

Nulidades da arrematação de imóvel em processo de inventário. Prescrição das ações de Usucapião e accessio temporis ou possessionis nulidade da arrematação e de reivindicação.

CONSULTA

MANOEL JOSÉ MARTINS faleceu em 7 de Março de 1922, nesta cidade do Recife. Nêsse mês e ano iniciou-se o seu inventário, que até esta data ainda não foi concluído. No curso do mesmo, foi requerida a venda em leilão do único bem do espólio, o sítio "CINCO IRMÃS", que posteriormente passou a novos adquirentes, até os atuais, sendo que muitos dêles construíram em lotes do referido imóvel.

A herdeira púbere, D. Antonina de Holanda Martins, alegando nulidades insanáveis, requereu nos autos do inventário a anulação de todo o processado e da suposta "arrematação", do único bem inventariado, o sítio "CINCOS IRMÃS", no que não foi atendida pelo juiz do inventário.

Inconformada, ingressa agora em juízo, com uma ação ordinária de nulidade cumulada à de reivindicação, visando a nulidade da "arrematação" e consequente reivindicação do bem usurpado, sítio "CINCO IRMÃS", arguindo as nulidades de pleno direito a seguir expostas, como fundamento da ação ajuizada.

Assim, alega e prova na sua inicial que a "arrematação" é nula **pleno jure**, entre outros, pelos seguintes motivos: 1) — Porque decorrente de processo de inventário nulo **ab initio**: a) Por ter sido requerido por PROMOTOR PÚBLICO impedido de advogar, especialmente contra a Fazenda do Estado e in-

terêsse de menores, deslocando-se para tanto da sede de sua comarca; b) — Por ter o PROMOTOR-ADVOGADO prestado compromisso ou juramento de inventariante sem ter poderes expressos para êsse fim, quando a lei em vigor àquela época exigia o compromisso pessoal do inventariante; 2) — Porque o “leilão” foi realizado sem obediência ao prazo da lei (20 dias); 3 — Porque o leilão foi realizado fora da Comarca onde se encontrava o bem; 4) — Porque o leilão foi procedido sem a presença do juiz; 5) — Porque a “carta de arrematação” foi lavrada 11 dias após realizado o leilão; 6) — Porque o dinheiro produzido do leilão não apareceu no inventário, nem foi entregue à inventariante.

PERGUNTA-SE:

1 — As nulidades arguidas autorizam a ação ordinária ajuizada?

2 — Ainda será oportuna a ação proposta, em face do tempo decorrido da arrematação (Agosto de 1923)?

3 — O imóvel foi adquirido pelo *de cujus* em 1908. Podem os atuais possuidores invocar o direito de acessão de posse, de que trata o art. 532 do Código Civil, para efeito do usucapião?

Anexo a inicial com todos os documentos.

Recife, 14 de Fevereiro de 1953.

JOSÉ PIAUHILINO DE MELLO MONTEIRO, Adv.

PARECER

1.º

As nulidades arguidas autorizam a ação ordinária ajuizada?

O exame de várias das nulidades apontadas na consulta, à luz do direito processual vigente à época da abertura da sucessão de Manoel José Martins, do início do seu inventário e da arrematação do único bem do espólio, — o sítio “Cinco Irmãos”, — (1922-1923), levam à plena convicção da procedência da ação ordinária ajuizada.

Realmente, é fora de qualquer dúvida a nulidade da arrematação, em que se estriba a ação, objeto da consulta, pelas seguintes razões.

1 — Por haver o advogado da inventariante prestado o respectivo compromisso ou juramento, sem lhe terem sido outorgados poderes especiais e expressos para êsse fim. Com efeito, nulo de pleno direito é todo o processo do inventário, e, conseqüentemente, a arrematação nêle procedida, pela invalidez absoluta do compromisso do inventariante, ato básico, fundamental, essencial e indispensável, sem o qual não podia ter existência aquele processo, que nêle repousou.

Trata-se de ato, de formalidade de tal importância jurídica que o nosso antigo direito, de acordo com o princípio "**Per procorato rem non potest jurare qui inventarium conficere tenetur**", exgia que o realizasse pessoalmente o inventariante. Era a lição dos praxistas Pegas, Guerreiro e Almeida e Sousa, acolhida pelo Conselheiro Ribas (V. Consolidação das Leis do Processo Civil, 3.^a ed. Comentário DLXVIII ao art. 860).

