DESAPROPRIAÇÃO — AÇÃO REAL E AÇÃO PESSOAL — PRESCRIÇÃO

— O expropriado não perde a propriedade, na desapropriação indireta, pela simples ocupação; poderá perdê-la, se o expropriante a tiver adquirido por usucapião.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Espólio de Carlos José Záquera *versus* União Federal e Departamento Nacional de Estradas de Rodagem
Embargos no recurso extraordinário n.º 63.833 — Relator: Sr. Ministro ELOY DA ROCHA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, conhecer dos embargos, por unanimidade de votos, e os receber, por maioria, de acordo com as notas taquigráficas.

Brasília, 18 de maio de 1972. *Eloy da Rocha*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Eloy da Rocha: Carlos José Záquera e sua mulher, invocando a garantia assegurada no artigo 141, § 16, da Constituição de 1946, ajuizaram, a 18.11.59, contra a União Federal e o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, ação de reintegração de posse de uma área de terras, de 106.475 metros quadrados, dentro de área maior, no Município de Vacaria, no Rio Grande do Sul.

Alegaram que, há cerca de dez anos, aproximadamente, agentes da União Federal invadiram as referidas terras e delas se apossaram, violentamente, para abertura da estrada federal denominada Getúlio Vargas — BR-2, RS, trecho Caxias do Sul-Vacaria. Logo depois, passou a exercer essa posse violenta o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, que tomou a seu cargo a construção da dita estrada. Mais tarde, por ato de 9.9.49, publicado no *Diário Oficial* da União, somente a 9.4.53 (p. 6.267-8), o Conselho Rodoviário Nacional declarou de utilidade pública, para efeito de desapropriação, a faixa de domínio necessária para a abertura da aludida estrada. Fundou-se o conselho no art. 24 da Lei n.º 302, de 17.7.48. Não houve, entretanto, desapropriação, nos termos do art. 5.º, *i*, da Lei n.º 3.365, de 21.6.41, e, notadamente, do art. 141, § 16, da Constituição de 1946. Os autores tentaram solução amigável junto ao DNER, conforme processo protocolado no 10º Distrito, com sede em Porto Alegre, sob n.º 855-9, de 12 de março desse ano. A sua pretensão, porém, não mereceu atendimento. Como nesse expediente se encontram elementos que servem de esclarecer o caso, requereram, na petição inicial da ação, a sua requisição.

Na contestação, o DNER alegou, preliminarmente, que a ocupação da área reivindicada se consumou no ano de 1943, anteriormente à criação daquele departamento como pessoa jurídica de direito público, pelo Decreto n.º 8.463, de 27.12.45. A responsabilidade, portanto, é da União Federal. Sobre a alegada ocupação, em 1943, informaram duas testemunhas do réu (fls. 138-9). Ainda preliminarmente, o DNER argüiu a prescrição qüinqüenal, tendo em vista os art. 178, § 10, VI, do Código Civil, 1.º do Decreto-lei n.º 20.910, de 6.1.32, e 2.º do Decreto-lei n.º 4.597, de 19.8.42. No mérito, admitiu a afirmação dos autores de que a aludida área de 106.475 metros quadrados faz parte da BR-2, RS, estrada federal denominada Getúlio Vargas, no trecho compreendido entre Vacaria e Passo do Socorro (fls. 59). Mas, apossada e declarada de utilidade pública, a área reivindicada é, indiscutivelmente, um bem público, nos precisos termos do art. 66, I, do Código Civil. Como, pois, reivindicar o imóvel, após construídas e consolidadas as obras da rodovia? A estrada é de vital importância econômica, social e estratégica. Ademais, há, ainda, a beneficiar o réu o disposto no art. 698, do Código Civil, com a nova redação dada pela Lei n.º 2.437, de 7.3.55, pois a via pública é mencionada em escrituras transcritas no registro de imóveis. A ação deve ser julgada improcedente ou convertida em ação de indenização. O contestante protestou pela juntada do ato declaratório de utilidade pública, da área reivindicada. Mas não o ofereceu.

A União Federal, reportando-se à contestação do DNER, pediu que a ação fosse julgada improcedente.

