem ou a direito constitucionalmente protegido, no caso dos limites iminentes, ou a um determinado interesse pùblico, se se trata de autêntico limite de um direito reconhecido sob reserva de limitaça. [...] Princípio da indispensabilidade. Preconiza este princípio que, sempre que houver alternativas que garantam de modo satisfatório o objeto que justifica o limite, devem ser rechaçadas todas aquelas que resultem mais gravosas para o direito objeto da limitaça. [...] *o sacrifício do bem ou direito constitucionalmente protegido deve ser indispensável e o menos possível para que seja legítmo.* [...] Proporcionalidade em sentido estrito. Os meios eleitos devem manter-se numa relaça de razoabilidade com o resultado perseguido, ou seja, somente deve ser adotada a restriça no limite do adequado e indispensável ao benefício que o resultado gera para a coletividade.

<sup>53</sup> Observa-se o Estatuto das Cidades (Lei10.257/01) que dispõe sobre o regramento do Plano Diretor das cidades entre os artigos 39 e 44 do seu diploma.

Os loteamentos para fins residenciais vêm constituindo sério problema para as municipalidades, uma vez que ampliam desordenadamente o perímetro urbano, impondo às prefeituras o encargo da extensão dos serviços públicos a áreas quase desabitadas, que, por isso mesmo, os tornam onerosas na sua instalação e deficitárias na sua manutenção.

Também é notório que os problemas sociais acerca da temática habitacional não são características oriundas das movimentações sociais contemporâneas, mas sim, observados desde a formação das sociedades europeias no começo da revolução industrial<sup>54</sup>, e que chega ao Brasil da mesma forma, em contexto semelhante – quando observada a formação da cidade de Caxias do Sul –, mas, ao mesmo tempo, observa-se o reconhecimento da dignidade de “habitar”, ou ainda, o dever do Estado de intervir e propiciar ao cidadão, de forma adequada, que este possa exercer seu direito individual de moradia. Na visão de Meirelles (1965, p. 292-293):

Reconhece-se, em nossos dias, que “habitar” é uma das quatro funções sociais do homem, tão imprescindível como as demais: “trabalhar”, “recrear”, “circular”. Propiciar habitação para todos é, pois, obrigação do Estado. Já não é problema particular; é problema social que exige a intervenção do Poder Público em face do interesse coletivo a ser protegido adequadamente.

Há de se reconhecer para que o Município tenha por fiscalizar área em que seja loteada, os procedimentos expressos na Lei Federal 6.766/79<sup>55</sup>, que dita os regramentos gerais acerca do parcelamento do Solo. Ainda, suscita-se a questão que, para que haja o devido parcelamento do solo, seja ainda previsto no plano diretor da cidade, ferramenta essa prevista na Lei Federal 10.257/01<sup>56</sup>, e ainda – em estrito – observa a Lei Municipal de Parcelamento do Solo de Caxias do Sul, lei 6.810/07 em seu artigo 2º<sup>57</sup> a observância das regras gerais para o devido parcelamento. Ainda se observa na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 30, VIII

<sup>54</sup> Observa-se ENGELS (1975, p.51): A ordem pela qual examinaremos as diferentes categorias do proletariado decorre imediatamente da história da sua gênese, que acabamos de esboçar. Os primeiros proletários pertenciam à indústria e foram diretamente engendrados por ela; os operários da indústria, os que se ocupam no trabalho com as matérias-primas, restarão, pois, em primeiro lugar, a nossa atenção. A produção do material industrial, das matérias brutas e dos combustíveis, só se tornou verdadeiramente importante depois da revolução industrial e originou assim um novo proletariado industrial: os operários das minas de carvão e das minas metalíferas.

<sup>55</sup> Observa-se como infraestrutura básica o disposto no Art. 2º. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes. § 6º A infraestrutura básica dos parcelamentos situados nas zonas habitacionais declaradas por lei como de interesse social (ZHIS) consistirá, no mínimo, de: I - vias de circulação; II - escoamento das águas pluviais; III - rede para o abastecimento de água potável; e soluções para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar.

<sup>56</sup> Observa-se regimento do Plano Diretor entre artigos 39e 44 da Lei 10.257/01.

<sup>57</sup> Art. 2º - Na implementação do parcelamento do solo para fins urbanos e na regularização fundiária sustentável, serão observadas especialmente as diretrizes gerais da política urbana disposta na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade, e nos fundamentos da Lei complementar nº 290, de 23 de setembro de 2007 – Plano Diretor.

“compete aos Municípios "promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano." (Min. Franciulli Netto, REsp 432531/SP).

Para tanto, deve-se exaurir em sua totalidade a matéria acerca da regulamentação dos loteamentos irregulares e, ainda, da devida fiscalização por responsabilidade do ente municipal quando de sua competência. O Município dispõe dos mecanismos necessários para tanto, haja vista que “A Municipalidade tem o dever e não a faculdade de regularizar o uso, no parcelamento e na ocupação do solo, para assegurar o respeito aos padrões urbanísticos e o bem-estar da população” (Min. Luiz Fux. REsp448216/SP). Nesse sentido, também observa-se que, pela sua omissão ou descaso, "no dever de controlar loteamentos e parcelamentos de terras, o Poder Judiciário pode compeli-lo ao cumprimento de tal dever" (Min. Humberto Gomes de Barros, Resp 292.846/SP).

Ressalva-se ainda, no que tange ao ato de fiscalizar, desde que de sua propriedade, “É pacífico o entendimento desta Corte Superior de que o Município tem o poder-dever de agir para fiscalizar e regularizar loteamento irregular, [...] atividade essa que é vinculada, e não discricionária” (Min. Denise Arruda, REsp 447433/SP). Ainda neste norte, argumenta Meirelles (1965, p.281-282):

O arruamento, o alinhamento e o nivelamento constituem serviços próprios do Município, porque deles dependem o traçado, a funcionalidade, e a estética da cidade. Tais serviços compreendem a abertura e reforma das ruas de acordo com o traçado urbano; [...]O *arruamento* das áreas urbanas e urbanizáveis fica sempre sujeito à aprovação da Prefeitura, nos planos de loteamento e em quaisquer outros projetos de urbanização pública ou particular. [...] o efeito jurídico do arruamento é, exatamente, o de transformar o domínio particular em público, para uso comum do povo.

É notório, com relação ao contexto social mundial, que se percebe tensões que envolvem direitos, deveres, poder e desenvolvimento; a formação das cidades e, por sua vez, a existência das mais diversas problemáticas que as envolvem não sobrevivem por fora dessa máxima. A formação de favelas, ou ainda a proliferação de loteamentos irregulares penderes de legalização pelo poder público é demasiada no plano social que o mundo vive na pós-modernidade. O que garante certo conforto ou garantia à manutenção social, ainda que ao revés de sua evolução, é o direito, que vem por garantir e regular direitos de algumas parcelas da sociedade que ainda sofrem com a falta de uma voz e, por sua vez, fazem parte de um inchaço estrutural no que toca à composição das cidades. Destaca Leal (2009, p. 74):

Pode-se perceber, neste particular, que tanto o Direito Constitucional como o Direito Administrativo, no âmbito do Estado Social de Direito, apresentam características e aspectos diferenciados, tais como: um direito administrativo interventor no sentido de minimizar os efeitos das tensões e desigualdades sociais provocadas pelo modelo de desenvolvimento econômico imposto pelo mercado; adoção de políticas públicas protetivas de determinadas categorias sociais marginalizadas e excluídas desse modelo.

Deve-se ter por certo que, para tanto, se resguarde a necessidade de assegurar um mínimo de cautela para que não se ultrapasse os limites dos direitos de igual relevância aos interesses sociais para que estes se cumpram. Não haveria proporcionalidade em transgredir princípios e normas para se contemplar interesses de cunho social. Lembra-se que a proporcionalidade e a ponderação sobre os princípios deve ser sempre colocada em cartas brancas, haja vista a segurança jurídica dos atos que devem ser praticados para adimplir com os interesses interpostos. Não há o que questionar em face de potencial lesão ser maior do que a garantia de um direito, pois, dessa forma, não estaria se perfazendo o que se prioriza por bem-estar social, mas tão somente se aplicaria o que se tem por discricionariedade. Assinala Leal (2009, p. 79):

Decorre daqui a tese de que a garantia de um padrão mínimo de segurança social não pode afetar de forma substancial outros princípios ou interesses constitucionais igualmente relevantes, assim que, somente quando a garantia material do padrão mínimo em direito social (previamente delimitada como prioritária em termos de sociedade) estiver efetivamente sendo ameaçada no caso concreto é que se poderá levar a cabo uma necessária ponderação de interesses em face da potencial restrição de bens jurídicos – fundamentais ou não – colidentes com tais demandas ou pretensões. Caso contrário, dever-se-á buscar a plena integração mantenedora da incolumidade normativa e concretização de todos os bens jurídicos tutelados pelo sistema jurídico.

Fica clara a questão que se ressalta aos direitos sociais, em específico ao que se remete ao estado de bem-estar, estendendo ao reconhecimento de um meio ambiente saudável. Ora, a cidade, sendo um meio ambiente artificial, construído e regulado pela mão do homem, é o maior bem representativo de como estabelecer um meio ambiente em equilíbrio e desenvolvimento. Observando o Disposto no Art. 225 da Constituição Federal de 1988, a norma expressa nada mais do que uma série de posições que podem ser exprimidas aos direitos sociais<sup>58</sup>. Não há

---

<sup>58</sup> Nesse sentido, segundo CANOTILHO; LEITE (2008, p. 101-102): Na Constituição de 1988, o discurso de direito (s) aparece no *caput* do art. 225: “Todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Inserida n o Título “Da Ordem Social” (ao lado da seguridade social, saúde, educação, cultura e desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, família, criança, adolescente e idoso, e índios), a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é tida, entre os brasileiros, como um direito fundamental. [...]. A fundamentalidade do direito justifica-se, primeiro, em razão da estrutura normativa do tipo constitucional (“Todos têm direito...”); segundo, na medida em que o rol do art. 5º

hipótese de se ter um ambiente equilibrado<sup>59</sup>, disponível à sadia qualidade de vida<sup>60</sup>, tanto para a presente quanto para as futuras gerações, se não houver políticas públicas que apliquem de forma prática os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal. Ressalta Gavião Filho (2005, p. 143):

As normas da disposição do direito fundamental do art. 225 da Constituição configuram o direito ao ambiente como um direito fundamental como um todo. A norma segundo o qual “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” configura um complexo de posições jurídicas em relação ao Estado e ao indivíduo. Igualmente, as normas que impõe ao Estado uma série de ações específicas[...] (art.225, §1º, da Constituição).

Passa, então, o Estado a figurar como detentor de um dever ainda maior que, em contrapartida, demanda a atuação conjunta da coletividade; esse deve atuar efetivamente com a proposição de políticas públicas que contemplem a coletividade, com o direito a um ambiente propício ao seu desenvolvimento, por meio da real aplicabilidade dos direitos sociais. Essas políticas têm por finalidade a mitigação de conflitos sociais, o que seria um motivo de bem-estar à sociedade, pois assim as camadas sociais superaríamos gradativamente suas barreiras de desigualdade, ainda, desafogando o inchaço populacional das zonas periféricas, ou nas chamadas zonas de interesse social, o que traria um retorno de inclusão social demasiado. Expressa Leal (2009, p. 72 - 78):

---

sede principal de direitos e garantias fundamentais, por força do seu §2º, não é exaustivo (direitos fundamentais há – e muitos – que não estão contidos no art. 5º; terceiro, porquanto, sendo uma extensão material (pois salvaguarda suas bases ecológicas vitais) do direito à vida, garantido no art. 5º *caput*, reflexamente, recebe deste as bênçãos e aconchego, como adverte a boa lição de Nicolao Dino, segundo a qual “o direito ao meio ambiente caracteriza-se como um corolário ao direito à vida”.

<sup>59</sup> Nota-se FREITAS (2011, p. 113-115): Já no preâmbulo da Constituição brasileira, o desenvolvimento aparece como um dos “valores supremos”, algo que, por certo, não se coaduna com nenhuma visão soberba e degradante da natureza, nem com a falta de sensibilidade característica das relações parasitárias [...]. Desse modo, o desenvolvimento sustentável remete à realização de todos os objetivos fundamentais, que se traduzem em metas indeclináveis, tais como a redução das desigualdades sociais e regionais e o combate severo aos regressivismos, por mais arraigados que estejam nos cérebros e nos corações oligárquicos dominantes.

<sup>60</sup> Observa-se o que retrata FEU (2005,5157). É a partir dos anos 70 que a qualidade de vida se destaca como uma forma de mensurar e reconhecer o desenvolvimento, por ser um dos objetivos deste. Esse novo enfoque tem uma definição mais ampla, buscando considerar outros elementos ligados às necessidades humanas, além das necessidades básicas e dos fatores econômicos. Assim, a partir da década de 80, os estudos a respeito do desenvolvimento e de sua mensuração passam a incorporar uma dimensão subjetiva (qualitativa), baseada na percepção e na satisfação dos indivíduos. Podemos dizer que a qualidade de vida consiste em um conceito complexo que aborda parâmetros objetivos – basicamente representados pelas necessidades básicas – e em parâmetros subjetivos – ligados à percepção do indivíduo com relação às suas condições de vida, à sua satisfação e a elementos como liberdade política, participação nos processos decisórios da comunidade, beleza cênica, lazer, entre outras coisas.

Passam então os Poderes Públicos instituídos a avocar para si a responsabilidade de uma tutela política mais eficaz, de natureza coletiva e indeterminada no âmbito das satisfações econômicas básicas de sua população, e uma gradativa intervenção ou direção na vida econômica dos setores produtivos, com o objetivo explícito de reajustar e mitigar os conflitos nas estruturas sociais respectivas. [...]. Se tem sustentado nos últimos tempos que os chamados Direitos Sociais, enquanto fundamentalizados constitucionalmente, em especial no Brasil, afiguram-se como dever do Estado, em primeiro plano, conformando-se como verdadeiros direitos subjetivos, o que implica, inexoravelmente direito a pretensões.

O grande entorno do que se reflete ao meio ambiente é questão que se subdivide em dois momentos, as prestações ou ações fáticas e normativas. Obviamente, o direito fundamental ao meio ambiente, sendo derivado de um contrato entre Estado e sociedade, carece de ações positivas ao seu desenvolvimento e perpetuação<sup>61</sup>. As ações normativas devem se fazer presentes, pois são estas que detêm a garantia de um cumprimento efetivo das ações fáticas. Porém, aos olhos dos que carecem de cuidados, são as ações fáticas que alimentam a esperança de um futuro. Ressalta-se aqui a aplicabilidade dos direitos sociais, como saúde, educação, moradia, etc. Explica Gavião Filho (2005, p.144):

Por outro lado, como direito a algo, o direito fundamental a algo, o direito fundamental ao ambiente tem como objeto ações positivas que se deixam apresentar como ações fáticas e ações normativas. Na primeira hipótese, o direito fundamental ao ambiente se realiza com a prestação material de um fato. Aqui, independentemente da existência de normas jurídicas que fundamentam a sua prática, o que releva é a satisfação do direito ao ambiente pela própria prestação material. Se para a recuperação de uma determinada área, o direito fundamental ao meio ambiente exige que sejam praticadas ações materiais *a, b e c*, então a satisfação desse direito se dará com o cumprimento das prestações *a b e c*. Na segunda hipótese, o direito fundamental ao ambiente se realiza na medida em que são concebidas normas jurídicas com o objetivo de assegurar a todos um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

De mesma sorte, assim como o Estado deve ter ações positivamente eficazes para que se perfaça o desenvolvimento do sujeito e do ambiente, percebe-se ainda ações negativas do ente para que, da mesma forma, não sejam criados obstáculos para tal propósito. A não intervenção do Estado em determinados casos o Estado sendo ator intervencionista no fato, pode vir a lesar direitos adquiridos e protegidos juridicamente. Eis que vem à tona a questão da racionalidade por parte do administrador; não há nexos, como exemplo, promover aprovação em

---

<sup>61</sup> Observa-se o PAPA FRANCISCO (2015, p. 03): Bartolomeu chamou a atenção para as raízes éticas e espirituais dos problemas ambientais, que nos convidam a encontrar soluções não só na técnica, mas também numa mudança do ser humano; caso contrário, estaríamos a enfrentar apenas os sintomas. Propôs-nos passar do consumo ao sacrifício, da avidez à generosidade, do desperdício à capacidade de partilha, numa ascese que significa aprender a dar, e não simplesmente renunciar. É um modo de amar, de passar pouco a pouco do que eu quero àquilo de que o mundo de Deus precisa. É libertação do medo, da avidez, da dependência. Além disso, nós, cristãos, somos chamados a aceitar o mundo como sacramento de comunhão, como forma de partilhar com Deus e com o próximo numa escala global.

plano diretor de loteamento em zonas de preservação ambiental, a qual, ou seja, a não intervenção do Estado neste caso preserva uma série de fatores que mantém em ordem o sadio desenvolvimento da flora e fauna desse lugar. Explica Gavião Filho (2005, p. 144):

O direito ao ambiente tem como objeto ações negativas no sentido de que o Estado: *i)* não crie obstáculos ou impeça determinadas ações do titular do direito, *ii)* não afete determinadas situações do titular de direito e *iii)* não elimine determinadas posições do titular de direito. Na primeira hipótese, tem-se a realização do direito ao ambiente pela omissão do Estado do exercício daquelas atividades lesivas ao ambiente. Em razão disso, por exemplo, o Estado deve omitir-se da prática direta de qualquer ato concreto lesivo que impeça o desfrute do ambiente ecologicamente equilibrado. Na segunda hipótese, o direito ao ambiente se realiza com a ação negativa do Estado no sentido de não afetar uma situação jurídica titulada por todos que têm direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Por isso, o que é devido pelo Estado é a omissão de afetar a qualidade de vida das pessoas de uma determinada comunidade como, por exemplo, não autorizar a instalação de um parque industrial em uma determinada área de preservação ambiental. Na terceira hipótese, o direito ao ambiente se realiza com a omissão da eliminação de determinadas posições fundamentais jurídicas do titular do direito fundamental.

