

NATUREZA DA PRESCRIÇÃO DA AÇÃO "FAMILIAE ERSCUNDIAE"

(Interpretação do art. 1.772, § 2º, do Código Civil)

A DERBAL FREIRE

Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará

1 — Constitui erro elementar supor que estabelece o art. 1.772, § 2º, do Código Civil Brasileiro, prescrever o direito de pedir partilha de determinado bem do espólio com o simples decurso de 30 anos (atualmente 20, "ex-vi" da lei nº 2.437, de 7 de março de 1955), a contar da morte do "de cujus". Para que tal ocorra, é necessário, preceitua aquêle dispositivo, que, durante êsse tempo, esteja um ou mais herdeiros NA POSSE dêsse bem.

Assim, o elemento integrativo essencial para que se opere essa prescrição é a *posse*, por parte de algum co-herdeiro, de determinados bens do espólio. E isso — explicam todos os doutrinadores e consagra a jurisprudência — pelo motivo sabido de que a prescrição instituída pelo dispositivo legal citado é *aquisitiva* e não *extintiva* ou liberatória, entendido que esta, como ensina o egrégio OROZIMBO NONATO, "se verifica com o decurso do tempo", enquanto "a aquisitiva demanda não só o tempo, *mas qualificações na posse*" (Arquivo Judiciário, vol. 88, pág. 258).

Ninguém melhor, na literatura jurídica brasileira, do que FRANCISCO MORATO enfrentou o assunto e o resolveu, com apoio na lição de consagrados mestres nacionais e estrangeiros, dirimindo, em definitivo, qualquer dúvida que sôbre êle, porven-

tura, ainda pudesse pairar. Discorrendo sôbre a matéria, no seu precioso estudo "Da Prescrição nas Ações Divisórias", aquêl mestre paulista mostra, à saciedade, como só a *prescrição aquisitiva* pode operar, quanto à relação jurídica entre condôminos e comunheiros, com direito a um dos três tipos de ação divisória por êle estudadas, a "communi dividundo", ação de divisão propriamente dita, a "finium regundorum", ação de demarcação, e a "familiae erciscundae", ação de partilha (Livr. Academica, 2^a. ed., São Paulo, 1944, págs. 29 e segs.).

"A única doutrina verdadeira neste assunto, ensina aquêl jurista, é a de que o usucapião ou *prescrição aquisitiva* é a única que se pode invocar para *ilidir qualquer das três espécies de ação divisória*" (ob. cit., pág. 97).

Apreciando, a seguir, uma a uma, referidas ações, em face do direito positivo brasileiro, assim se refere à ação de partilha:

"A ação que o herdeiro desapossado tem para reclamar seu reconhecimento e ser entregue da herança tôda ou de parte dela, pode ser dirigida contra o co-herdeiro ou contra o estranho, qual dêles seja o possuidor. Se é estranho o possuidor, cabe-lhe, a êste, alegar a prescrição aquisitiva em uma de suas modalidades — ordinária ou extraordinária, de maior ou menor duração, conforme é ou não titulada e de boa fé a posse, são móveis ou imobiliários os bens e residem no mesmo ou em municípios diversos as partes interessadas; *se é herdeiro, a única prescrição oponível contra o autor é A EXTRAORDINÁRIA, A AQUISITIVA DE TRINTA ANOS, nos termos do art. 1772, § 2º, do Código Civil. Em qualquer hipótese, a prescrição de que se trata é a AQUISITIVA, porque se funda na posse*" (Ob. cit., págs. 102/103).

Assim, a tese de que, "nas divisórias, a única prescrição é a aquisitiva", que sintoniza com o nunca assaz repetido ensinamento de FRAGA:

"Mil anos que dure o condomínio, a partilha pode ser sempre provocada; ESSE DIREITO NÃO SE PERDE PELO NÃO USO",

é hoje absolutamente pacífica, tanto em doutrina, como em jurisprudência. MORATO, em nota às suas considerações sobre a matéria, informa:

"A jurisprudência era hesitante e perplexa sobre o assunto. O Superior Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi o primeiro a emprestar a sua autoridade a nossa tese, como assinala MENDES PIMENTEL na "Revista Forense", vol. 33, pág. 103. DEPOIS A JURISPRUDÊNCIA UNIFORMIZOU-SE NO SENTIDO DA DOCTRINA" (ob. cit., pág. 114).

Efetivamente, inexistente hoje qualquer hesitação jurisprudencial em relação àquele princípio, como se pode ver dos inúmeros julgados sobre o assunto. Veja-se, "verbi gratia", o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, datado de 27 de agosto de 1937, cuja ementa expressa, de maneira inequívoca, referida tese:

"A ação divisória só pode ser excluída pela prescrição aquisitiva" (Rev. Forense, vol. 73, pág. 93).