Replicaram os autores que as obras da construção da estrada de rodagem foram iniciadas pelo DNER, conforme se colhe do processo administrativo. E, depois de transformado em autarquia, o que aconteceu em 1945, o DNER continuou na posse. Essa alegação foi, em parte, confirmada por duas teste-

munhas arroladas pelo DNER, que declararam que a BR-2, no trecho que passa pelas terras dos autores, foi aberta em 1943, época em que os depoentes já eram funcionários do DNER (folhas 138-9). Quanto à prescrição, é sabido que a invocada prescrição qüinqüenal não se aplica às ações reais.

Na oportunidade do saneador, o juiz declarou que se trata, no caso da chamada desapropriação indireta; cabe a indenização, pela impossibilidade manifesta do objeto da ação, a reivindicação da área incorporada à obra pública. Rejeitou as preliminares. Não está prescrita a ação: essa não deixa de ser real muito embora não seja possível a reivindicação. O domínio só se perde, quando outrem o adquire pelo usucapião, ou por qualquer outro meio. E isso não ocorreu na espécie. Cita, entre outros, o RE n.º 6.315, de 9.1.47 (*R.D.A.* 9/104).

Agravou no auto do processo o DNER.

A perícia verificou que a área de terras referida na petição inicial foi totalmente atingida pela Rodovia Federal BR-2, trecho Caxias do Sul-Vacaria (fls. 132).

A sentença de primeira instância julgou procedente a ação.

Apelaram os autores, reclamando a atualização do valor do imóvel e o pagamento de juros compensatórios. Apelaram, também, a União Federal e o DNER.

A Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, julgou prescrita a ação, de acordo com o voto do saudoso Ministro Oscar Saraiva (folhas 194): *"Data venia*, divirjo. O Senhor Ministro Relator não acolheu a prescrição, e eu a acolho, eis que a ocupação da faixa de terra teve lugar em 1944 e a propositura da ação verificou-se em 10 de outubro de 1959, portanto, mais de quinze anos depois. Ainda que não se queira acolher a argüida prescrição qüinqüenal, a prescrição do art. 177 do Código Civil, nas ações reais, considera o prazo de dez anos entre presentes. E esse período transcorreu, desde a época da expropriação. Por isso acolho a prejudicial de prescrição."

O espólio de Carlos José Záquera interpôs embargos infringentes, dizendo, em resumo (fls. 198-9): *a*) insustentável seria, sem dúvida, a prescrição qüinqüenal; *b*) não ser mais de cogitar-se de prescrição extintiva, porque a causa passou a ser tida como de desapropriação indireta; o pagamento pleiteado é substitutivo do imóvel, de que o embargante se vira desapossado, sem a prévia e justa indenização. Citou os julgados no RE n.º 54.221 (*D.J.* de 22.10.64) e no RE n.º 52.577 (*D.J.* 24.10.63, p. 1.059), transcrevendo trecho do voto do Relator no último recurso: "Tenho que não se trata propriamente de uma ação de indenização, mas de uma ação real que se mostra como uma reivindicatória. "O caso dos embargos é, pois, de uma ação real, para retomada de terras do domínio privado, com aplicação dos art. 1.541 e 1.543 do Código Civil; *c*) não é de acolher-se a prescrição do art. 177 do Código Civil, porque a matéria de defesa assenta no usucapião, regulado no artigo 550 do Código Civil. No momento em que a ação foi proposta, não havia ainda transcorrido o lapso prescricional de vinte anos; *d*) para mais, é de ressaltar-se que só em 1949 foi que o Conselho Rodoviário Nacional emitiu o ato declaratório de utilidade pública, para o efeito de desapropriação, ato publicado a 9.4.53 (doc. de folhas 201). A declaração de utilidade para efeito de desapropriação importou reconhecimento do domínio privado.

Rejeitados os embargos, em sessão plenária do Tribunal Federal de Recursos, o espólio de Carlos José Záquera recorreu, extraordinariamente, com fundamentos nas letras *a* e *d*, alegando que não se aplica ao caso nem a prescrição qüinqüenal, nem a do artigo 177 do Código Civil.

A Primeira Turma não conheceu do recurso, na conformidade do voto do eminente Ministro Barros Monteiro (fls. 239-240): "Tem razão, a meu ver, a douta Procuradoria-Geral da República, quando aduz, em seu parecer, que, ao que se depreende dos votos vencedores no julgamento da apelação dos embargos, é que se operou, no caso, não a prescrição qüinqüenal a que alude a ementa do acórdão recorrido, mas a prescrição decenal do art. 177 do Código Civil.