Mais tarde, como nos informa o professor Cândido Naves, "conveio-se em permitir a representação do inventariante, mas o compromisso somente podendo ser prestado por procurador habilitado em instrumento de mandato que contivesse **poderes especiais**, declaradamente expressos na menção de poderes para prestação do compromisso" (Comentários ao Código de Processo Civil, ed. da Revista Forense, VI, n.º 62, pág. 82).

Corresponde a tamanha necessidade jurídica a exigência de poderes especiais, expressamente mencionados no instrumento de mandato, para o procurador prestar o compromisso de inventariante, que, até no sistema do atual e moderníssimo Código de Processo Civil, a que se procurou liberar o mais possível de todo o escusado e inútil formalismo, continua a vigorar como formalidade essencial (V. Cândido Naves, obr. cit., vol. cit., n.º 47, pág. 71; João David Filho, Código de Processo Civil Brasileiro, ed. Saraiva, vol. 3.º, pág. 66; Jorge Americano, Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil, 2.º vol., págs. 385, 386 e 389, com. dos arts. 471, 472 e 475).

É um caso, pois, do que, na moderna técnica do direito judiciário, se considera nulidade do processo de inventário por falta de capacidade processual do procurador e advogado da inventariante, para prestar o ato básico, fundamental daquele processo — o compromisso de inventariante.

A capacidade processual (*legitimatío ad processum*) é a capacidade de obrar processualmente, de praticar atos processuais em nome próprio ou em nome de outrem.

Como ensina Adolf Wach, o mais notável dos processualistas alemães, que tanta influência exerceu sobre os grandes processualistas italianos, como p. ex., Chiovenda, a definição da capacidade processual como a capacidade de uma parte de conduzir mesmo o processo, ou por meio de representante constituído por ela, é demasiado estreita, e, nessa limitação, leva a êrro. Pois, acrescenta êle, a capacidade processual não é uma qualidade da parte como tal, mas da pessoa em geral; e ela não se exaure no obrar para si mesmo, mas compreende o obrar processual simplesmente, e, também, o obrar por outrem (*Handbuch des Deutschen Civil processrechts*, vol. 1.º, pág. 533: *Daher definirt man ihn auch als die Faehigkeit einer Partei, einen Prozess selbst oder durch von ihr bestete Vertreter zu fuehren. Allein die Begriffsbestimmung ist zu eng und in dieser Beschraenkung irrefuehrend. Denn die Prozessfaehigkeit ist nicht eine Eigenschaft der Partei als solcher, sondern der Person ueberhaupt; und sie erschopft sich nicht im Handeln fuer sich selbst, sondern umfasst das prosesuale Handeln schlechthin, auch das Handeln fuer Andere*). V. também Chiovenda, *Istituzioni di Diritto Processuale Civil*, vol. 2.º, § 36, pág. 223, e *Principios de Derecho Processual Civil*, ed. espanhola, vol. 2.º, § 35, pág. 16).

Quem não tem capacidade processual, não pode obrar processualmente de maneira jurìdicamente eficaz (*rechtswirksam processualich zu handeln*), não pode exercer atividade eficaz no processo (*wirksame Thaetigkeit im Civilprozesse*), em suma, não pode tomar parte nêle e praticar atos vâlidamente, nem como parte, nem em nome alheio, como procurador, ou assistente de uma parte (V. Wach, loc. cit.; H. Fitting, *Der Reichscivilprozess*, 10.^a ed., § 24, pág. 77; Chiovenda loc. cit.).

O art. 84 do nosso atual Código de Processo Civil, que regula a nulidade resultante de falta de capacidade processual, foi, como o art. 4.º do Código de Processo da Bahia, de 1915, da autoria do juris-

consulto Eduardo Espínola, tirado do Código Austríaco.

Pedro Batista Martins, autor do ante-projeto do atual Código de Processo Civil, escreve no seu livro sobre êste, que o melhor comentário ao texto do art. 84 é a justificação cabal do Código Austríaco nesta parte, feita por Schoenborn, então ministro da Justiça da Austria.

