

## **A Súmula nº 23 do Supremo Tribunal Federal e a incongruência da vedação de indenização frente ao princípio da boa-fé, ao direito de propriedade e à vertente da teoria dos atos próprios, denominada *venire contra factum proprium***

Gustavo Angelim Chaves Corrêa\*

Resumo: O presente artigo resulta da análise do teor da Súmula 23 do Supremo Tribunal Federal, que, fundada em um único julgado, proferido nos idos de 1962, estabelece a vedação de indenização da obra, regularmente licenciada, em área objeto de declaração de utilidade pública para efeitos expropriatórios. Examina-se no trabalho a extensão do entendimento sumular e, também, o comando impresso pelos artigos 10 e 26, parágrafo 1º, do Decreto-lei nº 3.365, de 21.06.41, trazendo à discussão a validade intrínseca da Súmula 23 do Supremo Tribunal Federal, analisando as especificidades dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da proibição do *venire contra factum proprium*, aplicados especificamente às relações entre Administração e os cidadãos.

Palavras-Chave: Súmula 23 – direito de propriedade – desapropriação – boa-fé – segurança jurídica

Sumário: *Introdução. 1 Leitura da Súmula 23 do Supremo Tribunal Federal. 1.1 Do teor da Súmula 23 do STF. 2. Do venire contra factum proprium e do princípio da boa-fé. 3 Do ato vinculado de concessão de licenciamento de obras. 3.1 Do direito de propriedade. 3.2 A Súmula 23 do STF e licenciamento para construção. 4 Conclusões. 5 Referências bibliográficas.*

### **Introdução**

Busca este trabalho veicular uma visão crítica do alcance da interpretação da *Súmula nº 23 do STF* e a incongruência da vedação de indenização, ali declinada, frente ao princípio da *boa-fé*, ao *direito de propriedade* e, também, a uma das vertentes da teoria dos atos próprios, denominada *venire contra factum proprium*. Constitui, também, ponto de debate a redação do *art. 10 e parágrafo único e art. 26, parágrafo 1º, ambos do Decreto-lei nº 3.365, de 21.06.41*, diante da inconstitucionalidade da vedação de indenização da obra, ainda que regularmente licenciada, no denominado “período suspeito”, caracterizado que é pelo lustro entre a data de edição do decreto e a últimação, ou não, dos atos expropriatórios. Igualmente, é proposta do trabalho o debate da extensão do valor e alcance da indenização devida quando a obra for licenciada após a declaração de utilidade pública, tomando-se por base inicial a pesquisa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e demais tribunais superiores em paralelo à doutrina nacional e alienígena.

### **1 Da leitura da Súmula 23 do Supremo Tribunal Federal**

Não restam dúvidas sobre o papel da boa-fé como instrumento de controle dos abusos verificados nas relações jurídicas. Sabe-se, assim, que a incorporação desse valor tornou imperfeito todo e qualquer ato que venha a desprezar o padrão ético existente na sociedade.

Daí é que, então, surge uma das mais importantes funções exercidas pela boa-fé objetiva e todas as correspondentes figuras dela decorrentes, dentre outras a teoria dos atos próprios – *venire contra factum proprium*, o *tu quoque* e a *Verwirkung*, gênero do qual são espécies a *suppressio* e a *surrectio*.

#### **1.1 Do teor da Súmula 23 do STF**

Diante do objetivo do trabalho, apenas a primeira figura da teoria dos atos próprios – *venire contra factum proprium* – será objeto de debate para o tema proposto.

Como é de geral conhecimento, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária realizada em 13 de dezembro de 1963, fez editar a Súmula nº 23 da jurisprudência dominante daquele Tribunal, tomando por base única a decisão tomada no RE 49820, da Primeira Turma, ocasião em que foi firmado o entendimento segundo o qual,

verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada.

---

\* Graduado em Direito e especialista em Direito Público. Assessor Judiciário III do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Da análise da decisão que conferiu amparo à sua edição, *colhe-se que vai ela claramente de encontro à teoria dos atos próprios, ao direito de propriedade – art. 5º, caput e inciso XXII, da Constituição Federal – e ao princípio da boa-fé*. E isso porque, se a mera declaração de utilidade pública não possui o efeito de transferir a propriedade do bem ao Estado, *é lícito e possível* ao proprietário do bem usar, gozar e dispor plenamente dele. Se assim o é, deve a pessoa jurídica expropriante responder pela integral indenização da(s) edificação(ões), ainda que efetivadas em momento posterior à declaração de utilidade pública, raciocínio esse que, anote-se, arrosta o comando sumular n. 23 da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.

Soa, aliás, um verdadeiro despropósito o teor do art. 10 c/c art. 26, § 1º, do Decreto-lei 3.365/41, na medida em que, acaso permaneça vigorante como tal redigida a súmula em testilha, os pretensos expropriandos, sem qualquer ratificação da últimação do processo respectivo, *se verão tolhidos em exercer um dos direitos e garantias fundamentais, cristalizado no inciso XXII do art. 5º da Constituição Federal, que garante o direito de propriedade*.