Para assim se concluir, basta que se leia o voto vencedor do Ministro Oscar Saraiva, a que aderiram os ilustres Ministros Djalma da Cunha Mello, Armando Rolemberg, Antonio Neder, Esdras Gueiros, Moacir Catunda e Henoch Reis: *"Data venia*, divirjo. O Sr. Ministro Relator não acolheu a prescrição, e eu a acolho, eis que a ocupação da faixa de terra teve lugar em 1944 e a propositura da ação verificou-se em 10 de outubro de 1959, portanto, mais de quinze anos depois. Ainda que não se queira acolher a argüida prescrição qüinqüenal, a prescrição do art. 177 do Código Civil, nas ações reais, considera o prazo de 10 anos entre presentes. E esse período transcorreu, desde a época da expropriação. Por isso acolho a prejudicial de prescrição."

Ante o exposto, não havendo que se cogitar da alegada afronta à lei civil, nem do invocado dissídio jurisprudencial, não conheço do recurso extraordinário."

Opôs embargos de divergência o autor. Sustentou que o acórdão embargado, reconhecendo a prescrição decenal, do art. 177 do Código Civil, reconheceu a perda de domínio do autor, sem que terceiro — a União — o tenha adquirido legalmente. Ora, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é de que a prescrição extintiva de propriedade imóvel só pode ser conseqüente do usucapião; quem impugna o direito de propriedade só pode ter êxito, invocando o usucapião. Como ensina Orozimbo Nonato, "vivo o direito de propriedade, não pode deixar de ser considerada viva a ação que o protege. Essa é a tradição ancioníssima do nosso direito e o contrário seria admitir a existência de um direito sem o *subjectum juris*, ou de um direito desprovido de ação".

O embargante indicou os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal (fls. 244): 1) Acórdão publicado no *D.J.* de 23.6.42, apenso ao n.º 144, p. 1.651-2, de que foi relator o Sr. Ministro Orozimbo Nonato. Trata-se de julgado no RE n.º 3.968, de 23.1.42, da Segunda Turma, assim ementado: "A prescrição qüinqüenal em favor das pessoas jurídicas de direito público não abrange as ações reais. A ação de reivindicação perdura enquanto subsistir o direito de propriedade, que ela assegura". 2) Acórdão publicado no *D.J.* de 12.1.43, apenso ao n.º 9, p. 136-7. O acórdão, de 24.7.42, do Tribunal Pleno, relatado pelo Ministro Annibal Freire, rejeitou os embargos no RE n.º 3.968. 3 Acórdão publicado no *A.J.*, 94/15-7, no RE n.º 11.460, em que se decidiu que o art. 177 não compreende a ação de reivindicação. O acórdão, de 28.11.49, da Primeira Turma, relatado pelo Senhor Ministro Luiz Gallotti, tem esta ementa: "O art. 177 não compreende a ação de reivindicação. O domínio perdura, até que passe a terceiros em virtude de usucapião. Assim a ação reivindicatória não prescreve nos prazos do referido art. 177". 4) Acórdão publicado no *A.J.* 94/313-5, em que se decidiu que "a ação reivindicatória só se tem por prescrita, quando aquele que a impugna adquiriu o imóvel por usucapião". Cuida-se do RE n.º 16.454, de 3.4.50, da Primeira Turma, relatado pelo Sr. Ministro Luiz Gallotti. 5) Acórdão publicado no *D.J.* de 7.11.63, apenso ao n.º 211, páginas 1.126-7, relatado pelo Sr. Ministro Ribeiro da Costa, em que há referência ao voto do Sr. Ministro Orozimbo Nonato, sobre a interpretação do art. 177 do Código

Civil em correspondência com o art. 550 do mesmo Código. Trata-se do RE n.º 52.713, de 27.8.63, da Segunda Turma.

Os embargos não foram impugnados. A douta Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento ou pela rejeição dos embargos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Eloy da Rocha (Relator): Cuida-se da chamada ação de desapropriação indireta. O acórdão embargado julgou-a precrita, aplicando-lhe a regra do art. 177 do Código Civil. O embargante contrapõe, ao acórdão, julgados do Supremo Tribunal Federal, na interpretação do artigo 177, com referência às ações reais, que protegem o direito de propriedade: o art. 177 do Código Civil deve aplicar-se em harmonia com os art. 550 e 551; vivo o domínio, não pode deixar de ser considerada viva a ação que o protege.

