

A QUEM DEVE COMPETIR A APRECIACÃO DOS LITÍGIOS QUE ENVOLVEM A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO NAS EXPROPRIAÇÕES ILÍCITAS?

Fedra Simões

Resumo: Este texto tem por objetivo analisar a quem cabe a competência para conhecer e julgar os litígios que envolvem a responsabilidade da Administração Pública nas expropriações ilícitas. O estudo se propõe a contextualizar a realidade empírica com os preceitos constitucionais e infraconstitucionais do contencioso administrativo português. Busca, por fim, avaliar a atribuição de competência sob o ângulo da metáfora doutrinária proposta por Vasco Pereira da Silva.

Palavras-Chave: Competência – Administração Pública – Expropriações Ilícitas.

Abstract: This paper aims to analyse who has the jurisdiction to hear and adjudicate disputes involving the responsibility of the Public Administration in illegal expropriation. The study aims to contextualize the empirical reality with the constitutional and infra Portuguese administrative litigation. Search, finally, evaluate the allocation of jurisdiction from the perspective of metaphor doctrinal proposed by Vasco Pereira da Silva.

Keywords: Jurisdiction – Public Administration – Illegal Expropriation

Sumário: 1. À Guisa de Introito. 2. Dos Fatos. 3. Dos Fundamentos. 3.1. Da Competência dos Tribunais Administrativos. 3.2. Das Relações Jurídico-Administrativas. 3.3. Do Âmbito de

Jurisdição. 3.4. Dos Resquícios do Sistema Anterior. 3.5. Do Caso Escolhido Como Objeto de Estudo. 3.6. Da Propriedade. 3.7. Das Expropriações. 3.8. Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado. 3.9. Da Metáfora do Divã. 3.10. Da Remissão dos Pecados. 4. Das Conclusões. 4.1. Dispositivo

Competência é «a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos»
(Liebman)

A QUEM DEVE COMPETIR A APRECIACÃO DOS LITÍGIOS QUE ENVOLVEM A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO NAS EXPROPRIAÇÕES ILÍCITAS?¹

1. À GUIA DE INTROITO.



inicialmente, este trabalho pretendia refletir acerca da matéria de responsabilidade civil extracontratual da Administração.

Tal pretensão surgiu em decorrência da observação dos impactos causados pela grande reforma do contencioso administrativo português², que, levada a efeito pela Lei nº 13/2002, de 19 de fevereiro (Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais - ETAF) e pela Lei nº 15/2002, de 22 de fevereiro (Código de Processo nos Tribunais Administrativos - CPTA), provocou alterações tanto no âmbito

¹ Trabalho elaborado a título de Relatório da Unidade Curricular “Direito do Contencioso Administrativo I/II. Tema: Processo Administrativo sem fronteiras.”, sob a regência do Professor Doutor Vasco Pereira da Silva, no âmbito do Mestrado Científico em Direito Administrativo, na Faculdade de Direito de Lisboa, ano letivo 2011/2012.

² A matéria foi impecavelmente tratada em: AMARAL, Diogo Freitas do. ALMEIDA, Mario Aroso de. *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*. Coimbra: Almedina. 2.ed. 2003. Destaque para a parte final do livro, onde há um resumo das principais inovações trazidas pela reforma.

do direito processual como também na própria estrutura da organização judiciária³.

Assim, ao analisar as principais inovações implementadas pela aludida reforma, verificamos que uma das mais festejadas foi a fixação da competência dos Tribunais Administrativos para o conhecimento dos litígios atinentes às questões de responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas.

Muitíssimo esperado⁴ por aqueles cujo labor envolvia a justiça administrativa - notadamente pelos advogados, docentes universitários e magistrados - o novo modelo de contencioso administrativo português passou a ser referido pela doutrina como “a reforma de 2002”⁵, e entrou em vigor no dia 1º de Janeiro de 2004, após um imenso período de discussões públicas⁶.

À altura dos colóquios, os especialistas entendiam ser necessário que a reforma conseguisse alcançar a superação da dualidade de jurisdições em matéria de responsabilidade da Administração⁷.

³ Tanto em extensão como em profundidade, no dizer de AMARAL, Diogo Freitas do. ALMEIDA, Mario Aroso de. *Op. Cit.*, p. 5.

⁴ O Manifesto de Guimarães sobre Justiça Administrativa, documento formado a partir do entendimento dos participantes do II Seminário de Justiça Administrativa, organizado pelo CEJUR, nos dias 16 e 17 de abril de 1999, reputou que, na altura, a reforma global do contencioso administrativo era urgente e imprescindível. Publicado em: Cadernos de Justiça Administrativa. n.º 16. p. 91.

⁵ Vide, por exemplo: ESTORNINHO, Maria João. A reforma de 2002 e o âmbito da jurisdição administrativa. Passagem a escrito da intervenção realizada, em Viana do Castelo, no dia 5 de julho de 2002, no IV Seminário de Justiça Administrativa. Cadernos de Justiça Administrativa n.º 3, p. 3.

⁶ Em artigo intitulado “A reforma do contencioso administrativo” (publicado na Revista Jurídica AAFDL, n.º 25), João Tiago Silveira, ao apresentar a cronologia do processo da reforma, remonta ao início da década de noventa, refere-se às várias versões de anteprojetos e projetos apresentados e dá conta de um vasto conjunto de colóquios promovidos conjuntamente pelo Ministério da Justiça e pelas Faculdades de Direito. Disponível em: «http://www.joaotigosilveira.org/pages/artigo.php/A=9___collection=articles» Acesso em: 19/06/12.

⁷ Vide o já mencionado Manifesto de Guimarães sobre Justiça Administrativa.

Até então, o regime da responsabilidade extracontratual ocupava-se em fazer distinção entre os danos causados por atos de gestão privada e aqueles outros danos decorrentes de atos de gestão pública para saber se o litígio seria apreciado e julgado por tribunais judiciais ou administrativos, respectivamente.

Ocorre, contudo, que o limite ao âmbito das jurisdições era muito tênue, porquanto a percepção daquele *discrímén* nem sempre era fácil, lógica e justa⁸.

Essa incômoda situação de dualidade de jurisdições para apreciar as querelas que envolvessem a responsabilidade da Administração por danos extracontratuais muito se devia à circunstância de que, no sistema anterior, seguia-se em Portugal o modelo tradicional do contencioso administrativo, usualmente referido na doutrina por “modelo francês”⁹, no qual nem todas as pretensões fundadas em Direito poderiam ser deduzidas contra a Administração, porquanto os Tribunais Administrativos eram constituídos por juizes com poderes limitados¹⁰ e que apenas se prestavam à fiscalização da legalidade, cingindo-se a anular ou a declarar nulos os atos recorridos¹¹.

⁸ «verdadeira “manta de retalhos” de soluções jurídicas» é a expressão de crítica à dualidade de regimes jurídicos e de tribunais competentes, cunhada por Vasco Pereira da Silva. In: “É sempre a mesma cantiga”- O contencioso da responsabilidade civil pública. Disponível em: «<http://www.pjf.mg.gov.br/pgm/documentos/revista2011/artigo4.pdf>» Acesso em: 23/06/2012.

⁹ Assim, por exemplo, em VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *A Justiça Administrativa (Lições)*, 11ª ed. Coimbra: Almedina. 2011, p.20. Importante, contudo, atentar para a referência que este autor faz, à pág. 34, ao trabalho de Maria da Glória Garcia, a qual detectou que, em Portugal, o contencioso administrativo tradicional “apresentava outras especificidades em comparação com o modelo francês”. (Da justiça administrativa em Portugal. Sua origem e evolução. Lisboa: Universidade Católica. 1994, p. 379 e ss).

¹⁰ No dizer de Vieira de Andrade, a jurisdição administrativa era limitada “quer numa dimensão substancial (restrição dos meios de acesso), quer no plano processual (tutela reduzida dos particulares), quer numa perspectiva funcional (poderes de controle judicial diminuídos)”. *Op. Cit.*, p. 35.

¹¹ Rezava o artigo 6º do antigo ETAF: “Salvo disposição em contrário, os recursos contenciosos são de mera legalidade e tem por objecto a declaração da invalidade ou anulação dos actos recorridos”,

Vigorava ainda o pensamento do Professor Marcello Caetano¹² que, ao sistematizar o Direito Administrativo português, lecionou a várias gerações de juristas que os Tribunais Administrativos eram, em verdade, órgãos da própria Administração¹³.

E essa ideia era justificada por três ordens de razões, quais sejam: a) os Tribunais Administrativos estavam integrados na estrutura orgânica da Administração; b) os juízes daqueles Tribunais dependiam funcionalmente do Governo; e, c) inexistiam mecanismos jurisdicionalizados de execução de sentenças¹⁴.

Aquele modelo de justiça administrativa voltava-se fortemente à proteção da legalidade e dos interesses públicos (o que a doutrina administrativista trata por “dimensão objetiva”)¹⁵.

Entretanto, a adoção do sistema jurídico denominado “Estado de Direito”¹⁶, ou de seu consectário, o “Estado de Di-

¹² CAETANO, Marcello. 1906-1980. Manual de direito administrativo. Coimbra: Almedina. 10ª ed. Rev. e atual. 2010, p. 36.

¹³ «de início, não eram, sequer, verdadeiros tribunais, mas órgãos administrativos independentes através dos quais a Administração se julgava a si própria» In: ALMEIDA, Mário Aroso de. O novo regime do processo nos tribunais administrativos. Coimbra: Almedina. 2005. 4ª. ed., p. 18.

¹⁴ SILVA, Vasco O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as ações no novo processo administrativo. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p. 50/51.

¹⁵ AMARAL, Diogo Freitas do. ALMEIDA, Mario Aroso de. *Op Cit.* p. 17

¹⁶ Definição de Estado de direito pelo site governamental vie-publique.fr: “*L’Etat de droit peut se définir comme un système institutionnel dans lequel la puissance publique est soumise au droit. Cette notion, d’origine allemande (Rechtsstaat), a été redéfinie au début du vingtième siècle par le juriste autrichien Hans Kelsen, comme un Etat dans lequel les normes juridiques sont hiérarchisées de telle sorte que sa puissance s’en trouve limitée. Dans ce modèle, chaque règle tire sa validité de sa conformité aux règles supérieures. Un tel système suppose, par ailleurs, l’égalité des sujets de droit devant les normes juridiques et l’existence de juridictions indépendantes.*” Disponível em: « <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/approfondissements/qu-est-ce-que-etat-droit.html> » Acesso em: 17/06/2012.

reito Democrático”¹⁷ é indissociável da proteção dos administrados face à Administração Pública¹⁸. E, por essa razão, a justiça administrativa em Portugal também precisava corresponder a uma proteção da “dimensão subjetiva”¹⁹.

A atual Constituição da República Portuguesa, em sua versão primeva, de 1976, até previa que os Tribunais Administrativos, além de anular atos, também podiam reconhecer aos particulares os seus direitos ou interesses legalmente protegidos. E, com a revisão de 1989, foi ampliada aquela delimitação do âmbito de jurisdição para garantir expressamente aos administrados o acesso à justiça administrativa para tutela dos seus interesses legalmente protegidos (n.º 5, art. 268º). Estava, portanto, consagrado pela Lei Maior o princípio da plenitude da garantia jurisdicional administrativa²⁰.

Todavia, o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais anterior, de 1984, relegava a jurisdição administrativa a uma posição subalterna à dos tribunais judiciais²¹ e residual, na

¹⁷ Artigo 2º da Constituição da República Portuguesa. Na Constituição da República Federativa do Brasil, “Estado Democrático de Direito”, Artigo 1º.

¹⁸ García de Enterría afirma que a tutela judicial dos cidadãos frente à Administração «es una de las indeclinables exigencias de la concepción actual del Estado de Derecho» (in El nuevo código português del proceso de los tribunales; apresentação feita na Revista de Administración Pública, n.º 162, de 07/02/2007. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/proyectos-concluidos/reformado-contencioso/revista-de/downloadFile/file/cpta.pdf?nocache=1170851582.8>> Acesso em: 17/06/2012.

¹⁹ Afinal, como bem leciona Vieira de Andrade, “a proteção efetiva dos direitos dos administrados constitui o núcleo essencial ou, pelo menos, o domínio típico da justiça administrativa” (VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Op. Cit.*, p.11)

²⁰ Que, no dizer de Carlos Alberto Fernandes Cadilha, «significa não apenas a institucionalização de uma panóplia tão ampla quanto possível de ações jurisdicionais para garantia das posições jurídicas subjectivas dos particulares, mas também a eliminação de quaisquer constrangimentos excessivos ao exercício do direito de acção, particularmente no plano dos pressupostos processuais ou das condições de procedência da acção.» Regime geral da responsabilidade civil da Administração Pública. Cadernos de Justiça Administrativa n.º 40, p. 25.

²¹ «a apreciação de questões de natureza administrativa que contendessem com valores considerados mais importantes para os particulares era reservada à competência dos tribunais judiciais, ditos comuns, os únicos verdadeiros tribunais e, por

medida em que a destinava a se ocupar tão somente de questões que não houvessem sido legalmente atribuídas à competência de outros tribunais.

Este, portanto, era o quadro do âmbito de jurisdição, o qual veio a ser redefinido pela reforma do contencioso administrativo de 2002.

Foram então substituídas as antigas molduras por outras maiores, para fazer incluir na tela da jurisdição administrativa uma série de matérias dantes excluídas, dentre elas a aqui destacada, relativa à responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública.

Com fulcro no elemento histórico - qual seja o trabalho preparatório da reforma do contencioso administrativo; como também, no elemento literal - consistente na interpretação restritiva da norma insculpida no art. 4º, n.º 1, do ETAF; Carlos Alberto Fernandes Cadilha ressalta que a ampliação da jurisdição foi um dos principais *leit motiv* da discussão pública da reforma.²²

Auspicioso, este alargamento dos limites da jurisdição administrativa repeliu os caminhos bifurcados entre gestão pública / gestão privada como critério de definição de competência entre os Tribunais Judiciais e os Tribunais Administrativos, o que representou um sopro de esperança para os doutrinadores de escol²³, na medida em que reputaram finalmente «consagrado, e regulado, em toda a sua amplitude, o Estado Democrático de Direito», pois perceberam que o Direito Administrativo - tanto no aspecto substantivo quanto no processual - havia encontrado na reforma o seu movimento cadenciado com o texto da Constituição²⁴.

isso, o único garante das liberdades e da propriedade perante o Poder.» (AMARAL, Diogo Freitas do. ALMEIDA, Mario Aroso de. *Op. Cit.*, p.23.)

²² CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Op. Cit.*, p. 18.

²³ AMARAL, Diogo Freitas do. ALMEIDA, Mario Aroso de. *Op. Cit.*, p. 6.

²⁴ «A conjugação destas inovações constitucionais e legislativas conduziu a uma tarefa de concordância prática entre a dimensão subjetiva e a dimensão objectiva da

A partir da observação do entusiasmo causado pela novidade nos foi despertado o interesse em refletir acerca deste alargamento do âmbito da jurisdição administrativa, ditado pela reforma do contencioso, e, em especial, sobre a inclusão da matéria atinente à responsabilidade.

Ocorre que, por formação, coadunamos com a doutrina do Professor João Maurício Adeodato²⁵, a qual sustenta que, assim como é usual em outras áreas científicas, também na metodologia da pesquisa em Direito a teoria não pode ser elucubrada apartada da prática, posto que o pensar conceitual deste ramo das Ciências Sociais somente nos parece ter sentido se associado à realidade empírica.²⁶

Neste espírito de aproximação dos fatos à teoria, partimos para a exploração de uma vertente específica da pesquisa bibliográfica, qual seja, a documental.

Iniciamos então uma fase de análise jurisprudencial, no intuito de apurar se e como o novo regime de contencioso estaria a ser aplicado nos Tribunais Administrativos, passados que são oito anos em vigor.

Atualmente, em Portugal, a jurisdição administrativa é composta por dez Tribunais Administrativos e Fiscais - TAF (1.^a instância), dois Tribunais Centrais Administrativos - TCA

justiça administrativa com ênfase de uma tutela jurisdicional efectiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados e com a consagração de uma riqueza de formas processuais que vão transformando o “contencioso administrativo” num contencioso de plena jurisdição à semelhança do processo civil.» In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. Constituição da república portuguesa anotada, 4^a ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010, p 564.

²⁵ Professor Titular e coordenador dos cursos de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – UFPE; Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior da Magistratura em Pernambuco; pesquisador e consultor do CNPq; consultor da CAPES, Professor convidado de diversas universidades brasileiras; Professor convidado nas universidades de Mainz e Freiburg im Breisgan.

²⁶ «Esquecer as bases empíricas do direito faz a “visão de mundo” irreal e inútil, ainda que pareça coerente; reduzir-se a descrever dados empíricos sem uma teoria, por outro lado, deixa a informação fora de rumo e dificulta a comunicação.» In: ADEODATO. João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. Revista CEJ, vol. 7. Brasília: Conselho da Justiça Federal. 1998, p. 143-150.

(Norte e Sul) e o Supremo Tribunal Administrativo (abrangência nacional).

Por uma questão de método, inicialmente optamos por nos debruçarmos sobre os Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Norte (que, localizado no Porto, abrange o conjunto das áreas de jurisdição atribuídas aos Tribunais Administrativos e Tributários de Aveiro, Braga, Coimbra, Mirandela, Penafiel, Porto e Viseu) e sobre os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo.

A garimpar os julgados daqueles Tribunais que trataram sobre a matéria relativa à responsabilidade civil extracontratual da Administração, deparamo-nos com uma pepita: a expropriação ilícita.

Enxergamos o reluzir do metal precioso quando nos confrontamos com um Acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo Norte, em 27/01/11, no julgamento do processo nº 050/09.1 BEAVR²⁷, cuja ementa estabeleceu que « as acções de reivindicação são acções reais, que não se confundem com as acções obrigacionais em que se exerça a responsabilidade civil extracontratual.» e remeteu o conhecimento da causa aos tribunais comuns (não administrativos).

Todavia, ao que nos pareceu, em verdade a matéria ali em discussão não era o “reconhecimento do direito de propriedade”, mas sim, a “apropriação de um bem particular pela Administração, sem a observância dos requisitos da declaração de utilidade pública e da fixação de uma indenização”.

Pensamos assim que, no meio daquela areia e cascalho, deixou-se passar a explícita ocorrência de uma expropriação ilícita, matéria atinente ao Direito Administrativo, cuja apreciação deveria ser feita pelos Tribunais Administrativos.

Fizemos então um recálculo de trajetória e passamos a

27

Disponível

em:

<<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/438fcef4a0511a898025782c005968e5?OpenDocument&Highlight=0,responsabilidade,extracontratual>> Acesso em: 04/06/2012.

nos ocupar especificamente com a competência para o julgamento de questões atinentes à responsabilidade civil extracontratual na hipótese de ocorrência de expropriação ilícita.

Para melhor nos inteirarmos dos fatos e decisões ocorridas no feito paradigma, nos dirigimos ao TAF de Aveiro, onde tivemos acesso aos autos do processo nº 050/09.1 BEAVR²⁸.

E, uma vez que verificamos ter sido remetida a competência aos tribunais comuns, entendemos que também seria conveniente verificar como a matéria é tratada pelo Supremo Tribunal de Justiça, haja vista que, na organização judiciária atualmente vigente em Portugal, este é o órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais, sem prejuízo da competência específica do Tribunal Constitucional, o qual também foi por nós consultado.

Conferimos também a abordagem do Tribunal de Conflitos sobre a matéria em comento na resolução de conflitos de jurisdição entre tribunais e ainda, ocupamo-nos em analisar um Acórdão proferido pelo Tribunal de Relação do Porto que, como adiante se verá, foi bastante enriquecedor para o debate aqui suscitado.

Colhidas as informações e formatada a ideia, percebemos que, para uma melhor compreensão do tema a ser aqui refletido, seria imprescindível apresentar ao leitor um resumo dos fatos e do julgamento do processo paradigma (ou, rendendo-nos aos estrangeirismos, do *leading case*).

E, ao constatarmos que esta síntese muito se assemelharia à parte inicial de uma sentença, ou de um Acórdão, achamos por bem dar ao presente estudo um formato idêntico ao de um julgamento, qual seja a sequencia: a) dos fatos; b) dos fundamentos e... c) dispositivo, já que, em Direito, mesmo quando não chegamos a conclusões definitivas, algo precisa ser decidi-

²⁸ Aproveitamos o ensejo para agradecer aos obsequiosos servidores daquele Tribunal.

do!²⁹

Nestas “conclusões disfarçadas de dispositivo”, intencionamos também efetuar uma relação entre o tratamento jurídico dado aos fatos e a proposta teórica contida na obra “O contencioso administrativo no divã da psicanálise”³⁰, do Professor Doutor Vasco Pereira da Silva.

Na referida obra, ao analisar o desenvolver histórico do Contencioso Administrativo Português, propôs o Autor uma nomenclatura analógica a referências católicas para designar as seguintes fases de evolução deste ramo do Direito: a) “pecado original” (correspondente ao nascimento da disciplina, fase que se inicia no século XVIII e vai até ao século XIX); b) “baptismo” (plena jurisdicionalização do contencioso administrativo, compreendido entre o final do século XIX e o princípio do século XX; e, c) “crisma ou confirmação”, (tutela jurisdicional plena e efetiva) que corresponderia à situação dos dias atuais.

Como a característica proeminente desta última referida fase seria a reafirmação da natureza jurisdicional do Contencioso Administrativo com a consequente afirmação dos direitos dos particulares dotados de proteção plena e efetiva, pretendemos auferir se o caso sob luzes poderia estar subsumido nesta classificação.

Devido ao tema da disciplina ser “o processo administrativo sem fronteiras”, referências ao Direito brasileiro – úteis, necessárias ou voluptuárias - foram feitas ao longo do texto.

Por fim, ressaltamos que, não obstante esteja em vigor, desde 1º de janeiro de 2009³¹, o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, percebemos que, na prática, ainda persistem dife-

²⁹ Na Constituição da República Portuguesa há a previsão de acesso ao Direito e tutela jurisdicional efectiva (Artigo 20º). Na Constituição da República Federativa do Brasil, o princípio da inafastabilidade da jurisdição vem insculpido no Artigo 5º, inciso XXXV.

³⁰ Op. Cit.

³¹ Decreto nº 6.583, de 29 de setembro de 2008, que promulga o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa em 16 de dezembro de 1990.

renças na ortografia do vernáculo brasileiro e português. Enquanto a doutrina brasileira redige o vocábulo “indenização”, os textos portugueses registram “indenização”... Encontramos diferenças até mesmo nas importações de outras línguas. Portugal usa preferencialmente a expressão “*statu quo*”, que tem o substantivo e o pronome no ablativo; já no Brasil o uso frequente é “*status quo*”, com o substantivo no nominativo e o pronome no ablativo.

Esclarecemos então que o presente trabalho foi redigido no idioma vernáculo do Brasil, mas que mantivemos a redação original nas citações de textos de Portugal.

Avancemos, pois, para a análise dos fatos.

2. DOS FATOS

Síntese do processo nº 050/09.1 BEAVR e do Acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo Norte, no julgamento em 27/01/11:

FMBC, o Autor, levou ao Juiz de Direito do Tribunal Fiscal e Administrativo de Aveiro a alegação de ser proprietário e possuidor de “*um prédio misto composto de casa de habitação, dependências, pátio e quintal e terra, com área aproximada de 3930 m², confrontando no seu todo a norte e a poente com estrada, a nascente com Herculano Batista e a sul com Diogo Barata de Tovar, descrito na Conservatória do Registro Predial de Anadia sob o n.º 04986/230796 da freguesia de Avelãs de Cima, e inscrito na respectiva matriz sob os artigos urbano n.º 146 e rústico 12864, com valor patrimonial de Eur 5.571,88*”.

Após descrever as árvores e arbustos centenários existentes no imóvel nos idos de 1992, aduziu que, naquele ano, fora contactado seis vezes pelo Presidente da Junta de Freguesia de Avelãs de Cima, este no afã de obter consentimento para o corte de uma parcela do terreno.

Asseverou que um daqueles contactos se deu por meio de uma carta registrada, com o selo branco aposto e assinada pelo referido Presidente, o qual assumia as dificuldades para solucionar o conflito e chamava de interesse público aquele que defendia, de arranjar urbanisticamente o Largo do Fundo da Rua.

Prosseguiu o Autor em seu arrazoado a afirmar que, a despeito de não ter obtido o consentimento, aquele Presidente se apropriou, ocupou e integrou ao domínio público, sem qualquer título, parcela do imóvel e as árvores ali inseridas.

Elencou prejuízos morais e materiais que alega ter sofrido em consequência daquela ocupação não consentida.

A título de principal, pediu que a Junta de Freguesia de Avelãs de Cima fosse condenada a repor o estado em que as coisas estavam antes, o que implicaria:

- a) A reconstrução do perímetro original do jardim;
- b) A retirada do fontanário, restituindo ao local a forma, a privacidade e a dignidade do jardim primitivo, incluindo o volume de terras da mesma natureza daquelas que foram dali retiradas;
- c) A reconstrução do muro em pedra que originariamente circundava o jardim do prédio, com a mesma configuração, com os mesmos materiais, espessura e com as mesmas técnicas construtivas do muro originário, e a reposição dos degraus em pedra existentes à entrada do prédio;
- d) A eliminação da vala aberta na frente do prédio, em terreno de propriedade do Autor, bem como das servidões administrativas;

Pediu também que fosse a Ré condenada a indenizar:

- a) Em valor não inferior a Eur 5.000,00, por ter abusivamente invadido a propriedade;
- b) Em Eur 5.000,00, pela tília centenária que fora retirada;
- c) Em valor a ser liquidado na execução, pela desvalori-

zação do imóvel;

- d) No valor de Eur 1.000,00, pela nogueira e acácia centenárias retiradas;
- e) Em valor a ser liquidado na execução, pelos danos provocados na canalização de águas pluviais, no soalho e nas respectivas vigas de apoio;
- f) No valor que viesse a ser provado, por custos suportados na tentativa de obtenção de autorização para estabelecer um empreendimento turístico no imóvel em comento;
- g) Em valor a ser liquidado, por abuso de direito;
- h) Em Eur 10.000,00, por danos morais.

Pediu que fossem acrescidos os juros e custas judiciais de praxe e ainda, formulou outros pedidos a título subsidiário³², todos de natureza indenizatória.

A Junta de Freguesia de Avelãs de Cima ofertou resposta sob a forma de contestação, na qual se defendeu por exceção – alegando a ocorrência da prescrição e a ineptidão da petição inicial – e, por impugnação, sustentando, em apertada síntese, que:

- a) o prédio identificado na exordial tinha um jardim, no qual estava situada uma tília de grande porte e outras árvores de frutos;
- b) o referido jardim criava sério obstáculo à visibilidade e à circulação de veículos e pessoas no Largo do Fundo da Rua;
- c) por força do conhecimento da ocorrência de trágicos acidentes e porque era seu dever proteger as pessoas e os bens da população, decidiu levar a efeito as obras necessárias para ampliar o aludido Largo;
- d) houve várias negativas de consentimento, porque o

³² Neste trabalho, iremos nos ater tão-somente aos pedidos principais, pois, foi quanto a estes que foi pronunciada a regra de competência jurisdicional que aqui nos ocupa.

Autor reputava que a importância da tília, para si e para sua família, superava todo e qualquer interesse de utilidade pública ou de segurança das pessoas;

- e) em dezembro de 1992, conseguiu sensibilizar o Autor e então, alargou vias, procedeu ao corte no imóvel e achou por bem colocar um fontanário, devidamente alinhado e enquadrado no ambiente, prestando assim um serviço de utilidade pública.

Houve Réplica.

Por ser o âmbito de jurisdição matéria de ordem pública, o Tribunal Administrativo e Fiscal de Aveiro, entendendo verificada a incompetência em razão da matéria, não obstante não ter sido suscitada pela Ré, concedeu ao Autor um prazo decenal para pronunciamento.

O Autor acudiu àquela notificação, manifestando-se no sentido de que o caso levado ao Juízo se enquadrava numa relação jurídico-administrativa razão por que a competência material para o conhecimento e resolução do litígio dali emergente caberia sim à jurisdição administrativa.