Assim, devem ser lançadas luzes para *possível reavaliação da extensão do teor da súmula, que, como sabido, dá lugar a verdadeiro enriquecimento sem causa da Administração, com violação direta à teoria dos atos próprios e ao direito e garantia do direito de propriedade*.

Sabe-se que:

[...] a ninguém é lícito *venire contra factum proprium*, isto é, exercer direito, pretensão ou ação, ou exceção, em contradição com o que foi a sua atitude anterior, interpretada objetivamente, de acordo com a lei (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 64).

Daí que, declarada, por decreto, na forma do art. 6º do Decreto-lei 3.365/41,<sup>1</sup> a utilidade pública do bem expropriando, instala-se a presunção e a expectativa legítima de últimação do processo expropriatório, que afasta, por natural aplicação do princípio da boa-fé e do *venire contra factum proprium*, a possibilidade de superveniência da caducidade expressa no art. 10 do mencionado Decreto-lei.<sup>2</sup>

A conclusão diversa revestiria o constitucional direito de propriedade de substância bastante a infirmar a aplicação do art. 26, § 1º, do Decreto-lei 3.365/41, que conduziu à edição da debatida Súmula 23 do STF.

## **2 Do *venire contra factum proprium* e do princípio da boa-fé**

Não resta dúvida, na atualidade, sobre o papel da boa-fé como instrumento de controle dos abusos verificados nas relações jurídicas.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto,

[...] a importância da boa-fé e da segurança jurídica reside em proteger a legítima expectativa do Administrado, isto é, aquela que se origina de práticas passadas e dos precedentes da Administração Pública, que fazem nascer para o cidadão expectativa, à luz do princípio da isonomia, de que a Administração se comportará, naquela decisão específica, de forma consistente com comportamentos e decisões precedentes, seja naquele mesmo processo administrativo (os atos e decisões futuras têm de guardar coerência lógica com os atos e decisões anteriores), bem como com relação a outros atos e decisões praticados relativamente a terceiros.

Assim, a boa-fé guarda relação direta com o princípio da confiança legítima, tanto que a incorporação desses valores tornou imperfeita todo e qualquer ato que venha a desprezar o padrão ético existente na sociedade.

A segurança jurídica representa, assim, um conjunto de condições que torna possível à sociedade o prévio conhecimento das consequências de seus atos à luz das normas preestabelecidas pelo sistema jurídico.

Celso Antônio Bandeira de Mello denota que o “princípio da segurança jurídica é, provavelmente, o maior de todos os princípios fundamentais do Direito, já que se encontra em sua base, em seu ponto de partida.” (BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 67).

<sup>1</sup> “Art. 6º A declaração de utilidade pública far-se-á por decreto do Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito”.

<sup>2</sup> Art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará. (Vide Decreto-lei nº 9.282, de 1946). Neste caso, somente decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração. Parágrafo único. Extingue-se em cinco anos o direito de propor ação que vise à indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

Nesse contexto, sobre a importância da preservação da segurança jurídica em um Estado Democrático de Direito, expõe Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

[...] o direito tem dupla vocação: a de proporcionar segurança a uma sociedade e a de fazer imperar a justiça em suas relações [...]. O princípio da segurança jurídica é, assim, tão valioso que sua violação compromete toda a instituição que o transgride, ao trair a confiança geral, cimento das civilizações, e a boa-fé dos que deveriam ser protegidos pela ordem jurídica. (MOREIRA NETO, 2006, p. 275).

E conclui o autor:

*Trata-se, portanto, a segurança jurídica, de um megaprincípio do Direito, o cimento das civilizações, que, entre outras importantes derivações relevantes para o Direito Administrativo, informa o princípio da confiança legítima, o princípio da boa-fé objetiva, o instituto da presunção de validade dos atos do Poder Público e a teoria da evidência* (MOREIRA NETO, 2006, p. 79) (grifamos).

Dos princípios da boa-fé, da legítima expectativa e da segurança jurídica, aplicados à Administração Pública, decorre a incidência, nos atos da Administração, do princípio da não contradição ou da proibição do *venire contra factum proprium*. Advém, daí, uma das mais importantes acepções derivadas da boa-fé objetiva e correspondentes figuras dela decorrentes, dentre outras o inadimplemento mínimo, a teoria dos atos próprios - *venire contra factum proprium*, o *Tu quoque* e a *Verwirkung*, gênero do qual são espécies a *suppressio* e a *surrectio*. E aqui reside, pontualmente, o desiderato deste trabalho, que se restringirá na *testilha entre o venire contra factum proprium – identificado e individuado, para debate, na concessão do ato vinculado de licenciamento de obra – e a Súmula 23 do STF, que diz respeito ao ato discricionário da desapropriação*.

Como é sabido, o *venire contra factum proprium* pode ser sinteticamente expresso quando uma pessoa assume um determinado comportamento, que, posteriormente, é contrariado por outro comportamento seu.

A respeito, Nelson Nery Junior:

*Venire contra factum proprium*. A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente (CORDEIRO, p. 743).

[...] *Venire contra factum proprium* postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro - *factum proprium* - é, porém, contrariado pelo segundo. Esta fórmula provoca, à partida, reações afectivas que devem ser evitadas (CORDEIRO, p. 745).