No exame da controvérsia, que não é nova, cita-se Lafayette (*Direito das Coisas*, § 59, n.º 2) a prescrição aquisitiva "é ao mesmo tempo causa de aquisição e de extinção de direitos. No seu modo de atuar predomina a força geradora; a extinção vem por via de conseqüências; o proprietário perde o domínio porque o adquire o possuidor". No ensinamento de Clóvis (*Código Civil*. vol. 1, 5.ª edição, página 450) as ações reais "extinguem-se nos prazos estabelecidos para o usucapião, porque o direito do adquirente elimina o do antigo titular".

Na conciliação, relativamente à ação de reivindicação de imóvel, das regras contidas nos arts. 177 e 550 do Código Civil, tem-se entendido que o art. 177 não compreende aquela ação. Não consumado o usucapião, cabe ao antigo proprietário a ação reivindicatória contra o usucapiante. Assim, diz-se imprescritível a ação reivindicatória, neste sentido de que ela subsiste, enquanto subsiste o direito de propriedade.

Essa é a orientação dominante na doutrina, embora haja discrepância. Pontes de Miranda não a aceita: "Pode acontecer que haja incorrido em prescrição de pretensão possessória ou reivindicatória o titular do direito de propriedade sem que haja perdido a propriedade" (*Tratado de Direito Privado* XIV, 2.ª edição, § 1.600. página 177). Em outro passo, critica a jurisprudência que submete a prescrição da ação de reivindicação ao prazo de usucapião (*Tratado* VI, 2.ª edição, § 702 p. 294-5 e 298-9). Breno Fischer, na autorizada obra *A Prescrição nos Tribunais*, defende, com vigor, a mesma opinião de Pontes de Miranda e analisa a jurisprudência (volume III, §§ 309-312 p. 52-86).

Destaca o embargante decisões do STF, nos RE n.º 3.968, de 23-1-42, RE n.º 11.460, de 28.11.69, RE n.º 16.454, de 3.4.50, RE n.º 52.713, de 27.8.63. Em seu voto, no RE n.º 3.968, afirmou o eminente Ministro Orozimbo Nonato:

"O *ius reivindicandi* é um dos direitos elementares que entram na noção complexa do domínio, ao lado do *ius utendi*, do *fruendi* e do *abutendi*. A lei assegura ao proprietário, dispõe o art. 524 do Código Civil, o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

A perda do *ius reivindicandi* somente pode ocorrer com a perda da propriedade mesma, o que, por força de prescrição, somente se verifica pelo usucapião.

Vivo o direito de propriedade, não pode deixar de ser considerada viva a ação, que o protege. A prescrição extintiva, no caso, somente pode ser conseqüência do usucapião.

Esta, a tradição ancianíssima do nosso direito e o contrário seria admitir a existência de um direito sem um *subiectum iuris* ou de um direito desprovido de ação.

Os elementos "ausência" e "presen-

ça", próprios da prescrição aquisitiva, que se insinuaram no art. 177 do Código Civil mostram a íntima correlação, ao caso, entre a prescrição aquisitiva e a extintiva. Sem embargo do que se lê em Van Wetter (*Pand.* I, § 95, páginas 252-5), a prescrição extintiva não pode operar, no caso, senão em consonância com a aquisitiva. As disposições sobre a primeira entrosam-se com as segundas, não apenas, por amor da unidade do instituto da prescrição, mas, ainda, e principalmente, para que se não chegue a reconhecer a existência de um direito sem ação — o que está contra princípios incoercíveis de lógica jurídica e o que dispõe o artigo 7.º do Código Civil: a todo o direito corresponde uma ação que o assegura.

À inércia do titular do direito de propriedade que origina a prescrição extintiva, deve corresponder à aquisição desse direito pela posse, o usucapião. Doutrina com justeza Espínola que, para se atender à *mens legis*, é necessário estabelecer correlação entre os prazos de prescrição extintiva e os de usucapião. E Ribas mencionava uma verdade pacífica quando dizia que as ações reais duram enquanto dura o direito real de que dimanam (*Consolidação*, escólio ao art. 581, § 5.º).