Foi proferido o despacho saneador, meio utilizado para declinar a competência do Tribunal Administrativo para conhecer do litígio aqui em estudo.

Para melhor se perceber o raciocínio adotado na referida decisão (o que nos será necessário para compreendermos o tema em debate neste trabalho), oportuno se faz transcrever os seguintes excertos:

“Ora, no caso presente, face ao exposto, não se afigura que a relação jurídica que opõe as partes em litígio constitua uma relação jurídico administrativa. De facto, trata-se de um litígio que tem subjacente a defesa de um bem alegadamente de domínio privado, radicando, em primeira linha, na violação do direito real de propriedade, e como tal regulado pelos princípios comuns de direito civil, não obstante, uma das partes ser pública. Sendo que, alegadamente a invocada violação do di-

reito de propriedade do Autor pela Entidade demandada se concretizou pela via de facto, isto é sem qualquer título reconhecido ou fundado em privilégios próprios de direito administrativo.

Face ao alegado, as partes em causa não exerceram assim qualquer actividade própria dos poderes públicos, especialmente conhecida por lei ou por um acto fundado em privilégios próprios de direito administrativo (v. g. acto administrativos de qualificação de bens como pertencentes ao domínio público ou de delimitação destes com bens de outra natureza ou de expropriação por motivos de interesse público).

Pelo que este Tribunal Administrativo não é materialmente competente para o conhecimento do pedido formulado a título principal pelo Autor na alínea A) pontos 1 a 3 do petítório, cabendo a respectiva competência aos Tribunais Comuns.”

Contra aquela declaração de incompetência em razão da matéria, o Autor interpôs recurso, que veio a ser conhecido e julgado pelo Tribunal Central Administrativo Norte.

Àquele TCAN, pareceu que *«independentemente da alegação de que a recorrida removeu uma tília e de um muro centenários e lhe tenha cortado terreno e de que tais operações estão previstas em normas de direito público como competência das Juntas de Freguesia (cf., entre outros, o art. 34º, nº 2, al. f) da Lei nº 169/99, de 18 de Setembro), de que constem das actas da Assembleia da Junta de Freguesia (cf. fls. dos autos), de que foram realizados por máquinas e agentes sob as ordens e instruções da Junta, faz sentido, nem por isso deixa o pedido principal aqui em causa ser uma acção de reivindicação que é um direito real nos termos do art. 1311º do CC e que tem por fim a devolução da coisa no estado actual.»*

Em um Acórdão cuja ementa ressalta que “as acções de reivindicação são acções reais, que não se confundem com as acções obrigacionais em que se exerça a responsabilidade civil

extracontratual”, bem como, que não cabem na previsão do art. 4º, nº 1, al. g), do ETAF, foi, portanto, mantida a decisão dan-tes proferida pelo TAF de Aveiro.

É o que há de relevo para ser relatado. Passemos à análise dos fundamentos jurídicos que envolvem a questão.

3. DOS FUNDAMENTOS

3.1. DA COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS

A Constituição da República Portuguesa, CRP, em seu art.º 209.º, estabelece um sistema constituído de diversas categorias de tribunais e impõe, no artigo 211.º, o princípio da residualidade de competência jurisdicional para os tribunais judiciais, ao fixar que estes exercem jurisdição em todas as áreas não atribuídas a outras ordens judiciais³³.

Por seu turno, o artigo 212º, que se ocupa em disciplinar a ordem administrativa e fiscal, assim refere no seu nº 3: *“Compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir litígios emergentes de relações jurídicas administrativas e fiscais”*³⁴.

É, portanto, atualmente reconhecida a competência dos tribunais administrativos como foro adequado para o conhecimento e julgamento das ações e dos recursos destinados a dirimir os litígios emergentes de relações administrativas.

Ao comentar a destacada regra de competência constitucional, Canotilho pontua que, em princípio, não podem ser di-

³³ A competência residual dos tribunais judiciais decorre também do art.º 18º, nº 1, da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais, a Lei n.º 3/99, de 13.01, e do art.º 66.º do CPC.

³⁴ A constitucionalização formal dos tribunais administrativos e fiscais foi uma das mais relevantes inovações decorrentes da segunda revisão da Constituição da República Portuguesa.

rimidos por outros tribunais os litígios emergentes de relações daquela natureza³⁵.

Antes, porém, no período do Estado Novo³⁶, vigorava o modelo francês de justiça administrativa que, introduzido em Portugal pelo Decreto n.º 23, de 16 de maio de 1832, proibia os tribunais comuns de julgarem a Administração.

Àquela altura, os Tribunais Administrativos estavam atrelados ao Ministério da Justiça – razão por que sequer eram considerados verdadeiros tribunais. Neles, nem todas as pretensões fundadas em Direito poderiam ser deduzidas contra a Administração posto que os seus Juízes detinham um feixe de competências muito limitado, cingindo-se tão somente às declarações de invalidade ou nulidade dos atos administrativos.

A apreciação dos litígios que envolvessem bens e valores mais preciosos era reservada aos tribunais judiciais, estes sim, “verdadeiros tribunais”, com poderes para garantir a proteção das liberdades e da propriedade.

Entretanto, como uma das consequências da instituição do regime democrático em Portugal, os Tribunais Administrativos foram convolados em tribunais integrantes do Poder Judicial. Conforme já mencionamos na introdução deste estudo, recordamos que a versão primitiva da atual Constituição da República Portuguesa, em 1976, previu a existência dos Tribunais Administrativos, com competência para anular atos e reconhecer aos particulares os seus direitos ou interesses legalmente protegidos.

Por essa razão, a doutrina administrativista portuguesa³⁷ concebe que a constitucionalização da jurisdição administrativa se deu quando os Tribunais Administrativos foram postos em posição de paridade com os Tribunais Judiciais, mediante a ampliação do âmbito de competências.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. Op. Cit., p 565.

³⁶ Regime político autoritário e corporativista de Estado que vigorou em Portugal, de 1933 até a Revolução do 25 de Abril 1974.

³⁷ AMARAL, Diogo Freitas do. ALMEIDA, Mario Aroso de. Op. Cit., p. 24/25.

E, a consagração do o princípio da plenitude da garantia jurisdicional administrativa veio com a revisão de 1989, que intencionou realmente conferir valor e prestígio ao complexo de tribunais administrativos uma vez que ampliou o âmbito de jurisdição para garantir expressamente aos administrados o acesso à justiça administrativa para tutela dos seus interesses legalmente protegidos (art. 268º, nº 5).

Observamos também que esta constitucionalização da jurisdição administrativa provocou uma incompatibilidade com o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais anterior, de 1984, porquanto este ainda relegava os Tribunais Administrativos a uma posição subalterna a dos Tribunais Judiciais na medida em que aqueles eram tratados como uma justiça menor.

Já aqui também mencionamos que este quadro veio a ser alterado com a grande reforma do contencioso administrativo português, que, levada a efeito pela Lei nº 13/2002, de 19 de fevereiro (Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais - ETAF) e pela Lei nº 15/2002, de 22 de fevereiro (Código de Processo nos Tribunais Administrativos – CPTA) veio a compatibilizar o complexo de tribunais administrativos com o texto constitucional.

Tem-se, portanto, que desde 1º de janeiro de 2004, vigora o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais - ETAF, aprovado pela Lei nº 13/2002, de 19 de fevereiro, cujo artigo 1º, ao reafirmar a supracitada cláusula geral da Constituição, dispõe que “*os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, nos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais.*”³⁸ E tal disposição se coaduna com o que reza o supracitado artigo 212, nº3, da Cons-

³⁸ A estrutura hierárquica dos tribunais administrativos e fiscais tem por órgão superior o Supremo Tribunal Administrativo. Este, contudo, não é a última instância em juízo de constitucionalidade ou ilegalidade de normas administrativas com fundamento em violação direta da Constituição, competência cometida ao Tribunal Constitucional.

tituição da República Portuguesa.

3.2. DAS RELAÇÕES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS

A acurada leitura dos dispositivos constitucionais e infra-constitucionais supracitados depreende que o aspecto limítrofe do âmbito da jurisdição administrativa é a existência de uma relação jurídico-administrativa.

Faz-se assim fundamental a correta percepção daquele conceito para que se possa determinar a repartição de competências entre os Tribunais Administrativos e os Tribunais Judiciais, porquanto tal distribuição se faz em função do litígio cuja resolução pode decorrer, ou não, de uma relação jurídica administrativa³⁹.

Ocorre, contudo, que o legislador não nos apresentou uma exata definição do que deve ser entendido como “relação jurídica administrativa”, não obstante lhe tivesse sido proposto, na altura das discussões públicas da reforma do contencioso, que fosse adotada uma posição mais ousada, no sentido de clarificar o conceito⁴⁰.

³⁹ Na fundamentação do despacho saneador proferido no processo aqui objeto de estudo (Processo nº 050/09.0BEAVR), o critério de competência dos Tribunais Administrativos assentou num conceito de relações jurídico-administrativas assim formulado: “i) em princípio, aquelas que se estabelecem entre duas pessoas coletivas públicas ou entre dois órgãos administrativos (relações intersubjetivas públicas e relações interorgânicas), desde que não haja nas mesmas indícios claros da sua pertinência ao direito privado; ii) aquelas em que um dos sujeitos, pelo menos (seja ele público ou privado), actua no exercício de um poder de autoridade, com vista à realização de um interesse público legalmente definido (v. Acórdão do TC, nº 746/96, de 29 de maio, e Vieira de Andrade, A Justiça..., cit, p. 55 e 56); iii) aquelas em que esse sujeito actua no cumprimento de deveres administrativos de autoridade pública, impostos por motivos de interesse público (v. Freitas do Amaral, Curso de direito administrativo, 2002, p.137).”

⁴⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Âmbito e limites da jurisdição administrativa. Versão escrita da intervenção oral proferida pelo autor, a propósito da discussão pública da reforma do contencioso administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, em 16/03/2000. Cadernos de justiça Administrativa. nº 22, p. 13.

À míngua de uma qualificação expressa por parte do legislador, passou o fruto a ser elaborado pela doutrina e pela jurisprudência.

Luís Filipe Colaço Antunes chama-nos a atenção para as dificuldades que o intérprete do direito enfrenta ao tentar alcançar uma noção consistente do que vem a ser “relação jurídica administrativa”. Menciona diversos problemas que passam pela dificuldade de perceber os atuais contornos da Administração pública e vão até a técnica legislativa adotada.⁴¹

Ante a multiplicidade de definições encontrada na doutrina⁴², opta-se aqui por esposar aquela trazida por Gomes Canotilho e Vital Moreira⁴³, pois estes, ao perceberem a ductilidade e flexibilidade do conceito, firmam que não pode deixar de ser compreendido como complementar da tradicional dogmática das formas de atuação administrativa – o que é muito sensato.

Nesse diapasão, os referidos doutrinadores apontam duas características para a qualificação de uma relação como jurídico-administrativa: a) as ações e recursos incidirem sobre relações jurídicas em que pelo menos um dos sujeitos é titular, funcionário ou agente de um órgão de poder público; e, b) as relações jurídicas controvertidas serem reguladas sob o ponto de vista material, pelo direito administrativo ou fiscal⁴⁴.

⁴¹ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. A teoria do acto e a justiça administrativa. Coimbra: Almedina. 2006. p.58/59.

⁴² Sobre as diferentes formas como a doutrina jurídico-administrativa tem encarado a aplicabilidade da figura da relação jurídica no Direito Administrativo, vide: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra: Almedina. 1998, p. 149 e segs.

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. *Op. Cit.*, p. 566/567.

⁴⁴ “Pretende-se, com o recurso a este conceito genérico, viabilizar a inclusão na jurisdição administrativa do amplo leque de relações bilaterais e poligonais, externas e internas, entre a Administração e as pessoas civis e entre eles e a Administração, que possam ser reconduzidas à actividade de direito público, cuja característica essencial reside na prossecução de funções de direito administrativo, excluindo-se apenas as relações jurídicas de direito privado.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. *Op. Cit.*, p. 567).

Importa acrescer àquela fórmula que as relações jurídicas tuteladas pelo regime de direito administrativo compreendem regras exorbitantes do direito privado uma vez que, por força constitucional, têm por princípio fundamental a prossecução do interesse público⁴⁵ e, para tanto, faz-se necessária a utilização de poderes de autoridade, sem com isso descuidar do respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos⁴⁶.

Impende também refletir que, em decorrência do princípio da separação dos poderes, não cabe à justiça administrativa o conhecimento de questões internas dos entes administrativos. Salvo em possíveis hipóteses legais excepcionais, os tribunais administrativos somente conhecem dos litígios intersubjetivos cujas partes se relacionam por ligações jurídicas externas. E nestas estão compreendidas não somente aquelas estabelecidas entre a Administração e os particulares, mas também, as havidas entre pessoas coletivas públicas.

Da “Exposição de Motivos” da Proposta de Lei que veio dar origem ao atual ETAF⁴⁷, colhe-se que a definição de âmbito da jurisdição administrativa e fiscal, consoante a determinação constitucional, assenta num critério substantivo, centrado no conceito de “relações jurídicas administrativas e fiscais”, mas que não é incompatível com uma certa liberdade de conformação do legislador, justificada por razões de ordem prática, pelo menos quando estejam em causa domínios de fronteira, tantas vezes de complexa resolução, entre direito público e direito privado.

⁴⁵ Art. 266º da CRP.

⁴⁶ Canotilho refere-se ao estabelecido no art. 266º, nº 1 da CRP como “limites substanciais à actividade administrativa”, e sustenta que o limite positivo estaria expresso na obrigatoriedade da prossecução do interesse público, enquanto que o limite negativo estaria traduzido no respeito pelos direitos e interesses legítimos dos cidadãos. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. Op. Cit., p. 795)

⁴⁷ Exposição de Motivos que acompanhou a proposta de ETAF que o Governo apresentou à Assembleia da República em julho de 2001. *In* Diário da Assembleia da República, II Série A, de 2001.07.18, p. 48.

Freitas do Amaral e Mário Aroso de Almeida, ao tempo em que apontam para a pouca importância de se aferir a distinção entre atividade de gestão pública e de gestão privada dos entes públicos, lecionam que aos tribunais administrativos incumbem todos os litígios emergentes de atuação da Administração Pública que constituam pessoas coletivas de direito público em responsabilidade extracontratual⁴⁸.

