— Desapropriação indireta. Prescrição. Enquanto o expropriado não perde o direito de propriedade por efeito do usucapião do expropriante, vale o princípio constitucional sobre o direito de propriedade e o direito à indenização, cabendo a ação de desapropriação indireta. O prazo, para esta ação, é o da ação reivindicatória. Confere-se à ação de desapropriação indireta o caráter de ação reivindicatória, que se resolve em perdas e danos, diante da impossibilidade de o imóvel voltar à posse do autor, em face do caráter irreversível da afetação pública que lhe deu a Administração Pública. Subsistindo o título de propriedade do autor, daí resulta sua pretensão à indenização, pela ocupação indevida do imóvel, por parte do Poder Público, com vistas à realização de obra pública. Hipótese em que ocorreu prescrição. Recurso extraordinário não conhecido.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recurso Extraordinário nº 109.853
Recorrente: Cia. de Saneamento Básico do Estado de São Paulo — Sabesp
Recorridos: Rubens de Souza e outros
Relator: Sr. Ministro NÉRI DA SILVEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade, em não conhecer do recurso extraordinário.

Brasília, 5 de agosto de 1988. — *Moreira Alves*, Presidente. *Néri da Silveira*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Relator): No julgamento da ação ordinária de indenização proposta por Rubens de Souza, sua mulher e outros, contra a Companhia de Saneamento Básico do estado de São Paulo — Sabesp, em que pleiteavam, em face de desapropriação indireta pela Sabesp, indenização justa, atual e em dinheiro, além de juros compensatórios, juros moratórios, correção monetária e das verbas decorrentes da sucumbência, o Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Registro — SP decidiu, pela sentença de fls. 326-34, julgar extinto o processo, com julgamento de mérito, após declarar a ocorrência da prescrição, fundamentando a decisão nos arts. 177 e 269, item IV, do Código de Processo Civil (fl. 234).

Em grau de apelação, o colendo Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, em votação uniforme, por sua Décima Terceira Câmara Civil, reformou a decisão do primeiro grau, por entender ser pessoal e não real a natureza da ação, anotando o voto do ilustre Relator (fls. 399-400):

"A ocupação teria ocorrido em março de 1962 e a presente ação de pedido de indenização foi ajuizada em 9 de julho de 1981 com a citação da ré em dezembro de 1981.

Com a devida vênia dos que entendem ser real a ação, entende-se que a ação ordinária de indenização por apossamento administrativo é pessoal porque não vindica a coisa, mas o pagamento da indenização pelo desapossamento. Assim somente a prescrição aquisitiva, o usucapião em favor da entidade apossante é que afastaria o direito à indenização que é devida ao titular do domínio.

No caso dos autos, embora os autores residam no mesmo município da situação do imóvel, como a ré não tem justo título, o usucapião só se consumaria em vinte anos (art. 550 do Código Civil).

Assim, a prescrição da ação de pedir indenização pelo desapossamento só se consumará em vinte anos, nos termos do art. 177 do Código Civil, porque não ocorrido o usucapião em favor da ré."

Inconformada, interpõe a Companhia de Saneamento Básico do estado de São Paulo recurso extraordinário, com apoio no art. 119, item III, alíneas *a* e *d*, da Constituição Federal (fls. 405-8), sustentando que o acórdão recorrido, a par de se encontrar em divergência com a jurisprudência indicada às fls. 406-8, negou vigência ao art. 177, do Código Civil.

Negado seguimento ao apelo derradeiro, pelo despacho de fls. 414-16, subiram os autos, todavia, a este Tribunal, tendo em conta o provimento do Agravo de Instrumento nº 109.085-5-SP, em apenso.

Razões da recorrente às fls. 428-32, manifestando os recorridos as contra-razões de fls. 434-56.

Opinou a Procuradoria Geral da República, no parecer de fls. 463-6, no sentido de que o recurso "comporta conhecimento e provimento, pronunciando-se a prescrição consumada" (fl. 466).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Relator): Ao não admitir o apelo extremo, o ilustre Desembargador Sylvio do Amaral observou (fls. 414-15):

"1. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão que, em ação de desapropriação indireta, reformou decisão de primeiro grau e afastou preliminar de prescrição anteriormente acolhida. Interposta pelas letras *a* e *d* do art. 119, III, da Constituição (fls. 405-8), nele sustenta a Sabesp negativa de vigência do art. 177 do Código

Civil. Aduz, ainda, ocorrência de dissídio jurisprudencial. Alega que, em se tratando de ação real — porque substitutiva da reivindicatória — e não pessoal, o lapso prescricional se consumaria, no caso, em dez e não vinte anos. Daí o desacerto do acórdão, ao entender o contrário.