À ação de reivindicação não é possível aplicar as disposições legais invocadas pelo recorrente, sem criar, do mesmo passo, em favor da Fazenda, um usucapião de cinco anos, que a lei não conhece ou concluir pela existência de um direito sem sujeito (a propriedade deixou de ser do antigo titular sem passar ao *prescriment*) ou de um direito sem ação (a propriedade continua a ser do antigo titular que, entretanto, não poderá reivindicá-la). Todas essas conseqüências chofram contra os princípios e contra a lei."

Já votara assim o ilustre jurisconsulto, quando desembargador, no então Tribunal de Apelação de Minas Gerais, na apelação n.º 7.997, de julho de 1939 (*R.F.* 80/379-82).

No mesmo sentido foram os votos do eminente Ministro Luiz Gallotti, no RE n.º 11.460 e no RE n.º 16.454.

São comumente indicados, a propósito, entre outros, além dos trazidos pelo embargante, os julgados no RE n.º 4.994, Relator o Ministro Filadelfo Azevedo (*Um Triênio de Judicatura*. vol. II, n.º 214. p. 109-10), no RE n.º 6.315, de 9.1.47, Relator o Ministro Annibal Freire (*R.D.A.* 9/104-20), no RE n.º 10.552, de 13.5.47, Relator o Ministro Hahnemann Guimarães (*R.F.* 114/75-6), no RE n.º 27.231, de 6.10.55, Relator, Ministro Ribeiro da Costa (*R.F.* 168/131-8).

Sobre a tese, merece lembrado, na justiça estadual, velho e erudito acórdão da Corte de Apelação de São Paulo, de 21.8 35, relatado pelo Desembargador Theodomiro Dias (*R.T.* 99/458-65).

Assim julgou, igualmente, o eminente Ministro Barros Monteiro, quando desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão de 21.8.52, na qual referiu o voto do Sr. Ministro Luiz Gallotti, no RE n.º 11.460 (*R.T.* 204/228-30): "O art. 177 do Código Civil não compreende a ação de reivindicação, perdurando o domínio até que passe a terceiros, em virtude de usucapião.

Podem ser mencionados, ainda, entre julgados antigos, o acórdão da Corte de Apelação do Rio Grande do Sul, de 8.1.35, relatado pelo Des. Alves Nogueira (revista *Justiça*, do Rio Grande do Sul, 6/303-5), e o de 10.4.47, de qu efoi Relator o Desembargador Loureiro Lima (*Justiça*, 29/192-3).

A questão federal, que se discute nos autos, é a mesma, assemelhando-se os casos confrontados, como exigem o artigo 305 do regimento interno e a *Súmula* n.º 290.

A Constituição assegura o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no arti-

go 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Esse princípio significa que não há desapropriação, não há perda da propriedade, por esse modo — Código Civil, art. 590 —, antes da indenização justa. Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, XIV, 2.ª edição, § 1.617. p. 199) referindo-se à indenização pela desapropriação, assinala que "nada há de comum entre tais indenizações e as indenizações por atos ilícitos (Código Civil, art. 159 e 160)". E ressalva: "Se o estado, no exercício desse direito, tem de prestar a indenização pelo efeito do ato desapropriativo mais o dano que porventura causar por irregularidade no exercício do direito de desapropriar, é outra questão."

O direito à indenização, pressuposto da desapropriação, insere-se no direito de propriedade. Existe aquele direito, enquanto este existir. No dizer de Pontes de Miranda, o direito e a pretensão à indenização justa e prévia "são elementos do conteúdo do direito de propriedade" (op. e vol. cit., § 1.610, n.º 1. p. 158).

Após o ato de declaração de utilidade pública, efetiva-se a desapropriação, salvo acordo, mediante ação, na qual a sentença fixa a justa indenização e decreta a perda da propriedade. Reveste caráter real a ação.