Eis o que diz Schoenborn:

“A consequência legal da falta de capacidade para estar em juízo, de representação legal ou de autorização especial é a nulidade do processo inquinado de qualquer destas faltas (§ 7.º). O projeto atende ao direito atual, ao prescrever que tal nulidade deve ser suprida **ex-offício** pelo juiz em qualquer estado da causa (§ 60), **NÃO SE CONSIDERANDO SANADA PELA TERMINAÇÃO DO PROCESSO. MESMO DEPOIS DE TRANSITAR A DECISÃO EM COISA JULGADA, FICARÁ ABERTA, PARA FAZER VALER A NULIDADE, A VIA DA AÇÃO DE NULIDADE (§ 529).** (V. P. Batista Martins, Comentários ao Código de Processo Civil, ed. da Revista Forense, vol. 1.º, n.º 216, pág. 257).

2.º — Não se procedeu à arrematação com observância da formalidade essencial do pagamento à vista ou no prazo de três dias, mediante fiança. Assim, preterida essa formalidade indispensável, nula de pleno direito é a arrematação. (V. art. 550, § 2.º e art. 563 do Reg. 737 de 25 de novembro de 1850, Ramalho, Prática Civil e Comercial, Parte III, Tit. VII, § 2.º; Pereira e Souza, Primeiras Linhas sobre o Processo Civil, acomodadas ao Fôro do Brasil por Teixeira de Freitas, 1880, tomo 3.º, § CCCCXVII, IV nota 796, pág. 51 e § CCCCXX, pág. 54; Ribas, Consolidação das Leis do Processo Civil, 3.ª ed., art. 1304,

§ 3.º; Leite Velho, Execução de Sentença, arts. 195 e 250; Bento de Faria, Processo Comercial e Civil, 2.ª ed., 1903, com. ao art. 555 do Reg. 733, pág. 188; Afonso Fraga, Teoria e Prática na Execução das Sentenças, págs. 217 e 221; Jorge Americano, Processo Civil e Comercial, 1925, ns. 141, 144, n.º II; Código Civil, art. 145, IV).

Assim, sendo nula a arrematação sem pagamento à vista, ou no prazo de três dias sob fiança, assentaram então os autores, como consequência lógica e jurídica, o princípio de que, sem o efetivo pagamento do preço da arrematação, ou sem fiança, não se transmite o domínio da coisa arrematada, ainda quando o arrematante tire carta de arrematação e tome posse (Ribas, obr. cit., art. 1307; Pereira de Souza — Teixeira de Freitas, obr. cit., tomo 3.º, pág. 51, nota 796).

3 — Não se realizou a arrematação com a presença do juiz, quando constitue solenidade essencial à autenticidade do ato que êle o presidia. A inobservância dessa solenidade produz também a nulidade de pleno direito do ato, nos termos expressos da lei (art. 672, § 2.º combinado com o art. 673 § 13 do Reg. 737 de 25 de novembro de 1850; Pereira e Souza — Teixeira de Freitas, obr. cit., tomo III, § CCCCXVII, nota 793, pág. 51; Ribas, obr. cit., art. 1304, § 1.º, pág. 659; Ramalho, obr. cit., Parte III, Tit. VI, § 2.º, b) e g); Afonso Fraga, obr. cit., págs. 217 e 220; João Monteiro, Processo Civil, 3.ª ed., vol. 3.º, § 273: Das solenidades essenciais da arrematação; Código Civil, art. 145, IV).

4 — Não ter sido cumprida e observada a formalidade essencial de que, entre a fixação do edital e a arrematação, deve mediar o prazo de vinte dias, se os bens forem imóveis. A sanção legal à inobservância dessa formalidade essencial é a nulidade de pleno direito da arrematação (Reg. 737, arts. 540, 672 § 2.º e 673 § 12; Tavares Bastos, Processo das Execuções Cíveis, Comerciais e Hipotecárias, § 180, pág. 125, nota 469; Jorge Americano, obr. cit., n.º 117, pág. 380; Código Civil, art. 145, IV).

5 — Procedeu-se à arrematação fora da Comarca onde se encontrava o imóvel, quando é formalidade indispensável que se opere a venda judicial na Comarca da situação da coisa (Reg. 737, art. 490 § 2.º, 672, § 2.º 673, § 5.º e 680, § 1.º; Pereira e Souza — Teixeira de Freitas, obr. cit., vol. 3.º, § CCCCXVI e nota 791; Ribas, obr. cit., art. 1308; Tavares Bastos, obr. cit., § 193, pág. 131, nota 485).

