

Questões práticas de direito judiciário.

Pareceres

Francisco Morato

I

IMISSÃO DE POSSE — DIREITO DE RETENÇÃO DE TERCEIROS

Desde que se trata de arrematação em ação hipotecaria, em que a coisa arrematada necessariamente teria sido posta em depósito pela penhora ou sequestro, no introito do executivo, o remédio que cabe ao arrematante é imitar-se na posse daquilo que adquiriu, mediante carta de arrematação, acompanhada pleonasticamente de mandado do juízo contra o depositario.

Si surgirem embaraços á execução do mandado, cumpre requisitar fôrça para fazer efetiva a ordem judicial.

E' um caso manifesto de imissão de posse, porque, não se podendo arrematar em execução de sentença senão aquilo que está penhorado, isto é, *em poder do juízo*, é obvio que a autoridade, que dá carta de arrematação ao licitante, tem de lhe dar em seguida posse da coisa arrematada, como complemento do ato.

Pela penhora, o executado não perde o dominio e posse juridica da coisa penhorada, mas fica privado da posse mate-

rial ou retenção; pela penhora a coisa passa para a administração e guarda do juiz — *pignora iudicis auctoritate capta sub illius administratione et quasi tutela possuntur* (Mello Freire: *Inst. Jur. Civ., Lv. IV Tit. XXII § XI*. Leite Velho: *Execuções: art. 98*).

Feita a arrematação, expede o juiz carta do arrematante, para título de seu dominio e transmite para ele a posse do juizo. Pela arrematação perde o executado o dominio e posse jurídica da coisa; a posse física, como já não está com ele, senão com o juizo, transmite-se deste para o adquirente mediante simples imissão (Mello Freire: *Ibid., not. ao § XI*. Pereira e Souza: *Primeiras Linhas. not. 855* Ramalho: *Praxe: § 392*).

Não colhe dizer em contrario que a imissão de posse — execução sumariíssima, só cabível em casos restritos e inampliáveis — não tem lugar entre os que não foram partes na causa.

A penhora é ato judicial, que de ninguém pôde ser ignorado. Os que se intrusam ou bemfeitorizam em imóvel penhorado e executado, estão por lei sujeitos á execução e expostos, diretamente ou por via ôbliqua, ás medidas que a lei outorga ao exequente para efetividade de seu direito (Reg. 737 de 1850 art. 492. Leite Velho *cit., art. 32*).

Quanto ao segundo ponto da consulta, a solução não pôde ser senão uma.

Ao terceiro possuidor de boa fé confere a nossa legislação um duplo direito, relativamente ás bemfeitorias uteis, a saber, o de se indenizar do valor dela e o de retê-las até ser pago (Cod. Civil, art. 516).

Este princípio não é, porém, rigoroso. Abre-lhe o direito patrio, na esteira da jurisprudencia dos povos cultos, uma exceção: a retenção não pôde ser invocada contra o credor hipotecario ou em execução de hipoteca.

O terceiro que de boa fé levanta bemfeitorias uteis em predio hipotecado, tem direito a ser indenizado do seu custo ou valor. Mas este direito não é nem o de retenção nem o de privilegio; é um direito puramente pessoal contra aquele em favor de quem verteu a utilidade da despeza.

E' uma consequencia do que dispõe o Codigo Civil nos arts. 759, 1.663, 1.564 e 1.565. Já era a lição de Lafayette na

vigencia da lei n. 1.237 de 24 de setembro de 1864, art. 5 §§ 1.º e 2.º, a qual neste topico não foi alterada pelo Cod. Civil (Cousas, § 183 e n. 6).

Assim, si, em caso de hipoteca, nem mesmo o dono de boa fé póde pretender o direito de retenção por bemfeitorias uteis, menos ainda o poderá o de má fé, a quem a doutrina generalizada, com fundamento no texto expresso dos arts. 517 e 547, nega até o direito de ser indenizado.

Respondemos, pois, aos dous itens da consulta:

Ao 1.º — O meio juridico é o da imissão de posse, com fundamento na carta de arrematação e mandado judicial contra o depositario.

Ao 2.º — Aos terceiros, de boa ou de má fé, não é licito reter casas e bemfeitorias, sob pretexto de prejuizos suscetiveis de indenização.

E' o que pensamos e submetemos á emenda dos doutos.

II

LITISCONSORCIO NECESSARIO PASSIVO

Depara-nos a hipótese em questão um caso genuino e tipico de litisconsorcio necessario passivo.

Litisconsorcio necessario se diz aquele em que a unidade da questão ou caráter da comunhão de interêsses implica a unidade processual, força o chamamento de todos os interessados e dá á sentença eficacia contra todos, na intervenção ativa, passiva, ou ativa e passiva ao mesmo tempo.

Tratando-se de uma ação de investigação de paternidade ilegítima, cumulada com a de petição de herança e intentada contra os herdeiros do pai suposto, não seria possivel conceber pudesse a sentença julgar em um sentido em relação a alguns herdeiros e julgar em sentido inverso ou deixar a controversia indecisa em relação aos outros.

O caso é manifestamente de litisconsorcio necessario passivo, em que a incindibilidade da questão juridica em debate