Tem ocorrido, com freqüência, que o poder público, sem promover a ação, realiza, pela ocupação da coisa, desapropriação de fato, que se passou a chamar desapropriação indireta. Certamente, esse comportamento não serve de afastar a garantia constitucional. O direito à indenização que, na desapropriação indireta, assiste ao proprietário, embora a ilegalidade do desapossamento administrativo, tem, na essência, o mesmo fundamento daquele inscrito como garantia constitucional, conferida ao direito de propriedade. O direito à indenização, pressuposto da desapropriação — que é exercício regular de direito —, não pode desaparecer com a ilicitude de atos praticados pelo desapropriante. Se o desapropriante, por forma contrária à lei ordinária e à regra constitucional, toma a propriedade, daí decorrem, *a mais*, outros efeitos jurídicos. Ao direito à indenização, acrescentam-se, então, efeitos da desapropriação de fato, como os juros compensatórios, devidos desde a ocupação, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A desapropriação, por nenhuma forma, inclusive pelo desapossamento administrativo, poderá ser causa de perda da propriedade, antes da prestação do desapropriante, nos termos da Constituição. O expropriado não perde a propriedade, na desapropriação indireta, pela simples ocupação; poderá perdê-la, se, decorrido o tempo previsto na lei, o desapropriante a tiver adquirido por usucapião.

Os bens indiretamente expropriados, porque aproveitados para fins de necessidade ou utilidade pública, ou de interesse social, não podem ser reavidos *in natura*. Impossível vindicar o próprio bem, a ação, cujo fundamento é o direito de propriedade, visa, precipuamente, à prestação do equivalente da coisa desapropriada, que é a indenização assegurada na Constituição, como pressuposto do ato de retirada da propriedade. A denominada ação de desapropriação indireta tem, assim, caráter real. Este é ponto pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No RE n.º 52.577, de 22.8.63, em ação de desapropriação indireta, proclamou o Relator, o eminente Ministro Cândido Motta Filho: "Tenho que não se trata propriamente de uma ação de indenizar, mas de uma ação real, que se mostra como uma ação reivindicatória" (*Ementário* n.º 555). No RE n.º 54.221, de 25.6.64, disse o eminente Ministro Pedro Chaves, Relator: "Salientei no relatório que se trata de desapropriação indireta, tendo por objeto a inde-

nização de propriedade imóvel de que se viram privados os autores e cuja devolução reivindicatória não lhes era dado pleitear, pela destinação e uso que lhes deu a União. Assim, o pagamento que pleiteiam nesta ação é substitutivo da própria coisa imóvel de que se viram desapossados, sem a prévia e justa indenização. O que se discute, pois, em última análise, é o direito real de propriedade" (*Ementário*, n.º 593). No RE n.º 56.705, de 10.9.65, reconheceu o Supremo Tribunal Federal, pelo voto do eminente Ministro Victor Nunes (*Ementário* n.º 634): "O que está em causa, na chamada desapropriação indireta, é o direito de propriedade, que se substitui pela indenização reclamada pelo proprietário". Sobre o caráter real da ação de desapropriação indireta, podem ser arrolados, ainda, o RE n.º 57.966, de 25.3.66 (*R.T.J.* 37/297-8), o Ag. n.º 37.156, de 29.4.66 (*Ementário* 659/1.º), o RE n.º 64.809, de 23.9.68 (*R.T.J.* 47/134-6). Assentou, por isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que a prescrição qüinqüenal não tem aplicação à ação de desapropriação indireta.

O acórdão embargado reconheceu que se trata, no caso, de ação real, a que não se aplica a prescrição qüinqüenal, senão a do art. 177, do Código Civil. Discrepou, porém, da jurisprudência, quando deixou de interpretar o art. 177 em correlação com o art. 550 do Código Civil.

Enquanto o expropriado não perde direito de propriedade imobiliária, por efeito de usucapião do expropriante, vale o princípio constitucional, sobre o direito de propriedade, e tem ele a ação de desapropriação indireta. O prazo, para esta ação, é o mesmo da ação reivindicatória. Não há aplicar-se o prazo prescricional do art. 177 do Código Civil. Não há mais a ação, quando o usucapião gerou o direito de um e extinguiu o de outro.

Em caso semelhante, a Primeira Turma, em acórdão de 18 de abril findo, no RE n.º 73.683, decidiu, segundo o voto do Relator, o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro:

"O Supremo Tribunal tem decidido, reiteradamente, que a prescrição qüinqüenal, estabelecida em favor da Fazenda Pública, não se aplica à desapropriação indireta (RE n.º 57.966, *RTJ*, 37/297; RE n.º 64.809, *RTJ*, 47/134; RE n.º 56.705; RE n.º 47.584).