[...] A proibição de *venire contra factum proprium* traduz a vocação ética, psicológica e social da regra *pacta sunt servanda* para a juspositividade (CORDEIRO, p. 751) (CORDEIRO *apud* NERY JUNIOR, 2003, p. 236).

Assim, o comportamento anterior gera expectativa na outra parte, a qual é frustrada pela ação oposta, que antagoniza seu anterior posicionamento. Nesse rumo, a lição de Aguiar Júnior ao ministrar que:

[...] a teoria dos atos próprios, ou a proibição de *venire contra factum proprium* protege uma parte contra aquela que pretenda exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios de lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com a surpresa e prejuízo à contraparte (AGUIAR JÚNIOR, 1991, p. 240).

Nesses termos, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, para ter um comportamento por relevante, há de ser lembrada a importância da doutrina sobre os atos próprios. Assim,

[...] o direito moderno não compactua com o *venire contra factum proprium*, que se traduz como o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente (CORDEIRO<sup>[9]</sup>, 742). Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior (REsp nº 95539-SP).

O Relator, Min. Ruy Rosado, a propósito, pontuou que o sistema jurídico nacional,

[...] deve ser interpretado e aplicado de tal forma que através dele possa ser preservado o princípio da boa-fé, para permitir o reconhecimento da eficácia e validade de relações

obrigacionais assumidas e lisamente cumpridas, não podendo ser a parte surpreendida com alegações formalmente corretas, mas que se chocam com os princípios éticos, inspiradores do sistema (ROSADO, 1996, p. 4).

Logo, o fundamento da vedação do comportamento contraditório é, justamente, a tutela da confiança, que mantém relação íntima com a boa-fé objetiva; e, apesar do silêncio da lei, percebe-se que o *venire contra factum proprium* é consectário natural da repressão ao abuso de direito, sendo perfeitamente aplicável no direito brasileiro.

A vedação ao comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outrem, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da mudança de comportamento (vedação da incoerência), contradizendo uma conduta anterior.

Enfim, é a consagração de que ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa. É que a ninguém é dado se voltar contra os próprios atos. Se antes se tem um comportamento, essa conduta é vinculante e eficaz, e defeso o é posteriormente deduzir pretensão fundada em comportamento contrário.

Logo, a conclusão única e possível caminha no sentido que o art. 10, caput, e 26, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365/41, estão contaminados pelo vício radical de inconstitucionalidade, diante da garantia expressa no art. 5º, caput e inciso XXII, da Constituição Federal, ainda mais que a coberto pela locução *venire contra factum proprium*.

É que, nesse estágio de evolução mundial, já não se pode ter como hegemônica a supremacia do interesse público frente ao privado, por isso que se defende a reavaliação do teor da Súmula 23 do STF e dos citados arts. 10, caput, e 26, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365/41, expungindo do ordenamento a possibilidade de dilação de um lustro para ultimação, ou não, da expropriação – em clara afronta à locução *venire contra factum proprium* –, além de garantir indenização pelas obras e demais benfeitorias realizadas no “período suspeito”. Demais disso, deve-se, por processo legislativo próprio, estabelecer penas severas aos administradores públicos que, destituídos de boa-fé e alcunhados por indisfarçável ausência de interesse público, vindicam, em perseguição política, retirar daqueles seus desafetos a possibilidade de efetivo uso e gozo de seus bens, ciosos que o art. 26, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365/41 e a Súmula 23 do STF os amordaçarão na pretensão de exploração do bem expropriando, por longos 5 (cinco) anos, com o risco de acréscimo com edição de novo decreto expropriatório (art. 10, segunda parte, do Dec.-lei nº 3.365/41).

### 3 Do ato vinculado de concessão de licenciamento de obras

Com base na literalidade da Súmula n. 23 do Supremo Tribunal Federal, deve-se, em primeiro lugar, perquirir a natureza jurídica do ato de licenciamento de obra e, também, do próprio ato declaratório de utilidade pública para efeito de desapropriação. Em paralelo, aferir o alcance de extensão do entendimento sumulado, isto é, se a vedação de indenização ali estipulada contempla, indistintamente, as duas oportunidades em que o decreto expropriatório pode vir a ser editado, ou seja, se sobrevém ele, ou não, do licenciamento da obra e da edificação de acessão artificial. A licença para edificar é um ato administrativo vinculado e, assim, não se sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público.

Conforme Odete Medauar,

[...] a atuação vinculada da Administração Pública ao princípio da legalidade determina, com exatidão, a conduta da Administração Pública em face de certa situação fática. Isto quer dizer que a norma indica o único e possível comportamento que o administrador público deverá adotar diante do caso concreto, não permitindo a ele qualquer espaço para um julgamento subjetivo. No ato vinculado, o fim é o legal, de objetividade incondicional (MEDAUAR, 1996, p. 42).

José dos Santos Carvalho Filho assim conceitua a licença:

[...] podemos definir a licença como o ato vinculado por meio do qual a Administração confere ao interessado consentimento para o desempenho de certa atividade. [...] *omissis* [...] Três são os aspectos de relevo que devem ser examinados em relação à licença. O primeiro deles é a sua natureza. Trata-se de ato vinculado, porque o agente não possui a liberdade quanto à avaliação de sua conduta. Se o interessado preenche os requisitos legais para a concessão da licença, tem ele direito de obtê-la, e, se houver denegação, admissível será até mesmo o mandado de segurança para superar o abuso (art. 5º, LXIX, CF) (CARVALHO FILHO, 2008, p. 128-30).