Por seu turno, o Tribunal dos Conflitos já decidiu que o conceito de relação jurídica administrativa deverá ser entendido no sentido tradicional de relação jurídica de direito administrativo, com exclusão, nomeadamente, das relações de direito privado em que intervém a Administração (Conflito 021/10. Acórdão proferido em 25/11/10⁴⁹).

E ainda no referido Acórdão, como reforço de tese, o Tribunal dos Conflitos remeteu à lição de Vieira de Andrade, pontuando que os tribunais administrativos serão competentes para dirimir os litígios surgidos no âmbito das relações jurídicas públicas, devendo como tal considerar-se *«aquelas em que um dos sujeitos, pelo menos, seja uma entidade pública ou uma entidade particular no exercício de um poder público, actuando com vista à realização de um interesse público legalmente definido»*⁵⁰.

3.3. DO ÂMBITO DE JURISDIÇÃO

Adiante, o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais enuncia o âmbito de jurisdição daqueles tribunais, exemplificando, em seu artigo 4º, as questões ou litígios sujeitos

⁴⁸ AMARAL, Diogo Freitas do, ALMEIDA, Mário Aroso de. Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo. Coimbra: Almedina. 2007, p. 34.

⁴⁹ Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jcon.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/d60f88c555eb7e280257823005807c8?OpenDocument> Acesso em: 04/06/2012.

⁵⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. A Justiça Administrativa... *Op Cit*, p. 57/58.

(critério positivo) ou excluídos (critério negativo) do foro administrativo⁵¹.

Para o presente estudo, iremos nos deter ao critério positivo, trazido pela hipótese prevista naquele artigo 4º, em seu nº1, alínea “g”⁵²:

“Artigo 4º

1 – Compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham nomeadamente por objecto:

g) Questões em que, nos termos da lei, haja lugar a responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público, incluindo a resultante do exercício da função jurisdicional e da função legislativa.”

O supracitado dispositivo foi aqui destacado porque serviu de fundamento para o Acórdão proferido, em 27/01/2011, pelo Tribunal Central Administrativo Norte, no julgamento do processo nº 050/09.1BEAVR, *leading case* neste estudo. Registre-se, contudo, que o Código de Processo nos Tribunais Administrativos também comete à jurisdição administrativa o conhecimento das questões relativas à responsabilidade da Administração (artigo 37º, nº 2, alínea “f”).

Nos referidos preceitos reside um aspecto tido como um

⁵¹ Esta delimitação foi tratada pela terminologia “critério positivo” e “critério negativo” na fundamentação do despacho saneador proferido no processo aqui objeto de estudo (Processo nº 50/09.0BEAVR).

⁵² Vasco Pereira da Silva reputa que a norma em comento põe termo a um dos “traumas” mais antigos e profundos do Contencioso Administrativo, ao superar a indesejável dualidade de jurisdições mediante a unificação do regime contencioso da responsabilidade administrativa, que passa agora a ser sempre da competência dos tribunais administrativos (SILVA, Vasco Pereira da. O contencioso administrativo no divã da psicanálise...*Op. Cit.*, p.529.) Tal entendimento se faz bastante apropriado uma vez que o novo regime afastou o critério constante do artigo 4º, alínea f), do ETAF de 1984, que excluía da jurisdição dos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das questões de direito privado, ainda que qualquer das partes fosse pessoa de direito público. Foi ampliado o âmbito de jurisdição administrativa, estendendo-o a todas as questões de responsabilidade civil que envolvam pessoas coletivas de direito público, independentemente de serem regidas por um regime de direito público ou por um regime de direito privado.

dos maiores avanços da reforma do contencioso administrativo português, qual seja, o afastamento da dicotomia da natureza pública ou privada do ato de gestão como critério delimitador da competência de jurisdição administrativa.

A legislação anterior (Dec. Lei nº 129/84. de 27.4, alterado pelo Dec. Lei nº 228/96, de 29.11 – ETAF, art. 51º-1, alínea “h”), assim rezava sobre a regra de competência: *«compete aos Tribunais Administrativos de Círculo, conhecer das acções sobre a responsabilidade civil extracontratual dos demais entes públicos e dos titulares dos seus órgãos e agentes, por prejuízos decorrentes de actos de gestão pública, incluindo acções de regresso»*.

Ou seja, dantes, cabia aos tribunais cíveis a competência para conhecer de ações cujos pedidos de indenização por responsabilidade extracontratual perante a Administração fossem considerados como relativos a atos de gestão privada.

Ocorre que - não só pelo declínio do Estado Novo, mas também devido a todo o contexto histórico europeu e mesmo, mundial - Portugal adentrou *«numa era de progressiva diluição das clássicas fronteiras entre o próprio Direito Administrativo e os demais ramos do Direito»*⁵³, na qual nem sempre se faz nítida a distinção entre a natureza pública ou privada dos atos de gestão.

E isso, inúmeras vezes, findou por dar azo a grandes incertezas na determinação do tribunal competente para apreciação dos litígios. Daí porque o alargamento do âmbito de jurisdição dos Tribunais Administrativos, mediante a superação da problemática de verificar se a questão de responsabilidade emergia de uma atuação de natureza pública ou de natureza privada, passou a ser uma premente necessidade.

Em suas “Notas sobre a discussão pública da reforma do contencioso administrativo”, João Tiago da Silveira, juntamente com Benedita Mac Crorie, dão conta de que o tema atinente

⁵³ ESTORNINHO, Maria João. A reforma... Op. Cit., p.3.

ao alargamento do âmbito de jurisdição nas ações de responsabilidade civil extracontratual da Administração foi amplamente debatido nos colóquios realizados com o patrocínio do Ministério da Justiça. Registraram aqueles estudiosos que a maioria dos intervenientes se posicionou de forma favorável à inclusão dos atos de gestão privada na competência dos Tribunais Administrativos.⁵⁴

No Manifesto de Guimarães sobre Justiça Administrativa, os participantes do II Seminário de Justiça Administrativa reputaram necessário que a reforma considerasse, dentre outros aspectos, a superação da dualidade de jurisdições em matéria de responsabilidade da Administração.⁵⁵

E, da já aqui referida “Exposição de Motivos da Proposta de Lei do ETAF”, colhemos que o legislador laborou motivado pela intenção de contemplar os Tribunais Administrativos com a unificação do regime contencioso da responsabilidade administrativa⁵⁶.

Prevaleceu, portanto, no seio da reforma de 2002, o raciocínio de que à jurisdição administrativa e fiscal deveria ser incumbida a apreciação dos litígios que envolvessem responsabilidade civil extracontratual das pessoas coletivas de direito público, independentemente da questão de saber se esta responsabilidade emerge de uma atuação de gestão pública ou de uma atuação de gestão privada.

54

Disponível

em:

«

http://joaotiagosilveira.org/mediaRep/jts/files/Notas_Discuss_o_P_blica_Contencioso_Administrativo_Revista_Jur_dica_24.pdf» Acesso em: 15/07/2012.

⁵⁵ In: Cadernos de Justiça Administrativa nº16, p. 91.

⁵⁶ «a jurisdição administrativa passa, assim, a ser competente para a apreciação de todas as questões de responsabilidade civil que envolvam pessoas colectivas de direito público, independentemente da questão de saber se tais questões se regem por um regime de direito público ou de direito privado». Este excerto também foi utilizado por Vasco Pereira da Silva como fundamento para afastar o argumento daqueles que, na doutrina ou na jurisprudência, fizeram leituras restritivas da unidade jurisdicional e que pretenderam reintroduzir a relevância da distinção entre gestão pública / gestão privada. In: O contencioso administrativo no divã...Op. Cit., p. 530.

3.4. DOS RESQUÍCIOS DO SISTEMA ANTERIOR

Ocorre que, embora a melhor doutrina administrativista tenha festejado o desaparecimento da dicotomia “gestão pública / gestão privada” enquanto fórmula de delimitação da jurisdição administrativa⁵⁷, eis que o olhar minudente enxerga que, em verdade, na Reforma de 2002 o indigitado critério foi severamente mitigado. Mas não desapareceu.

Isso bem se percebe quando se atenta para o fato de que, apesar de o texto constitucional e as disposições infraconstitucionais terem preconizado uma jurisdição administrativa autônoma, na qual os Tribunais Administrativos e Fiscais são os tribunais comuns para o julgamento de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas e fiscais, ainda foi mantida a competência dos Tribunais Cíveis para o conhecimento e julgamento de algumas relações materiais controvertidas de natureza jurídico-administrativa.

E um dos melhores exemplos é, justamente, a hipótese da competência da jurisdição civil para arbitrar as indenizações por expropriação. Bem se vê que, por uma questão de opção político/legislativa, a Reforma de 2002 fez menos do que poderia.

A despeito das muitas vozes que clamavam pelo asseguramento da plena jurisdição dos Tribunais Administrativos⁵⁸, prevaleceu o entendimento sustentado por José Carlos Vieira de Andrade que, em março do ano de 2000, proferiu uma intervenção oral na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, na qual assumiu uma posição mais “morna” sobre o tema⁵⁹.

Afirmou aquele Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra que as indenizações por

⁵⁷ ESTORNINHO, Maria João. A reforma... Op. Cit., p. 5.

⁵⁸ Vide, por exemplo, Mário Torres. In: Cadernos de Justiça Administrativa. N.º16, p.90.

⁵⁹ Cadernos de Justiça Administrativa. N.º 22, p. 13.

expropriações dizem respeito a relações jurídicas de Direito Administrativo cujo conhecimento pertencia tipicamente a outros tribunais e propôs que fosse a matéria considerada na perspectiva de integração do que chamou de “zona amarela-verde” (coincidentemente as cores brasileiras...), a qual comporta *«aquelas questões que, em princípio, estão incluídas na reserva própria dos tribunais administrativos, mas que o legislador poderá fundadamente atribuir a outra jurisdição»*. (sem destaques no original).

Tal ordem de ideias era contrária não somente à intenção original do legislador apresentada na proposta de lei, como também, contrariava o pensamento prevalente entre os debatedores durante o período de discussão das várias versões de anteprojetos e projetos apresentados.

Num estudo realizado no intuito de transmitir as opiniões e comentários formulados nos colóquios realizados entre 2 de fevereiro de 2000 e 16 de novembro daquele mesmo ano - as aqui já referidas “Notas sobre a discussão pública da reforma do contencioso administrativo” - consta o registro da observação de que *«a matéria de contra-ordenações e expropriações, actualmente da competência dos tribunais comuns, deve passar para os tribunais administrativos»*.

A opção abraçada pela reforma foi evidentemente de cariz político, porquanto deu relevo às vozes dissonantes. Isso deixou no ar uma “fumaça do mal direito”, sinalizadora da possibilidade de malferir a previsão constitucional de competência dos Tribunais Administrativos e Fiscais para o julgamento das ações e recursos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais.

O Tribunal Constitucional foi instado, diversas vezes, a se pronunciar sobre o alcance dessa reserva de jurisdição, tendo se manifestado no sentido da não inconstitucionalidade⁶⁰ de

⁶⁰ Reiteradamente, o Tribunal Constitucional utilizou-se do argumento de que: «(...) a introdução, pela revisão constitucional de 1989, no então artigo 214.º, n.º 3, da

normas que atribuem competência aos tribunais judiciais para decidirem, nomeadamente, as seguintes questões⁶¹:

i) Fixação do valor global da indemnização na expropriação litigiosa (Acórdão 746/96);

ii) Recursos das deliberações do plenário do Conselho Superior da Magistratura (Acórdãos n.º 347/97 e 421/2000);

iii) Ações referidas no artigo 45.º, n.º 1 e 2, da Lei de Bases do Ambiente (Acórdão n.º 458/99);

iv) Recursos dos despachos que concedam ou recusem patentes, depósitos ou registos (Acórdão n.º 550/2000);

v) Impugnação dos atos dos conservadores do registo predial (Acórdão n.º 284/2003);

vi) Litígios em que figure como parte a REFER – Rede Ferroviária Nacional, E.P., mesmo no caso das ações em que estejam em causa relações jurídico-administrativas (Acórdão n.º 211/07);

vii) Caducidade da declaração de utilidade pública (Acórdão n.º 302/08).

Seguindo a linha de raciocínio proposta pelo Professor Doutor José Carlos Vieira de Andrade, qual seja, a de que o legislador poderia atribuir a outra jurisdição o conhecimento de litígios que envolvessem relações jurídicas de Direito Adminis-

Constituição, da definição do âmbito material da jurisdição administrativa, não visou estabelecer uma reserva absoluta, quer no sentido de exclusiva, quer no sentido de excludente, de atribuição a tal jurisdição da competência para o julgamento dos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais. O preceito constitucional não impôs que todos estes litígios fossem conhecidos pela jurisdição administrativa (com total exclusão da possibilidade de atribuição de alguns deles à jurisdição “comum”), nem impôs que esta jurisdição apenas pudesse conhecer desses litígios (com absoluta proibição de pontual confiança à jurisdição administrativa do conhecimento de litígios emergentes de relações não administrativas), sendo constitucionalmente admissíveis desvios num sentido ou noutro, desde que materialmente fundados e insusceptíveis de descaracterizar o núcleo essencial de cada uma das jurisdições.»

⁶¹ Informações constantes na fundamentação do Acórdão Nº 522/2008, Processo n.º 253/08. Disponível em: «

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080522.html>» Acesso em: 15/07/2012.

trativo, desde que fosse “*fundadamente*”, ocupamo-nos em observar os argumentos ali utilizados pelo Tribunal Constitucional ao explicar os “fundamentos” adotados pelo legislador para atribuir a outra jurisdição o conhecimento daquelas relações jurídico-administrativas.

Pois bem, o Tribunal Constitucional simplesmente utilizou o argumento de que a opção legislativa era de longa tradição e que teria sido assumida na discussão que antecedeu a reforma do contencioso administrativo.

E mais, numa forma redacional dúbia, asseverou o Tribunal Constitucional que, conforme Diogo Freitas do Amaral e Mário Aroso de Almeida, as justificadoras desta opção teriam sido «*as insuficiências de que padece a rede de tribunais administrativos (mesmo após a reforma), incapaz de dar a adequada resposta, sem o risco de gerar disfuncionalidades no sistema*»⁶².