Por igual, o Tribunal de Justiça de São Paulo tem entendido, como se verifica dos casos trazidos a confronto, que a ação indenizatória, por desapropriação indireta, se inclui na categoria das ações reais, pois é baseada no domínio imobiliário. Assim, enquanto o estado não tiver conquistado a propriedade do imóvel por usucapião, o proprietário não perde o direito ao ressarcimento pelo desfalque sofrido em seu patrimônio.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para que, afastada a prescrição qüinqüenal, o tribunal *a quo* julgue a causa como entender de direito."

À vista dessas razões, não é preciso examinar, no caso, a aplicação do princípio consagrado na *Súmula* n.º 445. Não há, também, interesse na discussão sobre o termo inicial do prazo, na data da publicação do decreto expropriatório, somente ocorrida a 9.4.53, o que, de resto, não foi apreciado no acórdão embargado.

Comprovada a divergência, na interpretação do direito federal, conheço dos embargos e os recebo, para repelir a argüida prescrição e determinar que o tribunal *a quo* julge, como for de direito, a restante matéria dos recursos interpostos da sentença de primeira instância.

EXTRATO DA ATA

ERE n.º 63.833 — RS — Rel., Ministro Eloy da Rocha. Embte., Carlos José Záquera — Espólio (Adv., Anor Butler Maciel). Embdos., União Federal e Departamento Nacional de Es-

tradas de Rodagem (Adv. Carlos Castello Branco) (Dec. embda. Primeira Turma, 16.4.68).

Decisão: Adiado o julgamento por haver pedido vista o Ministro Xavier de Albuquerque, depois do voto do Relator que conhecia e recebia os embargos. Impedidos, os Srs. Ministros Thompson Flores e Antonio Neder. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aliomar Baleeiro, Presidente. Presidiu ao julgamento o Sr. Ministro Eloy da Rocha, Vice-Presidente.

Presidência do Sr. Ministro Eloy da Rocha, Vice-Presidente, na ausência justificada do Sr. Ministro Aliomar Baleeiro, Presidente. Presentes à sessão os Srs. Ministros Luiz Gallotti, Oswaldo Trigueiro, Djaci Falcão, Barros Monteiro, Amaral Santos, Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder e Xavier de Albuquerque. Procurador-Geral da República, o Dr. José Carlos Moreira Alves.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque: Destes embargos, conhecidos e recebidos pelo eminente Relator na sessão de 3 deste mês, pedi vista para melhor conhecer o teor do longo e douto voto com que S. Exa. repeliu a prescrição, reconhecida no acórdão embargado, da ação desapropriação indireta.

Havendo-o feito, ponho-me de acordo com o eminente Relator. Também conheço dos embargos, e os recebo.

VOTO

O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro: Sr. Presidente, desejo esclarecer que esse é o entendimento firmado pela Primeira Turma.

Em casos recentes, decidimos que a ação de desapropriação direta é ação real. É verdade que, em um recurso do Estado da Guanabara, julgado este ano, houve aparente discrepância dessa orientação. Acompanhando-o o eminente Ministro Amaral Santos, contra o meu voto, a Primeira Turma deu como pessoal, para efeito de prescrição, ação pela qual o expropriado pleiteara a atualização da indenização, à vista da desvalorização da moeda e da demora do pagamento.

Nos demais casos, em que se tratava de expropriação indireta, entendemos, sem divergência, que a ação é de natureza real.

VOTO

O Sr. Ministro Amaral Santos: Senhor Presidente, para se considerar uma ação real é preciso que o fundamento do pedido seja um direito real. Por que se pede? *Cur debetur?* Se a resposta é "peço por força de ato ilícito"; se a resposta é "peço por força de direito obrigacional"; se a resposta é "peço por força de interesse público, necessidade pública, utilidade pública", a ação é pessoal. Se é, entretanto, "peço por força do direito de propriedade", não o é.

Pede-se por força de ato ilícito do poder público; o ato ilícito do poder público é que me exige o pedido; o poder público pratica ato ilícito, e eu exijo a indenização. Poder-se-ia propor ação possessória. Teríamos que discutir se a possessória é real ou pessoal.

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Mas é real.

O Sr. Ministro Luiz Gallotti: O ponto é controvertido.

O Sr. Ministro Amaral Santos: É discutível se é real.

Poder-se-ia propor ação de reivindicação, pura e simples, conforme o estado da coisa.

Poder-se-ia propor ação sub-rogatória de reivindicação. Poder-se-ia propor sub-rogação em dinheiro do preço da coisa. Então, seria ação real. Mas, como na hipótese, as ações propostas, na Guanabara e em todo o país, são ações eminentemente pessoais, fundadas num ato ilícito do poder público.