Diógenes Gasparini (in *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 87) assim define a licença:

[...] é o ato administrativo vinculado por meio do qual a Administração Pública outorga a alguém, que para isso se interesse, o direito de realizar certa atividade material que sem ela lhe seria vedada, desde que satisfeitas as exigências legais. Desse modo, atendidos os requisitos previstos em lei, não tem, sob pena de ilegalidade, como ser negada pela Administração Pública a licença solicitada pelo administrado. É, pois, direito subjetivo do interessado [...] (GASPARINI, 2008, p. 87) (grifamos).

Aplicando-se o entendimento em voga, as edificações licenciadas antes da publicação do decreto da declaração de utilidade pública integram para todos os fins o valor da indenização e em toda a sua extensão. De fato, o aludido art. 26 do Decreto-lei nº 3.365, de 21.06.1941, em seu parágrafo primeiro, dispõe, explicitamente, que:

Art. 26. [...]

§ 1º Serão atendidas as benfeitorias necessárias feitas após a desapropriação; as úteis, quando feitas com autorização do expropriante.

E aqui reside o nó górdio do trabalho.

Entendidas as razões que fundamentaram a edição da súmula, tal como se extrai da leitura do acórdão do STF tomado no RE 49820 e o trato legal da hipótese, pretende este trabalho trazer argumentos para instalar entre as áreas autoridades do e. STF debate para revisão da Súmula 23 do Supremo Tribunal Federal, assim como, se for o caso, ao Congresso Nacional e à Presidência da República, para atualização e reavaliação do comando do art. 10 e 26, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365/41.

### 3.1 Do direito de propriedade

Em estados democráticos, de forma geral, a desapropriação não é regra, na medida em que o ordenamento firma, como princípio, o respeito à propriedade.

No Brasil, o direito à propriedade é assegurado pela Constituição em suas cláusulas pétreas, e o Código Civil a protege com rigor, figurando dentre aqueles de ápice fundamental. Os efeitos da declaração expropriatória, assim, não se confundem com os da desapropriação em si mesma. A declaração de necessidade ou utilidade pública ou de interesse social é apenas o ato-condição que precede a efetivação da transferência do bem para o domínio do expropriante.

Só se considera iniciada a desapropriação com o acordo administrativo ou com a citação para a ação judicial, acompanhada da oferta do preço provisoriamente estimado para o depósito.

Até então a *declaração expropriatória não tem qualquer efeito sobre o direito de propriedade do expropriado, e, daí, não pode impedir a normal utilização do bem ou sua disponibilidade*, pelo que lícito é ao particular explorar o bem ou nele construir mesmo após a declaração expropriatória, sendo ilegal a denegação de alvará de construção, tanto que o *impedimento do uso do bem ante a simples declaração de utilidade pública revela restrição inconstitucional ao direito de propriedade*, assim como o apossamento sem indenização traduz o confisco.

É certo e sabido, entretanto, que a desapropriação, como exposta na legislação brasileira, está firmada na supremacia do interesse público sobre o privado. Todavia, o Estado tem-se imiscuído na propriedade privada sem respeitar a lei, tem declarado a desapropriação de áreas sem comprovar se são realmente improdutivas, desrespeitando cada vez mais a propriedade rural e urbana.

Deve-se ponderar, ademais, que a tais dados soma-se a onírica justa e prévia indenização, além da consagração, pelo art. 20 do Decreto 3.365/41, de violação ao contraditório e à ampla defesa.

Com efeito, o princípio que norteia a desapropriação é supremacia do interesse coletivo sobre o interesse particular quando esses interesses forem antagônicos. Por sua vez, o fundamento constitucional se infere no art. 5º, inc. XXIV, da CF, segundo o qual a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos em lei. De outro vértice, encontra-se o art. 5º, inc. XXII, da CF, que garante o direito de propriedade do particular. Como se vê, aparentemente, há um conflito entre os dispositivos mencionados, uma vez que ora resguardam o direito de propriedade, ora o suprimem em função do interesse público.

Pode-se argumentar que o conflito entre normas constitucionais se resolve pelo *princípio da cedência recíproca*, no qual se emite um juízo de valor, aplicando-se ao caso concreto a norma proporcional, adequada e

necessária, sopesando-a a fim de decidir qual dos princípios, na prática, tem maior peso – se é o da propriedade ou o da desapropriação. E, nesse ponto, ao largo do teor do art. 20 do Decreto-lei nº 3.365/41, a doutrina vem apontando, primordialmente, quanto à caracterização, ou não, da finalidade do processo expropriatório, que, assim, poderá, conforme também o entende a jurisprudência, se desvaler a própria desapropriação.