Fica, desse modo, respondido afirmativamente o quesito.

2.º

Ainda será oportuna a ação proposta, em face do tempo decorrido da arrematação (agosto de 1923)?

Penso que sim: não se pode suscitar, absolutamente, a prescrição da ação de nulidade da arrematação, cumulada à de reivindicação do imóvel arrematado.

QUANTO À AÇÃO DE NULIDADE DA ARREMATAÇÃO

Trata-se de uma venda judicial, eivada de nulidades de pleno direito, num processo de inventário ainda em curso e no qual não se procedeu ao julgamento da partilha. Depara-se-me, pois, um caso típico de ação pessoal, com o objetivo de se alcançar a declaração da nulidade de pleno direito do ato da arrematação, e sujeita ao prazo geral de prescrição de trinta anos, nos termos do art. 177 do Código Civil.

Admitindo, porém, para argumentar, que, na época da arrematação, se tivesse julgado a partilha do produto do imóvel arrematado, e se quizesse subordinar, absurdamente, a decretação da nulidade da arrematação à da partilha passada em julgado, ainda assim não estaria prescrita a ação.

Realmente, domina, hoje, na doutrina e na jurisprudência, a opinião de que há evidente erro de técnica na redação ao art. 178, § 6, n.º V, do Código

Civil, que, segundo se vê da sua própria remissão ao art. 1805, se refere à anulabilidade ou rescindibilidade da partilha, e não à nulidade dela; isto é, o que prescreve em um ano é a partilha anulável ou rescindível, a partilha inquinada de vícios e defeitos que invalidam em geral os atos jurídicos, como o êrro, o dolo, a simulação, a fraude, e a incapacidade relativa do agente (art. 147, do Código Civil), e não a partilha nula de pleno direito em qualquer das hipóteses previstas no art. 145, do Código Civil (Carvalho Santos, Código Civil Interpretado, vol. 3.º, 2.ª ed., págs. 479-480).

Assim, desde que se não aplica à ação de nulidade do inventário e da partilha o prazo especial do art. 178, § 6.º, n.º V do Código Civil, está essa ação submetida ao prazo geral da prescrição do art. 177—**trinta anos** —, por se tratar de uma ação pessoal. Isto é, com efeito, ponto definitivamente assente na doutrina e na jurisprudência, conforme o mostrou o notável e saudoso mestre, **FILADELFO AZEVEDO**, que brilhou na cátedra universitária, no Supremo Tribunal Federal e, afinal, na alta Côrte de Justiça Internacional de Haya, em magistral trabalho transcrito, com admiração e acatamento, pelo ilustrado comentador do nosso Código Civil, Carvalho Santos, na sua obra Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XXV, págs. 83-89, o qual está de pleno acôrdo com êsse ponto de vista.

Pode ver-se, nêsse sentido, o meu trabalho — **Liquidação Nula de Sociedade Comercial**, págs. 36-38, onde examino, exaustivamente, a orientação da doutrina e da jurisprudência sôbre a questão.

No caso da consulta, só em agôsto do corrente ano, com o decurso de trinta anos, se consumaria a prescrição da ação de nulidade da arrematação.

QUANTO À AÇÃO DE REIVINDICAÇÃO

Os prazos, a que alude o art. 177, do Código Civil, não se referem, de modo nenhum, à ação de reivindicação, que, sendo um elemento constitutivo e integrante do domínio, como o determina, expressa-

mente, o art. 524 do Código Civil, e não havendo perda da propriedade pelo não uso, só prescreve quando tenha o injusto possuidor adquirido o domínio por usucapião.