O Sr. Ministro Eloy da Rocha (Re-

lator): Fundam-se no direito de propriedade, nos termos de garantia constitucional.

O Sr. Ministro Amaral Santos: Não Fundada em ato ilícito. Poderia ser apenas posse, poderia ser apenas usufruto ...

O Sr. Ministro Eloy da Rocha (Relator): Mas aqui, não ocorre o caso de, apenas, posse ou usufruto.

O Sr. Ministro Amaral Santos: Estamos examinando o problema em doutrina, em face do direito, e não em face do caso concreto.

A ação de pedido de indenização é ação pessoal, como é a própria desapropriação. A ação de desapropriação também é pessoal. E vamos além: há quem diga que não é nem propriamente ação jurisdicional: é um processo de caráter administrativo. Há quem chegue a esse ponto. Pois bem, a ação de desapropriação é fundada no interesse público, não é fundada no direito de propriedade. Não é fundada no direito real, é fundada no interesse público, que é interesse pessoal e, portanto, é ação pessoal. As conseqüências é que dela poderão resultar efeitos reais; como também, na execução de uma ação de cobrança de dívida, pela penhora do imóvel; a execução não é real, a execução é pessoal.

Rejeito os embargos.

ADITAMENTO AO VOTO ESCRITO

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque: Sr. Presidente, gostaria de dar um esclarecimento.

Neste caso, a ação foi proposta como de reintegração de posse. A autoridade contestou, dizendo que não podia restituir porque havia aberto uma estrada e pediu que se convertesse em ação de desapropriação indireta. Então, a conversão se fez porque a autoridade disse que não podia restituir a posse.

O Sr. Ministro Amaral Santos: Veja como é difícil afirmar "é ação real" ou "é ação pessoal".

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Tem os dois caracteres. Ela se baseia no direito de propriedade e no ato ilícito praticado pelo poder público.

O Sr. Ministro Amaral Santos: Não é possível. A ação ou é real ou é pessoal.

Ao que me parece, na hipótese, talvez a ação devesse ser transformada em ação sub-rogatória de reivindicação.

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque: Por isso é que quis dar o esclarecimento a V. Exas.

O Sr. Ministro Amaral Santos: Usemos, então, a expressão "quando o pedido consiste numa sub-rogatória de reivindicação, é real, e quando não consiste em sub-rogatória de reivindicação, é pessoal".

O Sr. Ministro Eloy da Rocha (Relator): O juiz fez a conversão da ação, por julgar que aos autores não era possível reaver o bem, já utilizado pelo poder expropriante. A ação passou a chamar-se de desapropriação indireta.

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque: A própria autoridade é que pediu a conversão, por não poder restituir a coisa.

VOTO (RECONSIDERAÇÃO)

O Sr. Ministro Djaci Falcão: Senhor Presidente, reconsidero o meu entendimento e recebo os embargos, de acordo com o voto de V. Exa.

EXTRATO DA ATA

ERE n.º 63.833 — RS — Rel., Ministro Eloy da Rocha. Embte, Carlos José Záquera — Espólio (Adv., Anor Butler Maciel). Embdos., União Federal e Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (Adv. Carlos Castello Branco) (Dec. embda. Primeira Turma, 16.4.68).

Decisão: Conhecidos, unanimemente, e recebidos, contra os votos dos Ministros Amaral Santos, Bilac Pinto e Barros Monteiro. Impedidos, os Minis-

tros Antonio Neder e Thompson Flores. Na ausência ocasional do Sr. Procurador-Geral da República, Dr. José Carlos Moreira Alves, funcionou o Dr. Oscar Corrêa Pina, Procurador-Geral da República, substituto.

Presidência do Sr. Ministro Eloy da Rocha, Vice-Presidente, na ausência justificada do Sr. Ministro Aliomar Baleeiro, Presidente. Presentes à sessão os Srs. Ministros Luiz Gallotti, Oswaldo Trigueiro, Djaci Falcão, Barros Monteiro, Amaral Santos, Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder e Xavier de Albuquerque. Procurador-Geral da República, substituto, o Dr. Oscar Corrêa Pina, na ausência ocasional do Sr. Procurador-Geral da República, o Dr. José Carlos Moreira Alves.