Nesse sentido, não restam dúvidas quanto ao norte de que, garantido o direito, não se pode retroagir. Garantido o acesso à saúde, não se pode deixar de suprir as necessidades do cidadão, garantida a acolhida no contexto educacional, não se pode excluir o cidadão do acesso à informação, garantida a moradia, seja esta por posse ou propriedade, cumprindo a sua função social ou ainda socioambiental, não se pode derrubar este teto. Destaca Leal (2009, p. 84-85):

Aliás, reconheço que o direito internacional dos Direitos Fundamentais, assim como uma boa parte das Constituições contemporâneas, insistentemente recorrem a uma série de garantias políticas dos chamados direitos sociais, dentre as quais: *a) A obrigação negativa de não regressividade social*, no sentido de que, na medida em que o Estado Social é uma realidade limitada, mas em parte efetiva, tanto o legislador como a administração devem respeitar e não interferir na liberdade de ação e uso daqueles recursos básicos que os indivíduos ou as coletividades tenham alcançado.[...] *b) de igual sorte, este mesmo constitucionalismo tem imposto ao legislador um dever positivo de progressividade*, ou seja, não só é dever do legislador constitucional manter o bem-estar conquistado no tempo e espaço, mas também a ele de promover concretamente tal satisfação de forma gradual, mas tendo em conta o que Pisarello chama de *prioridade de los más débiles*, proporcionando o tratamento desigual aos desiguais.

Atribuir o cenário da pós-modernidade em que se encontra o mundo à uma realidade ultrapassada de subjetivismo absoluto é característica diversa do Estado social de Direito. Ao mesmo pé que não há cabimento o interesse privado superar o interesse público, não se propõe racional deixar de atender as demandas emanadas das camadas mais necessitadas da sociedade para perfazer o deleite de interesses ou ainda de direitos que não tragam em seu bojo a equidade em contrapeso ao primeiro. Segue-se aqui a regra da proporcionalidade ora mencionada.

Explica-se, pois, que deve haver um balanço entre a aplicabilidade dos direitos sociais ao ponto de que estes não ultrapassem sua pretensão e expressem irracionalidade e incompetência.

Explica Leal (2009, p. 82):

O cenário no Brasil hoje é, todavia, diferente, a uma, pelos níveis de inclusão social construídos no país nos últimos 15 (quinze) anos, proporcionando cenários materiais e formais de maior participação da cidadania na gestão de seu cotidiano; a duas, em face do processo descentralizador da governança institucional que nestes últimos tempos vem ocorrendo, ensejando a abertura gradativa dos poderes instituídos e da administração pública dos interesses coletivos. [...] é tempo já de se descobrir os contornos da reciprocidade concreta, e do balanceamento dos direitos sociais, até porque tais direitos envolvem patrimônio de todos quando de sua operacionalidade e concreção, e já que a todos são dirigidos tais prerrogativas, deve-se perquirir sobre a quota parte de cada um neste mister, sob pena de constituirmos o que o jurista lusitano denomina de uma *aproximação absolutista ao significado jurídico dos direitos sociais*, ou seja, confiar na simples interpretação de normas consagradoras de direitos sociais para, através de procedimentos hermenêuticos, deduzir a efetividade dos mesmos direitos, produzindo resultados pouco razoáveis e racionais.

O que deve ser levado em consideração, ainda no que toca ao controle e gestão do meio ambiente, é a questão econômica que se releva de primordial interesse nessa seara. Mas neste momento não se retrata o interesse econômico ao equiparar a questão do consumo, por exemplo, mas sim, ao quanto se despende do orçamento público para gerir as demandas sociais, ou em bom português, quanto custa para se fazer exercer um direito. Nesse sentido, deve haver uma ponderação de demasiada importância. Aqui pode-se analisar friamente o caso em tela: os proprietários da área desejaram a emissão da posse daqueles que tomaram a área de sua propriedade; o Município, por decisão judicial, fora condenado a ressarcir os proprietários por terem contribuído para a formação desse loteamento com base no fornecimento dos direitos de infraestrutura básica<sup>62</sup>. No caso, o que compreenderia menos gasto público, ressarcir o proprietário reclamante ou remover e relocar todas as famílias, comércio e efetivo desenvolvimento já consolidado na área? Por obviedade, ressarcir, tendo em vista previsão legal. Leciona Gavião Filho (2005, p. 148-150):

A mais importante indagação sobre as prestações em sentido estrito é se a disposição que consubstancia a norma do direito fundamental ao ambiente pode configurar posição fundamental jurídica passível de exigibilidade judicial. Em outras palavras, o que deve ser investigado é se da norma do art. 225 da Constituição podem ser retiradas posições fundamentais jurídicas definitivas no sentido de que o Estado realize ações fáticas ou materiais. [...] Outra objeção importante à realização do direito fundamental ao ambiente tem fundamento no princípio da disponibilidade orçamentária, que está fundamentada no problema do custo dos direitos, a partir dessa perspectiva, argumenta-se que deve ser negada a configuração de posições fundamentais jurídicas

---

<sup>62</sup> O devido enfoque à decisão judicial que compõe a culpabilidade do município será analisado devidamente no terceiro capítulo e expressamente comparada à jurisprudência dos tribunais superiores.

definitivas a prestações em sentido estrito com base na inexistência de recursos financeiros necessários à execução das ações materiais requeridas. [...] O princípio do direito fundamental ao ambiente deverá ser objeto de ponderação com os outros princípios que lhe são contrapostos normalmente, como o princípio da disponibilidade orçamentária ou o princípio da divisão das funções estatais. Por isso mesmo, a solução do questionamento proposto não terá uma resposta antes que seja superada a necessária ponderação entre os princípios em jogo, conforme as circunstâncias do caso concreto segundo o princípio da proporcionalidade.

O mérito da ação, ou seja, a culpabilidade do Município à responsabilidade, será analisada em momento propício com a devida análise da decisão prolatada, mas aqui, a pergunta anterior pode ser respondida com a observância do caso concreto. Em um primeiro momento, deve-se observar a constituição de um direito, portanto, o direito social à moradia e, ainda, podendo elevar ao direito fundamental ao meio ambiente que se perfaz, quando cabe à sociedade e ao poder público a intenção de defender e preservar o ambiente – aqui o ambiente artificial –, tanto na ação do município em prestar a infraestrutura básica, quanto aos sujeitos que ali desenvolviam seu núcleo social e ainda destinam função social à área. Elege-se, portanto, condutas suficientes para que não haja a remoção dos que ali estão, e sim, a restituição de valores aos proprietários. A disponibilidade financeira neste caso aplica-se no sentido em que se compõe, ou seja, aplicando a via de menos impacto ao erário, ressaltando, apenas ao que toca ato administrativo vinculado<sup>63</sup>. Leciona Gavião Filho (2005, p. 155-156):

Se há, na Constituição, normas estabelecendo que o ambiente é bem de uso comum e essencial à sadia qualidade de vida e que todos têm direito ao ambiente, cabendo à coletividade e ao poder público o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, então está configurado o direito fundamental ao ambiente que pode ser apresentado como mandamento a ser otimizado conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. Desse modo, se as circunstâncias do caso concreto determinarem a precedência da satisfação do direito fundamental ao ambiente em relação aos princípios da divisão dos poderes ou da disponibilidade financeira, então está configurada uma posição fundamental jurídica a prestações em sentido estrito, não se podendo cogitar discricionariedade administrativa, pois “existindo o dever de atuar, não há margem para qualquer consideração de ordem técnica e política”.

É necessário compreender que a limitação ao direito de propriedade, nesse caso, não ocorre por força do poder de polícia do Estado, haja vista no contexto processual, não há comprovações de que o momento em que se começa a invasão à área de terras estaria sobre domínio do Poder Público Municipal – o que ensejaria fiscalização. Aqui a limitação da

---

<sup>63</sup> Lê-se GAVIÃO FILHO (2005, p. 157): Se, em uma determinada situação concreta, há duas prestações em sentido estrito que são igualmente úteis para a realização do direito fundamental ao ambiente, o exame de necessidade irá determinar que seja realizada aquela prestação que for menos gravosa aos princípios opostos. Em atenção ao princípio da disponibilidade orçamentária, por exemplo, deve-se escolher aquela prestação em sentido estrito que for menos onerosa para o erário.

propriedade, pode-se dizer, é cerceada pela função social dada por aqueles que tomaram sua posse, utilizando-a para desenvolver seu núcleo social<sup>64</sup>, e ainda, fazendo surtir efeito o que aduz o artigo 225 da Constituição Federal. Explica Cabral (2012, p. 197-198):

Pode-se dizer que as restrições e limitações à propriedade estão relacionadas à incidência do poder de polícia, expressão considerada inadequada por autores nacionais como Figueiredo (2005, p. 26) e Justem Filho (2006, p. 393). É que o poder de polícia, antes considerado instrumento de manutenção da ordem pública, na medida em que impunha limitações aos direitos individuais, sofreu críticas severas. Ressalta Gordillo que é errado fundamentar uma limitação a um direito individual tão somente nesse conceito, uma vez que o mesmo é inexato, devendo a limitação estar embasada em disposições constitucionais ou legais nos demais princípios jurídicos aplicáveis.

O uso da área de terras condicionado ao exercício e forma de vida em sociedade pelos posseiros constitui, para o interesse social, o bem-estar coletivo, ou seja, não há como questionar a propriedade de determinado lugar quando não se dá a este seu devido fim, ou sua função social, ou ainda sua devida utilidade social. A propriedade como um direito absoluto e subjetivo não está mais condicionado ao proprietário de fato, mas sim, àquele que prove os frutos e dá a destinação correta da terra, assim contemplando o interesse social, neste caso, no desenvolvimento de um núcleo social urbano. Assinala Cabral (2012, 198):

A concepção individualista do direito de propriedade foi superada com a compreensão de que o exercício do direito de propriedade está relacionado com a forma de vida em sociedade e que seu uso deve estar orientado à realização do interesse público e ao bem-estar da coletividade. Este, o sentido da “propriedade função”, baseada nos estudos de Duguit, revelando que esse instituto deve ser considerado como um elemento de “utilidade social” vale dizer, deve contribuir de alguma forma para a solidariedade social, considerando-se que a propriedade não é mais um direito subjetivo do proprietário, mas sim, se caracteriza como função social do proprietário da riqueza.

Um fato que aqui se destaca é em torno das necessidades sociais que enfrentam os sujeitos das camadas de menor renda ou poder aquisitivo dentro de uma sociedade. Nota-se que, em questões como essa, em âmbito municipal, se constituem as maiores contribuições para a separação de classes, problema que ainda atinge severamente a sociedade em um geral. A falta de planejamento no que tange às políticas públicas, embora a evolução seja notável, ainda é um agravante assombroso e que perdura durante séculos<sup>65</sup>. O acesso à cidade e a moradias de

<sup>64</sup> Entende BALDO (2012, p. 91): Nesse elenco de condições que devem caracterizar a moradia para que possa ser qualificada como digna, tem-se a “(a) Segurança jurídica da posse [...] (b) disponibilidade dos serviços, materiais, benefícios e infraestrutura [...] (c) gastos suportáveis [...] (d) habitabilidade [...] (e) acessibilidade [...] (f) localização [...] (g) adequação cultural.

<sup>65</sup> Observa-se LEFEBVRE (2011, p.11): A industrialização fornece o ponto de partida da reflexão sobre nossa

qualidade é um grande problema que se enfrenta no Brasil, principalmente em grandes capitais, a exemplo de Rio de Janeiro e São Paulo, mas que também assombram cidades de médio porte, como Caxias do Sul. Ensina Baldo (2012, p. 64):

É nos municípios que se encontra o interesse privado em dimensões as mais visíveis possíveis, porque é na cidade, no contexto das moradias subumanas e da miséria, que se decidem os lugares destinados à moradia dos ricos, a instalação de determinadas fabricas, a edificação dos prédios destinados, desde o projeto, a atender às necessidades de alguns. Com isso, criam-se lugares destinados aos ricos (onde programas de moradia popular não entram), aos pobres e alguns espaços mínimos de uso comum, que servem como *limbo* urbano, em que os ricos não ficam, mas apenas passam.

A prestação dos direitos sociais por parte do Estado enseja, além de um todo jurídico, um nivelamento entre as camadas da sociedade, haja vista o Princípio<sup>66</sup> da Igualdade<sup>67</sup>. Tendo como partida a prestação de maneira material, como o acesso à educação, saúde e moradia, torna-se palpável a visualização dos direitos do cidadão e que, nos seus entremeios, exercem ligações intrínsecas ao meio político em que está aquele meio social, mas, acima de tudo, contempla a existência de direitos que visam, por bem, o desenvolvimento sadio ou ao menos a tentativa de proporcionar ao sujeito um meio social para que este se desenvolva e contemple as mesmas oportunidades daqueles que se encontram em camadas superiores na sociedade desfrutam. Observa Baldo (2012, p. 85-86):

Os direitos sociais se manifestam como a determinação da liberdade e igualdade, e a fundam a partir de elementos materiais, existentes na sociedade. Dessa forma, a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia forma as condições a partir das quais

---

época. Ora, a Cidade preexistia à industrialização. Esta é uma observação em si banal, mas cujas implicações não foram inteiramente formuladas. As criações urbanas mais eminentes, as obras mais “belas” da vida urbana (“belas”, como geralmente se diz, porque são antes obras do que produtos) datam de épocas anteriores à industrialização. Houve a cidade oriental (ligada ao modo de produção asiático), a cidade arcaica (grega ou romana, ligada à posse de escravos), depois a cidade medieval (numa situação complexa: inserida em relações feudais, mas em luta contra a feudalidade da terra). A cidade oriental e a arcaica foi essencialmente política: a cidade medieval, sem perder o caráter político, foi principalmente comercial, artesanal, bancária. Ela integrou os mercadores outrora quase nômades, relegados para fora da cidade.

<sup>66</sup> Nesse Sentido, observa-se BOBBIO (2004, p.33). Os direitos de liberdade evoluem paralelamente ao princípio do tratamento igual. Com relação aos direitos de liberdade, vale o princípio de que os homens são iguais. No estado de natureza de Locke, que foi o grande inspirador das Declarações de Direitos do Homem, os homens são todos iguais, onde por “igualdade” se entende que são iguais no gozo da liberdade, no sentido de que nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que outro. Esse tipo de igualdade é o que aparece enunciado, por exemplo, no art. 1º da Declaração Universal, na afirmação de que “todos os homens nascem iguais em liberdade e direitos”, afirmação cujo significado é que todos os homens nascem iguais na liberdade, no duplo sentido da expressão: “os homens têm igual direito à liberdade”, “os homens têm direito a uma igual liberdade”.

<sup>67</sup> Observa-se o que ensina CENZANO (2003, p.105): La igualdad forma, jurídica o ante la ley se contiene em el artículo 14 de nuestra CONstitución, iniciando el Capítulo Segundo, si bien antes de la cección primera. Este precepto dispone textualmente que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, oinión o cualquier outra condición o circuncancia personal o social.

é possível visualizar a existência concreta das garantias do cidadão, que se ligam diretamente aos conceitos políticos de igualdade e liberdade. Com isso, é possível dizer que não existe uma ordem cronológica para a realização de direito, mas a sua existência e forma como um todo jurídico, continuamente. Os direitos sociais não representam somente a manifestação que complementa os direitos de igualdade e liberdade, mas sobretudo dizem respeito à concretude que eles reivindicam. [...]. As condições de trabalho, moradia, saúde, são determinantes do processo de verificação, da parte observável do direito à igualdade.

O grande problema a ser enfrentado no Brasil, e que se reserva por uma visão política, é que ao Estado é atribuído um papel extremamente paternalista. Por um lado, o Estado tem o dever de prestar assistência aos sujeitos, assim fora expresso em nossa forma de democracia<sup>68</sup>, porém, é uma visão que não encontra mais subsídios para sua efetividade no cumprimento de suas incumbências. É notório que as ações públicas não traduzem a eficácia necessária para gerir a demanda emanada pela sociedade<sup>69</sup>, as políticas preventivas e a demasiada quantidade de leis que constituem um imbróglio legislativo – o que dificulta a sua própria aplicabilidade – são sintomas de uma falha sistemática catastrófica causada por uma sobrecarga de deveres que ao Estado é imposto e que dificilmente será modificado. Expressa Leal (2009, p. 80):

O problema é que, historicamente, no Brasil, até em face das particularidades de exclusão social, miserabilidade e fragilização de sua cidadania, o Estado fora chamando para si, de forma concentrada, um universo de atribuições com caráter protecionista, paternalista e assistencialista promovendo ações públicas de sobrevivência social em determinados âmbitos (saúde, por exemplo), com poucas políticas preventivas, educativas e de cogestão com a sociedade dos desafios daqui decorrentes, induzindo a comunidade a uma postura letárgica e de simples consumidora do que lhe era gananciosamente presenteado, sem nenhuma reserva crítica ou constitutiva de alternativas das mazelas pelas quais passava e ainda vive.