Relatando mencionado aresto, escreveu o Des. ARMANDO FAIRBANKS:

"Tôda a celeuma que se tem levantado em assunto de prescrição da ação divisória provém de se confundir a prescrição aquisitiva com a extinta, institutos inteiramente diversos",

e acrescenta:

"Parece, entretanto, definitivo que a ação divisória só pode ser excluída pela prescrição aquisitiva, como cabalmente demonstraram MORATO, PENAFORTE e FRAGA" (Rev. For., vol. e págs cits.).

Outra não é a orientação do Supremo Tribunal Federal, como se vê do acórdão de 26 de abril de 1934, relatado pelo Min. FILADELFO DE AZEVEDO, que assim decidiu:

"A ação divisória é imprescritível, no sentido de que a todo tempo cada comparte pode pretender a extinção do condomínio. Só um limite se tem oposto a tal faculdade: o fato de ter o usucapião consolidado situação de fato por mais de 30 anos" (Rev. For., vol. 100, pág. 55).

2 — A unanimidade a que chegaram todos quantos abordaram tema de tamanha relevância resulta da constatação de que as ações divisórias, tôdas elas, são *ações mistas*, porquanto envolvem, além do direito pessoal de pedir a divisão, a demarcação ou a partilha, um *direito real*, um "*jus in re*", que, por sua natureza mesma, não poderia perecer em razão de prescrição extintiva.

LAFAYETTE desfez qualquer perplexidade que, porventura, pudesse vingar sôbre essa matéria, ao fixar, com meridiana clareza, as coordenadas que a travejam:

"Ha dois gêneros de prescrição: a aquisitiva (usucapio) e a liberatória ou extintiva. Tanto a primeira como a segunda contêm em si o princípio extintivo, donde lhes vem a denominação comum; mas uma se distingue da outra por seu objeto, condições e efeitos.

A aquisitiva tem por objeto o domínio e os di-

reitos reais (jura in re aliena), pressupõe como condições a posse; 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 consequência: o proprietário perde o domínio porque o adquire o possuidor. A lei toma-a pelo seu lado positivo, considera-a modo de aquisição e sob este aspecto a regula, marca-lhe as condições e define-lhe os efeitos. A extinção é negativa; nasce da inércia, e tem por efeito dissolver a obrigação, paralisando destarte o direito correlato: não gera direitos.

No direito moderno, a prescrição extintiva tem por objeto as obrigações pessoais; a extinção da obrigação importa necessariamente a extinção do direito correlato. **AS AÇÕES REAIS NÃO SÃO SUSCEPTÍVEIS DE PRESCRIÇÃO EXTINTIVA**, *subsistem enquanto subsiste o direito a que são inerentes, embora não tenham sido exercidas por 30 ou mais anos; nascem e morrem com o direito.*

A prescrição extintiva, embora pela variedade dos direitos a que se refere, não seja estranha a outras divisões do direito, todavia é tratada como parte integrante do direito das obrigações, ao qual se liga intimamente como um dos modos de extinção dos direitos pessoais" (§ 59).

Essa é também a lição de MORATO:

"Não são as ações reais susceptíveis de prescrição extintiva, salvo as hipóteses por exceção anómala do direito. As ações reais subsistem enquanto subsiste o direito a que são inerentes, pôsto não tenham sido exercidas durante trinta ou mais anos, nascem e fenecem com o direito a que aderem. Nelas, como meio de ilidí-las, SÓ É POSSÍVEL A PRESCRIÇÃO AQUI

SITIVA, a qual opera, criando o direito em favor do possuidor e eliminando, por via oblíqua, o direito do proprietário desapossado" (Miscelânea Jurídica, vol. I, pág. 25).

Tais ensinamentos têm sido esposados por todos os tribunais do País, desde a nossa mais alta Côrte, como se comprova com os numerosos arestos que abordaram a questão, entre os quais pode ser citado o proferido a 23 de janeiro de 1942, no recurso extraordinário nº 3.986, pelo qual aquêlê excelso colégio judiciário inadmitiu a aplicação da prescrição extintiva quinquenal, em favor da União, a uma ação real, por entender que, embora decorrido aquêlê prazo prescricional, perdura o direito de propriedade e o seu consectário, o *jus reivindicandi* (Direito, vol. XVI, pág. 219).

Nesse julgado, o Min. OROZIMBO NONATO, em magistral voto, mostra que seria anti-jurídico admitir que a prescrição extintiva pudesse operar sem que, antes, não se desse a aquisição do domínio por parte de outrem, pois isso seria reconhecer a existência de um direito sem titular ou, pelo menos, sem ação que o assegure. Eis, textualmente, as suas afirmações:

"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 rehavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

A perda do *jus reivindicandi* sòmente pode ocorrer com a perda da propriedade mesma, o que, por força de prescrição, sòmente 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, sòmente pode ser consequência do usucapião.

Esta a tradição ancianíssima do nosso direito e o contrário seria admitir a existência de um direito sem um "subjetum juris" ou de um direito desprovido de ação".

Mais adiante, escreve ainda aquêle doutíssimo magistrado:

"Sem embargo do que se lê em Van Wetter (Paud I, § 95, págs. 252-253) a prescrição extintiva não pode operar, no caso, senão em consonância com a aquisitiva. As disposições sôbre a primeira entrosam-se com as segundas, não, apenas, por amor à 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 art. 75 do Código Civil: — a todo direito corresponde uma ação que o assegura.