Apontamos a dubiedade do texto porque dali não se depreende ao certo se os renomados doutrinadores referidos seriam concordes ou não com as justificações apresentadas.

De todo modo, fomos “beber na fonte” e, verificamos que, na página das “Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo” referida pelo Acórdão (24), os Autores desenvolvem um raciocínio iniciado na página anterior (23), no sentido de que a atribuição aos tribunais judiciais da competência para arbitrar as indenizações por expropriação, determinar a adjudicação do bem ao titular do direito de reversão e ainda, para apreciar o contencioso das contra-ordenações era, em verdade, resultado da persistência de um preconceito para com os tribunais administrativos que, por muito tempo foram vistos como uma justiça menor, que oferecia menos garantias do que

⁶² O já aqui referido do Acórdão N.º 522/2008, Processo n.º 253/08. Disponível em: «<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080522.html>» Acesso em: 15/07/2012. expressamente assim refere: (cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL/MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, Coimbra, 2002, p. 24).

a justiça civil.

Interessante ainda é verificar que aqueles doutrinadores, naquela mesma página 24, lamentam «*o vasto elenco de disposições avulsas que, sem qualquer explicação aparente, atribuem aos tribunais judiciais (ou comuns) o poder de dirimir litígios materialmente administrativos*».

Ou seja, ao que nos parece, aplica-se à fundamentação do Acórdão nº 522/2008 do Tribunal Constitucional o dito “explica, mas não justifica”, popularmente utilizado para se referir a uma explicação que mais parece uma desculpa...

Causa-nos espécie o argumento de que a jurisdição administrativa não conseguiria dar conta da responsabilidade devido a “insuficiências” estruturais. E mais espanto ainda nos causa o medo de que sejam geradas “*disfuncionalidades no sistema*” (seja lá o que isso for...).

E aqui, perdoe-nos a digressão, mas nos vem à mente a velha história da sogra que faz o filho almoçar em sua casa todos os dias sob o argumento de que a nora ainda não sabe cozinhar... Ora, nem a recém-casada irá se tornar boa cozinheira se não pegar nas panelas, nem a jurisdição administrativa poderá um dia ser plena e autônoma se não for devidamente estruturada.

Com a devida vênia, guardamos o entendimento de que faltou ao legislador a ousadia de realmente conferir aos Tribunais Administrativos o status de integrantes do Poder Judicial e romper com os resquícios do pensamento, vigorante à altura do Estado Novo, de que os valores mais caros deveriam ser reservados à competência dos tribunais civis.

3.5. DA ESPECIFICIDADE DO CASO ESCOLHIDO COMO OBJETO DE ESTUDO

Feitas as digressões necessárias, volvemos o olhar novamente ao processo nº 050/09.1 BEAVR.

Naquele feito, o Autor havia imputado à Ré a violação de um direito real de propriedade sobre um imóvel alegadamente usurpado. E, no Acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo Norte, foi mantida a sentença recorrida, no sentido de declarar a incompetência dos Tribunais Administrativos para o reconhecimento do direito de propriedade e de reposição do bem no estado anterior.

Restou ali assentado que: *“As acções de reivindicação são acções reais, que não se confundem com as acções obrigacionais em que se exerça a responsabilidade civil extracontratual”*.

Ocorre, contudo, que, em Direito, nem sempre as celeumas que se apresentam na vida real cabem perfeitamente em certas caixas com rótulos. Muitas vezes, há um detalhe, uma filigrana, que faz com que certos elementos não possam pertencer a um determinado conjunto. Há ainda hipóteses em que o elemento guarda características de mais de um grupamento.

Eis o que deve ter ocorrido no caso aqui objeto de estudo. Num primeiro olhar, o litígio apresentou a feição de uma reivindicatória. Deu a impressão de que o Demandante pretendia discutir o direito real de propriedade e, por isso, julgou-se que deveria ser conhecido por um tribunal comum, submetendo-se à mencionada competência residual.

Todavia, fitando atentamente a face daquele litígio, enxergamos marcas da família do Direito Administrativo, parecendo-nos mesmo estarmos diante de uma relação jurídica administrativa, quer nos moldes delineados pela doutrina, quer na fórmula de entendimento do Tribunal dos Conflitos já aqui referida.

Vejamos com cuidado:

O Autor foi ao Juízo levar a alegação de que teve o seu imóvel invadido pela Junta de Freguesia de Avelãs de Cima, a qual, depois de derrubar o muro e a tília centenária, teria se apropriado, ocupado e integrado ao domínio público, sem

qualquer título, parcela do imóvel e as árvores ali inseridas.

Ao exercer o seu direito de resposta, a Junta de Freguesia de Avelãs de Cima asseverou que o jardim antes existente criava sério obstáculo à visibilidade e à circulação de veículos e pessoas no Largo do Fundo da Rua, e que por isso, movida pelo seu dever de proteger as pessoas e os bens da população, decidiu levar a efeito as obras e então procedeu ao corte no imóvel do Autor e ainda achou por bem colocar um fontanário, devidamente alinhado e enquadrado no ambiente, prestando assim um serviço de utilidade pública.

Fôssemos “traduzir” o conteúdo daquela defesa, perceberíamos que, em palavras mais simples, o que a Junta de Freguesia disse foi:

“Senhor Juiz, nunca tive qualquer dúvida de que a propriedade daquele imóvel era de FMBC. Mas, mesmo assim, achei conveniente me apropriar daquele bem particular para que ingressasse no patrimônio público. Tanto assim que eu derrubei muros e árvores e, em substituição, alarguei vias e construí um fontanário. Tudo isso eu fiz para proteger o interesse público, só que, em nenhum momento me veio à mente a possibilidade de me submeter ao rito previsto no Código das Expropriações...”

Por aqui já entendemos que as partes não estavam a discutir a propriedade do imóvel.

É bem certo que, na jurisprudência portuguesa,⁶³ pacificou-se o entendimento de que a competência do Tribunal determina-se pelo pedido formulado pelo autor e pelos fundamentos que invoca⁶⁴. Ou seja, para identificar qual seria o tribunal

⁶³ Neste sentido: Acórdãos Tribunal de Conflitos de 11/7/00 (Conflito n.º 318), de 3/10/00, (Conflito n.º 356), de 6/11/01 (Conflito n.º 373), de 5/2/03, (Conflito n.º 6/02), de 29/10/2006 (Conflito n.º 18/06) e de 15/07/2007 (Conflito n.º 5/07) e do Pleno do STA de 9/12/98, rec. n.º 44.281 (BMJ 482/93) e do STJ de 21/4/99, rec. n.º 373/98.

⁶⁴ Diversos Acórdãos do Tribunal dos Conflitos reportam-se à lição de Manuel de Andrade, no sentido de que a competência do tribunal “afere-se pelo *quid disputatum*, em antítese com aquilo que será mais tarde o *quid decusum*” (in Noções Ele-

competente em razão da matéria para o conhecimento da lide, mister se faz atentar para a alegação do autor, bem como, para o efeito jurídico pretendido.

No caso sob luzes, não obstante a causa de pedir remota tenha sido, de fato, o direito real de propriedade; a causa de pedir próxima foi a lesão àquele direito. Noutra dizer, a causa imediata foi uma alegada apropriação do bem particular para ingresso no patrimônio público⁶⁵.

É bem certo que, se a questão trazida ao Juízo fosse uma discussão acerca de um valor indenizatório atribuído em decorrência de uma expropriação por utilidade pública, tratar-se-ia de matéria pertinente ao processo regulado pelo Código das Expropriações⁶⁶. E este expressamente atribui competência aos tribunais comuns. Cuidar-se-ia, portanto, de um conjunto de normas especiais que deveria ter prevalência sobre o regime geral previsto para o processo nos Tribunais Administrativos⁶⁷.

Todavia, é aqui que se revela a filigrana deste caso. Ao analisar com minúcia a questão, observamos que a Administração, sob o argumento de persecução ao interesse público, apropriou-se de um imóvel de um particular, sem, no entanto, realizar a expropriação por utilidade pública.

Não houve declaração de utilidade pública. Tampouco

mentares de Processo Civil, 1979). Por todos: Conflito 021/10.

⁶⁵ Nelson Nery nos ensina: «...a teoria da substanciação do pedido, segundo a qual se exige, para a identificação do pedido, a dedução dos fundamentos de fato e de direito da pretensão. Divide-se em causa de pedir próxima e causa de pedir remota.». E assim as define: «Causa de pedir remota. É o direito que embasa o pedido do autor; o título jurídico que fundamenta o pedido. É a razão mediata do pedido.» “Causa de pedir próxima. Caracteriza-se pelo inadimplemento do negócio jurídico; pela lesão ou ameaça de lesão a direito. É a razão imediata do pedido.» (NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante - 10ª ed. rev., ampl, e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 360.)

⁶⁶ Lei nº 168/99, de 18 de setembro.

⁶⁷ Em que pese o nosso pessoal entendimento no sentido de que a hipótese de expropriação por utilidade pública estaria mais bem ajustada aos Tribunais Administrativos, já expusemos que se trata de uma opção político-legislativa.

foi atribuída uma indenização, de modo que, não há aqui que se falar em subsunção aos preceitos do Código das Expropriações. Entretanto, os traços genéticos bem demonstram estarmos, de fato, diante de uma expropriação, modalidade de intervenção do Estado na propriedade.

Ao que nos parece, a expropriação aqui em comento foi uma medida unilateral ilícita da Administração⁶⁸.

Não houve, em verdade, qualquer observância aos preceitos legais regentes da matéria. No entanto, com fundamento na supremacia do interesse público, houve um verdadeiro apossamento administrativo. Por isso, não nos parece razoável pôr esta espécie de restrição à propriedade privada pelo poder público sob outro rótulo que não seja o de relação jurídica de direito administrativo.

Importa salientar que não se cuida aqui de fazer as vezes da comadre que simplesmente olha o bebê e diz, ao seu talante, com quem parece... Trata-se de submeter um instituto à análise para verificar se nele se reconhece a possibilidade de aplicação dos princípios e regras peculiares ao regime jurídico administrativo.

A correta identificação da parentela terá efeitos práticos, notadamente o de apontar a melhor solução para a regra de competência. Sobre este propósito, aliás, Maria João Estorninho, ao comentar entendimentos de Santamaria Pastor, lembra-nos que a busca doutrinal do critério de identificação do Direito Administrativo se colocou basicamente nos países com dualidade jurisdicional para julgamento dos atos das entidades ad-

⁶⁸ Na doutrina administrativista brasileira, é comum tratar este fato pela terminologia “desapropriação indireta” (por exemplo: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 17ª. ed. São Paulo: Malheiros. 2004, p.782.). Contudo, muito apropriada é a crítica feita por José dos Santos Carvalho Filho: «a despeito de qualificada como indireta, essa forma expropriatória é mais direta do que a que decorre da desapropriação regular... Nela, o Estado age realmente *manu militari* e, portanto, muito mais diretamente.» (in CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 20ª. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 805.)

ministrativas, destacadamente na França e na Bélgica⁶⁹.

O Tribunal Central Administrativo Norte, ao decidir o recurso interposto no processo 050/09.1 BEAVR, efetuou a análise do feito para conferir se a matéria controvertida era ou não de natureza jurídico-administrativa.

E chegou a uma conclusão tão interessante que merece ser aqui transcrita⁷⁰:

«Ora, parece-nos que, independentemente da alegação de que a recorrida removeu uma tília e de um muro centenários e lhe tenha cortado terreno e de que tais operações estão previstas em normas de direito público como competência das Juntas de Freguesia (cf., entre outros, o art. 34.º, n.º2, al. f) da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro), de que constam das actas da Assembleia da Junta de Freguesia (cf. fls. dos autos), de que foram realizadas por máquinas e agentes sob as ordens e instruções da Junta, faz sentido, nem por isso deixa de o pedido principal aqui em causa ser uma acção de reivindicação nos termos supra referidos no acórdão citado, acção de reivindicação que é um direito real nos termos do art. 1311.º do CC e que tem por fim a devolução da coisa no estado actual.

E de que, é apenas accidental o recurso a regras de direito público para legitimar a detenção do prédio ocupado.» (sem destaques no original).

Esmiuçemos aquele raciocínio para melhor o compreendermos:

Foi afirmado ali que o sujeito “Administração Pública” (Junta de Freguesia) interveio na relação, e que, para exercer sua função administrativa de proteção ao interesse público, praticou operações previstas em normas de direito público. E ainda, que tais operações, discutidas em Assembleia e registra-

⁶⁹ ESTORNINHO. (Op. Cit. p.333/334).

⁷⁰

Disponível

em:«

<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/438fcef4a0511a898025782c005968e5?OpenDocument&Highlight=0,responsabilidade,extracontratua>
l» Acesso em 17/07/2012.

das em Atas, foram realizadas por agentes públicos, sob ordens e instruções da Administração... mas não existiu relação jurídico administrativa.

Como assim??

Muito pensamos. Mas não conseguimos perceber o que teria faltado para que aquela relação se subsumisse ao conceito de relações jurídicas administrativas.

Analizadas, portanto, as alegações trazidas pelo Autor, concluímos que o conhecimento da lide caberia à jurisdição administrativa. Passamos então a investigar o outro aspecto que, conforme aqui já mencionamos, é o pacificado na jurisprudência portuguesa e indicado pelo Tribunal de Conflitos como o adequado para a definição da competência, qual seja, o efeito jurídico pretendido.

O principal dos pedidos feitos pelo Autor foi o de que a Junta de Freguesia de Avelãs de Cima fosse condenada a repor o *status quo ante*, o que implicaria a reconstrução do perímetro original do jardim, a retirada do fontanário, a reconstrução do muro de pedra e a eliminação da vala aberta. Em suma, buscava o Demandante a reconstituição da situação jurídica violada.

O Tribunal Administrativo e Fiscal de Aveiro, entendendo que aquele petitório estaria radicado na pretensão de reposição/reinvidicação da propriedade do Autor relativa à parcela do prédio identificado na exordial, desenvolveu o raciocínio no sentido de que resultava «assim desse *quid* a pretensão do Autor de condenação do Réu no reconhecimento de um direito real de gozo (propriedade), consistente na restituição do bem objecto desse direito» e concluiu que a lide estaria excluída do âmbito da jurisdição administrativa.