Nesse sentido, é fático que cumprir com o atarefado lastro de deveres atrasa o Estado no seu desenvolvimento como um todo, e ainda mais quando se retrata em um mínimo

<sup>68</sup> Observa-se sobre a democracia o que expressa BOBBIO (1997, p. 40): Rousseau, entretanto, também estava convencido de que "uma verdadeira democracia jamais existiu nem existirá", pois requer muitas condições difíceis de serem reunidas. Em primeiro lugar, um estado muito pequeno, "no qual ao povo seja fácil reunir-se e cada cidadão possa facilmente conhecer todos os demais"; em segundo lugar, "uma grande simplicidade de costumes que impeça a multiplicação dos problemas e as discussões espinhosas"; além do mais, "uma grande igualdade de condições e fortunas"; por fim, "pouco ou nada de luxo" (donde se poderia deduzir que Rousseau, e não Marx, é o inspirador da política de "austeridade"). Lembremo-nos da conclusão: "Se existisse um povo de deuses, governar-se-ia democraticamente. Mas um governo assim perfeito não é feito para os homens".

<sup>69</sup> Observa-se o que retrata MOLINARO (Direito à Cidade e o Princípio de Proibição de Retrocesso, p.163): O sociólogo Robert Ezra Park já afirmou que a cidade é o desígnio mais exitoso do ser humano de fazer e refazer o mundo em que vive de acordo com o seu desejo mais íntimo. Mas, se a cidade é o mundo que o ser humano criou, é também o mundo em que a partir de agora está condenado a viver. Portanto, indiretamente e sem um sentido nítido da natureza de sua tarefa ao fazer a cidade, o ser humano se refaz a si mesmo. Neste sentido, aceitando a proposta de Park, sobre a capacidade de fazer e refazer as cidades, concomitantemente com o fazer e refazer das características de seres humanos contingentes, pode-se aceitar que o direito à cidade é um dos mais importantes dos direitos humanos, todavia, o que mais tem sido negligenciado.

existencial. Quando se trata do tema sociedade e neste abarca-se o questionamento do “mínimo existencial”<sup>70</sup>, percebe-se que algo está errado. Mas aqui, de acordo com o caso em tela, o Município de Caxias do Sul, quando proporciona aos posseiros a infraestrutura mínima para subsistência, trata nada mais do que o mínimo existencial, ou seja, o mínimo para que se perfaça a dignidade do ser humano que ali está alocado<sup>71</sup>. Ora, independentemente de visão política, pois aqui observa-se tão somente o contexto jurídico, não seria correto culpar o Ente estatal – responsável por manter o equilíbrio social, prestando direitos sociais e conservando a dignidade dos sujeitos que em seu seio vivem – por prestar condições ideais, mesmo que mínimas, para que seja cumprida sua dignidade. Expressa Leal (2009, p. 91):

Em termos de doutrina internacional, tem-se afirmado que o mínimo existencial implica condições mínimas para uma vida humana digna; em possuir cada pessoa as condições mínimas de sustento físico próprio, bem como as condições mínimas para que possa participar da vida social de seu Estado, relacionando-se com as pessoas que estão ao seu redor e que fazem parte da sociedade na qual vive. [...] Esse mínimo já é tratado e reconhecido expressamente por alguns doutrinadores jurídicos nacionais. O professor Ricardo Lobo Torres o denomina dizendo: *sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder a quem de um mínimo.*

Tamanha é a importância do que expressa a dignidade da pessoa humana, que o constituinte eleva este a valor fundamental na Constituição Federal de 1988, transmitindo dessa forma o intrínseco dever do Estado<sup>72</sup>, de forma a garantir o instituto da república democrática, valorar e assegurar a dignidade ao sujeito que estiver sob a égide da norma brasileira<sup>73</sup>. Percebe-

---

<sup>70</sup> Observa-se LEAL (2009, p. 92-93): Há um problema que envolve a *facticidade do mínimo existencial*, condizente com sua significativa natureza relacional em face do tempo e do espaço. Veja-se que o mínimo existencial na África é diferente do mínimo existencial na Suíça; o mesmo ocorre em face do interior do Maranhão e da Paraíba relacionando com o Rio Grande do Sul e Santa Catarina, por exemplo, eis que ele se relaciona sempre com uma perspectiva de escassez dos recursos finitos para o atendimento das demandas infinitas em termos de quantidade e natureza.

<sup>71</sup> Analisa SILVA (2002, p. 128): A dignidade da pessoa humana como um princípio, como um valor, se aplica tanto na relação entre homens, quanto na relação deste com o ambiente. A dignidade, quando observada nas relações humanas, afirma o nó central de que nenhum homem pode ser reduzida à condição de objeto.

<sup>72</sup> Ensina MARTINS (2003, p. 71-73): O princípio da dignidade da pessoa humana constitui a base, o alicerce, o fundamento da República e do Estado Democrático de Direito por ela constituído. [...] Isto nos remete a noção de que conceber a dignidade da pessoa humana como fundamento da república significa admitir que o Estado brasileiro se constrói a partir da pessoa humana, e para servi-la. [...] anotar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República nos remete à ideia de que sua positivação e enunciação de um catálogo de direitos fundamentais na Constituição brasileira não revela uma mera concessão do legislador constituinte (ou do poder estatal) ou uma simples “graça do príncipe”.

<sup>73</sup> Ministra SARLET (2002, p. 89-91): O que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade. [...]. Também o direito geral de igualdade (princípio isonômico) se encontra diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro

se, portanto, a grandeza do tema ao observar que ao Estado cabe fundamentalmente proporcionar ao sujeito, mesmo que minimamente, a possibilidade de desenvolver-se em sociedade de forma digna e cabível aos padrões sociais que lhe estiver disponível. Ensina Sarlet (2002, p. 70-71):

Inspirando-se – neste particular – especialmente no constitucionalismo lusitano e hispânico, o Constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guindando-a, pela primeira vez – consoante já reiteradamente frisado – à condição de princípio (e valor) fundamental (art. 1º, inciso III). Aliás, a positivação na condição de princípio jurídico-constitucional fundamental é, por sua vez, a que melhor afina com a tradição dominante no pensamento jurídico-constitucional luso-brasileiro e espanhol, apenas para mencionar os modelos mais recentes e que têm exercido – ao lado do paradigma germânico – significativa influência sobre a nossa própria ordem jurídica.

Assim, observa-se de fino trato o que se compreende pela iniciativa pública no que tange ao poder de polícia no ato de fiscalizar e, ainda, a responsabilidade particular de fiscalizar a propriedade privada, variando a perda da posse com base na indefinição do uso com base da perda da função social. Nota-se, para tanto, que as demandas sociais carecem de dignidade e de um mínimo existencial, de garantia do Estado – ainda que com sintoma paternal – mas detentor do dever de adimplir ao que expressa a Constituição Federal, para que o sujeito tenha condições viáveis de exercer seu direito à cidade.

### 3.2. CAXIAS DO SUL: O HISTÓRICO DA OCUPAÇÃO E O HISTÓRICO DO PROCESSO JUDICIAL

Previamente ao adentrar no caso concreto, percebe-se a necessidade de caracterizar a cidade de Caxias do Sul e expressar seu papel de metrópole para que, assim, se desvende o caso concreto.

As primeiras ocupações datadas em Caxias do Sul são de 1875, momento em que desembarcam em terras gaúchas os primeiros imigrantes italianos, em busca de terras para que pudessem desenvolver sua vida de forma digna e pacífica. Nesse momento da história, as terras que hoje carregam o nome de Caxias do Sul eram denominadas como Colônia de Caxias, assim sendo, somente em 1890 foi criado o Município<sup>74</sup>, e em 1910 Caxias é elevada à categoria de

---

motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos.

<sup>74</sup> Observar referência da Revista Perfil Caxias, dois anos após a chegada dos imigrantes à sede da colônia Campo

Cidade, com a chegada de um dos primeiros transportes a vapor, um trem que ligaria a cidade à capital do Estado. Determina a Prefeitura de Caxias do Sul (2014, p. 10):

A história da colonização de Caxias do Sul começa em 1875 com a chegada dos primeiros imigrantes italianos na região serrana do Rio Grande do Sul. Quando chegaram, encontraram os índios caingangues e uma mata virgem. Os imigrantes na sua maioria eram camponeses da região do Vêneto, situada ao norte da Itália. Entre os milhares de pessoas que buscavam um lugar melhor para viver, encontravam-se lombardos, trentinos e outros. Embora tivessem ganhado, como auxílio do governo, ferramentas, alimentação e sementes, esse mesmo auxílio teve de ser reembolsado aos cofres públicos.

Caxias do Sul se percebe uma cidade multicultural desde os primórdios de sua criação, haja vista a intensa miscigenação de raças que colonizaram sua área de terras, corroborando para que se transformasse a partir de uma região de agricultura de subsistência ligada à produção de uva e vinho, em um dos maiores polos metalmeccânicos do Brasil. No período do século XIX observa-se, portanto, a expansão forte do capitalismo como um sistema econômico dominante, o que ocasionou a grande imigração para o Brasil; já em território brasileiro, em específico em solo gaúcho, a política da imigração era pacífica no que tange ao aproveitamento do solo acerca da irredutível necessidade de povoamento.<sup>75</sup>

Nesse sentido, a formação da região é visível no que se refere à formulação de núcleos sociais específicos; os imigrantes italianos chegados da Europa foram organizados na encosta superior do Nordeste, região que, naquela época, consistia de terras devolutas<sup>76</sup>, delimitando, assim, os Campos de Cima da Serra. Já a região dos vales, consistia em colonização alemã por sua maioria. A identificação das colônias por meio das ferramentas necessárias, exploração das terras, medição e demarcação e, ainda, a recepção dos imigrantes, seria de responsabilidade dos

---

dos Bugres como foi chamada inicialmente, recebeu a denominação de Colônia de Caxias. No dia 20 de junho de 1890, foi criado o município e, em 24 de agosto do mesmo ano, foi efetivada sua instalação. (CAXIAS DO SUL, Prefeitura de. Revista Perfil Caxias. Deltaprint: Caxias do Sul. 2014, p.10).

<sup>75</sup> Neste sentido, BECK (2006, p. 118-119): Los riesgos siempre dependen de decisiones: es decir, presuponen decisiones. Surgen de la transformación de la incertidumbre y los peligros em decisiones (y exigen la toma de decisiones que a su vez produce riesgos). Las amenazas incalculables de la sociedad pré-industrial (peste, hambre, catástrofes naturales, guerras, pero también magia, dioses, demônios) se transforman em riesgos calculables em el curso de desarrollo del control racional instrumental que el processo de modernización promueve em todas las esferas de la vida. Esto caracteriza las situaciones y los conflictos em la temprana sociedade clásica industrial y burguesa.

<sup>76</sup> Observa-se o conceito de terras devolutas por meio dos ensinamentos de CARVALHO FILHO (2015, p.1246): Terras devolutas são as áreas que, integrando o patrimônio das pessoas Federativas, não são utilizadas para quaisquer finalidades públicas específicas. Esse conceito foi dado pela já referida Lei Imperial nº 601, de 1850, ao regularizar o sistema dominial, distinguindo o público do privado. O Decreto-lei nº 9.760/1946 as caracteriza como as terras não aplicadas a algum uso público federal, estadual ou municipal, incluindo também as das faixas de fronteira. Em outras palavras, trata-se de áreas sem utilização, nas quais não se desempenha qualquer serviço administrativo, ou seja, não ostentam serventia para uso pelo Poder Público.

governantes, sendo a Inspetoria regional em Porto Alegre subordinada à Inspetoria Geral, localizada na capital nacional, no Rio de Janeiro.

Em 1878, a Colônia Caxias possuía 3.849 habitantes, a maioria deles agricultores. Apesar desse perfil, na sede, agrupavam-se algumas casas comerciais e pequenas fábricas, como funilarias, carpintarias, marcenarias, olarias, ourivesarias, ferrarias, moinhos, seleiros, sapatarias e alfaiatarias, responsáveis pela produção de bens de consumo que caracterizavam a autossuficiência da colônia.<sup>77</sup> O crescimento econômico da colônia foi rápido e pode ser medido pelo expressivo número de casas de negócios. Em 1883, existiam na Colônia Caxias noventa e três estabelecimentos comerciais para uma população de 7.359 habitantes. Um número impressionante se considerarmos que, em 1878, existiam somente três casas desse gênero. Cita a Prefeitura de Caxias do Sul (2014, p. 10):

Vários ciclos econômicos marcaram a evolução do município ao longo dos séculos XX e XXI. O primeiro deles está ligado ao traço mais forte de sua identidade: o cultivo da videira para consumo próprio; o segundo, para comercialização. Ainda nas primeiras décadas do século passado, surgiram as fábricas mecanometalúrgicas e têxteis, as quais, tempos depois, viriam a se consolidar como polos industriais atuantes. Foi a partir da instalação da indústria automobilística no país, no final da década de 1960, que a indústria metalmeccânica viveu sua grande fase de expansão. De fornecedora de peças e componentes, Caxias do Sul passou a fabricar produtos de alta qualidade.

No que consta o primeiro plano diretor da cidade, implantado no ano de 1940 pelo ato n° 40 de 1938<sup>78</sup>, até o último plano diretor, implantado em 2007 pela lei complementar n° 290 de 2007, percebe-se a grande evolução da cidade na história, constituindo-se a segunda maior cidade do Estado do Rio Grande do Sul<sup>79</sup>. Com aumento gradativo da população na linha do tempo, Caxias do Sul não tão somente detém a notória origem italiana, mas ainda é reducto de várias etnias, o que corrobora para o inchaço populacional que apresenta na pós-modernidade. Retrata Silva (2016, p.37-38):

O território original da Colônia Caxias é muito diferente do território do atual município de Caxias do Sul. Em origem, a colônia Caxias englobava partes dos atuais municípios de Farroupilha, Flores da Cunha, Nova Pádua e São Marcos, que com o passar do tempo, com o desenvolvimento de seus núcleos urbanos, economia, bem como, com a afinidade de interesses dos grupos dominantes, que queriam a autonomia

---

<sup>77</sup> Nesse sentido, observa-se JUNQUEIRA (2014, p. 96): Os problemas urbanos são, portanto, manifestações dos problemas sociais, decorrentes dos processos de organização e ocupação do espaço pela sociedade no desenvolvimento das relações capitalistas de produção que sobrepõe o valor de troca ao valor de uso.

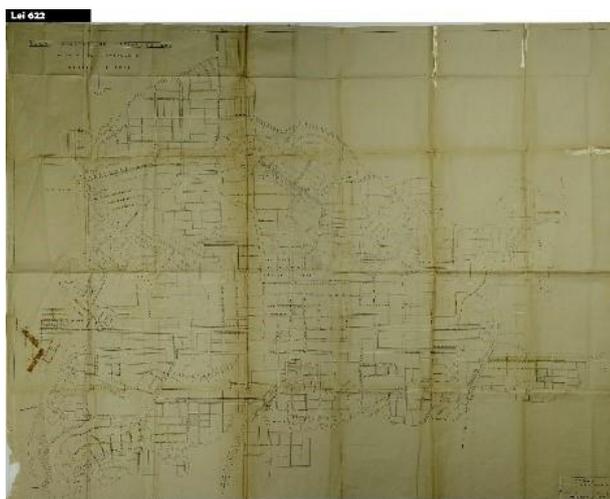
<sup>78</sup> Sobre o primeiro plano diretor de Caxias do Sul, observar GIRON (2010, p. 69/73).

<sup>79</sup> Em pesquisa do IBGE em 01/07/2013, Caxias do Sul apresenta a população de 465 mil habitantes, sendo que a área urbana abarca 96,29% e a área rural 2,71% dos habitantes. (CAXIAS DO SUL, Prefeitura de. Revista Perfil Caxias. Deltaprint: Caxias do Sul. 2014, p.11)

dessas regiões, passaram a se emancipar. [...] Por outro lado, o município de Caxias do Sul passou a ter integradas em seu território regiões que antes pertenciam a São Francisco de Paula, como os distritos de Criuva, Vila Seca, Fazenda Souza, Vila Oliva e de São Sebastião do Caí, o distrito de Santa Lúcia do Piaí.

Abaixo pode-se observar a transformação da cidade de Caxias do Sul por meio do *Mapa 1*<sup>80</sup>, que representa o plano diretor de 1953<sup>81</sup> e do *Mapa 2*<sup>82</sup>, que representa o plano diretor de 2007<sup>83</sup>, respectivamente:

### Imagem 1 – Mapa do Plano Diretor de Caxias do Sul 1953



Fonte: Arquivo Público Municipal

### Imagem 2 – Mapa do Plano Diretor de Caxias do Sul 2007



Fonte:

<sup>80</sup> Disponibilização pelo site da Prefeitura de Caxias do Sul

<sup>81</sup> Lei 1.435/1965

<sup>82</sup> Disponibilização no Arquivo Municipal.

<sup>83</sup> Lei Complementar n° 290/2007

Inicialmente, essa breve exposição acerca da cidade é necessária para que se compreenda magnitude e complexidade do caso, haja vista a construção natural da cidade de Caxias do Sul por seu desenvolvimento e pelo trabalho de seu povo, mas também no que se refere ao aumento populacional e de demandas sociais que esse enseja. Se observados os números e mapas destacados até o presente momento, percebe-se grande diferença no que se trata de número populacional, tendo em vista que de 3.849 habitantes que a Colônia Caxias possuía, já em 1950 o número chegava a 32.096 habitantes<sup>84</sup>, e em 2010, segundo dados do IBGE<sup>85</sup>, Caxias do Sul possuía 435.564, e a estimativa para 2017 era de 483.377 habitantes. Vale ainda observar a *Tabela 1*, apresentada pelo Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil<sup>86</sup> acerca da quantificação da população assentada na região urbana e também na região rural:

**Imagem 3: Tabela Habitacional IBGE/2010**

População Total, por Gênero, Rural/Úrbana - Município - Caxias do Sul - RS						
População	População (1991)	% do Total (1991)	População (2000)	% do Total (2000)	População (2010)	% do Total (2010)
População total	290.100	100,00	359.362	100,00	435.564	100,00
População residente masculina	142.582	49,15	176.405	49,09	213.612	49,04
População residente feminina	147.518	50,85	182.958	50,91	221.952	50,96
População urbana	264.572	91,20	333.391	92,77	419.406	96,29
População rural	25.528	8,80	25.971	7,23	16.158	3,71

Fonte: PNUD, Ipea e FJP

Fonte: IBGE

Diante desse cenário, observa-se, portanto, o início da formação de loteamentos clandestinos em Caxias do Sul. Em meados das décadas de 1970 e 1980<sup>87</sup>, a cidade de Caxias

<sup>84</sup> Sobre a linha crescente de habitantes em Caxias do Sul observar GIRON (2010, p.73), acerca da primeira legislatura Municipal no que se refere às leis das edificações e parcelamento do solo.