2. Contrariamente ao sustentado na impugnação, à desapropriação indireta não se aplica o veto do art. 325, V, *c*, do Regimento Interno (RE 102.697-PE, Relator Ministro Oscar Corrêa, 1º T., v.u., j. 19.9.84, *DJU* 23.11.84, p. 19.928; RE 104.578-7-SP, Rel. Min. Oscar Corrêa, 1ª T., v.u., j. 15.2.85, *DJU* 15.3.85, p. 3.148)."

3. Não pode o recurso, no entanto, ser admitido. Razoável, pela letra *a*, foi a interpretação dada ao tema jurídico em discussão pelo acórdão recorrido. Pela letra *d*, por outro lado, não se acha tipificado dissídio jurisprudencial, já que a jurisprudência acostada ao recurso de há muito está superada.

4. O Supremo Tribunal Federal já firmou jurisprudência no sentido de que,

"enquanto o expropriado não perde o direito de propriedade, por efeito do usucapião, do expropriante, vale o princípio constitucional sobre o direito de propriedade e o direito à indenização e tem ele a ação de desapropriação indireta. O prazo, para esta ação, é o da reivindicatória" (*RTJ* 61/384).

No mesmo sentido o RE 85.070/SP (1ª T., v.u), inserto em *Revista dos Tribunais* 523/244-246, de que foi relator o Ministro Bilac Pinto:

"No caso, nos termos da jurisprudência desta Corte, a perda da propriedade, pelo particular, só ocorreria com a sua aquisição, pelo Poder Público, por usucapião (CC arts. 550 e 551). Inexistindo justo título já que se trata do chamado apossamento administrativo (desapropriação indireta), o prazo de prescrição aquisitiva seria o de 20 anos (CC, art. 550). Donde, pois, a incensurabilidade, neste ponto, do aresto impugnado."

A Procuradoria Geral da República, entretanto, em seu parecer, entende que real a natureza da ação, na espécie, consumou-se a prescrição, sustentando, às fls. 465-6, *verbis:*

"6. Embora o v. aresto colacionado, oriundo desse Supremo Tribunal, não se dedique especificamente à *quaestio juris* de que ora se cogita — pois cuida mais de afirmar que, na espécie examinada, havia interesses de pessoas ausentes e, não, de presentes, do que de distinguir se a ação é real ou pessoal —, de qualquer sorte efetivamente assiste razão ao apelo extremo, porquanto o mais moderno entendimento jurisprudencial inclina-se por conferir, à ação de desapropriação indireta, o caráter de Ação Reivindicatória, 'que se resolve em perdas e danos, diante da impossibilidade de o imóvel voltar à posse do autor, em face do caráter irreversível da afetação pública que lhe deu a Administração Pública' " (RE 102.574-3-PE, Rel. Min. Soares Muñoz, in *DJ* de 8.11.84, p. 1.984).

7. Irrecusável, portanto, a natureza real da ação, não há como deixar de reconhecer a violação do art. 177 do Código Civil, sendo, em conseqüência, suscetível de conhecimento a irresignação extraordinária.

8. E, conhecido o recurso, é caso de aplicação da Súmula 456:

"O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie."

9. Postos pelo e. Tribunal *a quo* os fatos da causa, como então, é de se dar provimento ao recurso, porque realmente decorreram mais de quinze anos entre a ocupação e a citação, interruptiva da prescrição:

"A ocupação teria ocorrido em março de 1962 e a presente ação do pedido de indenização foi ajuizada em 9 de julho de 1981 com a citação da ré em dezembro de 1981" (fl. 399).

É fato certo que, entre o apossamento administrativo e a propositura da ação flui prazo inferior a vinte anos e superior a dezenove anos.

Compreendo, entretanto. que bem situou, na espécie, a controvérsia o despacho presidencial, suso transcrito. Não há falar em perda da propriedade dos autores, no caso, em virtude de aquisição, por usucapião, da recorrente. Subsistindo o título de propriedade dos autores, daí resulta sua pretensão à indenização pela ocupação indevida. Não se argüiu usucapião, outrossim, sequer, em favor da recorrente, em sua defesa.