Em sede recursal, o Tribunal Central Administrativo Norte decidiu que «bem andou a sentença recorrida ao entender que os tribunais administrativos eram incompetentes para o referido pedido de reconhecimento do direito de propriedade e de reposição do bem no estado anterior».

Novamente aqui perguntamos com espanto: Como assim??

Uma vez que os sujeitos parciais do processo concordaram e afirmaram que a propriedade do imóvel era do Autor, não faz sentido dizer que o objeto litigioso seria o reconhecimento dessa propriedade.

O corte desse nó górdio consiste em romper a parte do raciocínio que descambou para o lado do reconhecimento do direito de propriedade. Olvidaram aqueles julgados que a reconstituição natural é uma das formas possíveis de indenização nas ações de responsabilidade civil.

Mas, já lá vamos. Antes, porém, iremos pensar um pouco a respeito da propriedade.

3.6. DA PROPRIEDADE

A antiga noção de propriedade sagrada e inviolável, concebida pelo art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, legado da Revolução Francesa, com os adornos inscritos no art. 544 do posterior Código Civil de 1804⁷¹, sucumbiu ante os reclamos para ser harmonizada com as diversas necessidades sociais, tais como: segurança, produção e moradia⁷².

Vê-se assim que, em um Estado de Direito, aquele instituto, outrora tido por ilimitado, tem que ceder passo à persecução do satisfazer os imperativos da sociedade. Nessa toada,

⁷¹ Em artigo intitulado “Desapropriação para fins de reforma urbana”, Edilson Pereira Nobre Junior assim traduz o preceptivo: «*A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira a mais absoluta, desde que não se faça um uso proibido pelas leis ou regulamentos.*» In: Revista de informação legislativa. V. 39. Nº156. Brasília: 2002, p. 81.

⁷² Na Constituição da República Federativa do Brasil é garantido o direito de propriedade, que deverá atender a sua função social. Daí porque a mitigação deste direito, mediante o procedimento para desapropriação, é previsto não somente nas hipóteses de necessidade ou utilidade pública, mas também é possível por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro. (Artigo 5º, XXII, XXIII e XXIV).

verificamos que na Constituição da República Portuguesa⁷³ o direito de propriedade é garantido, não de forma absoluta, mas sim, sujeito a limitações, «*nos termos da Constituição.*»⁵

Passando ao nível infraconstitucional, observamos que o Código Civil Português garantiu ao proprietário o direito de gozar de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, porém, dentro dos limites da lei e com a observância das restrições por ela impostas⁷⁴.

A previsão destas limitações se justifica na necessidade da Administração de cumprir a sua função administrativa de prover o interesse público. Reconhece-se, desse modo, que para assegurar proteção e eficiente prestação de serviços à coletividade, o Estado precisa, em alguns momentos, atingir interesses individuais; dentre eles, a propriedade.

Esse dilema entre o coletivo e o indivíduo encontra solução no postulado da supremacia do interesse público⁷⁵, um dos fundamentos políticos da intervenção do Estado na propriedade.

Hodiernamente, é bem certo que, se de um lado o ordenamento de índole privada protege a propriedade como o mais pujante e sólido dos direitos subjetivos outorgados ao indivíduo⁷⁶; por outro lado, o direito público – notadamente, o Direito Administrativo – mitiga os direitos que o proprietário detém sobre a coisa, com fundamento na supremacia do interesse público.

⁷³ Art. 62.º n.º1 C.R.P.

⁷⁴ Art.1305.ºC.C

⁷⁵ Sobre o aprofundamento do conceito de “interesse público”, vide: JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva. 2005. P.36/43. Destaque para os trechos em que o Autor faz uma conceituação negativa de interesse público, nos quais esclarece que este não se confunde com interesse do Estado, nem com o interesse do aparato administrativo, tampouco com o interesse do agente público.

⁷⁶ ARAUJO, Edmir Netto de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 993/994

A moderna doutrina administrativista⁷⁷ aponta a submissão do direito de propriedade a restrições como exemplo dos direitos privados que devem ser exercidos com sujeição a determinadas limitações estabelecidas pelo Direito Administrativo, através de leis, regulamentos ou outras normas de ordenação.

3.7. DAS EXPROPRIAÇÕES

Diversos seriam os exemplos de limitações decorrentes de normas administrativas, tais como, as licenças/autorizações para construir. Contudo, são as expropriações a maior das limitações aos poderes do proprietário⁷⁸.

No Brasil, país que inovou ao conciliar a tradição de origem francesa do Direito Administrativo com o sistema americano, de jurisdição única ou de controle judicial, não paira qualquer dúvida quanto ao fato de que as intervenções da Administração na propriedade particular – quer de forma lícita, quer de forma ilícita – dizem respeito a relações jurídico-administrativas e devem ser tratadas como matéria atinente ao Direito Administrativo⁷⁹.

Em Portugal⁸⁰, a matéria é vista de forma bifurcada.

⁷⁷ Neste sentido: ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o direito privado. Coimbra: Almedina. 1999, p. 339.

⁷⁸ José Carlos Vieira de Andrade exemplifica o direito de propriedade face ao poder de expropriação como espécie dos *direitos enfraquecidos*, assim entendidos aqueles que podem, por força da lei ou por força de ato administrativo com base na lei, ser sacrificados através do exercício legítimo de poderes da autoridade administrativa. (ANDRADE. *Op. Cit.*, p.74).

⁷⁹ Tão pacífico é este entendimento que se trata mesmo de capítulo obrigatório nas obras sistemáticas do Direito Administrativo. Apenas a título de exemplo: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.* p. 717/845.

⁸⁰ Em verdade, no direito português são reconhecidas duas espécies de expropriações: a expropriação por utilidade pública e a expropriação por utilidade privada (v. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26/10/2004, processo nº 2455/04). Destinada a regular conflitos de interesses entre vizinhos, a expropriação por interesse privado encontra-se regulada pela lei civil (artigo 1550 e seguintes do Código Civil Português) e não guarda pertinência com o contencioso administrativo, razão

Conforme a disciplina da Lei n.º 168/99, de 18 de setembro – o Código das Expropriações - primeiro se tem que, da declaração de utilidade pública e até à investidura administrativa na posse dos bens (que terá lugar mesmo contra a vontade do expropriado), são consideradas relações jurídicas administrativas.

Exigência prevista na Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁸¹, a declaração de utilidade pública é considerada um ato administrativo e por isso se sujeita a ação administrativa especial. Submete-se, portanto, à jurisdição dos Tribunais Administrativos.

Ultrapassada a posse administrativa, avança-se ao próximo estágio, que é o da determinação do montante da justa indenização a ser atribuída ao expropriado, fixada segundo critérios que se prendem essencialmente com o valor real dos bens expropriados. Para o conhecimento de litígios decorrentes desta fase da expropriação por utilidade pública são competentes os tribunais de jurisdição comum.

Por força do disposto no art. 38º, nº 1 do Código das Expropriações, os tribunais comuns são competentes para o conhecimento e julgamento dos litígios decorrentes da fixação de indenização que não sejam resolvidos por arbitragem⁸².

Neste sentido, colha-se o escólio jurisprudencial⁸³:

«I – No julgamento das questões relativas a expropria-

por que não ocupará nossas atenções no presente trabalho.

⁸¹ O nome oficial da Convenção é «*Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais*». E a proteção á propriedade está prevista no primeiro dos artigos acrescentadas ao texto modificado nos termos das disposições do Protocolo nº 11, a partir da entrada deste em vigor, em 1 de Novembro de 1998.

⁸² Os tribunais comuns são o sítio competente para a resolução de todos os litígios que se prendam com a determinação e fixação da justa indenização decorrente da expropriação, inclusive aqueles relativos a eventuais erros nos elementos de identificação do imóvel a expropriar (v. Acórdão do Superior Tribunal Administrativo, de 30/01/02, Proc. nº 046594).

⁸³ Acórdão do Tribunal de Conflitos de 3/04/03, Proc. nº 0358 (Recuperado pelos Acórdãos do STA de 14/02/08, Proc. nº 0959/07 e do Tribunal de Conflitos de 22/02/11, Proc. nº 26/10).

ções, numa primeira fase há o acto administrativo de declaração de utilidade pública cujos eventuais vícios são sindicáveis pelos tribunais de jurisdição administrativa.

II - Numa segunda fase, todos os litígios referentes à indemnização são da competência dos tribunais de jurisdição comum.»

Apenas a título de reforço, convém lembrar que, no tópico anterior, já vimos que o Tribunal Constitucional não considerou inconstitucional essa opção legislativa de mitigar a plena jurisdição dos Tribunais Administrativos.

Sobre o tema expropriações, o sítio do Supremo Tribunal de Justiça na rede mundial de computadores – *internet* - disponibiliza para consulta um caderno temático com o sumário dos Acórdãos. Nele está refletida a jurisprudência produzida pelas Secções Cíveis daquela Corte, no período de 1996 a julho de 2010⁸⁴.

Na nota introdutória do referido caderno temático consta o registro de que a expropriação por utilidade pública é uma manifestação típica da sujeição dos titulares de direitos reais ao interesse coletivo, e que se restringe, *«por imperativo constitucional, vertido no nº 2 daquele preceito, aos casos previstos na lei e mediante o pagamento de justa indenização»*.

De fato, ao analisar a jurisprudência colacionada nas 93 páginas que compõem aquele caderno temático, verificamos que foram ali apreciados litígios em que foi declarada a utilidade pública da expropriação. Nada ali foi referido acerca de qualquer apropriação de fato, que tivesse sido levada a efeito desprovida daquela formalidade.

Mais adiante, ainda no sítio virtual do Supremo Tribunal de Justiça, deparamo-nos com outra compilação de jurisprudência temática, desta feita a respeito da responsabilidade civil

⁸⁴ Disponível em: <<http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-tematica/expropriacao1996-2010.pdf>> Acesso em: 18/07/2012.

extracontratual do Estado⁸⁵.

Nesse outro caderno temático, o qual condensa os sumários dos acórdãos tirados a respeito da questão pelas Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça, no período compreendido entre janeiro de 1996 e julho de 2010, foi esclarecido na nota introdutória que, para a facilitação da consulta, optou-se ali por compartimentar os sumários selecionados em três grandes categorias, a saber:

- responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da atividade político-legislativa;
- responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional;
- responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa.

Por uma questão de método, restringimos a nossa análise ao terceiro bloco. E lá encontramos o sumário referente a um processo no qual se discutiu o que aqui tratamos por “expropriação ilícita”⁸⁶.

Cuidou-se ali de uma contenda muito semelhante àquela que deu ensejo ao ajuizamento do processo nº 050/09.1BEAVR, que estamos aqui a analisar como *leading case*. Vejamos: o Município, sabendo que um terreno pertencia às autoras, e mesmo sem nenhum título, efetivou a ocupação e implantou uma praça de touros e ainda, cortou os pinheiros que existiam no prédio, sem ordem ou consentimento das proprietárias.

Conforme se depreende do sumário daquele julgado, o Tribunal Cível foi o foro competente para apreciar e julgar aquele ato ilícito da Administração por ter sido a apropriação administrativa considerada um “ato de gestão privada”.

⁸⁵ Disponível em: « <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisptematica/responsabcivilestado1996-2010.pdf> » Acesso em: 20/07/2012.

⁸⁶ A compilação peca por não fazer referência ao número do processo. Consta ali a seguinte referência: 24-06-2010 – Revista nº 679/03 ITBSSB.L1.S1. E, como não foi esclarecido, supomos que a data referida corresponde ao dia do julgamento.

Como assim?? Novamente questionamos.

Não nos foi dito que a Reforma do Contencioso Administrativo havia alargado o âmbito de competência da jurisdição administrativa e que já não mais existia interesse na questão da qualificação entre atos de gestão pública e atos de gestão privada, porquanto fora cometido aos Tribunais Administrativos o conhecimento dos litígios respeitantes à responsabilidade civil extracontratual das pessoas coletivas públicas, independentemente de emergirem de atos de gestão pública ou de atos de gestão privada?

A nossa confusão mental surgiu por observamos que, ao contrário da jurisprudência referida, a elite da doutrina administrativista⁸⁷ leciona que claramente decorre o art. 4º, nº1, alínea “g”, do ETAF que « *compete à jurisdição administrativa apreciar toda e qualquer questão de responsabilidade civil extracontratual emergente de actuação de órgãos da Administração Pública* ».

Desconfiamos, portanto, que a nossa dificuldade de percepção estivesse radicada na distinção dos conceitos de “gestão pública” e “gestão privada”.

Após diversas leituras doutrinárias e jurisprudenciais, deparamo-nos com um Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, sumário do julgamento do Agravo nº 1515//07⁸⁸, o qual, com uma clareza didática, assim distingue aqueles conceitos:

«- Actos de gestão pública são os praticados pelos órgãos ou agentes da Administração no exercício de um poder público, ou seja, no exercício de uma função pública, sob o domínio de normas de direito público, ainda que não envolvam ou representem o exercício de meios de coerção;

- Actos de gestão privada são os praticados pelos órgãos ou agentes da Administração em que esta aparece despida do

⁸⁷ ALMEIDA, Mário Aroso de. O Novo Regime... Op. Cit., p . 85

⁸⁸ Disponível em: < http://www.trp.pt/competenciacivil/conflicto07_1515.html >
Acesso em: 21/07/2012.

poder público (o *ius imperii*), e, portanto, numa posição de paridade com o particular ou os particulares a que os actos respeitam, e, daí, nas mesmas condições e no mesmo regime em que poderia proceder um particular, com inteira submissão às normas do direito privado.»

Embora discordemos das conclusões ali apresentadas, não podemos deixar de reconhecer que esse Acórdão do Tribunal de Relação do Porto é um dos melhores que encontramos na vasta jurisprudência estudada. Muitíssimo bem redigido, demonstra conhecimento jurídico e boa concatenação das ideias.

Teceu crítica à falta de clareza do legislador do ETAF, a quem julgou parecer continuar a ter interesse na qualificação do ato lesivo das "pessoas coletivas".