À inércia do titular do direito de propriedade que origina a prescrição extintiva deve corresponder a aquisição desse direito pela posse, o usucapião. Doutrina com justeza Espínola que, para se atender à "mens legis", é necessário estabelecer correlação entre as provas de prescrição extintiva e as de usucapião e Ribas mencionava uma verdade pacífica, quando dizia que as ações reais duram enquanto dura o direito real de que dimanam" (Rev. cit., pág. 221).

A tese expressa nesse aresto tem presidido repetidamente ao julgamento pela Suprema Côrte de numerosos casos análogos àquele, de entre os quais, para não alongar excessivamente a enumeração, vão citados apenas os seguintes:

— "Prescrição. Decreto nº 20.910, de 1932. A prescrição referida neste decreto não se aplica às

nações reais" (Ac. da 2a. Turma, de 19-5-50, in Arq. Judiciário, vol. 95, pág. 175).

— "Apesar da amplitude dos termos do art. 1º do decreto nº 20.910 de 1932, *excetua-se da prescrição quinquenal as ações sobre direitos reais, pela consideração de que a ação reivindicatória de tais direitos não pode prescrever enquanto o respectivo titular não os houver perdido por efeito da prescrição aquisitiva, que é mais longa*" (Ac. de 30-10-52, no rec. extr. nº 13.407, in Jurispr. e Doutrina, vol. 13, pág. 75).

— "A prescrição quinquenal, estabelecida pelo decreto nº 20.910, de 1932, em favor da União, dos Estados e dos Municípios, *não se aplica às ações reais e sim às pessoais*" (Ac. de 17-7-55, in Arq. Jud., vol. 117, pág. 125).

— "A prescrição estabelecida no art. 178, § 10, nº VI, do Código Civil, *não se aplica às ações reais. A razão fundamental dessa jurisprudência é que o dispositivo citado se refere às ações que por sua natureza são susceptíveis de prescrição e as ações reais não se acham compreendidas entre estas, pelo princípio imane de que elas subsistem enquanto subsiste o direito a que são inerentes. Essa jurisprudência apóia-se nos ensinamentos de tratadistas do porte de Aubry et Rau, Planiol, Coviello e outro e de comentadores do nosso direito pátrio, do relêvo de Virgílio de Sá Pereira, Francisco Morato, Carvalho Santos e Cárpen-ter*" (Ac. de 29-12-41, in Jurisprudência do S. T. F., Impr. Oficial, vol. IX, pág. 36).

Fiéis a essa orientação traçada pela nossa mais alta Côrte de Justiça mantêm-se os demais tribunais de segunda instância, como fazem certo os seguintes arestos, respigados de entre muitos:

— “A prescrição de que tratam o Código Civil, no art. 178, inciso 6 do § 10º, e o decreto nº 20.910, de 1932, é a relativa aos direitos pessoais” (Ac. do T. J. de São Paulo, de 3-8-45, in Arq. Jud., vol. 77, p. 226).

— “A prescrição de cinco anos, estabelecida pelo Código Civil em favor da Fazenda Pública *não se aplica às ações reais*, porque estas não são susceptíveis de prescrição extintiva; subsistem enquanto subsiste o direito a que são inerentes, pôsto não tenham sido exercidas durante trinta ou mais anos; nascem e fenecem com o direito” (Ac. do T. J. de São Paulo, de 17-6-36, in Br. Acórdão (Nova Série), vol. 3º, pág. 144).

— “*Não está compreendida na prescrição quinquenal a ação reivindicatória*. O dispositivo que a estabelece em favor da entidade pública se refere à prescrição extintiva, *a que não estão sujeitas as ações de domínio por força do princípio segundo o qual as ações reais subsistem enquanto subsista o direito a elas inerente*”. (Ac. do T. J. do R. G. do Sul, de 1-6-44, Brasil Acórdãos, nova série, vol. 3º, pág. 129).

Essa mesma razão de decidir tem levado o nosso mais alto colégio judicante a repelir sistematicamente as defesas fundadas em prescrição extintiva, opostas às ações de reivindicação, de que são exemplos os seguintes julgados:

— “*A ação reivindicatória só se tem por prescrita, quando aquêle que a impugna adquiriu o imóvel por usucapião*” (Ac. da 1a. Turma, de 3-4-50, Arq. Jud., vol. 94, pág. 313).

— “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 referido art. 177” (Ac. da 1a. Turma de 28-11-49, in Arq. Jud., vol. 94, pág. 15).

— “Alegação de prescrição extintiva nas ações reais.
— Bem afastada a hipótese de sua ocorrência, uma vez não verificada a prescrição aquisitiva. — Inexistência de ofensa aos arts. 177 e 550 do Código Civil” (Ac. da 1a. Turma, de 27-5-45, Arq. Judiciário, vol. 79, pág. 19).