Bem anotaram os recorridos, às fls. 439-48, *verbis:*

Data maxima venia, o recurso deve ser improvido, pois a prescrição extintiva não se opera nestas ações, sendo inaplicável o disposto no art. 177 do Código Civil. Se não, vejamos:

A prescrição extintiva não se opera nestas ações (*Arquivo Judiciário*, vol. 94/15 e 313; *Justiça*, vol. 29/192; *Revista dos Tribunais*, vols. 81/567 e 162/165).

Já na lição de Clóvis Bevilaqua:

"Ações reais são as que se fundam em direito real. Extinguem-se nos prazos estabelecidos para usucapião, porque o direito do adquirente elimina o do antigo titular." (*Código Civil*, vol. I, p. 483, 8ª edição, atualizada por Achilles Bevilaqua).

Escreve L. Nequete:

"...o art. 177, do nosso diploma (Código Civil), não abrange as ações reais que tutelam a propriedade a cujo não há prescrição" (*Da prescrição aquisitiva*, Usucapião, p. 15).

E o intérprete máximo da Constituição e leis brasileiras sentenciou:

"O art. 177, do Código Civil, 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 art. 177". (Ac. do Supremo Tribunal Federal, de 28.11.1949, *in Diário da Justiça*, nº 251, de 31.11.1951, p. 3.798).

Serpa Lopes ensina: "A prescrição de ação real não se aplica ao senhor da coisa, em tais circunstâncias. A ação real subsiste enquanto permanecer de pé o domínio, e este só cessa após consumado o usucapião" (*Curso de Direito Civil*, nº 1, p. 118).

Também Virgílio de Sá Pereira conheceu do problema e procurou solucioná-lo, dizendo antes:

"A desigualdade nos prazos de usucapião e da prescrição da reivindicatória cria um problema, que cumpre resolver."

Impugna a opinião de que o domínio se perde pelo não uso:

"Esta conclusão subverteria toda a concepção científica do domínio. Ele deixaria de ser perpétuo, pois que prescritível por 30 anos, deixaria de ser igualmente a faculdade de usar a coisa, pois que se a fraudaria, essa faculdade, do seu conteúdo negativo — o não uso que lhe é inerente."

É de regra que nenhum direito se extingue pelo não uso, pois que na essência de um direito também existe a faculdade de não exercê-lo, segundo apraz.

Visco disse: — *tempus non este modus constituendi vel dissolvendi juris*, o tempo por si só não cria nem extingue o direito, que é eterno.

É o ensinamento de Carvalho Santos:

"O professor Carpenter já havia frisado o erro em que incidiu o legislador e demonstrou, por 'a' mais 'b', não ser possível aplicar o texto legal, tal como está redigido. Suponha-se, por exemplo, uma ação de reivindicação proposta no prazo de 21 anos, a contar da posse pelo texto supra, se interpretado ao pé da letra, a ação estaria prescrita, e assim ao possuidor se teria

assegurado uma situação, que não encontra apoio em lei, sem título e boa-fé, estava ele ainda longe de atingir o tempo legal do usucapião extraordinário. Ora, isso não se compreende como possível. Pelo que a razão está com Carpenter quando sustentou que a prescrição da ação real de reivindicação de coisa imóvel é de trinta anos e a prescrição da ação ordinária de coisa móvel é de dez anos.

Se o usucapião, no primeiro caso, só se verifica decorridos trinta anos, e se no segundo, decorridos dez anos, como seria possível admitir a prescrição das ações respectivas em menor prazo? E é bem de ver que contra semelhante possibilidade se insurgiria ainda o art. 75 do Código ao dispor que a todo direito corresponde uma ação que o assegura, não se tolerando que o proprietário não tivesse perdido o domínio e já tivesse perdido a ação que o assegurava" (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. III, p. 461/2).

O saudoso Ministro Orozimbo Nonato, quando desembargador do Tribunal de Minas Gerais, no acórdão proferido na Apelação nº 7.977, teve oportunidade de proclamar:

"Não pode o art. 177 ser considerado 'a se', desintegrado do corpo das leis, senão que deve ser entendido em harmonia com o Código a que pertence. E nem pode ter força para remover o princípio de que 'vivo o domínio, vivas se acham, necessariamente, as ações, que o protegem'. O *ius reivindicandi* é uma das faculdades que compõem o direito de propriedade. O art. 177 do Código Civil — em outro voto já me asou a oportunidade de declará-lo — deve ser interpretado em correspondência com o art. 550 do mesmo Código; não, apenas, por amor à unidade fundamental do instituto da prescrição, mas, ainda, e principalmente, para que se não chegue ao remate absurdo do reconhecimento de um direito sem ação. A inércia do direito pela prescrição liberatória deve corresponder a aquisição do direito pela posse, quer dizer, ao usucapião." E Ribas já ensinara que as ações reais duram enquanto dura o direito real de que dimanam (art. 581, § 5º, da Consolidação).