Sustentou que a letra da lei não bastou para afastar este entendimento, pois «*para tal deveria o legislador ser mais cuidadoso na alteração, mencionando, de forma expressa e clara - até pelo facto de terem corrido rios de tinta à volta da aludida questão gestão pública/gestão privada -- que a jurisdição dos tribunais administrativos era "indiscutível" independentemente da possível qualificação do acto lesivo dos interesses de terceiro como de gestão pública ou de gestão privada.*»⁸⁹

⁸⁹ Como reforço de tese, esse Acórdão do Tribunal de Relação do Porto faz referência a um outro que havia sido proferido no ano de 2006. Entendemos oportuno transcrever o seguinte excerto:

Sobre esta matéria, cremos ser relevante citar o Ac. da Rel. do Porto, de 23.02.2006, in www.dgsi.pt, citado no despacho recorrido, onde se escreveu:

"Não se desconhece que a Reforma do Novo Contencioso Administrativo pretendeu estender a competência da jurisdição administrativa a algumas questões que anteriormente lhe estavam vedadas, nem que algumas posições doutrinárias, vieram já tomar partido e considerar que os Tribunais Administrativos serão competentes para conhecer de todas as questões relativas à responsabilidade civil extracontratual de qualquer entidade pública seja ela emergente de uma relação jurídica de direito público ou de direito privado.

Não estão ainda debatidas estas questões, pelo menos de forma pública e suficiente ao nível da jurisprudência que permitam estabelecer que efectivamente o legislador

Convém aqui reafirmar o nosso entendimento no sentido de que, a verdadeira valorização da jurisdição administrativa, coadunada com o princípio da plenitude da jurisdição administrativa previsto no texto constitucional, dispensa a distinção da natureza dos atos de gestão.

Inobstante essa divergência de posicionamentos, por estarmos imbuídos do espírito de experimentação científica, achamos por bem submeter os fatos aqui debatidos ao crivo dos conceitos apresentados no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto acima destacados.

Ainda assim, não conseguimos chegar às mesmas conclusões a que chegaram os ilustres Magistrados do Porto, pois, no nosso entender, quando o Município decide construir uma praça de touros, ou quando uma Junta de Freguesia resolve ampliar uma rua e construir um fontanário, estão aquelas pessoas coletivas agindo em prol do interesse público, o que já é suficiente para afastar a posição de paridade com o particular

do Etaf pretendeu, pelo menos em matéria de responsabilidade civil extracontratual converter os Tribunais Administrativos nos Tribunais privativos de quem desempenha funções públicas quer essa responsabilidade tenha algo a ver, pouco, ou nada com esse desempenho de funções. No limite esta interpretação levará a uma alteração completa da definição da competência material dos Tribunais em função do objecto do processo para a qualidade das partes que titulam a relação material controvertida. Ou seja, com esta interpretação, em sede de responsabilidade civil extracontratual, mesmo que esteja em causa apenas uma questão de direito privado, os Tribunais comuns conhecerão das questões entre os particulares, excepto se uma das partes exercer qualquer função pública, porque isso implicará que só perante o Tribunal Administrativo se poderá colocar a questão, mesmo que os factos geradores dessa responsabilidade nada tenham a ver com o exercício de funções públicas. Admitindo-se que da especialização possa resultar algum melhor conhecimento das matérias, não se compreende como da qualidade dos intervenientes processuais - entes que desempenham funções públicas versus entes particulares - alheada em absoluto dos conteúdos a discutir, possa resultar a definição da competência material dos Tribunais, pelo menos numa interpretação conforme à Constituição da República Portuguesa, sob pena de se estabelecer que os Tribunais Administrativos, dotados além do mais de um corpo privativo de juizes, recrutados de forma diversa daquela em que o são os juizes da Magistratura Judicial comum, e em que é factor preferencial o exercício anterior de cargos administrativos, são os únicos onde podem ser demandados os cidadãos que exerçam qualquer cargo público.

ou os particulares a que os atos respeitam.

Mister se faz desvencilhar-se das lentes que ainda conferem aos fatos um embaçado colorido do Direito Francês. E, em substituição, pôr aquelas que enxergam sob o prisma do Direito consagrado na atual Constituição da República Portuguesa. Assim, será possível perceber que, nos dias de hoje, o Direito Administrativo é indissociável da prossecução do interesse público (Artigo 266º).

A função administrativa consiste exatamente no provimento concreto desses interesses. «*Cabe à Administração Pública, no seu dia-a-dia, interpretar o interesse público, para aplicá-lo às hipóteses da realidade viva.*»⁹⁰

Portanto, quando a Administração adentra em imóveis cujos proprietários são conhecidos e, por meio de seus agentes e sob suas ordens derruba árvores e muros; quer seja para proteger as pessoas e os bens da população (alargamento de rua), para prestar um serviço público (instalação de um fontanário), ou ainda, para propiciar o lazer a uma comunidade (construção de uma praça de touros), está, indubitavelmente, a praticar em caráter direto a função administrativa. Ou, utilizando as palavras acima citadas, está a *interpretar o interesse público*.

Avançando o raciocínio temos que, se a Administração tiver se acautelado de adotar as providências alusivas à declaração de utilidade pública e à respectiva indenização antes de adentrar na propriedade do particular e praticar suas funções vinculadas ao interesse público, teremos configurada uma expropriação, nos moldes previstos em lei. Mas, se isso não ocorreu e as ações foram praticadas sem um justo título, não deixou de ter havido uma expropriação; esta, porém, foi ilícita.

⁹⁰ BORGES, Alice Maria Gonzales. Interesse público: um conceito a determinar. In: Temas do Direito Administrativo Atual (estudos e pareceres). Belo Horizonte: Fórum. 2004, p. 193. Ainda nesta mesma página: «*a função administrativa está irremediavelmente vinculada a uma finalidade de interesse público, do qual é ancila serviente.*»

3.8. DO REGIME DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA-CONTRATUAL DO ESTADO

Enunciamos nossa intenção de vir a tocar no assunto a respeito das formas possíveis de indenização nas ações de responsabilidade civil quando, no tópico 3.5, analisamos as especificidades do caso escolhido como objeto de estudo,

Ocupa-nos, portanto, neste tópico, as obrigações a que o Estado e demais entidades públicas se sujeitam quando são causadores de prejuízos aos particulares.

Vimos já que, ao declinar a competência do Tribunal Administrativo para conhecer do litígio aqui em estudo, o despacho saneador proferido no processo nº 050/09.1BEAVR não adotou como fundamento a previsão de competência dos tribunais comuns gizada no Código das Expropriações. Nem poderia fazê-lo, pois, como já aqui observado, isso caberia a uma segunda fase do processo expropriatório que, no caso em comento, sequer fora iniciado.

Em vez disso, foi ali declarado que o conhecimento da causa cabia ao Tribunal Judicial sob o fundamento de que *«se consideram excluídos do âmbito da jurisdição administrativa os pedidos de condenação no reconhecimento de direitos reais de gozo (propriedade e outros) quer o pedido de restituição do bem objecto desse direito»*.

E nessa mesma toada foi a fundamentação do Acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo Norte assim gizada: *«bem andou a sentença recorrida ao entender que os tribunais administrativos eram incompetentes para o referido pedido de reconhecimento do direito de propriedade e de reposição do bem no estado anterior.»*

Entretanto, não nos pareceu que o objeto da ação fosse o reconhecimento do direito de propriedade, pois, conforme já expusemos, as partes em litígio eram concordes quanto a esse aspecto.

Em verdade, o que ocorreu foi que o autor sofreu danos em sua propriedade, causados por uma pessoa coletiva de direito público e resultantes do exercício de uma função administrativa.

Tanto assim que, no seu arrazoado recursal, aquele demandante, firme no argumento de que caberia aos Tribunais Administrativos declarar a responsabilidade civil das pessoas coletivas públicas, esclareceu que não pretendia obter do Juízo o reconhecimento do seu direito de propriedade, mas sim, «a reposição do *statu quo* ante e a indemnização pelos danos causados».

A Administração, no exercício de suas funções legislativa, jurisdicional e administrativa e, em decorrência de ações ou abstenções, lícitas ou ilícitas, pode vir a causar prejuízos à esfera juridicamente garantida dos particulares. E, em um Estado Democrático de Direito⁹¹, incumbe também à Administração a obrigação de reparar os danos causados, assim como sói acontecer com qualquer outro sujeito de direitos.

Nessa ordem de ideias e, em seguimento ao novo regime de contencioso administrativo inaugurado com a Reforma de 2002, o ordenamento jurídico português trouxe à existência um novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, aprovado pelo anexo à Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, com uma alteração, decorrente da Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho.

Para a reflexão que queremos aqui fazer, faz-se oportuno transcrever o artigo 3.º das Disposições Gerais ali previstas:

«Artigo 3.º

Obrigação de indemnizar

1 - Quem esteja obrigado a reparar um dano, segundo o disposto na presente lei, deve reconstituir a situação que exis-

⁹¹ A referência ao período histórico é apenas para realçar que não nos foge da mente que, na origem do Direito Público, vigia o princípio da irresponsabilidade do Estado, traduzido em fórmulas como “*Le Roi ne peut mal faire*” ou “*The King can do not wrong*”.

tiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.

2 - A indemnização é fixada em dinheiro quando a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa.

3 - A responsabilidade prevista na presente lei compreende os danos patrimoniais e não patrimoniais, bem como os danos já produzidos e os danos futuros, nos termos gerais de direito.»

O destaque da literalidade do texto legal foi na intenção de bem evidenciar que, no atual regime, o princípio geral quanto à obrigação de indenizar passa a ser o da reparação natural⁹², exigindo-se a reposição das coisas no estado em que estariam se não tivesse ocorrido o dano; e, de forma subsidiária, é prevista a indenização em dinheiro.

Outro importantíssimo ponto daquele preceito legal a ser aqui refletido reside no artigo 7.º, do capítulo referente à responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa, que pregoa a responsabilidade exclusiva do Estado e demais pessoas coletivas de direito público « pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício.»⁹³

Voltando novamente o olhar para o caso objeto deste estudo e, aplicando o direito aos fatos, percebemos que a Administração (Junta de Freguesia), no exercício de sua função administrativa e na prossecução do interesse público de garantir proteção às pessoas e aos bens da população, cometeu um fato ilícito, notadamente uma expropriação ilícita.

⁹² Como a reposição do bem não era possível no Decreto-Lei nº 48 051, de 21 de Novembro de 1967, somos levados a crer que estava formatado pelo antigo regime o raciocínio desenvolvido no julgamento do processo objeto de estudo.

⁹³ Para as hipóteses de dolo ou culpa grave, foi prevista no artigo 8º a responsabilidade solidária.

Embora guardemos a preferência por subsumir os fatos trazidos pelos autos à hipótese de ocorrência do fato ilícito, na forma prevista no referido artigo 7.º, entendemos que há ainda outra possibilidade de subsunção, qual seja, a da indenização pelo sacrifício, decorrente da afetação do conteúdo substancial de direito ou interesse violado ou sacrificado, conforme preconiza o artigo 16.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas.

Quer sigamos o caminho do fato ilícito quer sigamos o caminho do sacrifício indenizável, a pretensão autoral de reconstituição da “situação que existiria se não tivesse verificado o evento que obriga à reparação” é juridicamente possível.

E, uma vez que, por força do disposto no artigo 4.º do ETAF, a jurisdição administrativa passou a ser competente para toda e qualquer ação de responsabilidade civil extracontratual contra o Estado e outras entidades públicas, o que nos parece é que a competência para conhecer e julgar aquele pedido deve ser da incumbência dos Tribunais Administrativos.

3.9. DA METÁFORA DO DIVÃ

Já referimos neste trabalho a obra “O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise”. Nela, o Professor Doutor Vasco Pereira da Silva se utiliza de referências da religião Católica para expor uma metáfora⁹⁴, pela qual distingue três fases principais na evolução do contencioso administrativo.

Em apertada síntese, as três fases, as quais o Autor ressalta que poderiam também ser associadas a três momentos distintos da evolução do Estado, seriam:

⁹⁴ À p. 12, o Autor revela que já havia se referido a esta metáfora em obras anteriores: «A Natureza Jurídica do Recurso Directo de Anulação», Almedina, Coimbra, 1985; «O Recurso Directo de Anulação – Uma Acção chamada Recurso», Cognitio, Lisboa, 1987; «Para um Contencioso Administrativo dos Particulares – Esboço de uma Teoria Subjectivista do Recurso Directo de Anulação». Almedina, Coimbra, 1989; «Em Busca do Acto Administrativo Perdido», Almedina, Coimbra, 1996.

a) A fase do “pecado original”: assim denominado o período que vai do nascimento da disciplina, no século XVIII até o século XIX. Nessa proposta, considerou-se que o “pecado original” do Contencioso Administrativo teria sido a «promiscuidade entre as tarefas de administrar e de julgar».

Fruto que foi da Revolução Francesa, o Contencioso Administrativo inicialmente mais se prestava a garantir a defesa do poder Público do que a proteger os particulares.

Longeva, esta fase assumiu três diferentes configurações ao longo de sua evolução:

1) Um primeiro período, de 1789 a 1799, marcado pela completa confusão entre as funções administrativa e jurisdicionais;

2) Um segundo período, de 1799 a 1872, denominado de sistema da “justiça reservada”, no qual foi criado o Conselho de Estado Francês;

3) Um terceiro período, de 1872 em diante, conhecido pelo sistema de “justiça delegada”, «em que as decisões do Conselho de Estado se tornam definitivas, por “delegações de poderes” do executivo, deixando de ser meros pareceres sujeitos a homologação».

Convém ter em mente a observação de que, em Portugal, enquanto vigia a Constituição de 1933 (ou seja, até 1976), manteve-se a lógica da “justiça delegada”, porquanto os tribunais administrativos eram ainda órgãos da Administração.

b) A fase do “baptismo”: «ou da plena jurisdicionalização do Contencioso Administrativo, prenunciada na transição dos séculos XIX para o XX, e cujo apogeu vai ficar associado ao modelo de Estado Social.»

Ao explanar sobre esta segunda fase, o Autor ressalta que, em Portugal a evolução se deu com mais vagar, de modo que o “baptismo” teria sido concomitante com a “confirmação” (fase seguinte como já iremos ver). E explica que isso se deu porque a plena jurisdicionalização dos tribunais administrativos

somente ocorreu quando, findo o Estado Novo, a Constituição de 1933 veio a ser substituída pela Constituição de 1976.

c) A fase da “crisma” ou “da confirmação”: correspondente à situação dos dias atuais, tem como características a reafirmação da natureza jurisdicional do Contencioso Administrativo, combinada com a consagração da dimensão subjetiva, destinada à proteção integral e efetiva dos direitos dos particulares.