Portanto, é hoje princípio estreme de dúvidas o de que, em relação aos direitos e ações reais, assim como em relação ao direito real que é objeto das ações mistas, a prescrição extintiva só pode resultar da consumação prévia da prescrição aquisitiva, em benefício de quem estivesse na posse da coisa, com os requisitos exigidos e pelo prazo estabelecido em lei. Avolumando a jurisprudência nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 13 de novembro de 1945:

“Não pode ocorrer prescrição extintiva, sem se haver operado a prescrição aquisitiva (de domínio)” (Rev. For. vol. 105, pág. 523).

Do mesmo Tribunal é o aresto, prolatado a 4 de maio de 1945, cuja ementa está assim redigida:

“A propriedade não se perde por prescrição extintiva, mas por prescrição aquisitiva, em favor do possuidor, que a adquire. Em matéria de reivindicação, não é possível falar em prescrição extintiva independentemente da aquisitiva” (Rev. For., vol. 110, pág. 181).

É ainda do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo o seguinte acórdão, expressando a mesma tese:

“O direito de propriedade não se perde pelo não uso, mas perde-se, sim, pelo uso que terceiros façam dessa propriedade, nas circunstâncias e durante o

tempo exigido pela prescrição trintenária" (Ac. de 16-6-52, Rev. For., vol. 149, pág. 293).

Essa enumeração de julgados que consagram, "nemine contradicente", aquêlê princípio, poderia alongar-se exhaustivamente. Entretanto, para não torná-la excessivamente fastidiosa, limitamo-nos a acrescentar-lhe mais um acórdão, apenas, e êsse do egrégio tribunal cearense, relatado pelo douto Des. LEITE ALBUQUERQUE, cuja ementa é a seguinte:

"A prescrição da ação real só se pode operar em consonância com a prescrição aquisitiva. Quando a extintiva se consuma é porque, em correspondência, caracterizou-se a aquisitiva, ou seja, o usucapião, nos termos dos arts. 550 e 551 do Código Civil. Enquanto subsiste o direito de propriedade perdura a ação real para assegurá-lo" (Ac. de 30-7-45, in J. Josino da Costa — Ementário de Jurisprudência Civil e Comercial do Ceará, pág. 274, nº 1477).

De todo o exposto, dúvida alguma pode subsistir quanto à impossibilidade de aplicar outra prescrição, que não seja a aquisitiva, às ações divisórias (*communi dividundo, finium regundorum e familiae erciscundae*), em vista da sua natureza de ações mistas, abrangendo, por conseguinte, direitos reais, não susceptíveis a outro tipo de prescrição. Como assinala MORATO,

é uma teoria que assenta em princípios claros e iniludíveis, consentânea à realidade dos fatos, ao dualismo científico do conceito de prescrição, à natureza mista das ações e à preponderância irrecusável do elemento real nas causas divisórias. Resolvem-se por ela e desaparecem todos os embaraços, distinções, subdistinções e inúteis subtilezas; casam-se os princípios com os fatos e aplica-se, em tôdas as deduções lógicas, a regra

segundo a qual *não são susceptíveis de prescrição extintiva as ações reais*, pela razão que subsistem enquanto subsiste o direito a que aderem, com o qual nascem e com o qual fenecem, salvo aquelas que se extinguem por força de prescrições que lhe são especiais, como acontece com a hipotecária e com as de servidão" (Da Prescrição nas Ações Divisórias, págs. 113-114).

Fica assim patente que a invocação de prescrição extintiva para ilidir qualquer daquelas ações importaria em total subversão dos pressupostos doutrinários que informam a matéria.

"Não há como figurar um exemplo ou imaginar uma hipótese em que possível seja repelir a ação por meio de liberatória",

é ainda MORATO quem o afirma categoricamente (ob. cit., pág. 113).

3 — No que se relaciona, particularmente, à hipótese de comunhão em virtude de sucessão hereditária, autores e tribunais são unânimes em dar aplicação expressa aos princípios acima expostos, que regem a prescrição das ações divisórias em geral.

Ao estudar a matéria, em seu "Direito das Sucessões", o ínclito CARLOS MAXIMILIANO assinala que só a prescrição aquisitiva, em favor de um ou mais co-herdeiros, *"revestida de todos os requisitos legais"*, terá o efeito de extinguir o direito do outro ou outros co-herdeiros. É o seguinte, textualmente, o ensinamento daquele eminente jurisconsulto:

"Só excluem de inventário e partilha um bem ou o espólio todo, possuído por herdeiro, quando a favor deste se acha consumada a prescrição aquisitiva, REVESTIDA DE TODOS OS REQUISITOS LEGAIS,

e de prazo nunca inferior a trinta anos; porquanto, embora se verifique em menos tempo a prescrição relativamente aos móveis em geral, ela se não dá entre sucessores do inventariado, enquanto persiste a indivisão, que pode durar três decênios" (Dir. das Sucessões, vol. III, pág. 319).