Ora, o direito de propriedade, como tal elencado no art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, se enquadra dentre os direitos e garantias fundamentais, pelo que, nesse ponto, adequada a posição defendida pelo constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos (2007), quando trata sobre os elementos mínimo-irredutíveis das Constituições:

[...] Elementos mínimo-irredutíveis das constituições são itens imprescindíveis à conformação dos textos constitucionais. A doutrina constitucional clássica, capitaneada por Carl Schmitt, Manuel Garcia-Pelayo, Adolfo Posada, Karl Loewenstein, Garnet et al, abordou o tema em epígrafe sob o título elementos das constituições, sem mencionar o qualificativo mínimo-irredutíveis. Tal adjetivo encontra origem no pensamento de Kenneth C. Wheare (*Modern constitutions*, p. 46 e s.) [...] Esses elementos são mínimo-irredutíveis porquanto não podem faltar num documento constitucional. São fundamentais à organização do Estado e à garantia das liberdades públicas. Por isso, não podem ser reduzidos, amesquinçados ou renegados a segundo plano. São indispensáveis a uma autêntica constituição, porque lhe integram a estrutura normativa (Nesse sentido: Karl Loewenstein, *Teoria de la Constitución*, p. 153) [...] No Brasil, a estrutura normativa da Constituição de 1988 evidencia os seguintes elementos mínimo-irredutíveis: [...] 2) elementos mínimo-irredutíveis limitativos: *freiam o poder estatal perante os cidadãos, evitando o arbítrio, o abuso de autoridade, o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais. Exemplos: art. 5º, I a LXXVII; arts. 14 a 17;* (grifamos).

Com efeito, as normas componentes do direito positivo organizam-se de tal maneira que dão origem a um sistema normativo formando uma autêntica pirâmide jurídica. As normas de grau hierarquicamente inferior encontram seu fundamento de validade nas superiores, que se embasam na Lei Maior. Havendo inadequação entre as normas inferiores e o disposto na Constituição, a incompatibilidade vertical verificada resolve-se em favor da Constituição.

É que constitui regra básica de interpretação da Constituição que a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê. É inadmissível que leis infraconstitucionais, de *status* hierárquico inferior tenham a eficácia de limitar o direito assegurado no texto constitucional, sob pena de se sepultar o princípio da supremacia da Constituição.

Sobre a extensão dos princípios fundamentais, salienta o Desembargador Kildare Gonçalves Carvalho (2002, p. 215):

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada com 315 artigos, sendo 245 na parte permanente e 70 do ato das disposições transitórias, superando em extensão normativa as Constituições brasileiras anteriores. *Essa circunstância poderia contribuir para o agravamento de conflitos ou tensões normativas, não fosse a existência, no texto constitucional, de princípios fundamentais (Título I), harmonizando e dando coerência e consistência ao complexo normativo da Constituição, além de fixar as bases e os fundamentos da nova ordem constitucional.* [...] (grifamos).

Aludindo a obra impressa no compêndio *Direito constitucional e teoria da constituição*, de José Joaquim Gomes Canotilho, acentua o constitucionalista, à f. 216:

[...] em decorrência da sua '*referência a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da justiça, da ideia de direito, dos fins de uma comunidade)*, os princípios têm uma função normogenética e uma função sistêmica: são os fundamentos de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ligar ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional' (CARVALHO, 2002, p.168) (grifamos).

E prossegue, em substanciais razões:

[...] os princípios fundamentais da Constituição de 1988 desempenham relevante função no texto Constitucional, por orientar a ação dos Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), demarcando seus limites e sua atuação. *Fala-se, neste ponto, em Constituição dirigente (Gomes Canotilho), uma vez que, da criação da lei até sua aplicação e integração, deve-se observar o conteúdo dos princípios fundamentais emanados da Constituição que condicionam e determinam o processo legislativo e a aplicação da lei. Daí, inclusive, colocar-se*

*a questão da inconstitucionalidade por violação dos princípios fundamentais, circunstância que acentua ainda mais a sua força jurídica, e não apenas ética ou valorativa* (CARVALHO, 2002, p. 169) (grifamos).

O Desembargador José Tarcízio de Almeida Melo (em sua notável obra *Reformas administrativa – previdenciária – do Judiciário*, 2000, p. 14), é incisivo ao demonstrar que:

*[...] Quando os direitos são erigidos em direitos objetivos, pela Constituição, tornam-se imutáveis, porque fazem parte dos direitos individuais, que são cláusulas pétreas que não podem ser atingidas nem pela emenda constitucional. A proclamação dos direitos individuais, pela Constituição, deve compreender, principalmente, uma autolimitação do Estado relativamente à sua ação predadora, não apenas como titular de poder político, mas como responsável por relações de trabalho* (grifamos).

Em continuidade, afirma o emérito publicista que:

*O direito, estando na Declaração, é intangível e imutável. Já o ensinou Leon Duguit, há muitos anos, quando lhe questionaram que a Constituição francesa de 1899 não consagrava, no seu texto, a Declaração de Direitos, como era o propósito de todas as Constituições. O sentido da Constituição escrita foi, sobretudo, declarar direitos para a posteridade e não organizar Estado. Duguit disse que as normas de declaração de direitos são as chamadas normas da superlegitimidade constitucional, normas que não precisam de estar escritas na Constituição para valerem, normas de primeira grandeza, que são chamadas normas de decisão fundamental, por Carl Schmitt. Há uma gradação das normas constitucionais e, dentro desta estrutura, a Declaração de Direitos ocupa uma grandeza superior a outras normas constitucionais. No conjunto constitucional, se tivermos de fazer uma interpretação, devemos tê-la harmônica, orgânica, e dando valor principal às normas constitucionais relativas à Declaração de Direitos. As normas secundárias, que são aquelas acessíveis à emenda constitucional, são inferiores às normas da Declaração de Direitos* (MELO, 2000, p. 131) (grifamos).