Propõe o Autor que esta fase seja dividida em dois períodos: o da constitucionalização, em que se generaliza a elevação da disciplina ao nível constitucional; e o da europeização, que decorre do surgimento de um Direito Europeu do Contencioso Administrativo.

Essa muito perspicaz ideia de metáfora (que já se tornou clássica nos estudos acerca do Contencioso Administrativo em Portugal)⁹⁵ foi aqui vista, numa espécie de “*voe panorâmico*”, no intuito de demonstrar que, também se olharmos sob o prisma daquela proposta doutrinária, iremos concluir que a competência para o conhecimento dos litígios que envolvem a responsabilidade da Administração nas expropriações ilícitas deve caber aos Tribunais Administrativos.

Sim, porque, pela divisão de fases acima destacada, no atual momento histórico, o Contencioso Administrativo tem por traço distintivo fundamental não somente a previsão dos Tribunais Administrativos no texto fundamental, mas também, e necessariamente, o imperativo de que a jurisdição destes tribunais seja plena e efetiva.

Como vimos anteriormente, ocorre o que chamamos por

⁹⁵ No Brasil, com o início do período Republicano, foi suprimido o Poder Moderador e a jurisdição administrativa atribuída ao Conselho de Estado. Abandonou-se assim a influência francesa de dualidade e acolheu-se o modelo anglo-americano da unidade da jurisdição (Decreto n.º 848, de 11/10/1890). Dai porque, aos olhos daqueles que vêm daquele país, a referida obra ganha ainda mais relevo, porquanto nos facilita sobremaneira a compreensão daqueles “traumas” que nos são completamente estranhos... (*o que não significa que não tenhamos os nossos próprios distúrbios...*)

“expropriação ilícita” quando a Administração, no exercício de sua função administrativa e sob o fundamento de persecução ao interesse público, se apossa de um imóvel de propriedade do particular sem antes adotar as providências previstas no Código das Expropriações, notadamente a declaração de utilidade pública e a fixação de justa indenização.

Vimos ainda que existe argumento lógico/jurídico tanto para concluir que as expropriações ilícitas devem ser tratadas por “fato ilícito”, quanto para concebê-las como “sacrifício indenizável”.

E, seguindo-se por um caminho ou por outro, chega-se à ação de responsabilidade civil extracontratual contra o Estado e outras entidades públicas, cuja competência para conhecer e julgar percebemos que deve ser atribuída aos Tribunais Administrativos⁹⁶.

Não obstante, verificamos na análise jurisprudencial, que os casos de expropriação ilícita vêm sendo tratados como hipóteses de “atos de gestão privada” e, por isso, conhecidos e julgados pelos Tribunais Cíveis.

Utilizando a metáfora para analisar o fenômeno, percebemos que o tratamento conferido às ações de responsabilidade civil extracontratual nas hipóteses de litígios emergentes de expropriações ilícitas findou por menoscabar o conteúdo da Reforma de 2002.

De fato, houve a cerimônia do baptismo do Contencioso Administrativo Português. Isso porque a Constituição de 1976, já em sua primitiva versão previu como jurisdição autônoma, dentro do Poder Judicial, os Tribunais Administrativos, dantes promiscuamente inseridos na Administração.

E, com a revisão de 1989, foi ampliada aquela delimitação do âmbito de jurisdição para garantir expressamente aos administrados o acesso à justiça administrativa para tutela dos

⁹⁶ Por força do Artigo 212º, nº3, da Constituição da República Portuguesa, combinado com o Artigo 4º, nº1, alínea “g”, do ETAF.

seus interesses legalmente protegidos (nº 5, art. 268º).

Todavia, quando chegou a altura de celebrar a crisma, eis que alguns fiéis foram impedidos de receber o sacramento.⁹⁷ As expropriações por utilidade pública ainda chegaram a ser parcialmente unguidas. Mas, às expropriações ilícitas, o Bispo negou o óleo, terminantemente. Talvez porque estas tivessem cometido pecados maiores...

3.10. DA REMISSÃO DOS PECADOS

Em verdade, dizemos: o que aconteceu foi que o Bispo pecou. E o pecado não foi fruto da ignorância, mas do medo.

Medo de ousar permitir que a Reforma de 2002 mostrasse, de fato, a que veio: para causar transformações profundas no Contencioso Administrativo, tanto no plano estrutural (referente à organização judiciária), como também no plano material (relativo às normas de direito processual).

Asseveramos que o temor não foi decorrente da ignorância, pois é evidente que o Bispo era conhecedor da causa e dos direitos. Ele participou colóquios promovidos conjuntamente pelo Ministério da Justiça e pelas Faculdades de Direito nos quais foram discutidos os anteprojetos e projetos de lei do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais - ETAF e do Código de Processo nos Tribunais Administrativos - CPTA.

Ele era conhecedor da Exposição de Motivos do ETAF, reveladora da intenção dos reformadores de ampliar o âmbito da jurisdição administrativa de modo a torna-la plena e efetiva na proteção dos seus jurisdicionados e em consonância com o texto constitucional e sabia que este era o anseio de muitos

⁹⁷ Isso não passou despercebido ao Autor da metáfora, o qual entende que a Reforma de 2002 veio concretizar o modelo constitucional de Justiça Administrativa e assegurar a tutela judicial plena e efetiva dos direitos dos particulares «mesmo se alguns componentes da reforma – v. g. a responsabilidade civil, o contencioso tributário – não foram logo realizados, ou se algumas escolhas legislativas possam ser objecto de merecida crítica.», p. 100/101.

operadores do Direito Administrativo.

Percebia, portanto, que o alargamento do âmbito da jurisdição administrativa passava pela superação da dualidade de jurisdições em matéria de responsabilidade administrativa e ainda, que isso seria fundamental para verdadeiramente concretizar a República Portuguesa como Estado de Direito Democrático, conforme consagrado na Constituição (Artigo 2º).

Não obstante tantas informações e conhecimentos, preferiu se agarrar a uma “opção legislativa de longa tradição” e manter a atribuição aos tribunais civis para apreciar algumas questões de natureza jurídico-administrativa.

Porém, não sejamos impiedosos para com o Bispo. O medo que o movia, sem sombra de dúvidas, era decorrente das «”experiências traumáticas”, que marcaram a “infância difícil” do Processo e do Direito Administrativo»⁹⁸.

É preciso ter em consideração que, por mais de quatro décadas, ele esteve sob o jugo da Constituição de 1933, a qual dissimulava órgãos da Administração em tribunais administrativos e exercentes de cargos públicos administrativos em Juizes de poderes limitados. E ainda, que ele presenciou toda sorte de promiscuidade entre as tarefas de administrar e julgar.

Foi, de fato, uma vivência tão causadora de feridas morais e psicológicas que chegou a turvar o raciocínio do pobre Bispo e enchê-lo de preconceitos a ponto de fazê-lo acreditar que os tribunais administrativos, mesmo após a reforma, padeciam de incuráveis insuficiências que os tornavam incapazes de dar respostas adequadas, sem o risco de gerar disfuncionalidades no sistema⁹⁹.

Mas, nem tudo está perdido, porquanto há na doutrina da Igreja Católica o sacramento do perdão, que envolve a remissão dos pecados mediante a confissão e a prática de uma peni-

⁹⁸ SILVA, Vasco Pereira da. O contencioso... Op. Cit. , p. 11.

⁹⁹ Conforme referido no do Acórdão N.º 522/2008, Processo n.º 253/08. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080522.html> > Acesso em: 15/07/2012

tência (reparação dos danos causados pelo pecado).

4. DAS CONCLUSÕES

Ao término do exposto, consideramos dignas de serem sumariadas as seguintes conclusões:

- a) O modelo francês de justiça administrativa foi introduzido em Portugal em 1932, e manteve-se vivo (embora com variações) ao longo do período chamado Estado Novo (de 1933 até 1976). Por esse sistema, os Tribunais Administrativos estavam atrelados ao Ministério da Justiça – razão por que sequer eram considerados verdadeiros tribunais. Tratava-se de tribunais nos quais nem todas as pretensões fundadas em Direito poderiam ser deduzidas contra a Administração posto que eram constituídos por Juízes nomeáveis e demissíveis pelo Governo, com poderes limitados, que apenas se prestavam à fiscalização da legalidade, cingindo-se a anular ou a declarar nulos os atos recorridos. Na proposta doutrinária de Vasco Pereira da Silva, corresponderia à “fase do pecado original”;
- b) A atual Constituição da República Portuguesa, em sua versão de 1976, conferiu aos Tribunais Administrativos o status de verdadeiros tribunais judiciais, lhes conferindo poderes para, além de anular atos, também reconhecer aos particulares os seus direitos ou interesses legalmente protegidos. E, com a revisão de 1989, foi ampliada aquela delimitação do âmbito de jurisdição para garantir expressamente aos administrados o acesso à justiça administrativa para tutela dos seus interesses legalmente protegidos (nº 5, art. 268º). Estava, portanto, consagrado pela Lei Maior o princípio da plenitude da garantia jurisdicional administrativa. Tratar-se-ia esta da “fase do baptismo” do

- contencioso administrativo português;
- c) Inobstante o texto constitucional tivesse ampliado os poderes e o âmbito da jurisdição administrativa, os preceitos infraconstitucionais continuavam fiéis ao sistema de inspiração francesa. Essa ordem somente foi alterada com a grande reforma do contencioso administrativo português, que, levada a efeito pela Lei n° 13/2002, de 19 de fevereiro (Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais - ETAF) e pela Lei n° 15/2002, de 22 de fevereiro (Código de Processo nos Tribunais Administrativos – CPTA) veio a compatibilizar o complexo de tribunais administrativos com o texto constitucional. Seria esta a “fase da crisma” ou “da confirmação”;
 - d) Uma das principais inovações implementadas pela aludida reforma, foi a fixação da competência dos Tribunais Administrativos para o conhecimento dos litígios atinentes às questões de responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas, independentemente de emergirem de atos de gestão pública ou de atos de gestão privada;
 - e) Numa revelação de resquícios traumáticos da fase pecaminosa, foi mantida a competência dos Tribunais Cíveis para o conhecimento e julgamento de algumas relações materiais controvertidas de natureza jurídico-administrativa - a exemplo das expropriações por utilidade pública - apesar de o texto constitucional e as disposições infraconstitucionais terem preconizado uma jurisdição administrativa plena e autônoma;
 - f) O Tribunal Constitucional já decidiu que esta opção se justifica pelas *«insuficiências de que padece a rede de tribunais administrativos (mesmo após a reforma), incapaz de dar a adequada resposta, sem o risco de gerar disfuncionalidades no sistema.»*

- g) O Código das Expropriações nada previu a respeito das hipóteses de ocorrência das expropriações ilícitas, talvez supondo que elas não ocorressem na República Portuguesa. Entretanto, a análise jurisprudencial bem demonstrou que, no mundo real, diversas vezes a Administração, no exercício de sua função administrativa e sob o fundamento de persecução ao interesse público, se apossou de imóveis de propriedade particular sem antes adotar as providências previstas no Código das Expropriações, notadamente a declaração de utilidade pública e a fixação de justa indenização.
- h) À míngua de uma legislação específica e ainda, por trazerem arraigados traumas e preconceitos originados no tempo do Estado Novo, os Tribunais Administrativos têm declinado da competência para o conhecimento de casos dessa espécie.
- i) Os Tribunais Cíveis têm sido o foro competente para apreciar e julgar as expropriações ilícitas, porquanto as apropriações administrativas desprovidas de justo título não vêm sendo consideradas como “relações jurídico-administrativas”, mas sim, como “atos de gestão privada”.
- j) Faltou ao legislador a ousadia para romper definitivamente com os resquícios do pensamento, vigorante à altura do Estado Novo, de que os valores mais caros deveriam ser reservados à competência dos tribunais civis e concentrar na jurisdição administrativa o conhecimento de todos os litígios relativos à responsabilidade da Administração, quer por atos de gestão pública, quer por atos de gestão privada.¹⁰⁰
- k) O pecado da covardia pode vir a ser remido. A peni-

¹⁰⁰ Nesse diapasão, Mário Torres aduz: «não só pela dificuldade de distinção das figuras, mas também porque há casos práticos em que há pedidos de indemnização cuja causa de pedir é complexa». In: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 16, 1999, p. 90.

tência consistiria em uma atitude legislativa de regular a verdadeira inclusão de todos os litígios que envolvessem a responsabilidade civil extracontratual no âmbito de competência da jurisdição administrativa.

Tal atitude reclama o desapego das velhas fórmulas de colorido francês. E implica uma nova mentalidade, que percebe que a valorização da jurisdição administrativa se faz necessária para a existência do Estado Democrático de Direito.

Mister se faz, para tanto, pensar de forma próspera na busca de soluções técnico/funcionais para avaliar quais disfunções existem e precisam ser solucionadas: se é o número de Magistrados, o número de funcionários, a forma de acesso, o número de tribunais, as instalações físicas, o aparato técnico, a especialização por matéria... Enfim, isso demandaria um estudo específico. De toda sorte, fundamental é se desvencilhar da ideia de que os Tribunais Administrativos padecem de insuficiências impossíveis de serem solucionadas.¹⁰¹

4.1. DISPOSITIVO

Nestes termos, decide-se considerar competente, em razão da matéria, a jurisdição administrativa para o conhecimento dos litígios que envolvem a responsabilidade da Administração nas expropriações ilícitas.

Sem custas.

¹⁰¹ Diogo Freitas do Amaral e Mário Aroso de Almeida já conclamaram: «Cumpre, agora, prosseguir o caminho trilhado. Ao novo Governo está lançado o desafio de dotar a justiça administrativa dos meios indispensáveis à concretização da reforma, instalando a imprescindível rede de tribunais administrativos de círculo e dotando-a dos recursos técnicos e humanos necessários ao cumprimento da sua missão.» In: *Grandes linhas...* Op. Cit., p. 7.

Lisboa, julho de 2012. – Fedra Teixeira Gonçalves Simões (relatora)