Outra não é a inteligência dada pelos tribunais à norma legal que rege a espécie. Assim vejamos: o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão datado de 21 de novembro de 1940, decidiu nos termos da ementa que se transcreve a seguir:

"Para que a posse do herdeiro seja obstáculo à partilha, é indispensável que ela se exerça COM EXCLUSÃO DOS DEMAIS HERDEIROS" (Rev. For., vol. 85, pág. 701).

Idêntico é o pronunciamento do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, em acórdão prolatado a 7 de abril de 1938:

"O herdeiro que possui o imóvel COM EXCLUSÃO DOS OUTROS, por mais de trinta anos, repele por si a ação de partilha" (Brasil-Acórdãos, nova série, 3º Vol., pág. 429).

Decidindo, também, sobre a aplicação do art. 1.772, § 2º, do Código Civil, esposou o mesmo ponto de vista o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

"A POSSE EXCLUSIVA E EM NOME PRÓPRIO de imóvel indiviso, por um dos condôminos durante o período exigido para que se consuma o usucapião, firma o direito do possuidor e obsta à pretensa partilha em inventário posterior, sabido que semelhante processo não confere "jus in re". Inteligência do art.

1.772, § 2º, do Código Civil” (Ac. de 24-10-49 *in Rev. de Direito Imobiliário*, set/dez. — 1950, pág. 157).

Antes, no julgamento proferido por aquêle mesmo tribunal em 18 de maio de 1937, o então desembargador e atual ministro OROZIMBO NONATO, em voto integralmente acolhido pelo referido colégio judiciário, já dera a verdadeira inteligência àquela disposição legal, nos seguintes têrmos:

“De resto, O § 2º DO ART. 1.772 CITADO PRESSUPÕE USUCAPIÃO PELA POSSE EXCLUSIVA e prolongada por um ou mais herdeiros. A prescrição da “*familiae erciscundae*” deve corresponder à PRESCRIÇÃO AQUISITIVA do herdeiro, pondo têrmo à comunhão. SE A POSSE DO HERDEIRO NÃO LEVA AO USUCAPIÃO, persiste a comunhão, ocorrendo a qual SEMPRE EXISTIRÁ A AÇÃO PARA PEDIR A PARTILHA DA HERANÇA, que se diz imprescritível, esclarece Clóvis Beviláqua, “enquanto subsiste a comunhão” (Cód. Civil Com., vol. VI, pág. 245). Ora, a posse de co-herdeiro QUE NÃO ORIGINA USUCAPIÃO não faz cessar aquêle estado e, pois, NÃO IMPEDE O EXERCÍCIO DA AÇÃO MENCIONADA”. (Rev. For., vol. 71, pág. 135).

Essa mesma exegese àquela disposição do nosso Código Civil teve aquêle doutíssimo juiz ocasião de reafirmar, como relator do acórdão unânime da 2a. Turma do Supremo Tribunal Federal, em 4 de novembro de 1947, oportunidade em que assim se expressou, depois de citar os comentários de Clóvis Beviláqua àquela inciso legal:

“o lance transcrito de Clóvis oferece uma versão clara do desenho do legislador, que atendeu, em suma, à imprescritibilidade da “*familiae erciscundae*”, e, do

mesmo passo, à possibilidade de *PRESCRIÇÃO AQUISITIVA por parte do herdeiro* e que, ao cabo de contas, são os princípios cuja composição oferece os dados necessários ao desate do problema (vêde Planiol, "Droit Civil", 3, 3a. ed., ns. 2.340 e 2.341). Na hipótese, o acórdão recorrido não admitiu a partilha de bens, *não obstante verificada a PRESCRIÇÃO AQUISITIVA por parte de um herdeiro*, com vulneração do texto do art. 1.772, § 2º, do Código Civil" (Dimas R. de Almeida — Rep. de Jurispr. do Código Civil, Dir. das Sucessões, vol. II, pág. 584).

Já em 15 de junho de 1945, o excelso pretório confirmara, em grau de recurso extraordinário, um acórdão do Tribunal de Apelação do Estado de Pernambuco, que decidira que

"um herdeiro não pode pretender, com apoio no art. 1.772, § 2º, do Código Civil, sôbreestar o inventário sob a alegação de usucapião, por posse trintenária, sem contestação ou interrupção, dentro do inventário, com base exclusivamente numa "justificação" feita extra inventário e destinada a servir de preparatório da ação específica de usucapião. Esta ação exige a prova prévia da posse, como a citação de todos os interessados certos e dos incertos, chamados a juízo por editais, além dos confinantes do imóvel". (Ac. do S.T.F. no rec. extr. nº 11.342, in Arq. Judic., nº 88, pág. 249).

Apreciando o recurso extraordinário nº 8.691, interposto de decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sob o fundamento de ofensa à letra do art. 1.772, § 2º, do Código Civil, o Supremo Tribunal deixou de conhecer do referido recurso por achar que o aresto recorrido, considerando

“insusceptível de dúvida o direito de pedir partilha, enquanto perdura a comunhão”,

embora decorrido mais de 30 anos do falecimento do inventariado,

“afina com a melhor doutrina, que se pode considerar assente sobre a interpretação a dar ao art. 1.772, § 2º, do Código Civil (Ac. de 24-12-45, Arq. Forense, vol. 80, pág. 339).