Assim, prevê o art. 37 da Carta Magna que a Administração pública está vinculada ao princípio da legalidade, e aos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Nesse sentido, entende-se que, como consequência lógica, devem ser observados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, o princípio da boa-fé e o direito de propriedade.

### **3.2 Súmula 23 do STF e licenciamento para construção**

Volvendo ao tema principal objeto do trabalho, tem-se, de forma indubitosa, toldando o teor da Súmula 23 do STF e arts. 10 e 26, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365/41, que a indenização deve abranger as obras e construções efetuadas em período anterior e posterior ao ato declaratório da utilidade pública, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração. Essa conclusão se amolda, como identificado, na teoria dos atos próprios, capitaneado pela *venire contra factum proprium*, que se caracteriza sempre que ocorrer o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anteriormente assumido pelo titular do direito invocado, traduzido na concessão de licenciamento para construção.

Caracterizada tal situação, têm a doutrina e a jurisprudência entendido que há um abuso do direito por parte daquele que age contraditoriamente já que tal comportamento violaria a boa-fé objetiva. É oportuno ressaltar que a matriz constitucional do princípio da boa-fé está na disposição constitucional da solidariedade (art. 3º, I, CF/88) e, em corolário, na confiança decorrente desse valor.

Assim, quando se aplica a teoria dos atos próprios, não se quer reprimir a contradição em si, mas, sim, a quebra da confiança.

E, assim, nessa análise primeira, verifica-se que a vedação de indenização expressa no art. 26, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365/41 afronta até mesmo o ato administrativo relativo ao licenciamento de obras, que, não obstante vinculado, deve inferir a plena extensão do outro, eminentemente discricionário, atrelado à desapropriação. Deve ser pontuado, a exemplo, que não são raros os casos em que, por perseguição política, ou por evidente desvio de finalidade, atos expropriatórios vêm a tisonar aquele ato vinculado de licenciamento das obras e, se o mero decreto de utilidade pública, na hipótese contida no art. 10 do DL n. 3.365/41, não tem o condão de atalhar ou mesmo conjurar o uso e gozo do bem pelo particular, não há dúvidas de que a Súmula 23 do STF e art. 26, § 1º, do DL nº 3.365/41 estão a arregimentar o enriquecimento sem causa da Administração, além de propiciar o desregramento moral e a licenciosidade de desafetos políticos. Confira-se, a propósito:

Administrativo. Desapropriação. Finalidade social. Inocorrência. - 1. Conquanto ao Judiciário seja defeso incursionar sobre a oportunidade e conveniência de desapropriação, pode e deve escandir os elementos que indicam a legitimidade do ato bem como a finalidade, pois aí reside o freio à discricionariedade. Por isso que a declaração de utilidade pública terá de indicar, precisamente, o fim a que se destina a expropriação. - 2. Tendo em conta o interesse público, é vedado à Administração desapropriar para a construção de imóveis sem especificar a perseguição do interesse público, é dizer, a finalidade. - 3. Se a finalidade referida no decreto expropriatório é fraudada, desmerece-se, por si própria, a desapropriação. Recurso provido e remessa dos autos ao Pretório Excelso (STJ - REsp 1225/ES, Rel. p/ o acórdão: Min. Carlos Thibau, DJ de 21.05.1990).

É certo que o exame da conveniência e oportunidade a escolher o imóvel a ser desapropriado é privativo do chefe do Poder Executivo, de modo que não cabe ao Estado-Juiz intervir no mérito de sua escolha, sob pena de afronta ao princípio da separação dos Poderes.

Todavia, tem-se que caberia ao expropriando apontar suposta existência de desvio de finalidade a inquinar o ato administrativo, uma vez que o ato administrativo se encontra sujeito ao controle jurisdicional no que concerne aos seus requisitos de validade e, dentre eles, a finalidade. Demais disso, não se pode perder de vista que desavenças políticas são absolutamente normais em todo e qualquer regime democrático, razão pela qual podem servir à conclusão de que a desapropriação pode constituir instrumento de perseguição política.