<sup>85</sup> Todos os quadros e referências feitas ao IBGE, no que tange à cidade de Caxias do Sul, pode ser encontrado em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rs/caxias-do-sul/panorama>.

<sup>86</sup> Fonte – <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rs/caxias-do-sul/panorama>.

<sup>87</sup> Observa-se WIGGERS, KORMANN E ROBAINA (2010, p. 06): déficit habitacional em Caxias do Sul agravou-se na década de 50, pressionando o poder público para a promulgação de uma série de novas leis com o objetivo de regulamentar a criação de novos bairros, por meio de loteamentos destinados à população de baixa renda. Nesse contexto que, em 1952, através da Lei Municipal nº 499/1952, é criado o Fundo Especial para a Casa Popular. A criação desse fundo era necessária devido ao continuado crescimento econômico de Caxias do Sul, principalmente no setor industrial, atraindo cada vez mais migrantes de outros municípios, ocasionando o aumento do número de sub habitações através de novos assentamentos com falta de infraestrutura na periferia urbana. (Hierarquização dos Assentamentos Subnormais em Caxias do Sul, 2004). As décadas de 60 e 70 também são marcadas pela expansão de loteamentos ilegais. Em 1968 outro importante assentamento subnormal surge no município, o núcleo Santa Fé, o qual se formou na extremidade norte e afastado da malha urbana, às margens da rodovia RS 453, conhecida como Rota do Sol. Na década de 80, chamada de década perdida, com o declínio da economia brasileira, os problemas sociais e habitacionais foram agravados (Hierarquização dos Assentamentos Subnormais em Caxias do Sul, 2004) e, conseqüentemente, os problemas ambientais também se tornam mais agudos, uma vez que grande

do Sul obteve um grande crescimento urbano motivado pela indústria, que se desenvolvia em pleno vapor, e ainda fomentando o interesse daqueles que especulavam a possibilidade de sair do campo e habitar a cidade grande para desenvolver seu núcleo familiar. Esse acaba por se tornar um aspecto que traduz demasiada importância por meio dos indicadores do desenvolvimento humano na região de Caxias do Sul, afinal, a população que chegava à cidade originava-se nos seus arredores, nas cidades e distritos vizinhos, nas zonas rurais, chegando a ser comparada com cidades europeias em mesmo nível de expansão. Explica Giron (2010, 127-128):

O crescimento registrado em Caxias do Sul, no seu aspecto populacional, foi gerado em parte por um crescimento vegetativo elevado, mas principalmente por uma intensa imigração de populações urbanas e rurais das cidades próximas. Esse crescimento populacional incentivou a expansão urbana, caracterizada, principalmente, no crescimento e formação de loteamentos clandestinos. [...] A cidade de Caxias do Sul experienciou nos anos de 1972 a 1988, um período de grande crescimento urbano, guiado principalmente pela criação de loteamentos irregulares e clandestinos. [...] Eram contingentes imensos de pessoas chegando à cidade, de um lado o êxodo rural expulsando a população do campo, do outro lado o desenvolvimento industrial puxando para a cidade, o crescimento populacional na época chega a ser superior ao de cidades inglesas durante a 1ª Revolução industrial.

Fato é que grande parte desse êxodo que tem por objetivo habitar a cidade, pois Caxias do Sul era reconhecida por apresentar um corpo industrial já consolidado e com possibilidades de expansão, o que expressa a ideia de garantias de prosperidade para os que chegam. Entretanto, a cidade, como qualquer outra em desenvolvimento, apresentava duas faces opostas; de um lado, o retrato de uma cidade politicamente organizada e dotada de toda a estrutura que poderia fazer dela um centro urbano estável e próspero, e de outro lado, a cidade deficitária, expressando o retrato da pobreza, a falta de estrutura, ou ainda, a face de uma cidade que se moldava pela iniciativa própria dos que ali habitavam. Observa Junqueira (2014, p.96) que:

No Brasil, o processo de urbanização é um fenômeno recente e produtor de grandes desigualdades sociais e espaciais. Ainda que a origem das primeiras cidades ocorra ainda no período colonial, é somente com a afirmação das relações capitalistas na segunda metade do século XX que as cidades se expandem em número e concentração populacional. Grosso modo, a urbanização brasileira caracteriza-se por exibir uma tendência intensamente concentradora, a princípio, nas capitais, sobretudo, nas do Sudeste, mas, com a evolução nos sistemas técnicos e a desconcentração industrial, o fenômeno se espalha por todas as regiões.

Esse contraste populacional, somado ao momento de instabilidade econômica que o país passava nas décadas sucessoras ao período da ditadura, corroboraram para o crescimento das

---

parte das áreas ocupadas irregularmente são áreas destinadas à preservação ambiental.

dificuldades para a população migrante, apresentando a face do desemprego e alta inflação, o que fortaleceu ainda mais a procura por terrenos irregulares ou loteamentos clandestinos. Expressa Giron (2010, 142-144):

Muitos destes migrantes colocam Caxias do Sul como ponto de chegada pelo reconhecimento local de suas indústrias, pela propaganda midiática da terra do trabalho, da prosperidade e também para outros, pela simples compreensão de que se tratava de uma cidade que em uma expressão popular simples “possuía recursos” [...] Caxias do Sul era uma cidade que apresentava duas realidades bem distintas. De um lado a cidade legal, planejada, servida de toda a infraestrutura básica, próspera. Do outro a cidade clandestina, ilegal, “espontânea” ou informal como dizem alguns, pobre, sem infraestrutura alguma. [...] O Aprofundamento da crise e o arrocho salarial dificultaram a manutenção da população migrante bem como da população operária mal remunerada, natural de Caxias do Sul, em bairros mais bem estruturados. [...] Com o passar dos anos e frente à instabilidade econômica brasileira, com seus períodos de desemprego e de alta inflação, a posse de um terreno, mesmo que clandestino, sem infraestrutura, era visto como uma possibilidade de futuro seguro, um investimento que se não era ótimo, pelo menos era possível, que garantia menos incertezas.

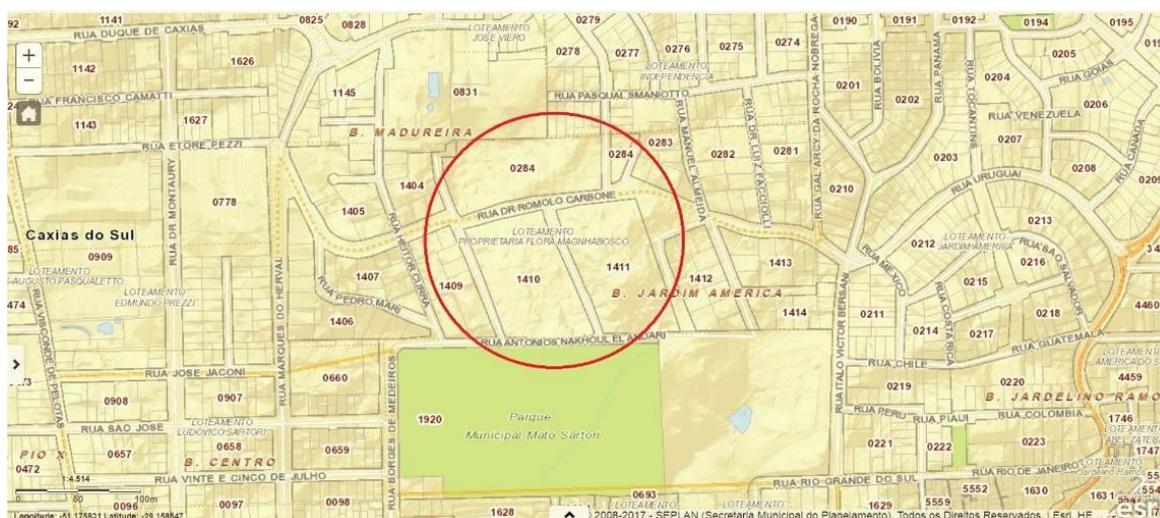
Inicialmente, no que remonta às décadas anteriores a 1970, os loteamentos clandestinos se originavam nas regiões que faziam parte e compunham o centro da cidade, ou seja, eram compostos por um crescimento contínuo ao contorno urbano. Ao que se refere à composição dos loteamentos após a década de 1970, percebe-se grande interesse dos loteadores em regiões próximas às empresas, mais distante da região central, o que interrompe esse crescimento contínuo na parte central, afastando-se, portanto, para as áreas periféricas da cidade. Ainda em tempo, observa-se o interesse do loteador clandestino em áreas que não possuíam empresas, mas eram dotadas de alta especulação imobiliária e também de áreas públicas, haja vista a região compreendida pelas terras de propriedade privada da família Magnabosco, hoje chamada de Bairro 1º de Maio, que na época estava em meio de negociação com o Poder Público Municipal. Aclara Giron (2010, 150-152):

De início podemos observar que: os loteamentos clandestinos, iniciados na década de 1970 têm algumas diferenças em comparação com os das décadas anteriores, podendo ser classificada uma terceira fase de urbanização da cidade. Neste momento, o crescimento tem a característica de não se dar de forma contínua ao perímetro urbano já existente, haverá grande dispersão destes loteamentos. [...] Naturalmente, a indústria como o ponto dinâmico que guia a expansão urbana vai levar à valorização das terras ao redor, que vão passar a sofrer o assédio dos loteadores clandestinos. [...]. Houveram expansões da cidade, por loteamentos clandestinos, também para regiões onde não havia empresas, embora sejam minoritárias. Explica-se essas, por serem regiões de grande densificação populacional e essas terras terem valor especulativo alto, nas regiões próximas ao Esplanada, São Caetano e Nossa Senhora das Graças. Outras regiões foram ocupadas por que haviam terras públicas e acabaram sendo invadidas, como é o caso da região Santa Fé, Divinéia e Magnabosco (que era propriedade privada, mas estava sendo negociada com o poder público).

Torna-se oportuno observar o que retrata o caso concreto e, ainda, a composição da ação judicial que envolve o Município de Caxias do Sul e a Família Magnabosco. Por meio do desmembramento do caso, neste trabalho será analisado, portanto, o caso concreto e a observação do que se refere à responsabilidade civil do Estado, expressamente pela responsabilidade civil do Município no que se pretende à fiscalização das ocupações irregulares e, ainda, ao atendimento das demandas sociais dos invasores. O breve histórico que segue é retirado da Ação Rescisória<sup>88</sup> que integra a demanda.

Inicialmente, o Município de Caxias do Sul, no ímpeto de formalizar a implantação da Universidade do Nordeste, que hoje é denominada Universidade de Caxias do Sul, teve por oportuno declarar parte da área compreendida por propriedade da Família Magnabosco como área de interesse público, área esta, que pode ser melhor observada pelo destaque feito no *Mapa 3*<sup>89</sup>, a seguir:

**Imagem 4 – Mapa Central da Invasão**



Fonte: Prefeitura de Caxias do Sul.

Nesse sentido, a fim de que não fosse desapropriada a totalidade da área, os requeridos entraram em acordo com o então prefeito e formalizaram doação, com encargo, de parte da área, em 27/08/1966, tendo o Município assumido como contrapartida a obrigação de lotear e implementar as obras de urbanismo na área que remanesceria de titularidade dos requeridos, sob pena de ser compelido a indenizá-los.

<sup>88</sup> N° 4.406 - RS (2010/0019230-6) STJ.

<sup>89</sup> Disponibilização pelo site da Prefeitura de Caxias do Sul.

Consoante à obrigação que compreendia o Município de Caxias na ocasião da doação, esta não fora realizada pelo município, para tanto, os herdeiros do doador ajuizaram uma ação de arbitramento questionando a devida indenização prevista no instrumento de doação. Essa ação, por sua vez, tivera declarada sua improcedência, e ainda tendo o juízo prolator da decisão determinado a reversão integral do bem aos proprietários, então doadores. Ocorre que dado o momento da formalização da doação e o ajuizamento dessa ação indenizatória pelos herdeiros, o Município de Caxias do Sul teria por celebrar a doação dessa parcela de terras com a Universidade de Caxias do Sul que, por sua vez, munida do interesse de instalar-se em local adverso deste cedido pela entidade municipal, devolve a área ao Município no ano de 1982, haja vista resilição<sup>90</sup> acostada no processo.

No que se refere ao fato até então, percebe-se que a questão se agrava pelo fator tempo, no que tange aos entremeios das doações e resilições e retorno do imóvel aos herdeiros, haja vista transcorrem dezesseis anos de negociações. Com base nesse breve fato envolvendo a temporalidade da situação, tem-se a constatação do início das invasões de famílias em situação de vulnerabilidade com o interesse de habitar a área em questão, o que, para tanto, enseja a propositura de ação reivindicatória por parte da Família Magnabosco no ano de 1983, a qual o Município incorre como condenado ao pagamento de indenização que, por sua vez, teve valor real apurado em liquidação de sentença<sup>91</sup>.

Essa ação reivindicatória teve sua tramitação ativa durante o período de dez anos, porém, o que carrega dubiedade é o fato de que contou com laudo pericial e inspeção judicial, mas que havia sido extinta por imprecisão da individualização da área reivindicada; por sua vez, contando com essa decisão, os proprietários apelaram para segundo grau, obtendo a acórdão que cassava sentença, justificando que a fundamentação acerca das dúvidas consoantes às delimitações da área não bastavam para tanto. Sendo assim, retornados os autos processuais para o juízo de primeiro grau, determina-se a citação do município para integrar o polo passivo da lide. Acerca da imprecisão da área no que tange ao laudo pericial, pode-se perceber a dificuldade no que se figura em destaque no *Mapa 4*<sup>92</sup>, abaixo:

---

<sup>90</sup> A reivindicatória passa para o nº 010/1.05.0007299-2.

<sup>91</sup> Liquidação de sentença por arbitramento nº 010/1.09.0028569-1

<sup>92</sup> Disponibilização via satélite pelo Google Maps.

### Imagem 5 – Mapa Representativo da Invasão



Fonte: Google Maps.

Citado o Município e apresentadas suas razões de contestação, toma-se o rito processual e o juízo prola sentença julgando pela improcedência da ação, reconhecendo, portanto, a impossibilidade de se restituir a posse dos herdeiros, alegando razões de que aproximadamente cem famílias já estariam habitando o local com residências fixas. Com decisão em mãos, os proprietários apelam novamente para segundo grau, sendo esta desprovida por maioria<sup>93</sup>. Os proprietários, apelantes em segundo grau, interpõem embargos infringentes – momento este em que surge um fato inédito no processo – bem como o Ministério Público interpõe embargos infringentes<sup>94</sup>, sobrevindo decisão em acórdão, julgado por maioria, declarando a procedência da demanda para restituir o imóvel aos requeridos.

Posteriormente, os requerentes propuseram embargos de declaração acerca do acórdão no que tange aos parâmetros que balizam a indenização, para que fosse incluído um juro compensatório de 12% ao ano, assim, sobrevindo o acórdão que acolheu esse percentual para o laudo do efetivo pagamento. Outro fato que estranhamente se acusa nesse processo é o acolhimento de um novo embargo de declaração que declara a incidência desses juros desde o início da demanda, ou seja, do ajuizamento da ação, fazendo constar de competência do Município a obrigação de parte da ação quem sequer estava citado.

Dessa forma, observa-se o caso como de responsabilização do Estado, descentralizado à competência municipal, mas que detém alguns pontos de controvérsia pelo que fora analisado

<sup>93</sup> Recurso de apelação n° 00597163518.

<sup>94</sup> Embargos infringentes n° 70003749710.

anteriormente. Assim, observa-se a seguir, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça relativo ao tema.

## 4. A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste capítulo, será observada uma das decisões que mais geram conflitos, a qual detém argumentos suficientes para suprir a análise que é promovida na integralidade do trabalho. Para tanto, ainda se observa o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria retratada no trabalho.

### 4.1. ANÁLISE DE DECISÕES REFERETENS AO CASO MAGNABOSCO

Neste momento observar-se a decisão dos embargos infringentes<sup>95</sup> propostos pelo Ministério Público e pela família Magnabosco sobre o acórdão da apelação proferido na ação reivindicatória. A escolha pela análise desta decisão se dá com base nos argumentos utilizados pelos doutos Desembargadores, os quais traduzem em sua totalidade os pontos abordados até então, quais sejam: a responsabilidade do Estado – aqui representado pelo ente municipal – no que tange ao ato de fiscalização, a intenção de proporcionar a infraestrutura básica de acesso à cidade e, ainda, ao que representa a função social da propriedade.

A 3ª Turma do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, naquela ocasião, era composta pelos seguintes julgadores: Des. Cacildo de Andrade Xavier (Presidente), Des. Clarindo Favretto (Relator), Des. João Pedro Freire, Des. Antonio Guilherme Tanger Jardim (Revisor), Des. Leo Lima, Des. Marco Aurelio dos Santos Caminha, Des. Ana Maria Nedel Scalzilli, Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Dr. Ricardo da Silva Valdez (Proc. de Justiça).