Em várias outras oportunidades, pôde o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidar essa orientação jurisprudencial, de que já hoje não podem divergir os demais órgãos julgadores do país. A êsse respeito, merece ainda menção especial o julgado daquela Suprema Corte, de que nos dá notícia a ementa publicada por “Jurisprudência e Doutrina”, vol. 24, págs. 99-100, assim formulada:

“Partilha de bens que se dizem na posse de um dos herdeiros por mais de trinta anos. A exceção contida na parte final do art. 1.772, § 2º, do Código Civil, CONSAGRA A PRESCRIÇÃO AQUISITIVA que se haja estabelecido em favor do herdeiro possuidor”.

4 — De tudo o que exposto fica, a consequência lógica a extrair é a de que, sem a ocorrência dos requisitos exigidos para que a posse de um determinado bem conduza à prescrição aquisitiva, não há como cogitar de prescrição do direito de pedir divisão ou partilha.

Por conseguinte, sem a posse “*animus domini*”, por parte do posseiro, — condômino ou comunheiro, — com exclusão dos demais consortes, não ocorre a prescrição dos direitos desses sobre o bem em comunhão ou condomínio, pois é êsse, requisito “*si ne qua non*” para a verificação da prescrição aquisitiva, como o atesta a copiosa jurisprudência sobre o usucapião.

— “Não pode vingar a ação de usucapião, sem a prova dos requisitos legais. *EXIGE-SE O “ANIMUS DOMINI” e não se pode decidir pela procedência do pedido, quando, embora na posse trintenária da coisa, NÃO TENHA O AUTOR A INTENÇÃO DE A POSSUIR COMO SUA*” (Ac. unânime da 1a. Turma do Supr. Trib. Fed., de 21-7-47. Rev. For., vol. 115, pág. 457).

— “Entre os requisitos exigidos pela lei, para que o prescribente possa invocar com êxito o usucapião trintenário, *está o de posuir éle, COMO SEU, o imóvel cujo domínio pretende haver adquirido por esse meio. Só lhe aproveita a posse, se a houver exercitado com a intenção de ter a coisa COMO PRÓPRIA*” (Ac. do Tr. de Just. de Minas Gerais, em 25-1-45, Rev. Forense, vol. 102, pág. 290).

— “Para a aquisição por via de usucapião, *não basta a posse ininterrupta por mais de 30 anos: É NECESSÁRIO O ÂNIMO DE USUCAPIR*” (Ac. do T. J. do R. G. do Sul, 26-7-51, in Rev. For., vol. 141, pág. 349).

— “*QUEM POSSUI EM NOME DE OUTREM, RECONHECENDO-LHE O DOMÍNIO, não pode se valer da prescrição aquisitiva e usucapir o imóvel*” (Ac. do T. J. do Est. do Ceará, de 27-12-56, in Jur. e Doutr., vol. 22, pág. 376)

são exemplos dessa remansosa jurisprudência.

JOÃO LUIZ ALVES, no seu “Código Civil Anotado”, vol. III, doutrina:

“Basta que o herdeiro ou alguns herdeiros *posuam, COM EXCLUSÃO DOS OUTROS, NO PRÓPRIO NOME*, os móveis por dez anos e os imóveis por trinta, *para que possam repelir a ação de partilha do co-herdeiro*”.

Outra não é a lição de FARIA MOTA, no seu interessante estudo sobre "Condomínio e Vizinhança":

"Há, entanto, um caso em que, a nosso ver, a posse do condômino poderá levar ao usucapião, conferindo-lhe a qualidade de proprietário exclusivo: é quando essa posse abrange todo o imóvel, durante 30 anos *tendo a animá-la o ESPÍRITO DE EXCLUSIVIDADE, exteriorizado pela recusa do possuidor em consentir aos demais condôminos o exercício de qualquer parcela do direito sobre o imóvel*" (pág. 103).

E, referindo-se ao caso do condomínio resultante de herança indivisa, ensina êsse mesmo autor:

"Num e noutro caso — partilha de herança e partilha de condomínio — a divisão não é obstada pela posse de co-herdeiro ou de condômino. Salvo num caso expresso: — *o da partilha de herança, quando a POSSE EXCLUSIVA de certos bens estiver com alguns ou alguns dos herdeiros, durante 30 anos, contados da morte do "de cujus"*.

Quanto a êsses bens, *a lei, de modo expresso, RECONHECE O USUCAPIÃO, em casos tais, a favor dos seus possuidores, ilidindo aos demais herdeiros o direito de pedir partilha. É UMA RESSALVA EXPRESSA (Cód. Civil, art. 1.772, § 2º)*".