Celso Antônio Bandeira de Mello, no alto de sua cátedra, ao versar sobre o tema envolvendo a revogação e indenização pondera que:

[...] Não cabe à Administração decidir que revoga e remeter o lesado às vias judiciais para composição patrimonial dos danos. Isto corresponderia à ofensa de um direito e à prática de um ato ilegítimo que o Judiciário deve fulminar se o interessado o requerer. A lei prevê o instituto da expropriação quanto é irredutível o choque entre um interesse público e um direito do administrado. E, na desapropriação há um procedimento a observar e há, em regra, necessidade de indenização prévia, justa e em dinheiro (cf. o art. 5º, XXIV, da Lei Maior). [...] *omissis* [...] Por isso é absurdo supor-se possa a Administração aniquilar um direito de alguém sem prévia indenização, a título de 'revogar' e invocando um 'interesse público'. Vai nisso evidente confusão entre os planos do Direito e da Ciência da Administração. Assim, depois de concedida regularmente uma licença para edificar e iniciada a construção, a Administração não pode 'revogar' ou 'cassar' esta licença sob alegação de que mudou o interesse público ou de que se alterou a legislação a respeito. Se o fizer, o Judiciário, em havendo pedido do interessado, deve anular o ato abusivo, pois cumpre à Administração expropriar o direito de construir naqueles termos. Não é o mesmo ter que buscar em juízo por danos e ser buscado no Judiciário, com indenização prévia. São caminhos diferentes. Desassiste ao Poder Público, através de comportamento abusivo, lançar o administrado em via menos conveniente para ele (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 435-60).

A doutrina, em leitura ao art. 20 do Decreto-lei nº 3.365/41, vem admitindo discussão quanto ao desvio de finalidade se o expropriando puder demonstrar que o processo desapropriatório é um meio para fins outros que não os legalmente autorizados.

Essa exegese se assenta no princípio do Estado Democrático de Direito, que ratifica a garantia fundamental do direito fundamental de propriedade (art. 5º, XXII), só cedido ante as hipóteses efetivas, de necessidade, utilidade pública ou interesse social (cf. art. 5º, XXIV, CF).

A discricionariedade é tradicionalmente definida como sendo uma margem de liberdade da Administração que surge quando a sua atividade não está plenamente definida em lei. A discricionariedade, entretanto, não se configura numa liberdade da Administração Pública em face da norma, mas, em sentido oposto, pontua caso típico de submissão legal.

Com a evolução dos requisitos das decisões judiciais nas instâncias penais e civis, em que a existência de fundamentação legítima e racional erigiu-se na garantia do devido processo legal, também na esfera do Direito Administrativo a existência de motivação é hoje vista como condição de validade dos atos da Administração. A declinação dos motivos nas manifestações estatais criadoras, extintivas ou modificadoras de direitos, que caracterizam os pronunciamentos de caráter decisório do Poder Público, tornou-se por toda parte uma exigência do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, para que o Poder Judiciário possa perscrutar o mérito do ato administrativo, há que se ter uma perfeita e clara identificação dos reais motivos que levaram o agente à adoção da decisão. A doutrina é pacífica no entendimento de que a inexistência do motivo alegado como fundamento para a prática de qualquer ato administrativo acarreta a sua nulidade.



Nesse sentido, para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006), o princípio da motivação constitui uma derivação necessária da garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, Constituição Federal). Já para Celso Antônio Bandeira de Mello (2001), o princípio da motivação encontra fundamento constitucional implícito no art. 1º, II, da Constituição – princípio da cidadania – e em seu parágrafo único, ao explicitar que todo poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2001) cita, ainda, como fundamento constitucional do dever de motivação dos atos administrativos, a garantia inscrita no art. 5º, XXXV, da Constituição, segundo a qual há para qualquer cidadão o direito à apreciação judicial em caso de lesão ou ameaça a direito. De fato, o dever de motivação dos atos administrativos constitui uma exigência a que esses possam se submeter ao posterior controle do Poder Judiciário, lembrando que, quanto ao último, o dever de motivação encontra-se expressamente consagrado na Constituição Federal (art. 93, IX, CF/88).

Para aferição da validade dos atos do Poder Público, isto é, para a verificação de sua conformação com o sistema normativo, faz-se indispensável examinar os motivos que levaram à sua produção.

Daí que, com base nessa maciça doutrina e jurisprudência, *não há mais lugar para a manutenção do entendimento sumulado no Enunciado 23 do e. STF e tampouco nas disposições dos arts. 10 e 26, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365/41, que contrariam o princípio da boa-fé, da segurança jurídica, o direito de propriedade e a venire contra factum proprium.*

A lei, norma geral, abstrata e cogente, editada pelo Poder Legislativo e aplicada pelo Poder Executivo, é apenas o primeiro, não o único, parâmetro de conduta. A regra de conduta escrita pode estar sendo observada, na literalidade de suas expressões, porém com desvio de poder, que, de regra, se situa na intenção do agente. Ao Judiciário, como esfera de poder, chamado a compor e decidir imparcialmente a lide, cabe analisar, em casos tais, os indícios trazidos pelas partes e concluir, ao final, segundo seu livre convencimento (CPC, 131), acerca da existência, ou não, do odioso desvio de finalidade. A propósito:

[...] cabe ao Poder Judiciário decidir se a desapropriação corresponde à finalidade constitucionalmente prevista de destinar-se o bem expropriado a fins de necessidade ou utilidade pública, ou de interesse social (RTJ 72/479).