Assim, se se admitisse que os prazos do art. 177 do Código Civil abrangem a ação reivindicatória, chegar-se-ia a êste inominável absurdo em face do art. 526 do mesmo Código: A de posse de um imóvel ha vinte anos, sem justo título e boa fé, ainda o não adquirira por usucapião, que só se consumaria com trinta anos, (Código Civ. arts. 550 e 551), e, no entanto, contra êle possuidor **injusto** não poderia B, proprietário, mover a ação reivindicatória, que se consideraria prescrita pelo decurso do prazo de vinte anos, ficando, pois, reduzido a frangalhos o direito que, tão enfaticamente, a lei lhe assegura de reaver de quem quer que **injustamente** o possua. (V. o meu trabalho *Liquidação Nula de Sociedade Comercial*, págs. 38-54, onde aprecio a doutrina e a jurisprudência a respeito: — Virgílio Sá Pereira, *Direito das Coisas*, da coleção Jacinto, Comentário aos arts. 524-673, ns. 69 e 70, págs. 214-227; Carpenter, *Da Prescrição*, Manual do Código Civil Brasileiro, vol. IV, n.º 183, págs. 357-359; Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 2.ª ed., vol. 3.º, comentário ao art. 177, págs 461-462; Filadelfo Azevedo — *Prescrição — Usucapião*, em *Revista Forense*, vol. 39, pág. 15; Emílio Guimarães, *Dicionário Enciclopédico de Doutrina Aplicada*, vol. V, págs. 76-77; votos de Filadelfo Azevedo no Supremo Tribunal Federal nos recursos extraordinários ns. 8.133 e 4.998, *Um triênio de Judicatura*, vol. 1.º, págs. 217-218, e vol. 2.º, pág. 109; Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 28 de novembro de 1949, *Direito*, ano XII, vol. LXII, março-abril 1950, págs. 131-134).

Ora, no caso da consulta, não se consumou em favor dos possuidores do imóvel arrematado usucapião ordinário ou extraordinário.

Na primeira hipótese (usucapião ordinário), por faltar: a) **justo título** (título formalmente válido), à vista das nulidades de pleno direito do ato da arre-

matação, resultantes da preterição de solenidades e formalidades essenciais que o deviam revestir, segundo o demonstrei na resposta ao 1.º quesito; e b) **boa fé**; pois a possível ignorância dos vícios que inquinam o título em si, constituindo erro de direito, é inescusável. (Teixeira de Freitas, Consolidação das Leis Civis, 3.ª ed., art. 1319, nota 1; Lafayette Pereira, Direito das Coisas, § 68, pág. 163, 2 a) e nota 6; Lacerda de Almeida, Direito das Coisas, vol. 1.º §41, pág. 248 e nota 9; Otávio Moreira Guimarães, Da Posse e seus Efeitos, págs. 79-80 e 83-84; Aubry et Rau, Cours de Droit Civil Français, 5.ª ed. tomo 2.º, § 218, págs. 541-542 e nota 1; Planiol, Traité Élémentaire de Droit Civil, 12 ed., tomo 1.º, n.º 2662, pág. 924; Colin et Capitant, Cours Élémentaire de Droit Civil Français, 8.ª ed., tomo 1.º, n.º 884-A, pág. 937).

Na segunda hipótese (usucapião extraordinário), porque êste exige, como pressuposto, a posse por trinta anos, o que se não verifica aqui, de vez que, em agosto de 1923, antes da arrematação, o imóvel ainda se encontrava em poder da inventariante do espólio.

Não se acha, pois, prescrita a ação reivindicatória proposta pela consulente.

Em tais condições, respondo afirmativamente o quesito.

3.º

O imóvel foi adquirido pelo de cujus em 1908. Podem os atuais possuidores invocar o direito de acessão de posse, de que trata o art. 552 do Código Civil, para efeito do usucapião?

Versa o quesito sôbre a possibilidade, no caso da consulta, da **accessio temporis** ou **possessionis**, de que cogitam os arts. 496 e 552 do Código Civil.

Nego essa possibilidade: a **accessio temporis** pressupõe, necessariamente, uma sucessão a título particular válida.

Ora, na hipótese, a nulidade da arrematação de-

termina a inexistência do título ou fundamento jurídico, sôbre que se deveria apoiar a *accessio possessionis*.

O grande jurisconsulto alemão Carl Georg von Waechter, a quem Windscheid se refere entusiásticamente, dizendo ser êle "Jurisconsultorum Germaniæ jurisconsultissimus", escreve que se exige para a *accessio*, na sucessão a título particular, que o ato jurídico, pelo qual foi adquirido a coisa, seja em si válido ("Das Rechtsgeschæft, durch welches die Sache erworben wurde, muss an sich gueltig gewesen sein" — Pandekten — vol. 2.º, § 138, pág. 159).

Assim, respondo negativamente o quesito.

É o meu parecer.

Recife, 19 de fevereiro de 1953.