Primeiramente observa-se, ao iniciar a análise, a produção de razões do Ministério Público; aqui, portanto, figurando como embargante, a entidade ministerial observar que é irrefutável o fato de que houve o esbulho sofrido pelos autores da demanda e que não se poderia abordar em tese a questão da função social da propriedade, haja vista o contrapeso com o direito à propriedade, ambos constitucionalmente protegidos. Ainda aduz que os posseiros – invasores – desde o início sabiam da clandestinidade ou, ainda, de sua ação lesiva ao direito de propriedade dos autores.

Nesse caso, destaca-se a questão da proporcionalidade que o Ministério Público questiona entre um direito (de propriedade) e um princípio (função social da propriedade). Há de se demonstrar certa razoabilidade no que tange ao interesse público a se estabelecer, não excluindo a observância de qualquer um dos institutos aqui resguardada no artigo 5º da

---

<sup>95</sup> Processo 70003749710

Constituição Federal de 1988, mas sim, observar o contrapeso destes para a tomada de uma decisão. Observa-se trecho do relatório em fls. 1.961 do processo judicial, no referido acórdão:

O Ministério Público, em suas razões recursais, aduz ser incontestável o esbulho sofrido pelos autores, não se podendo invocar a tese da maioria quando acena com a função social da propriedade, sob pena de afastar princípio basilar do direito de propriedade. Sustenta que os apelados sempre tiveram consciência de sua clandestinidade.

Ainda no relatório, observa-se pela manifestação dos proprietários que, ao haver o interesse público na utilização de qualquer bem de propriedade privada, deve ser promovida a devida desapropriação desse bem e a justa indenização pelo Poder Público em dinheiro. Destacam a importância de o Poder Judiciário manter a sua imparcialidade como regra basilar na tomada de decisões e que não observem com inclinação aos invasores no que tange ao fato concreto, aqui referindo-se à má fé dos invasores ao que pese sua ação de esbulhar sua propriedade. Observa-se trecho do relatório em fls. 1.961/1.962 do processo judicial:

Frente a isso, explicam que, havendo necessidade ou utilidade pública, é dado ao Poder Executivo, não ao Judiciário, proceder na sua desapropriação, mediante justa e prévia indenização em dinheiro. Alegam que não é o correto o entendimento de que o Poder Judiciário deve inclinar-se pelos invasores em detrimento aos proprietários, pois que tal entendimento afronta normas estatuídas no vigente Código Civil e na Constituição Federal, e que as decisões judiciais devem estar assentadas em elementos objetivos, extraídos da ordem jurídica.

Observa-se, para tanto, a partir de agora, o voto que declara o Des. Favretto, relator deste recurso, este que acolhe os embargos. Observa inicialmente que o mérito do recurso – perda da propriedade – biparte-se em duas posições: aquela que embora seja demonstrada a existência de um verdadeiro bairro não importa para a perda da propriedade dos embargantes, e a outra que o poder judiciário deveria inclinar-se a favor dos embargados, tendo em vista a consolidação habitacional destes e a luta pelos seus direitos sociais – aqui representados pela urbanização e a constituição de infraestrutura básica. É o que ressalta o Desembargador (TJ/RS, p. 6-7):

No mérito, duas posições marcantes e antagônicas são extraídas do acórdão embargado: a do voto vencido, para qual “*a existência fática de um bairro que foi construído pelos apelados, verdadeiros invasores que, a despeito de contarem com certa estrutura pública, tal não serve para cancelar a perda da propriedade por parte daquele que realmente é o proprietário*” (fl.1.380) e a do voto vencedor, para qual “*no acirrado conflito de valores entre os que desde muito abandonaram a propriedade, doando-a ao município em busca de vantagens pessoais (a doação, lembro, estava condicionada à realização de obras públicas em propriedades vizinhas também do domínio da família Magnabosco), e as milhares de pessoas que*

*habitam a gleba, que lutaram e continuaram lutando por sua urbanização, transformando-a com seu trabalho, impondo abertura de ruas, conquistando equipamentos urbanos (luz elétrica, telefones, templos religiosos, casas de comércio, fábricas), entendendo que o Poder judiciário deve se inclinar pelos últimos, de forma consentânea com os princípios fundamentais da constituição da República”.*

Na sequência, indica que a invasão, da forma coletiva que se operou por parte dos posseiros, somente obteve êxito em sua consolidação com a intervenção do Poder Público Municipal, o qual, retrata o relator, ocupou os espaços reservados. Ainda promove sequencialmente a análise de parte do relatório, que colaciona de uma inspeção judicial feita pelo juiz de primeiro grau, responsável pelo julgamento da demanda na época, que retrata a existência de um bairro com moradias decadentes, e que constata aqui a formalização da infraestrutura básica fornecida pelo município – qual seja iluminação, esgoto pluvial, rede de água e cobertura com cascalho nas vias. De forma infeliz, expressa que o arruamento já consta em mapa oficial da cidade – erroneamente, pois como observado em mapa neste desenvolvimento, não consta sequer o nome do bairro “1º de Maio” no sistema geracional da Administração Pública Municipal. Observa o Desembargador no acórdão do recurso (TJ/RS, p. 7-8):

*Com efeito, operada a invasão coletiva sobre o imóvel reivindicado, consolidou-a o Poder Público Municipal, ocupando seus espaços reservados. Na ata de Inspeção Judicial, realizada *in loco* pelo Dr. Paulo Felipe Becker, restou assim registrado, na parte que mais nos importa (fl.1.535) “Pelo Juiz foi dito que constatou a existência, no Bairro, de inúmeras moradias, de casebre paupérrimos, até de casas de alvenaria. [...] Constatou existência de iluminação pública, [...] esgotos simultaneamente pluviais e cloacais, [...] as residências são servidas de água, [...] também servidas de energia elétrica, [...] algumas ruas que cortam o bairro, dentro da área em conflito, têm denominação oficial e outra, inclusive alguns becos, não tem este caráter, sendo, entretanto, todas estas vias conservadas pelo poder público municipal, tendo o Juízo observado coberturas de praticamente todas com cascalho”.[...] O poder público municipal mantém e conserva as vias públicas, as ruas já têm nome e numeração, constando no mapa oficial da cidade [...] vale dizer que o poder público abraçou o assentamento.*

Ainda em seu voto, o Relator observa que houve uma associação irresistível do Poder Público com os réus e ainda suscita, por parte do Ente Municipal, que este promove uma desapropriação indireta<sup>96</sup>. Observa Zavaski<sup>97</sup>, em acórdão proferido, que a desapropriação

<sup>96</sup> Ao que tange à Desapropriação Sancionatória e Desapropriação indireta, observa-se o que ensina DI PIETRO (2014, p.167-192): A desapropriação por descumprimento da função social da propriedade urbana está disciplinada pela lei nº 10.257 de 10-7-01 (Estatuto da Cidade), que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal. [...] Como se verifica, trata-se de modalidade de desapropriação somente aplicável nos municípios que tenham plano diretor aprovado por lei; além disso, exige-se lei específica determinando o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; Desapropriação indireta é a que se processa sem observância do procedimento legal.

<sup>97</sup> Resp nº 442.774-SP (2002/0057146-5) STJ.

indireta tem finalidade “para dirimir conflitos concretos entre o direito de propriedade e o princípio da função social das propriedades, [...] a Administração ocupa propriedade privada, sem observância de prévio processo de desapropriação, para implantar obra ou serviço público”. Expressa o Relator (TJ/RS, p. 9):

Houve uma associação do Poder Público com os réus que injustamente ocuparam o imóvel dos autores, cujo domínio está comprovado pelo registro imobiliário (fls. 1.732 e 1.736 – Escrituras Públicas de Resilição de Doação). [...] Neste passo, fica bem chamar a doutrina do festejado mestre Hely Lopes Meirelles: “a ‘desapropriação indireta’ não passa de esbulho da propriedade particular [...]”.

Nesse norte, o relator dá continuidade ao seu voto, mas em tom errôneo quando discorre que o Poder Público se apossa da propriedade. Aqui à Administração Municipal não pode ser dada a culpa do apossamento da área reivindicada, haja vista a área corresponda ao loteamento irregular como um todo, o qual não é de disposição da Administração Pública, e não detém qualquer utilidade para a administração, seja de forma direta ou indireta; constitui, portanto, de exclusivo ânimo dos posseiros a intenção de ali residirem e ainda pleitearem, posteriormente à sua consolidação, os equipamentos públicos – aqui, em específico, o arruamento – proteção essa de que o Estado não pode se furtar. Discorre o relator (TJ/RS, p. 15):

No exame do caso presente, o Município de Caxias do Sul realizou o apossamento da área reivindicada e nela constituiu os equipamentos públicos necessários à vida urbana, como antes referido, e, logo, cumpriu com o dever de Estado na proteção de interesse social relevante, a que não se poderia furtar.

Assim sendo, observada a formação de um núcleo social de larga extensão e ainda comprovada a desapropriação indireta, mesmo que além da real expectativa, o Relator observa para que se converta a ação reivindicatória em ação indenizatória e, ainda, a condenação solidária do Município ao pagamento pelo preço do imóvel. Aqui novamente a culpabilidade do ente é estendida ao valor integral da invasão, elevando a prestação da infraestrutura básica promovida pelo Poder Público Municipal ao título de invasor e posseiro. Observa ao final de seu voto, o Relator (TJ/RS, p. 16):

E, frente à impossibilidade de ser realizada a restituição na espécie, converto a Ação Reivindicatória em Ação Indenizatória, para condenar o Município de Caxias do Sul solidariamente com os réus, no pagamento equivalente ao justo preço do imóvel reivindicado, que será apurado em liquidação de sentença, tendo como base o valor de mercado da terra nua, na data da liquidação, desconsiderados os equipamentos urbanos, devendo o montante encontrado ser corrigido pelos índices do IGP-M e acrescido de juros de mora legais, a partir da data do laudo até o efetivo pagamento.

Ao que segue, observa-se o voto do Des. Jardim (Revisor). Em seu voto, destaca uma posição muito importante para a análise promovida neste desenvolvimento. Retrata, em um primeiro momento, a análise de um despacho saneador no processo datado de 1996, o qual determina a citação do Município de Caxias do Sul como litisconsorte passivo, haja vista a ação teria apenas a intentar contra os posseiros na época, ora ocupantes dos terrenos. O despacho saneador aqui reflete, portanto, a necessidade de o Município integrar o polo passivo da demanda, pois o ente exerceria posse sobre porções do imóvel – aqui retratando, portanto, a questão da infraestrutura básica – sendo assim, inafastável a posse direta. Ainda no referido despacho, consta que, tão somente com a inclusão do Município no polo passivo, poderia haver a conversão em indenização por perdas e danos, haja vista a impossibilidade da restituição do bem. Observa-se o Desembargador (TJ/RS, p. 17/18):

No oitavo volume, às folhas 1.693 e 1.694, temos o despacho saneador do eminente magistrado, prolatado em 1996. Nesse despacho saneador é que ele decidiu mandar citar o município como litisconsorte passivo, porque a ação não fora proposta contra o Município, mas contra João Orildo Soares e outros, ou seja, os ocupantes do terreno. Diz o magistrado “[...] *Verifico com efeito a necessidade de que o Município de Caxias do Sul venha a integrar o polo passivo do feito. [...] “Favela Magnabosco”, quando começa a ser alvo de indiscriminadas ocupações, passou a se constituir num bairro da cidade, contando com ampla infraestrutura de serviços básicos, como iluminação pública, saneamento, e conservação de ruas, a ponto que, presentemente tem denominação como Bairro Primeiro de Maio. [...] Inafastável, assim, que o Município, seja pela existência dos logradouros que se caracterizam bens de uso comum do povo, seja pela implantação e manutenção de equipamentos e instalações como bens dominicais, exerce posse direta sobre parte do imóvel. [...]”*

Neste momento, com lucidez, o referido Desembargador, observa que o Município detém, sim, a posse de logradouros públicos no loteamento e que deve responder, para tanto, apenas para com a parcela de ressarcimento do bem que se refere aos logradouros, ainda se referindo como um problema processual. Como referiu-se anteriormente, não há fôlego para determinar a responsabilidade do Município sobre a totalidade da invasão, mas das áreas que correspondem a um fim público, o que caracteriza a intenção final do ato administrativo tomado para tanto, ou seja, contemplar o interesse coletivo, um fim público. Aduz o Des. Jardim (TJ/RS, p. 19):

O Município detém posse dos logradouros públicos e que, portanto, como detém a posse dos logradouros, deve responder por essa posse por não ter título. Então, deve figurar como litisconsorte passivo. [...] Aqui, temos o primeiro problema processual. Como o Município, que foi citado como possuidor de ruas, de logradouros públicos, agora poderá responder pela indenização dos terrenos? Parece-me que é impossível. Se o Município tiver de responder por indenização, será apenas das áreas por ele ocupadas, ou sejam, as ruas, os logradouros públicos.

Ressalta o Des. Jardim uma das questões mais pontuais do processo, o lapso temporal entre o momento em que se origina o problema – datado do ano de 1959 – e o ajuizamento da ação – datado do ano de 1983 –, destacando o período de mais de 20 anos de imbróglio entre proprietários, posseiros, Município e Universidade. Ainda retrata que a intervenção do Poder Público Municipal ocorre após a consolidação dos invasores e a formação do bairro, portanto, retirando a responsabilidade do Município sobre a ocupação dos lotes, mas tão somente pela intenção de cumprir com a necessidade dos posseiros que ali residiam sem qualquer infraestrutura pública. Refere-se, ainda, que o Município aqui age com vias de proporcionar saneabilidade à vida das pessoas, ou ainda preservando as condições mínimas de dignidade. Observa-se o acórdão do recurso (TJ/RS, p. 20):

Vamos ver a questão em si. Da tribuna, foi dito que o problema, o imbróglio iniciou em 1959, e que a ação foi ajuizada em 1983. Portanto, vinte e tanto anos antes da demanda judicial, muita água rolou envolvendo os proprietários, ocupantes, o próprio Município e a Universidade. Portanto, a causa da demora não compete somente ao Judiciário. O Município interveio no bairro depois que ele estava formado. Não se pode, legítima e razoavelmente, pensar que foi o Município quem entrou na terra, fez as ruas, para que os invasores lá se localizassem. Parece-me que é o óbvio e não precisa de maior argumentação. O movimento foi ao contrário: primeiro, as pessoas invadiram; depois, o Município foi abrir as ruas para atender as necessidades daquelas pessoas que viviam e precisavam da infraestrutura urbana. Não foi o Município quem invadiu os terrenos. O Município encontrou a situação já consolidada. O Município ocupou as vias públicas para poder oferecer saneabilidade à vida daquelas pessoas. Por essa razão não vejo como o Município possa ter que indenizar os terrenos ocupados por terceiros, por pessoas que não são representantes nem propostos do Município.

Neste momento, a Des<sup>a</sup>. Scalzilli solicita ao revisor para um esclarecimento; questiona se essa terra havia sido destinada à construção de uma Universidade – neste caso a Universidade de Caxias do Sul –; o Revisor confirma e precisa ao ano de 1959, então a Des<sup>a</sup>. Scalzilli revela que a devida desafetação já deveria ter sido promovida, haja vista não tenha se dado a destinação. Ainda o Des. Caminha comunica a mesa informação de demasiada relevância para a questão revelada; em 1981 o Município de Caxias do Sul já havia sido condenado a adimplir obrigação por danos sofridos pelos Embargantes, tendo em vista a revogação da doação por descumprimento de cláusula por parte do Ente Municipal – descumprimento aqui da condição que tinha, de urbanizar outro lote vizinho pertencente à família (pode-se observar essa cláusula até como espécie de vantagem indevida, tendo vista o lucro que a família haveria com a máquina pública). Nota-se o exposto no acórdão mencionado (TJ/RS, p. 20-21):

DES<sup>a</sup>. ANAMARIA NEDEL SCALZILLI – Se. Revisor, gostaria de um esclarecimento. O Dr. Valdez referiu que, inicialmente, essa parte da área de terra

teria sido destinada à construção de uma universidade. Foi em que ano? DES. ANTONIO GUILHERME TANGER JARDIM – foi em 1959. DES<sup>a</sup>. ANAMARIA NEDEL SCALZILLI – Então, foi naquele ano que iniciou o prazo para lhe dar a destinação. Como não se deu a destinação no tempo e modo devidos, era caso de providenciar na desafetação. DES. MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA – Apenas gostaria de trazer um elemento que está nos autos a respeito do conhecimento ou não do Município sobre o imbróglgio. [...] cópia da sentença de indenização promovida pela família Magnabosco contra o Município de Caxias do Sul: “Julgo procedente a demanda, para o efeito a reversão do imóvel caracterizado no vestibular, em prol dos autores doadores, constante...”. Então, já era sabido pelo Município. É a revogação da doação por descumprimento do Município da cláusula de doação. Voltou ao Município, e este foi condenado, já naquela época, em 1981, a ressarcir os autores pelos prejuízos sofridos. Isso foi confirmado pela 4ª Câmara Cível deste Tribunal.

O Des. Jardim ainda retrata que, por mais essa contribuição que houve no debate acerca do caso, o Município não haveria de ser condenado, haja vista já fora condenado a indenizar em ação adversa. Com a observação do caso sob a ótica do Des. Jardim, torna-se claro que o Município não é responsável pela invasão ou apossamento da gleba por inteiro, mas tão somente no que tange às vias públicas, e quanto a isso não restam dúvidas. Observa-se a narração do Des. Jardim em fls. (TJ/RS, p. 21-22):

Por mais essa razão, penso que o Município não pode ser condenado a indenizar pela segunda vez, se já foi condenado a indenizar. Acompanho o raciocínio do eminente Relator, mas com essa restrição. Não vejo como o Município de Caxias do Sul tenha que pagar esta conta, ou seja, indenizar os proprietários por uma invasão praticada por centenas de pessoas em relação às terras, aos terrenos dos proprietários. Quanto às vias públicas, não há dúvida nenhuma. Temos jurisprudência no sentido de que é possível. Cito o Resp nº 431.845 de São Paulo, Relator o Ministro Garcia Pinheiro [...] *“desapropriação indireta. Apossamento. Áreas de uso comum. Incorporação do domínio do Município. Indenização. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, independentemente do registro em cartório imobiliário, incorpora-se ao domínio do Município as áreas destinadas ao uso comum, sendo suficiente para aprovação do loteamento. [...] é indiscutível a obrigação da municipalidade de indenizar o proprietário”*.