#### 4 Conclusões

Defende-se, assim, a tese que *conduz à necessidade de alteração da Súmula 23 do e. STF, assim como dos arts. 10 e 26, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365/41, em nome do princípio da boa-fé, da segurança jurídica, do venire contra factum proprium e, principalmente, do axiomático princípio da moralidade pública, afastando a fastidiosa e funesta perseguição política.*

De fato, a CF/88 facultou a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ligada, à evidência, ao interesse público. Daí que, em que pese o caráter discricionário do decreto, impedir o particular de contestar a validade da declaração, e o Poder Judiciário de apreciá-la, equivale à violação do princípio constitucional da ampla defesa e ofensa ao direito à propriedade, constitucionalmente assegurado. Autorizar a discussão sobre a verdadeira utilidade pública do bem não significa propiciar a protelação do feito expropriatório, mas, sim, garantir a idoneidade do ato e, por via de consequência, o respeito à ordem constitucional.

Observe-se que em nenhum momento se argumentou que o direito à propriedade é absoluto, e, sim, a *possibilidade de discussão acerca da legalidade do ato expropriatório* e, ainda, *acaso não prossiga ele*, na forma do art. 10 do Decreto-lei nº 3.365/41, que seja *assegurado ao prejudicado ou ao detentor de licenciamento de obra plena indenização, derivada da inércia da Administração, conferindo, daí, nova redação à Súmula 23 do e. STF*, de modo a abranger as obras realizadas antes e após a declaração de utilidade pública. Aliás, ainda que o Decreto-lei nº 3.365/41 não contenha dispositivo regulando a desistência da ação expropriatória, Seabra Fagundes assim discorre quanto à revogação do ato declaratório da desapropriação:

[...] havendo, porém, revogação do ato declaratório, sem justo motivo superveniente, os prejuízos, acaso advindos do estado de precariedade imposto ao negócio, darão ensejo à indenização. Porque a lesão ao direito do administrado terá tido origem na imprevidência ou precipitação da autoridade declarante (FAGUNDES, 1949, p. 138).

Tanto que assim os Tribunais vêm assim exprimindo:

[...] os prejuízos causados ao expropriado, decorrentes da desistência, podem ser apurados e indenizados em ação apropriada a esse fim (RJTJESP 126/154 e RTJ 137/1.261)

Essa questão, todavia, passa ao largo deste trabalho, que, como demonstrado, tem por foco a impossibilidade de livrar-se a Administração de indenização das obras e toda a sorte de benfeitorias realizadas no bem indicado no decreto de desapropriação, mesmo no denominado período suspeito, quando devidamente licenciadas, pelo Poder Público, as obras diante do decantado *venire contra factum proprium*. Raciocínio diverso, *d.v.*, patenteia autêntica verberação, rediga-se, ao direito de propriedade, do princípio da boa-fé e da segurança jurídica, fustigados pela Súmula 23 do STF e arts. 10 e 26, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365/41.

Há representativa doutrina que combate a supremacia apriorística do interesse público – adotada como fundamento para a legitimação dos atos da Administração Pública – sob o principal argumento de que, em caso de conflito com os direitos individuais, a solução deve ter por mira a dignidade da pessoa humana e a proteção aos direitos fundamentais.

Não há como pensar em princípio da supremacia do interesse público, prevalente teórica e antecipadamente sobre o interesse privado, quando a Constituição Federal de 1988 se volta, como eixo central, à proteção do indivíduo, a função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana.

A Constituição de 1988 garantiu o direito de propriedade como direito fundamental, todavia condicionou o respectivo objeto ao atendimento de sua função social (CF, art. 5º, XXII e XXIII). A partir do instante em que a Constituição determinou que a propriedade deve atender a sua função social, nada mais seria preciso pontuar para a conclusão de que a respectiva cláusula pétrea existe para vincular a atuação da propriedade, do proprietário e do próprio Estado, ao atingimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil em construir uma sociedade livre, justa e solidária, em garantir o desenvolvimento nacional, em erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais, em promover o bem de todos, e tudo isso, em última análise, consagrando a tutela dignidade da pessoa humana (CF, art. 3º e incs.; art. 1º, III), tanto que, como direito social, a Constituição traz o direito à moradia como verdadeira concretização da dignidade da pessoa humana, ficando evidente que a propriedade imobiliária, rural ou urbana, cumpre sua função social também quando serve de moradia à pessoa.

Daí que, finalmente, pensando o caso a partir da perspectiva civil-constitucional (dentre outros: dignidade da pessoa humana; objetivos fundamentais da República; função social da posse e propriedade) conduz à inarredável conclusão de que a Súmula 23 do STF e arts. 10 e 26, § 1º, do DL 3.365/41 deverão ser interpretados judicialmente após a análise específica do respectivo caso concreto, cabendo ao juiz dimensionar tais conceitos indeterminados para dar a solução constitucionalmente esperada a essas problemáticas questões, sobrepondo, todavia, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, o direito pétreo à propriedade, boa-fé e segurança jurídica, além do *venire contra factum proprium* à apontada supremacia do interesse público.

## 5 Referências bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FAGUNDES, Miguel SEABRA. *Da desapropriação no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDAUAR, Odete. Poder discricionário da administração. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 610, p. 38-45, ago. 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

MELO, José Tarcízio de Almeida. *Reformas administrativa – previdenciária – do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial*. 14. ed. totalmente rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY Junior, Nelson. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000.

ROSADO, Ruy. REsp n. 95539-SP. DJ de 14.10.1996, p. 39015. LEXSTJ v. 91, p. 267; RSTJ v. 93 p. 314.