Doutrina Espínola que se deve estabelecer correlação entre os prazos da prescrição extintiva e os de usucapião. E o mesmo é o ensino do Ministro Carvalho Mourão, que explica, através dessa correlação, por que se insinuaram no art. 177 os elementos "ausência" e "presença".

As ações reais, adverte de seu turno Clóvis Bevilaqua, extinguem-se nos prazos estabelecidos para o usucapião, porque o direito do adquirente elimina o do antigo titular (*Código Civil Com.*, I, 505, nº 2, do art. 177).

A prescrição extintiva não pode ocorrer quando não se verifica a aquisitiva, o usucapião. Não é outra a tradição de nosso direito. Nem se pode conceber a existência de um direito sem sujeito, ou de um direito despercebido de ação" (*in Revista Forense*, vol. 80, p. 380-1).

Irrespondível ainda a argumentação de Carpenter:

"Se fosse exato, como diz o art. 177, que as ações reais prescrevem em dez anos entre presentes e, entre ausentes, em vinte, então o usucapião, com os seus requisitos de justo título e boa-fé, seria um instituto inútil, porque o prescribente, isto é, o sujeito passivo da ação real de reivindicação, ou possuidor atual da coisa, se defenderia sempre com a alegação de estar prescrita a ação real do sujeito ativo (pois que a prescrição se completa só com o prazo, independentemente de justo título e boa-fé), e nunca teria necessidade de se defender com a invocação do usucapião que, além do mesmo prazo, exige ainda os dois ditos requisitos do justo título e boa-fé" (*Manual Paulo Lacerda*, vol. IV, p. 359, nº 183, nota 6).

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 3.968, j. em 23.6.1942, o eminente e saudoso Ministro Orozimbo Nonato proferiu o voto, *verbis*:

"O *jus reivindicandi* é um dos direitos elementares que entram na noção complexa do domínio ao lado do *jus 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 injustamente que os possua.

A perda do *jus 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 *subjectum juris* ou de um direito desprovido de ação.

Os elementos 'ausência' e 'presença', 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, p. 252-3), 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 incoercitíveis de lógica jurídica e o que dispõe o art. 75 do Código Civil: — a todo direito corresponde uma ação que o assegura (*in Revista Forense*, vol. 91, p. 402-3).

É a ação de reivindicação por sua natureza imprescritível, para o efeito de poder ser exercida a qualquer tempo, uma vez que se lhe não contraponha usucapião consumado em favor do possuidor. Na França, onde o Código Civil, no art. 2.262, determina que prescrevem em 30 anos todas as ações, assim reais como pessoais, a torrente dos seus mais preclaros civilistas — entre os quais Aubry e Rau, Planiol e Josserand — ensina que essa regra não é absoluta e comporta exceções; e é assim que as ações que nascem do direito de propriedade, ou sejam —, a de reivindicação e a negatória de servidão —, são imprescritíveis, no sentido de que não se acham adstritas à contingência de perecer diretamente, só porque não sejam intentadas dentro em determinado lapso de tempo, ou porque o proprietário, durante prazo mais ou menos longo, se abstenha de exercer o direito de propriedade. Essas ações somente se extinguem indiretamente, em conseqüência de usucapião, por posse contrária que reúne todos os requisitos exigidos para aquisição do direito de propriedade ou de servidão. (*Revista dos Tribunais*, 99/461).

Alberto Trabucchi explica que o direito fundamental de propriedade não se prescreve, sendo imprescritível a ação de reivindicação. Diz o citado jurista: a propriedade não se perde por não uso; pode, porém, perder-se, por conseqüência de usucapião de outrem. (*Instituzioni di Diritto Civile*, 3ª ed., p. 106; cf. Marcadé, *Code Civile*, t. XII, nº 232, p. 258; Aubry et Rau, *Cours*, 5ª ed., vol. XII, § 772, p. 539-40; Brugi, *Della Proprietà*, vol. II, p. 638; Fadda e Bensa, nota a *Windscheid*, vol. 4, p. 64; Butera, *La Revendicazione*, nº 243, p. 273).

Se fé merece a palavra de Bufnoir, temos que: "a tradição constante tem sido que o direito de propriedade não se perde pelo não uso.