Sintoniza com êsses ensinamentos a jurisprudência dos nossos tribunais, desde o supremo pretório, que sempre se manifestou favorável a essa orientação, tôda vez que teve de pronunciar-se sobre o assunto. Assim, em acórdão de 29 de janeiro de 1946, decidia:

"Na permanência reconhecida da comunhão, im-

prescritível é o direito de exercer a "communi dividundo". Desconhecida ou negada a comunhão, pela separação, de fato, de uma gleba, NA POSSE EXCLUSIVA, COM ÂNIMO DE DONO, de um dos consortes, abre-se o lapso de prazo prescricional. Verdadeira é a regra "socius contra socium rem communem non prescribit". Ela, porém, representa como ante-suposto o estado reconhecido de comunhão" (Rev. Forense, vol. 108, pág. 55).

O mesmo ponto de vista vem exposto no aresto daquela alta côrte datado de 11 de novembro de 1947, de que foi relator o Ministro OROZIMBO NONATO:

"Se um dos particioneiros *passa a possuir COM EXCLUSIVIDADE E ÂNIMO DE DONO*, e mansa e pacientemente, por anos, gleba determinada, perde a condição de condômino e logra a de dono. O de que se cuida, pois, nesta hipótese, não é de prescrição da "communi dividundo", mas de prescrição aquisitiva, que torna a parte certa usucapta, liberta da divisão" (Rev. de Dir. Imobiliário, vol. II, nº 4, p. 191).

Acordes com essa linha jurisprudencial e doutrinária têm sido os diversos pronunciamentos sôbre a matéria, de parte dos tribunais de segunda instância. O do Distrito Federal, "verbi gratia", ao tomar conhecimento da apelação nº 34.515, decidiu:

"Cabe ação de usucapião extraordinário contra condômino de um imóvel, *quando o estado de condomínio cesse de fato pela POSSE EXCLUSIVA de um, EM SEU NOME, por mais de 30 anos, existindo A INTENÇÃO INEQUÍVOCA DE POSSUIR O IMÓVEL COMO SEU*" (Diário da Justiça, ap. ao nº 163 de 1957, pág. 1880).

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul são os seguintes arestos, todos êles focalizando aquêles requisitos essenciais ao reconhecimento da prescrição aquisitiva:

— “*As coisas possuídas em comum não são susceptíveis de usucapião, salvo se o condômino prescribente prove haver cessado, de fato, o condomínio, passando a possuir a coisa COMO EXCLUSIVAMENTE SUA por mais de 30 anos*” (ac. de 3-7-47, Rev. For., vol. 114, pág. 445).

— “A propriedade em comum pode ser adquirida por usucapião extraordinário, se ocorre *POSSE EXCLUSIVA do condômino*, por lapso não inferior a 30 anos” (Ac. un. da 2a. Cam., em 19-7-44, Rev. For., vol. 100, pág. 98).

— “O usucapião extraordinário em favor de um condômino contra outro é possível, uma vez que o estado de condomínio cesse de fato pela *POSSE EXCLUSIVA de um EM SEU NOME, por mais de 30 anos, COM A INTENÇÃO MANIFESTA E INEQUIVOCA DE TER TODO O IMÓVEL COMO SEU*” (Ac. de 25-5-48, Rev. For., vol. 119, pág. 185).

— “O direito de exigir a divisão se extingue tãda a vez que o estado de condomínio cessou efetivamente, em consequência da *POSSE EXCLUSIVA* e localizada de um condômino, sôbre uma porção determinada do imóvel, durante 30 anos” (Ac. de 7-1-53, in Rev. Jurídica, março-abril de 1953, pág. 118).

Destarte, a posse do condômino ou do co-herdeiro, como a do estranho, não conduz à aquisição do domínio, se não prova o possuidor o seu intuito de ter o bem como próprio. Se, por conseguinte, a posse se reveste de caráter precário, não pode o possuidor cogitar de prescrição aquisitiva, qualquer que seja o tempo decorrido no gozo de tal posse.

Decidiu o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 21 de agosto de 1944:

"A precariedade da posse torna inviável o apêlo ao usucapião" (Rev. For., vol. 103, pág. 71).

Em igual sentido, tem sido o pronunciamento do Tribunal de Justiça dêste Estado, como se vê dos seguintes julgados:

— *"A posse precária não gera prescrição aquisitiva"* (Ac. de 6-5-53, Jur. e Doutr., vol. 12, pág. 231).

— *"Não tem direito a adquirir o domínio, pela prescrição extraordinária, quem ocupa o imóvel, a título precário, como empregado ou serviçal do proprietário"*. (Ac. de 5-7-55, in Jur. e Doutr., vol. 21, pág. 122).

5 — Dêsse último acórdão, cumpre salientada outra tese também referida na sua ementa:

"O "ANIMUS DOMINI" NÃO SE PRESUME; DEVE DECORRER DE FATOS DEMONSTRATIVOS DA INTENÇÃO DE POSSUIR" (Rev. e loc. cits.).

Com efeito, o "animus domini", de regra, não se presume. E, em certas hipóteses, a própria condição do possuidor cria a presunção contrária, como no caso do condômino ou do comunheiro que, exercendo posse sôbre o bem comum, se pressupõe que o faça em nome da comunhão e não em seu próprio, não correndo em seu favor, salvo prova cabal em contrário, o prazo prescricional.