Ao final de seu voto, o Revisor observa a questão de que o raciocínio aqui é que o Município deve, sim, pagar pelo arruamento, o que consta em uma desapropriação direta, e não indireta como assevera o relator; o Município não deve adimplir com a quitação acerca da invasão dos terrenos. A responsabilidade do Poder Público deve recair sobre o que consta como posse pública e não diferente. O Ente Municipal não promoveu a invasão, por isso a responsabilidade não recai em sua alçada. Expressa o Revisor (TJ/RS, p. 22-23):

Penso, em síntese, que o Município se apossou por meio de desapropriação direta das vias pública, dos logradouros públicos e, por isso, deve indenizar, já que evidentemente não é possível fazer com que essas áreas públicas revertam à propriedade e à posse dos antigos proprietários, por efeito da afetação. Trata-se, hoje, de bem público. Indiscutivelmente, portanto, o Município deve indenizar por estes

bens públicos dos quais se apossou. Não consigo acompanhar o raciocínio do eminente Relator até a parte final em que entende deva o Município indenizar a ocupação dos terrenos, porque penso que a responsabilidade não é do município, mas das pessoas que invadiram, e que a solução fica muito cômoda para os antigos proprietários se eles vierem a receber indenização do Município. Penso que os cofres públicos do Município de Caxias, os contribuintes de Caxias não têm o dever de suportar o custo dessa indenização.

Dada sequência aos votos, observa-se parte do voto do Des. Oliveira. Nesse caso, o referido desembargador observa o que o Des. Revisor aborda no sentido da responsabilização do Poder Público Municipal em somente o que o toca, ou seja, o arruamento, pois consiste em obra com finalidade pública. O Des. Oliveira ainda retrata que, no caso em tela, não se trata de uma invasão promovida pelo Poder Público, ou seja, não tem caráter de determinação por ato administrativo que determinasse a dita invasão, portanto, não restaria dúvidas de que o Município aqui somente operou com equipamentos públicos após a formalização da invasão no sentido de garantir a dignidade aos que ali residem, aí sim, responsabilidade do Ente municipal – motivo este que ensejaria a reparação por perdas e danos e a conversão da reivindicatória para indenizatória, mas consoante apenas ao arruamento, o que está pacífico neste entendimento. Observa-se trecho do voto do Des. Oliveira (TJ/RS, p. 24-26):

Como por exemplo, a hipótese de o poder público invadir uma área de terras e nela construir uma usina. Evidentemente, aí se tornaria impossível a reivindicatória, impõe-se a perda da propriedade, com conseqüente ressarcimento. Mas no caso dos autos, não foi isso que aconteceu, como o Des. Revisor ressaltou. Aqui, o imóvel foi invadido por milhares de pessoas, tendo o Poder Público intervindo *a posteriori* para dar os equipamentos. [...] tudo sopesado, do ponto de vista estritamente material, adotar a posição do eminente relator é, confesso, sedutor pela justiça que se pretende fazer. No caso concreto, acompanharia se pudesse, mas não posso. Fazer essa justiça implicaria, na verdade, grave afronta a direitos fundamentais garantidos na Constituição, como ressaltou o eminente Revisor, num julgado que poder ser, ali adiante, tornado nulo em eventual recurso especial ou extraordinário. Acompanho o eminente Revisor.

O Des. Freire acompanha o relator na integridade de seu voto. Não retrata qualquer novidade que já não tenho sido abordada até então; aborda em seu desenvolvimento a questão acerca de uma suposta desapropriação; corrobora para a ideia do relator de que o Município de Caxias do Sul aprovou a invasão, ora promovida pelos posseiros, e dessa forma proporcionou os equipamentos de ordem básicas para seu desenvolvimento. O Des. Lima, por sua vez, observando também não haver com o que agregar, apenas acompanha o relator. Observa-se os votos do Des. Freire e do Des. Lima (TJ/RS, p. 26-28):

Estou acompanhando o eminente Relator, essa providencial solução encontrada pelo eminente Des. Fravetto. [...]. Também não me impressiona e não prejudica a solução

encontrada pelo eminente Des. Favretto a questão de que não haveria possibilidade dessa solução em razão dos lotes ocupados pelos atuais ocupantes, porque então, aí, não haveria desapropriação. Entendo que também houve desapropriação, e isso inclui os terrenos ocupados. A Prefeitura encampou a gleba toda entregou, placitou a ocupação feita pelos invasores e, evidentemente, tratou de estabelecer a infraestrutura urbana necessária para que eles pudessem habitar aquele local. [...]. Uma vez que o município indiretamente desapropriou, uma vez que encampou ou placitou a invasão daquelas terras, tratou de oferecer infraestrutura urbana para os invasores, ele desapropriou e desapropriou tudo. [...] DES LEO LIMA – Acompanho o eminente Relator.

Quanto ao voto do Des. Caminha e da Des<sup>a</sup> Scalzilli, o primeiro, em específico, analisa e dá sua visão ao voto do Des. Jardim e do Des. Oliveira – contrários à imputação da responsabilidade total da invasão ao Município – inicialmente observando que o ato de propiciar a infraestrutura básica corroborou para facilitar a invasão, e ainda visualizando a aplicação do voto do relator como uma solução mais prática do caso, em busca de uma boa justiça, haja vista evitar uma nova demanda judicial. Já a segunda, adere ao Relator, observando os mesmos pontos ora mencionados, acrescentando o fato de que a indenização deverá ser promovida com base na terra nua, desconsiderando as benfeitorias. É o que ressalta o Desembargador o acórdão do recurso (TJ/RS, p. 28-31):

DES. MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA – [...]. Com relação ao voto do eminente Des. Jardim, respeito-o, é interessante, mas ficaria com adendos trazidos pelo Des. João Pedro, naquela ótica de que o arruamento, o asfaltamento, o saneamento básico e a eletrificação rural levaram à facilitação da ocupação. Quanto à preocupação do Des. Alvaro de Oliveira de que nós estaríamos confrontando a lei, assim não o vejo. Acho que estamos dando ao caso concreto uma solução prática em busca de uma boa justiça, evitando uma nova demanda jurídica, sabe-se lá se de mais vinte anos. Utiliza-se processo como um instrumento, em busca de uma aplicação de um direito, abrindo, muitas vezes, mão ao formalismo. DES.<sup>a</sup> ANA MARIA NEDEL SCALZILLI – [...] O município de Caxias compactuou com o apossamento da área reivindicada ao proceder ao arruamento e provendo os lotes com os serviços essenciais. Deixou, contudo, de indenizar o proprietário.

Por último, colaciona o voto o Des. Xavier, Presidente da turma. Com lucidez, observa acompanhar o voto já vencido do Des. Jardim e do Des. Oliveira. Retrata que ambos Desembargadores retrataram o caso corretamente e desenharam seus votos com clareza. Observa ainda que o Relator não observa dentro dos padrões corretos no que tange à indenização na íntegra pelo Município, pois assim ultrapassaria a realidade do que foi posto. Ao final, declara que, por maioria, acolhem os embargos infringentes. Observa-se o voto do Presidente (TJ/RS, p. 31-32):

Com vênias dos que votaram em sentido contrário, estou acompanhando o eminente Des. Jardim e o eminente Des. Alvaro de oliveira. Entendo que ambos traçaram

corretamente os problemas processuais desta ação. A meu juízo, a concessão de indenização na íntegra, conforme dito pelo eminente Relator, *data vênia*, ultrapassaria aquilo que na realidade foi posto, e não na inicial, mas o Dr. Juiz é que se flagrou e no saneador mandou que os autores promovessem a citação. [...] De sorte que acompanho os eminentes Desembargadores Jardim e Alvaro de Olivera, de Caxias do Sul. Embargos infringentes nº70003749710, de Caxias do Sul – “Por maioria, acolheram na íntegra os embargos infringentes, vencidos em parte o Revisto e os Des. Alvaro de Oliveira e Cacildo”.

Após a interposição dos embargos infringentes e sua decisão negativa, o Ente Municipal, por sua vez, propõe embargos de declaração<sup>98</sup>, demonstrando que se perpetua decisão contraditória entre o julgado e ação anteriormente ajuizada, a qual teve por fim o retorno do bem aos antigos herdeiros. Ainda retrata que sua inclusão no polo passivo da lide não parte de qualquer manifestação das partes, enfatizando que, no momento em que foi colacionado como parte do processo, veio por sofrer cerceamento em sua defesa, haja vista o processo encontrar-se em estágio avançado e, assim, não poder ter acesso a inúmeros atos processuais. Observa-se o referido recurso (TJ/RS, p. 3):

Alega que existe contradição entre o julgado e a proa dos autos, pois que o Município já havido sido condenado em ação anterior, ajuizada em 1981, a indenizar os aqui autores pelos prejuízos sofridos. Nesse ponto cita manifestação do eminente Des. Caminha. Aduz que em decorrência do acordo realizado naquela demanda, a área retornou ao patrimônio dos ora embargados. Diz que como o Município foi integrado à lide por determinação judicial e não por manifestação das partes, houve a violação dos artigos 47, 128 e 460 do Código de Processo Civil. Refere que teve sua defesa cerceada, já que adentrou na ação quando o processo se encontrava em estágio avançado, não participando de inúmeros atos processuais, e que a decisão não se encontra de acordo com a legislação, mas sim, buscou dar uma solução prática ao caso concreto.

No entanto, o relator e presidente da câmara recursal, Des. Clarindo Favretto, rejeita os embargos, constatando que o propósito do recurso foi nitidamente rediscutir a matéria e não corrigir omissão, contradição ou obscuridade, na decisão ora proferida – regra do recurso – o qual é acompanhado pelos demais Desembargadores presentes. Observa-se no mencionado recurso (TJ/RS p. 4-5):

Com efeito, os embargos de declaração mascaram o nítido propósito de rediscutir a matéria, demonstrando o seu inconformismo com o desiderato da ação. No entanto, a finalidade dos embargos de declaração é corrigir defeitos, seja por omissão, contradição ou obscuridade, os quais possam comprometer a utilidade do julgado. Ademais, ao contrário da regra geral dos recursos, não se opera o efeito devolutivo nos embargos de declaração, pois o mesmo órgão jurisdicional que examinou a decisão atacada irá apreciar os embargos, ficando, por isso, adstrito às hipóteses do art. 535 do CPC. [...] com efeito, não tem cabida a interposição dos embargos

---

<sup>98</sup> nº 70007077928.

declaratórios que visam reexame das questões já enfrentadas pelo aresto impugnado, nem se prestam para volver reestudos das matérias tratadas no julgado.

Ainda se percebe a proposição de um Recurso Especial<sup>99</sup>, sob relatoria do Min. Humberto Martins, por iniciativa do Município de Caxias do Sul elencando neste as mesmas lições ora abordadas nos recursos anteriormente observados, sendo este, da mesma forma negado, observa-se voto do referido Ministro (STJ, p.9-12):

Salienta o recorrente que o art. 47 da Carta Processual foi ofendido porque o Juiz, na decisão saneadora, não poderia incluí-lo no polo passivo, pois seria uma forma de julgamento *extra petita*. [...] No tocante à alegada violação dos arts. 128 e 460 da Carta Processual, não assiste razão ao recorrente, uma vez que a posse do objeto ou da coisa pelo Poder Público, implica na impossibilidade da restituição do bem, protegida pelo art. 524 do Código Civil de 1916. Compulsados os 10 (dez) volumes dos autos, extrai-se que o Município de Caxias do Sul-RS não só realizou o apossamento da área reivindicada como acolheu e permitiu a ocupação efetivada por invasores, concedendo total infraestrutura necessária à vida urbana. Diante dessa hipótese concreta em que se verifica a impossibilidade material de fazer reverter o imóvel ao domínio e posse de seus ex-proprietários, é imperioso admitir a convalidação da ação reivindicatória em indenizatória por perdas e danos, uma vez que o proprietário desapossado fica impossibilitado de reivindicar o próprio bem em função do *princípio da intangibilidade da obra pública*. Portanto, depois de aperfeiçoado o ato de desapropriação e assentamento da área pela população municipal, torna-se insuscetível de tutela jurisdicional a reivindicação esposada, devendo, por isso, ser a presente ação reivindicatória convertida em ação indenizatória por perdas e danos, com vista ao ressarcimento dos antigos proprietários, com todos os demais consectários financeiros, ante a impossibilidade de promover-se a reversão do bem assim expropriado a seu "status quo ante". [...] dessa forma, o entendimento adotado pelo Tribunal "a quo" encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, no sentido de que é possível se convolar a ação reivindicatória em indenizatória de perdas e danos. Pelo exposto, não demonstradas as violações arguidas pelo recorrente, nego provimento ao presente recurso especial.

Observa-se, portanto, que, por maioria de votos, o Município de Caxias do Sul detém a responsabilidade no que tange à totalidade da invasão. A maioria dos desembargadores aqui analisam o fato e entendem que o Município detém responsabilidade pela integralidade da invasão e entendem que, tendo participado com o dever de prestar a infraestrutura básica para preservar a dignidade humana dos invasores, faz com que seja o principal pilar para esta condenação. Os desembargadores que foram votos vencidos aduzem que ao Município apenas deveria recair a responsabilidade acerca das áreas públicas – aqui, em específico, o arruamento – haja vista a sua intervenção tenha sido após a consolidação do bairro, o que qualificaria, até por obviedade, a não participação ou organização da invasão. Nessa análise, esse desenvolvimento filia-se ao posicionamento dos votos que compreendem a minoria, haja vista a devida sobriedade na análise do caso concreto.

---

<sup>99</sup> n° 770.098 STJ

#### 4.2. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUA APLICABILIDADE NA COMPETÊNCIA MUNICIPAL

É visível, pela análise aplicada anteriormente, que há divergência no que se compreende, principalmente, por proporcionalidade no que tange à ação do Poder Público Municipal para com a sua atuação no caso da invasão na propriedade da Família Magnabosco. Necessário observar para tanto o que se compreende, por meio do caso concreto, aos tribunais recursais, aqui, portanto, observa-se os acórdãos 125.796 (Agravo em Recurso Especial), 635.021 (Agravo em Recurso Especial), 647.865 (Agravo em Recurso Especial), 19.196 (Medida Cautelar), 1.361.725 (Recurso Especial) E 1.714.472 (Recurso Especial), todos do Superior Tribunal de Justiça, que contemplam a matéria com a devida clareza.

Inicialmente, é devido caracterizar o papel do Município perante a situação concreta. O ato da fiscalização no que tange ao Município é verificada para que observe a formação de loteamentos irregulares, porém, não se pode confundir essa fiscalização – no sentido de averiguar situação já consolidada ou em andamento sobre área pública ou privada, e dar o devido fim público de acordo com a lei – com a fiscalização da propriedade privada, ou seja, aquela que está condicionada ao proprietário em dar à sua propriedade a devida função social. Não se pode aqui atribuir ao Poder Público o dever característico do “*animus domini*” que deve ser aplicado pelo proprietário do bem. Acerca da fiscalização, observa o Ministro Fernandes do Superior Tribunal de Justiça:<sup>100</sup>

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 647.865 - RS (2015/0018593-2). RELATOR: MINISTRO OG FERNANDES DECISÃO. O Tribunal de origem, soberano na análise das provas carreadas aos autos, assim se manifestou sobre a responsabilidade do município na regularização do condomínio em questão (e-STJ, fls. 483 e 486): Por outro lado, compete aos Municípios promover o ordenamento territorial através de planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, cabendo-lhe a política de desenvolvimento urbano, nos termos do que determinam os artigos 3 Observa o 0, VIII, e 182, ambos da Constituição Federal; e 40 da Lei nº 6.766/79. Há, portanto, a obrigação da municipalidade de fiscalizar a existência de loteamentos irregulares, visando regularizá-los, sob pena de, não o fazendo, em ato omissivo, ser responsabilizada pela sua omissão, circunstância que assenta a responsabilidade passiva do Município. [...] pacificada nesta Corte a orientação de que o Município tem o poder-dever de agir para fiscalizar e regularizar loteamento irregular, pois é o responsável pelo parcelamento, uso e ocupação do solo urbano, atividade essa que é vinculada, e não discricionária. Nesse sentido: PROCESSUAL CIVIL. LOTEAMENTO. MUNICÍPIO. PODER-DEVER. LEGITIMIDADE. 1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que o Município tem o poder-dever de agir para fiscalizar e regularizar loteamento irregular, pois é o responsável pelo parcelamento, uso e ocupação do solo urbano, atividade essa que é vinculada. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL.

---

<sup>100</sup> Agravo em recurso especial nº 647.865 - RS (2015/0018593-2)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO IRREGULAR. MUNICÍPIO. PODER-DEVER. LEGITIMIDADE PASSIVA. ARTS. 30, VIII, DA CF, E 40 DA LEI 6.766/79. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO. 1. [...] 3. É pacífico o entendimento desta Corte Superior de que o Município tem o poder-dever de agir para fiscalizar e regularizar loteamento irregular, pois é o responsável pelo parcelamento, uso e ocupação do solo urbano, atividade essa que é vinculada, e não discricionária.