Em todas as legislações tem-se estabelecido uma diferença profunda entre a propriedade e os ônus reais. Para estes últimos seu desaparecimento era um resultado que se poderia considerar como sendo, de certo

modo, de interesse geral. Ao contrário, nenhum interesse em despojar o proprietário, enquanto não se constituísse o direito contrário fundado sobre a posse prolongada.

Pothier (*Prescript* nº 267) explica muito bem que é assim: "a propriedade, mostra ele, pode ser adquirida por prescrição, ela não pode ser perdida pelo não uso" (*Proprieté et contract*, 1924, p. 181).

A jurisprudência de nossos Tribunais é pacífica neste sentido. Assim decidiu esse Excelso Pretório:

"Prescrição — Direito de propriedade, que não se perde pelo não uso — Inaplicabilidade da prescrição extintiva — Perda da propriedade, apenas pela prescrição aquisitiva, quando satisfeitas as condições legais." (*In RJTJESP*, vol. 44/134).

No julgamento do Recurso Extraordinário 78.407-SP, j. em 23.5.1955, o eminente Ministro Rodrigues Alckmin proferiu o seu voto:

"Conheço do recurso, diante do demonstrador dissídio de decisões. O acórdão do Tribunal de Justiça local, em caso idêntico, afirmou a tese correta de que não havia cuidar de prescrição extintiva: somente o usucapião extraordinário (à falta de justo título) poderia paralisar ação do ex-proprietário para obter a indenização. Assim, inexata é a tese do acórdão recorrido, sobre a possibilidade de prescrição extintiva decenal, ainda que não houvesse usucapião a favor do Departamento-réu. Essa tese desatende ao princípio de que o domínio não se perde pelo não-uso e que somente a posse alheia, pelos prazos e na forma prevista em lei, faz cessar o domínio."

O Tribunal Pleno desse Excelso Supremo Tribunal Federal, nos Embargos do Recurso Extraordinário nº 63.833, do Rio Grande do Sul, em que foi relator o eminente Ministro Eloy da Rocha, decidiu que:

"Ação de desapropriação. Prescrição. A ação de desapropriação inclui-se entre a ações reais. Os bens indiretamente desapropriados, porque aproveitando-se para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não podem ser reavidos *in natura.*

Impossível vindicar o próprio bem, a ação cujo fundamento é o direito de propriedade, visa, precipuamente, a prestação de equivalente da coisa desapropriada, que é a indenização assegurada na Constituição, como pressuposto do ato de retirada da propriedade, do seu titular. Inaplicabilidade da prescrição qüinqüenal à ação de desapropriação indireta.

O art. 177 do Código Civil deve aplicar-se em harmonia com os arts. 550 e 551 do mesmo Código; vivo o domínio não pode deixar de ser considerada viva a ação que o projeta. Enquanto a propriedade, por efeito de usucapião do expropriante, vale o princípio constitucional sobre o direito de propriedade e o direito à indenização, e tem ele a ação de desapropriação indireta. O prazo, para esta, é o da reivindicatória." (*In Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 61/385.)

A colenda Primeira Turma deste excelso Pretório, no julgamento do Recurso Extraordinário 77.158-SP, j. em 31.8.1973, em que relator o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro decidiu:

"Ação de desapropriação indireta. Enquanto o expropriado não perde a propriedade, por efeito de usucapião, sobrevive o direito à indenização, podendo a ação, com este objetivo, ser proposta no prazo da reivindicatória. Recurso conhecido e provido." (*Trimestral*, vol. 66/939.)

No mesmo sentido, ainda, são os julgados insertos na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vols. 37/297, 47/232, 82/994, 74/771 e outros tantos mais.

"Assim sendo, afastada está a possibilidade da prescrição extintiva, como quer a recorrente, por ser inaplicável à espécie o art. 177 do Código Civil. Sendo, assim, aplicá-

vel o art. 550 combinado com o art. 75 do Código Civil e 524 do mesmo diploma legal".

Do exposto, não conheço do recurso.

EXTRATO DA ATA

RE 109.853-8-SP — Rel.: Ministro Néri da Silveira. Recte.: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo — Sabesp (Adv.: Joel Campos Fernandes). Recdos.: Rubens de Souza e outros (Advs.: Joaquim de Almeida Baptista e outra).

Decisão: Recurso não conhecido. Unânime. 1ª Turma, 5.8.88.

Presidência do Sr. Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Srs. Ministros Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Sydney Sanches e Octavio Gallotti.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Afonso Henrique Prates Correia.