Outra não é, senão essa, a razão que inspirou a CARVALHO SANTOS a afirmativa de que "a doutrina dominante repele o usucapião da coisa possuída em comum, por ser a pretensão vi-

ciada de precariedade” (Cód. Civil Bras. Interpr., vol VIII, págs. 334 e 312), afirmativa que o acórdão de 27 de abril de 1956, já citado, invoca, acrescentando as seguintes considerações:

“O POSSUIDOR TEM CONTRA O QUE PEDE O SEU PRÓPRIO TÍTULO. Porque o precário, na sua ampla acepção, *é o que impede o usucapião entre CONDÔMINOS*” (D. J., ap. nº 163, pág. 1800).

FARIA MOTA, acima citado, salienta êsse mesmo aspecto, quando doutrina:

“É preciso, porém, que êsse exercício exclusivo (da posse), “*animus domini unci*”, *se manifeste, se externe DE MODO INEQUÍVOCO, porque do contrário A PRESUNÇÃO SERÁ A DE QUE A POSSE É EXERCIDA EM CONSEQÜÊNCIA DO CONDOMÍNIO E EM NOME DA COMUNHÃO, “ANIMUS SOCIETATIS”* (ob. e loc cits.).

Só será admissível a aquisição do domínio pelo condômino se os seus atos revelam inequivocamente o seu intuito de agir no seu próprio nome e não no do condomínio. É o que explica FARIA MOTA:

“Uma vez constatados INEQUÍVOCAMENTE a EXCLUSIVIDADE DA POSSE sôbre o imóvel e o ânimo do possuidor, manifestado por atos, de não permitir a quem quer que seja a ingerência no imóvel ou qualquer direito sôbre êste, não há como fugir ao reconhecimento do usucapião, após o transcurso de trinta anos. A êsse resultado conduz inelutavelmente a atividade ostensiva do possuidor único, ao lado da inércia dos demais titulares do direito” (ob. cit., pág. 103).

Por isso mesmo, a regra geral é o condômino não usucapir.

Só, excepcionalmente, êle pode beneficiar-se da prescrição aquisitiva.

Segundo decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 5 de outubro de 1945,

"a posse do condômino não gera, de regra, prescrição aquisitiva" (Rev. For., vol. 105, p. 517).

O Tribunal de Minas Gerais adota, como os demais, idêntica orientação. Em acórdão prolatado a 10 de dezembro de 1933, lê-se:

"O condomínio, ainda que de comunhão "pro diviso", não pode prevalecer contra o sócio. Assim, pois, não corre a prescrição entre os sócios ou condôminos, enquanto êles se consideram em comunhão" (Rev. For., vol. 62, p. 143).

Em outro decisório, assim se pronunciava aquêle colendo Tribunal:

"O usucapião obstativo da ação de divisão só começa a correr depois que o condômino tiver desconhecido ou contestado a comunhão".

Dêsse aresto, cumpre pôr em destaque as seguintes considerações:

"A prescrição não corre entre sócios ou condôminos, enquanto êles se consideram em comunhão. POUCO IMPORTA QUE SÓ UM DOS CONDÔMINOS TENHA A COUSA OU PARTE DELA EM SEU PODER E A DESFRUTE SÔZINHO, DESDE QUE ÊLE NÃO CONTESTE OU DESCONHEÇA O DIREITO DOS DEMAIS SÓCIOS. Só depois que um dos sócios exclua os outros, e, contestando ou desco-

nhecendo a comunhão, se torne o único e exclusivo possuidor da coisa ou de qualquer das suas partes fisicamente determinadas, é que começa a correr a seu favor a prescrição" (R. For., vol. 54, pág. 314).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em acórdão relatado pelo douto Des. SEABRA FAGUNDES, assentou que

"o condomínio exclui o usucapião de um condômino contra outro, de vez que a posse de um neutraliza a posse do outro" (Rev. For., vol. 94, pág. 830).

6 — De tudo o que foi expendido acima, chega-se, inelutavelmente, às seguintes conclusões:

a) a *prescrição aquisitiva* é a única oponível às *ações reais*, de vez que a propriedade não se perde pelo não uso, mas sim pelo uso que dela faça terceiro;

b) as *ações divisórias* são *ações mistas*, que, como as *ações reais*, correspondem a um "jus in re";

c) por isso mesmo, tais *ações*, entre as quais está incluída a *ação de partilha*, não são susceptíveis de *prescrição extintiva*;

d) sendo assim, sem a prova de que a posse é exercida "animus domini unici", não pode o co-herdeiro, com fundamento no art. 1.772, § 2º, do Código Civil, arguir a prescrição do direito de pedir partilha de determinado bem;

e) e, finalmente, se, de um modo geral, o "animus domini" capaz de configurar a prescrição aquisitiva deve ser provado inequivocamente, com maior razão deve sê-lo quanto à posse do co-herdeiro, porquanto milita contra esta a presunção de que é exercida em nome do condomínio.