Nesse sentido, compreendendo que quando há de forma fática o interesse social formado, observada e resguardada aos posseiros, portanto, a função social e sua destinação à porção de terras, ao município recai a obrigação de fazer, ou seja, deve existir a ação efetiva no que tange a obras de infraestrutura e ali aplicar seu poder de polícia no sentido de fiscalizar a viabilidade e acessibilidade no que compete à lei, haja vista estar se tratando de atividade vinculada e não discricionária, sob pena de cair em omissão. Observa, nesse sentido, o Ministro Mauro Campbell Marques Superior Tribunal de Justiça<sup>101</sup>:

MEDIDA CAUTELAR Nº 19.196 - SP (2012/0074400-9). RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. INDISPONIBILIDADE DE ÁREA. ESCASSA PROBABILIDADE DE ÊXITO DA PRETENSÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE *FUMUS BONI IURIS*. INDEFERIMENTO DA LIMINAR. [...]. Como é sabido, o Poder Público tem o poder-dever de substituir o parcelador inadimplente na execução de obras de infraestrutura ou na formalização e regularização dos loteamentos e, em decorrência, sub-rogar-se em seus direitos. Tem o poder, porque lhe compete fiscalizar e coordenar a urbanização. Tem o dever, porque ao aprovar o loteamento, tornou-se responsável perante toda a coletividade. Ora, irregular como está, o loteamento não pode permanecer, pelo que imperiosa sua regularização, devendo a Municipalidade fazê-lo por si mesma ou em conjunto com o loteador, ou compelir este último a tanto. O que não se pode admitir é que tal encargo seja transferido aos adquirentes. [...] RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REGULARIZAÇÃO DO SOLO URBANO. LOTEAMENTO. ART. 40 DA LEI N. 6.766/79. MUNICÍPIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. Nos termos da Constituição Federal, em seu artigo 30, inciso VIII, compete aos Municípios "promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano". Cumpre, pois, ao Município regularizar o parcelamento, as edificações, o uso e a ocupação do solo, sendo pacífico nesta Corte o entendimento segundo o qual essa competência é vinculada. Destarte, "se o Município se omite no dever de controlar loteamentos e parcelamentos de terras, o Poder Judiciário pode compeli-lo ao cumprimento de tal dever".

Na observância da Lei 6.766/79, o Município detém caráter solidário com o loteador em caso deste não adimplir com o que é previsto em lei para com o loteamento. Aqui, em se tratando de loteamento irregular, não há pessoa do loteador para que o Município venha figurar como parte solidária, portanto, assume a responsabilidade tendo em vista o dever de proporcionar a infraestrutura básica, mas aqui observando os direitos sociais – haja vista o

<sup>101</sup> Medida cautelar nº 19.196 - SP (2012/0074400-9).

direito à moradia e de acesso à cidade – trazendo em seu bojo a possibilidade de, em ação indenizatória, reaver ao proprietário a sua perda. Lembra-se que, para tanto, esse proprietário deveria estar cumprindo com a destinação social do bem, pois do contrário, não haveria o que restituir. Caso o Poder Público não exerça a sua função nesse sentido, o Poder Judiciário pode compeli-lo à cumprir. Observa o Ministro Mauro Campbell Marques do Superior Tribunal de Justiça:<sup>102</sup>

RECURSO ESPECIAL Nº 1.714.472 - SP (2017/0222164-0). RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES. DECISÃO. No que tange à controvérsia que é objeto do presente recurso especial, o entendimento atual e dominante desta Corte é no sentido de que "o Município responde solidariamente pela regularização do loteamento". [...] Acrescenta-se que, embora solidária, a responsabilidade do ente municipal é de natureza mediata, ou seja, o Município deve agir nas hipóteses de omissão do agente loteador. [...] PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO. LEGITIMIDADE ATIVA. LOTEAMENTOS IRREGULARES. RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...] "Desta forma, é dever do Município regularizar o parcelamento, as edificações, a ocupação e o uso do solo. Sendo assim, não poderá a Municipalidade ajuizar ações civis públicas para compelir as construtoras a regularizar loteamentos irregulares, pois tal ente é tão responsável quanto às rés na efetivação do mandamento constitucional." [...] 4. A jurisprudência do STJ é firme no sentido "de que o Município tem o poder-dever de agir para fiscalizar e regularizar loteamento irregular, pois é o responsável pelo parcelamento, uso e ocupação do solo urbano, atividade essa que é vinculada, e não discricionária." [...]. Esclareça-se que a responsabilidade civil do Município é solidária com o loteador, mas é de execução mediata, ou seja, só deverá pagar ou regularizar caso o loteador não possa fazê-lo. [...]. Não resta dúvida, portanto, de que o Município é responsável por fiscalizar o uso e ocupação do solo, devendo figurar no polo passivo de ação que busca a regularização de loteamento clandestino. [...] A responsabilidade pela regularização do loteamento é, em princípio, dos loteadores, passando a ser do ente público apenas e tão-somente na impossibilidade ou no não agir daqueles. [...]. Conforme se viu, o acórdão recorrido firmou orientação no mesmo sentido da jurisprudência deste Sodalício, no sentido de que "o Município somente passa a ser responsável se o loteador não efetivar as despesas decorrentes da regularização, que inclui, por evidente, não apenas o registro, mas também as obras básicas de infraestrutura e saneamento". Cumpre então analisar os fundamentos que foram utilizados para impor a responsabilidade ao ente municipal (e-STJ fl. 798): Entretanto, no caso concreto, tem-se que o loteamento foi implantado há mais de dez anos, não tendo a Municipalidade atuado de maneira efetiva no sentido de coibir o loteamento irregular, o qual permanece instalado sem obras de infraestrutura. Deve, portanto, o ente público executá-las.

Assim sendo, não se pode compreender por parte do Ente Municipal qualquer tipo de inércia no sentido de cumprir com sua responsabilidade. O Município detém o poder-dever para agir, fiscalizando ou atuando com as demais ferramentas de que dispuser – como exemplo, a aplicação de infraestrutura e aparelhamento urbano – para que haja regularidade dentro dos parâmetros que o plano diretor visar no que expressa como quesitos técnicos para a cidade. Destaca-se que, para tanto, não necessita de ordem judicial, ou qualquer determinação nesse

---

<sup>102</sup> Recurso especial nº 1.714.472 - SP (2017/0222164-0).

sentido, pois dispõe de autotutela para tanto. Discorre a Ministra Regina Helena Costa do Superior Tribunal de Justiça<sup>103</sup>:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 635.021 - MG (2014/0334152-0). RELATORA: MINISTRA REGINA HELENA COSTA. DECISÃO. [...] *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é maciça pela legitimidade passiva da Municipalidade no presente caso. Assim, na hipótese de inércia dos Loteadores, é dever do Município zelar pela regularização de loteamentos urbanos, ressaltando-se seu direito de regresso em face daqueles.* [...]. No caso, verifico que o acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual é dever do município fiscalizar os loteamentos, desde a aprovação até a execução de obras, e que o art. 40 da Lei n. 6.766/79 determina a responsabilidade solidária pela inexecução das obras de infraestrutura. Nesse sentido: *PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO IRREGULAR. MUNICÍPIO. PODER-DEVER. LEGITIMIDADE PASSIVA. ARTS. 30, VIII, DA CF, E 40 DA LEI 6.766/79. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO.* [...] 3. *É pacífico o entendimento desta Corte Superior de que o Município tem o poder-dever de agir para fiscalizar e regularizar loteamento irregular, pois é o responsável pelo parcelamento, uso e ocupação do solo urbano, atividade essa que é vinculada, e não discricionária. RECURSO ESPECIAL. DIREITO URBANÍSTICO. LOTEAMENTO IRREGULAR. MUNICÍPIO. PODER-DEVER DE REGULARIZAÇÃO. 1. O art. 40 da lei 6.766/79 deve ser aplicado e interpretado à luz da Constituição Federal e da Carta Estadual. 2. A Municipalidade tem o dever e não a faculdade de regularizar o uso, no parcelamento e na ocupação do solo, para assegurar o respeito aos padrões urbanísticos e o bem-estar da população. 3. As administrações municipais possuem mecanismos de autotutela, podendo obstar a implantação imoderada de loteamentos clandestinos e irregulares, sem necessitarem recorrer a ordens judiciais para coibir os abusos decorrentes da especulação imobiliária por todo o País, encerrando uma verdadeira contraditio in terminis a Municipalidade opor-se a regularizar situações de fato já consolidadas. 4.(...). 5. O Município tem o poder-dever de agir para que o loteamento urbano irregular passe a atender o regulamento específico para a sua constituição.*

Tendo em vista a parte da responsabilidade que envolve o poder de polícia e a competência do deve-poder do Poder Público Municipal, passa-se a observar o que concerne à dignidade da pessoa humana e ao princípio de igualdade. Nota-se que, para o Poder Público Municipal poder exercer o dever de proporcionar os mecanismos necessários de desenvolvimento para os que carecem destes, deve existir um desequilíbrio nas condições que compreendem a área de terras em questão e seus habitantes; aqui referindo-se em específico às questões de saneamento básico, energia elétrica, acesso à água potável, entre outros que qualificariam a área como carente para desenvolvimento dos que ali sobrevivem. Portanto, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade – aqui, de forma prática, como exemplo, em observância aos que habitam as regiões centrais da cidade – o Município deve intervir, por meio de sua autotutela, para suprir essas necessidades e proporcionar o devido

<sup>103</sup> Agravo em recurso especial nº 635.021 - MG (2014/0334152-0)

bem-estar social para estes. Observa o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho de Superior Tribunal de Justiça<sup>104</sup>:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 125.796 - RS (2011/0293540-3)  
RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. DECISÃO. II- *Lei 6.766/79 exige a implementação de pressupostos mínimos, não havendo qualquer empecilho para que o Poder Público faça outras exigências, tudo visando atingir o desiderato de função social da propriedade e o respeito ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1o., III, da Constituição Federal de 1988). [...] 9. Constatase da leitura do acórdão recorrido, que a Corte de origem julgou a lide em consonância com a jurisprudência deste STJ segundo o qual, independente se na modalidade loteamento ou desmembramento, para o parcelamento do solo urbano são necessários diversos requisitos mínimos, priorizando o interesse social e a dignidade da pessoa humana, a ser cumprido, em princípio, pelo loteador. [...] PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. LOTEAMENTO. OBRAS DE INFRAESTRUTURA. EXEGESE DO ART. 4o. DA LEI N. 6.766/79. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. 1. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o Município tem o poder-dever de agir para fiscalizar e regularizar loteamento irregular, pois é o responsável pelo parcelamento, uso e ocupação do solo urbano, atividade essa que é vinculada." [...] 2. Todavia, o art. 40 da Lei n. 6.766/1979 concede ao município o direito e não a obrigação de realização de obras de infraestruturas em loteamento, o que revela uma faculdade do ente federativo, sob o critério de conveniência e oportunidade.*

Nesse norte, entende-se direito à moradia como asilo inviolável, assim como regra a Constituição Federal de 1988; o direito de usufruir de condições que propiciem uma moradia adequada é uma questão que vai além das barreiras constitucionais, elevando-se a um Direito Humano<sup>105</sup>, tendo em vista que todo o sujeito é carente de uma moradia e esta serve de vetor balizador para que se constate se é exercida a devida dignidade pelo mesmo. Para tanto, concomitante à moradia, observa-se alguns conceitos que, por consequência, a tornam digna, sejam estes: a infraestrutura básica, saneamento básico, localização que permita acesso a outras carências inerentes à vida – como transporte, emprego, saúde, educação e segurança. Nesse sentido, fica evidente que o direito à moradia, que é reconhecido como um direito social e, portanto, ao Estado cabe assegurá-lo ao cidadão. Ensina o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho de Superior Tribunal de Justiça: <sup>106</sup>

RECURSO ESPECIAL Nº 1.361.725 - MG (2013/0003721-9). RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. DECISÃO. [...] *O direito à moradia adequada está presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no*

<sup>104</sup> Agravo em recurso especial nº 125.796 - RS (2011/0293540-3)

<sup>105</sup> Decreto nº 591/1992. Art. 11, 1. 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

<sup>106</sup> Recurso especial nº 1.361.725 - MG (2013/0003721-9).

*art. XXV. Além deste, o art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contém o principal fundamento do reconhecimento do direito à moradia como direito humano. NELSON SAULE JÚNIOR escreve, in "Direito Urbanístico: Estudos Brasileiro e Internacional", Ed. Del Rey, p. 217: A moradia, como uma necessidade de toda pessoa humana, é um parâmetro para identificar quando as pessoas vivem com dignidade e têm um padrão de vida adequado. O direito de toda pessoa humana a um padrão de vida adequado somente será plenamente satisfeito com a satisfação do direito a uma moradia adequada. O citado autor enumera os componentes do direito à moradia listados no Comentário Geral 04 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, quais sejam, a segurança jurídica da posse, que garanta a incoerência de despejos forçados; a disponibilidade dos serviços, materiais, benefícios e infraestrutura; os gastos suportáveis, para que os custos da moradia não tragam prejuízos a outras necessidades essenciais; a habitabilidade, que se traduz no espaço apropriado, na proteção a condições climáticas adversas e sanitárias; a acessibilidade para a aquisição da moradia; a localização, que deve permitir o acesso às opções de emprego, transporte, serviços de saúde, educação e outros serviços públicos essenciais. A inclusão do direito à moradia como direito social observa os tratados internacionais ratificados pelo Brasil e passa a tratar o referido direito como o centro do direito a cidades sustentáveis. Outrossim, a Constituição da República de 1988 trouxe desde sua promulgação o capítulo relativo à Política Urbana. Entretanto, eles foram suficientes para reacender os debates sobre a reforma urbana e os instrumentos que poderiam ser usados para efetivá-la.*

O julgado em tela reflete exatamente o que representa uma visão contemporânea no que tange à aplicabilidade da lei ao fato concreto. Não há possibilidade, na sociedade pós-moderna, de se argumentar leis e teorias que não contemplem uma visão proporcionalmente solidária buscando a igualdade. Não há possibilidade de resguardar o direito à propriedade como intocável ou absoluto se este não está revestido de sua função social em plena concordância com o que representa. Segue o referido julgado:

*[...]. No caso dos autos, verifica-se que o autor, ora apelante, adquiriu mediante contrato particular de compra e venda (fl. 11), imóvel urbano localizado na Rua Amilton Guarçoni Baêso, nº 03, Distrito de Pirapanema, Muriaé - MG, com a finalidade de construir sua residência. Ocorre que, ao solicitar o fornecimento de água, teve como resposta um orçamento com valor exorbitante. O DEMSUR - Departamento Municipal de Saneamento Urbano, ora apelado, em sua peça contestatória. Alegou que o terreno adquirido pelo apelante encontra-se situado em um loteamento clandestino, sendo o provável loteador o Sr. Alexandre Guarçoni Baêso, que realizou o prolongamento da Rua Amilton Guarçoni Baêso, de modo que o logradouro passasse a percorrer área da propriedade denominada "Fazenda da Serra", entretanto, sem dotá-lo das obras de infraestrutura básica (água e drenagem pluvial, executando a seguir, a divisão do solo e, lotes, para posterior venda a terceiros interessados Por sua vez, a Secretária Municipal de Atividades Urbanas - Setor de Fiscalização de Obras, em atenção ao Ofício de nº 65/JSP3VC/10 prestou as seguintes informações: (...) revendo os arquivos existentes (...), não foi encontrado aprovação de projeto para o loteamento executado no "prolongamento da Rua Amilton Guarçoni Baêso, nos Distrito de Pirapanema, Muriaé - MG. Esclareço que o logradouro público acima referido possui termino na porteira de acesso à propriedade denominada "Fazenda da Serra". Conforme vistoria realizada no local, constatamos que a Rua Amilton Guarçoni Baêso foi prolongada para dentro da propriedade denominada "Fazenda da Serra", e abertos diversos lotes, no entanto, a via pública (parte prolongada) não possui redes de água potável, esgotamento sanitário e drenagem pluvial, além de não seguir as medidas mínimas*

*de largura exigidas pela legislação municipal. Por fim, ressalto que o lote adquirido pelo autor da ação, Sr. Hideraldo Sebastião de Mendonça, situa-se bem a montante da porteira de acesso à propriedade denominada "Fazenda da Serra", onde não existe qualquer obra de infraestrutura básica (água, esgoto e pluvial) (fls. 134-135). No entanto, observa-se que o imóvel vizinho situado na mesma rua do imóvel do autor, ora apelante, é abastecido pelo DEMSUR - Departamento Municipal de Saneamento Urbano (doc. fl. 21). Diante disso, conclui-se que a negação por parte do DEMSUR - Departamento Municipal de Saneamento Urbano em fornecer água e coletar o esgoto pela situação de irregularidade do imóvel do autor, ora apelante, configura uma discriminação que não atende o princípio da igualdade. Superado esse ponto, tem-se que a Constituição da República de 1988 também atribuiu ao Município, o dever de promover melhores condições habitacionais e de saneamento básico, in verbis. Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.*

Assim sendo, a propriedade retratada no sentido contemporâneo não mais significa o direito absoluto; a propriedade está intrinsecamente ligada a sua destinação, ou seja, ao fim de que seu titular terá por intenção dotá-la. Deve-se lembrar que o particular, nesse caso, não detém mais, portanto, a lei em exclusivo à seu lado – aqui observa-se a atuação do princípio da dignidade humana, cominado ao princípio da igualdade, quando um terceiro vier a possuir determinada porção de terras de propriedade de outrem e lhe der a devida função social, observados os parâmetros da lei, seja esta a lei de parcelamento do solo, estatuto da terra, estatuto das cidades, mas acima de todos, a Constituição Federal de 1988. Observa-se o que expressa o Ministro Luis Felipe Salomão do Superior Tribunal de Justiça:<sup>107</sup>

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC/1973 E 561 DO NOVO CPC. REALIDADE FÁTICA DO IMÓVEL MODIFICADA. IMÓVEL QUE SE TRANSFORMOU EM BAIRRO URBANO POPULOSO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA NOVA REALIDADE NA SOLUÇÃO DA CONTENDA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA POSSE. DIREITO À MORADIA E MÍNIMO EXISTENCIAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PONDERAÇÃO DE VALORES. NEGATIVA DA REINTEGRAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PRESTAÇÃO ORIGINÁRIA EM ALTERNATIVA. ART. 461-A DO CPC/1973. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. "Havendo no acórdão declaração expressa quanto aos fatos e fundamentos que embasaram suas conclusões, não há como vislumbrar-se ofensa aos arts. 458 e 535, CPC, por negar-se o colegiado, em embargos declaratórios, a explicitar as razões pelas quais preferiu apoiar-se em certas provas, em detrimento de outras. O princípio do livre convencimento motivado é um dos postulados do nosso sistema processual". (Resp. 50936/SP, DJ 19/09/94). 2. O art. 927 do CPC/1973, reproduzido no art. 561 do novo diploma, previa competir ao autor da ação possessória de reintegração a comprovação dos seguintes requisitos: a posse; a turbação ou esbulho pela parte ré; a data da turbação ou do esbulho e a perda da posse. 3. Ainda que verificados os requisitos dispostos no item antecedente, o julgador, diante do caso concreto, não poderá se furtar da análise de todas as implicações a que estará sujeita a realidade, na subsunção insensível da norma. É que a evolução do direito não permite mais

<sup>107</sup> Resp 1302736 / MG 2011/0230859-5.

conceber a proteção do direito à propriedade e posse no interesse exclusivo do particular, uma vez que os princípios da dignidade humana e da função social esperam proteção mais efetiva. 4. O Supremo Tribunal Federal orienta que, tendo em vista a impossibilidade de haver antinomia entre normas constitucionais, sem a exclusão de quaisquer dos direitos em causa, deve prevalecer, no caso concreto, o valor que se apresenta consentâneo com uma solução razoável e prudente, expandindo-se o raio de ação do direito prevalente, mantendo-se, contudo, o núcleo essencial do outro. Para esse desiderato, recomenda-se a aplicação de três máximas norteadoras da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. 5. No caso dos autos, o imóvel originalmente reivindicado, na verdade, não existe mais. O bairro hoje, no lugar do terreno antes objeto de comodato, tem vida própria, dotado de infraestrutura urbana, onde serviços são prestados, levando-se à conclusão de que o cumprimento da ordem judicial de reintegração na posse, com satisfação do interesse da empresa de empreendimentos imobiliários, será à custa de graves danos à esfera privada de muitas famílias que há anos construíram suas vidas naquela localidade, fazendo dela uma comunidade, irmanada por idêntica herança cultural e histórica, razão pela qual não é adequada a ordem de reintegração. 6. Recurso especial a que se nega provimento. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO.

Dessa forma, observado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pode-se afirmar que é defeso ao Município observar a aplicação dos direitos sociais, regrando-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, conjuntamente ao princípio da igualdade e proporcionalidade com base na lei, tendo em vista que ao proprietário do bem incumbe dar a devida finalidade social, sob pena de ser questionado por outrem ou, ainda, esse bem sofrer esbulho e ter sua devida função social adimplida por um terceiro. Cabe a fiscalização do Poder Público Municipal, havendo esse de corroborar para com a estrutura pública necessária para que se faça desenvolver a sociedade de forma equilibrada, igualitária, sem distinção de classes, para que todos os que habitam seu seio tenham o devido direito de acesso à cidade.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente retrata-se a Responsabilidade Civil do Estado sob uma ótica ampliada no que diz respeito às suas teorias, no plano internacional e nas Constituições brasileiras, filiando-se à responsabilidade civil objetiva integral, haja vista retratar matéria de caráter ambiental – formação de cidades, meio ambiente artificial – em específico no que tange à responsabilidade por fiscalização de áreas invadidas pelo Estado, bem com o cumprimento das demandas sociais dos invasores.

A visão central do desenvolvimento engloba a questão social e o cumprimento da responsabilidade do Estado para com essa, ao passo que se observa a fiscalização de competência estatal como derivada do interesse público que reveste o bem público ou, ainda, ato administrativo que venha resultar em ônus a terceiro. Presta-se para tanto, por meio de indenização, a devida reparação ao sujeito. Como contraponto, nesse sentido, elenca-se a função social da propriedade como ânimo fiscalizatório privado, seja qual, o proprietário do bem deva exercer para com a sua propriedade para que esta tenha fruição eficaz no bojo da sociedade. A diferenciação de competências fica clara no sentido de quem deve ou não fiscalizar a propriedade que lhe compete.

No sentido do cumprimento dos direitos sociais dos invasores, é retratado o caso Magnabosco em Caxias do Sul como exemplo de responsabilização de caráter municipal, o qual demonstra a ação do Município no amparo dos que habitam a área invadida, assim conservando o direito de acesso à cidade, o mínimo existencial e o princípio da dignidade da pessoa.

A matéria observada no caso, além da análise da posse de terceiros sobre o bem, em *strictu sensu*, é a posição do Município em dois âmbitos: omissão de poder de polícia, no que tange à fiscalização; proporcionar infraestrutura básica aos posseiros, nesse caso representado pelo arruamento, saneamento, iluminação e acesso à água. Observada a resenha sobre o fato, constata-se um imbróglio acerca do bem, em que se tem a declaração de interesse público sobre o bem com a intenção de promover a construção da Universidade de Caxias do Sul, a doação do bem por parte do proprietário ao Município com encargos; o desinteresse da Universidade no local e a dissolução da doação com o retorno do bem aos antigos proprietários. Estes constatam a invasão de suas terras e, assim, se dá início às demandas judiciais.

Observa-se que não há, nesse período de tempo, a comprovação processual de que o bem em questão era de responsabilidade do Município ou já estaria com os antigos proprietários no início das invasões; que não há coerência em responsabilizar o Município a fiscalizar algo que não lhe compete, no caso, propriedade privada. Subentende-se que há uma severa carga

política de interesses no caso, porém, sem a devida comprovação do fato político, não há o que se ponderar acerca, haja vista adentrar em uma região de nebulosa controvérsia e subjetivação opinativa, sendo assim, descarta-se essa seara da análise num todo. Deve-se observar a conduta do proprietário do bem ao seu *animus domini*, ou seja, o dever de cumprir com a destinação do bem para sua função social, pois este ensejará ou não a justa posse dos terceiros.

Ao Município compete fiscalizar a propriedade pública e não fazer vezes de zelador de terras privadas. Observa-se acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; filia-se aqui ao que ressalta o Des. Antonio Jardim, o qual observa que o Município promove a ação de aplicar infraestrutura básica aos posseiros somente após sua consolidação, portanto, retirando a responsabilidade do Município sobre a ocupação dos lotes, ou seja, excluindo a culpabilidade para arcar com a indenização total do bem, mas tão somente do “arruamento” como cita, ainda que para o cumprimento do dever legal de dar dignidade aos que ali residem.

Analisa-se julgados do Superior Tribunal de Justiça e, dentre estes, destaca-se o Min. Napoleão Filho, que retrata o direito à moradia na Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo essa uma necessidade de todos, e que somente assim pode-se identificar a dignidade da pessoa humana. Não há como retroceder, não há como renegar, apenas cumprir com o dever de proporcionar o acesso ao emprego, transporte, acessibilidade e moradia digna. Afirma-se, portanto, que o Município não atua com omissão; atuaria no caso de não promover a devida assistência aos que ali residiam em possíveis condições de miserabilidade.

O Município cumpre com o que observa o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade. A sua ação comprova o nexo de causalidade para que se perfaça a responsabilidade objetiva pelo arruamento, forma-se, portanto, uma relação que comporta o risco administrativo. Mas não deve responder o Município pela totalidade da invasão, haja vista o nexo causal, o ato administrativo, o qual não visa lotear o bem de propriedade privada, apenas proporcionar infraestrutura aos posseiros já consolidados no local.

Dessa forma, observados todos os requisitos apontados, é consistente a ideia, no que toca à competência de fiscalizar e o dever de cumprir com as demandas sociais dos invasores, de que o Estado, ainda que descentralizado, operando em interesses locais, é inteiramente responsável, respeitados os seus limites ao cumprimento das intenções ora apontadas. Não se deve exercer arbitrariedade – omissão, em específico – ao ponto de que o Poder Judiciário possa vir a compeli-lo ao cumprimento de seus deveres. A falta de um estatuto que elenca a responsabilidade civil do Estado, assim como se percebe na jurisdição Portuguesa – Lei 67/2007 –, é fator determinante para com a inércia estatal que muitas vezes persevera aos quatro cantos do Brasil, haja vista falta de interesse de cunho político na resolução de problemas somado ao

fato de que, na pós-modernidade do Brasil, as demandas de urgência que a sociedade clama são de tão alto grau que é praticamente impraticável abarcá-las. Como tanto se fala, o Direito sempre evoluirá *à posteriori* ao fato social, nunca *à priori*.

## REFERÊNCIAS

Agravo em Recurso Especial nº 125796 – Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=125796&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>> Acesso em 16 de março de 2018.

Agravo em Recurso Especial nº 635021 – Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=635021&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>> Acesso em 16 de março de 2018.

Agravo em Recurso Especial nº 647865 – Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=647865&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>> Acesso em 16 de março de 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

Arquivo Público de Caxias do Sul. Disponível em <[http://arquivomunicipal.caxias.rs.gov.br/uploads/r/unidade-arquivo-publico/4/9/9/7/9972627e1b44df956de97303f1653dfd5917b7a5edb50e96e91e65a427279c67/b\\_rs\\_apmcs\\_pm\\_04\\_02\\_09\\_01\\_02\\_1954\\_1.jpg](http://arquivomunicipal.caxias.rs.gov.br/uploads/r/unidade-arquivo-publico/4/9/9/7/9972627e1b44df956de97303f1653dfd5917b7a5edb50e96e91e65a427279c67/b_rs_apmcs_pm_04_02_09_01_02_1954_1.jpg)> Acesso em 06 de julho de 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BALDO, Iumar Junior. **Direito à cidade: uma possibilidade real a partir do acesso à moradia digna e sua função socioambiental**. Curitiba: Multideia, 2012.

BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de. **Derechos fundamentales y libertades públicas**. Valência, ES: Tirant lo Blanch, 2003.

BAUMANN, Zigmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. 2. ed. España: Siglo XXI, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7ª.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo**. 6ª.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra 1997.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 2. ed. ampl., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 3.ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito Administrativo**. 28<sup>a</sup>.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. 6.ed. actual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. 1v.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

CAXIAS DO SUL, Prefeitura de. **Revista Perfil Caxias**. Deltaprint: Caxias do Sul. 2014.  
CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO 1916. Disponível em  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)> Acesso em 06 de julho de 2017.

CÓDIGO DE HAMURABI. Disponível em  
<<http://www.cpihts.com/PDF/C%C3%B3digo%20hamurabi.pdf>> Acesso em 25 de julho de 2017.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em 25 de julho de 2017.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934). Disponível em  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)> Acesso em 06 de julho de 2017.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891). Disponível em  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)> Acesso em 06 de julho de 2017.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967. Disponível em  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)> Acesso em 06 de julho de 2017.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 06 de julho de 2017.

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)> Acesso em 06 de julho de 2017.

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)> Acesso em 06 de julho de 2017.

CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)> Acesso em 06 de julho de 2017.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de direito administrativo**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DROMI, José Roberto. **Derecho subjetivo y responsabilidad publica**. Madrid, Espanha: Editorial Grouz, 1986.

Embargos de Declaração nº 70007077928 – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>> Acesso em 16 de março de 2018.

Embargos infringentes nº 70003749710 – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>> Acesso em 16 de março de 2018.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1, DE 17 DE OUTUBRO DE 1969. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc0169.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc0169.htm)> Acesso em 06 de julho de 2017.

ENGELS, Friedrich. **A situação da classe operária na Inglaterra**. Porto: Afrontamento, 1975.

FEU, Rosane Cristina. **A noção de qualidade de vida: uma revisão**. Anais do X Encontro de Geógrafos da América Latina – 20 a 26 de março de 2005. USP.

FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. **La acción de nulidad y responsabilidad del Estado**. Montevideo, Uruguay: C. Alvarez, 2008.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GASPARINI, Diógenes; MOTTA, Fabrício. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIRON, Loraine Slomp; NASCIMENTO, Roberto Revelino Fogaça do. **Caxias centenária**. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

IBGE. Disponível em <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rs/caxias-do-sul/panorama>> Acesso em 06 de julho de 2017.

IGREJA CATÓLICA. Papa (2013 - Francisco). **Carta Encíclica Laudato Si**: sobre o cuidado da casa comum. São Paulo: Paulinas, 2015.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006. p. 165.

JUNQUEIRA, Victor Hugo. **A (in)sustentabilidade urbana**: discursos e contradições do desenvolvimento urbano. Ling. Acadêmica, Batatais, v. 4, n. 1, p. 91-108, jan./jun. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martin Fontes, 2000.

LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. 5ª.ed. São Paulo: Centauro, 2010.

Lei Federal 6.766/79 – Lei do Parcelamento do Solo Urbano – Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm)> Acesso em 06 de julho de 2017.

Lei 10.257/01 – Estatuto das Cidades. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)> Acesso em 06 de julho de 2017.

LINARES, Juan Francisco. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Astrea, 1986.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Mapa via Satélite. Disponível em <<https://www.google.com.br/maps>> Acesso em 16 de março de 2018.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Ed. Ridendo Castigat Mores, 2005.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, c2003.

Medida Cautelar nº 19196 – Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=19196&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>> Acesso em 16 de março de 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade. **Assuntos municipais**. Porto Alegre: Instituto de Direito Municipal do Rio Grande do Sul, 1965.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Cláudio Ari; GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Os Desafios dos Direitos Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e (Coord.). CABRAL, Luciola Maria de Aquino. **As garantias da propriedade e as intervenções estatais**. Curitiba: Juruá, 2012.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2000. Campinas, SP: Bookseller, 2000.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito à cidade e o princípio de proibição de retrocesso social**.

Direitos fundamentais & justiça, v. 01, p. 161-179, 2010.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidade Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais: Os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

PAREJO ALFONSO, Luciano; DROMI, Roberto. **Crisis y renovación en el derecho público**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e Função Social na Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

Plano Diretor de 1965 - Lei 1.435/1965. Disponível em <[http://arquivomunicipal.caxias.rs.gov.br/uploads/r/unidade-arquivo-publico/4/9/9/7/9972627e1b44df956de97303f1653dfd5917b7a5edb50e96e91e65a427279c67/b\\_rs\\_apmcs\\_pm\\_04\\_02\\_09\\_01\\_02\\_1954\\_1.jpg](http://arquivomunicipal.caxias.rs.gov.br/uploads/r/unidade-arquivo-publico/4/9/9/7/9972627e1b44df956de97303f1653dfd5917b7a5edb50e96e91e65a427279c67/b_rs_apmcs_pm_04_02_09_01_02_1954_1.jpg)> Acesso em 16 de março de 2018.

Plano Diretor de 2007 - a Lei Complementar nº 290 de 2007. Disponível em <[https://www.caxias.rs.gov.br/\\_uploads/planejamento/2017/plano\\_diretor.pdf](https://www.caxias.rs.gov.br/_uploads/planejamento/2017/plano_diretor.pdf)> Acesso em 16 de março de 2018.

Plano Diretor de 2007 - Lei nº 6.810/2007. Disponível em <<https://www.caxias.rs.gov.br/planejamento/texto.php?codigo=300>> Acesso em 16 de março de 2018.

POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (LEI 6.938/1981). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)> Acesso em 27 de julho de 2017.

Prefeitura de Caxias do Sul – Mapa geográfico. Disponível em <<http://geopublico.caxias.rs.gov.br:8814/geocaxias/map?config=src/webgis/config/map/config-all.xml>> Acesso em 16 de março de 2018.

Prefeitura de Caxias do Sul. Disponível em <<https://www.caxias.rs.gov.br/cidade/texto.php?codigo=658>> Acesso em 06 de julho de 2017.

Prefeitura de Caxias do Sul. Disponível em <<https://www.caxias.rs.gov.br/cidade/texto.php?codigo=660>> Acesso em 06 de julho de 2017.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19.ed, São Paulo: Saraiva,1999.

Recurso Especial nº 1361725 – Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1361725&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>> Acesso em 16 de março de 2018.

Recurso Especial nº 1714472 – Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1714472&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>> Acesso em 16 de março de 2018..

Recurso Especial nº 770098 – Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=770098&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>> Acesso em 16 de março de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

SEVERO, Sérgio. **Tratado da responsabilidade pública**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Túlio dos Reis da. **O crescimento urbano na cidade de Caxias do Sul nos anos de 1972 a 1988**: uma contribuição ao ensino da história local. 2016.

TAUIL, Roberto. **O Poder de Polícia e a Fiscalização Municipal**. Disponível em <<http://www.consultormunicipal.adv.br/novo/admmun/0030.pdf>> Acesso em 16 de março de 2018.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. **Revista de Informação Legislativa**. a.24, n.96, out./dez: 1987.

WIGGERS, Monica Marlise; KORMANN, Tanice Cristina; ROBAINA, Luis Eduardo de Souza. Evolução da ocupação urbana de Caxias do Sul e os assentamentos subnormais. Anais XVI Encontro Nacional dos Geógrafos (ENG) – **Crise, práxis e autonomia**: espaços de resistência e esperança. Porto Alegre, 2010.

ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREITAS, Juarez; BORGES, Alice Gonzalez. **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.