

Não, porém, quando o credor excute a garantia real, e apesar disso o crédito não é integralmente satisfeito. Aqui, o fiador e(por analogia, o avalista) não sofre o prejuízo que sofreria na primeira hipótese, pois ele só responde pelo saldo, e não pela dívida inteira. E, com relação ao saldo, não há que se falar em garantia real em que se pudesse o fiador sub-rogar, e sub-rogação que se tivesse tornado impossível por fato do credor.

Também não tem qualquer procedência o argumento de que, podendo o credor vender extrajudicialmente a coisa alienada fiduciariamente (art. 2.º do DL. 911) ou, se preferir, recorrer à ação executiva ou, se for o caso, ao executivo fiscal (art. 5.º do mesmo DL), *electa una via, altera non datur*. De feito, a aplicação desse brocardo só teria sentido se a propriedade fiduciária e o aval fossem uma única e mesma garantia, pois ele só se aplica quando o mesmo direito é tutelado por dois meios processuais diversos. Isso não ocorre em que se tratando de propriedade fiduciária e aval, garantias diversas, e de que o credor se vale isoladamente. O sentido do art. 5.º do DL. 911 é este: se o credor, ao invés da busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, quiser valer-se da garantia resultante da emissão da N.P., poderá fazê-lo, sem perder a garantia da propriedade fiduciária (o executado poderá não ter bens suficientes para cobrir o valor do crédito), e sem ser necessário que o primeiro procure fazer valer a propriedade fiduciária através da ação de busca e apreensão.

No caso, há saldo devedor, pois a venda extrajudicial do bem alienado fiduciariamente não deu para satisfazer o total do crédito. Por isso, o credor está cobrando executivamente, dos avalistas da N. P. a fls. 10 (que é à vista, pelo valor integral do crédito, e devidamente protestada), apenas o saldo devedor."

Induvidosa, pois, a procedência do presente recurso.

Dele conheço, para provê-lo, a fim de rejeitar os embargos.

(Publicado no D.J.U. de 17-2-78)

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

USUCAPIÃO. TERCEIRO PREJUDICADO

Usucapião. Terceiro prejudicado. Se há decisão anterior declarativa de usucapião de gleba em que se encontra encravada área na posse, mansa e pacífica, de terceiro, não citado pessoalmente, mas por edital, só em ação rescisória poderá obter terceiro prejudicado a declaração judicial de seu direito, porque, como interessado certo, não poderia ser citado por edital.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 6.226 em que é apelante H.H.F.B. e outro e apelado J.K.

Acordam, por unanimidade, os Juizes componentes da 8.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em negar provimento ao recurso, para manter por sua conclusão a sentença recorrida.

E assim decidem por não ter validade e eficácia a citação por edital em usucapião de interessado certo, possessor, que deveria ter sido citado pessoalmente.

Custas ex lege.

Faz parte do presente o relatório de fls. 192.

Trata-se de usucapião de área de terra encravada em imensa gleba adquirida, por usucapião, por C.C.O., que, se tinha a posse da mesma, como comprovou ter

na ação de usucapião em apenso, deveria conhecer o posseiro M.F.G. e su mulher, que, por mais de vinte anos, como está na inicial e na escritura de cessão de fls. 6/8, ocupavam parte dessa gleba, cuja posse foi objeto de cessão aos autores (fls. 6/8). Sendo declarativa a sentença de usucapião, e não constitutiva, usucapião é adquirido pela posse, mansa e pacífica, pelo prazo legal para usucapir. Sendo assim, se o posseiro, cedente, tiver os pressupostos legais para usucapir a área em causa, sentença anterior reconhecendo usucapião em favor de outrem de área mais vasta, em que aquela se encontra encravada, não tem eficácia em relação a ele, posseiro, cedente, por não ter sido naquela ação citado pessoalmente, mas por edital, apesar de ser interessado certo. Aliás, é de **Pontes de Miranda** a lição: "se quem tem de ser citado não no foi, ou o foi nulamente, e não compareceu — não há relação processual até ele: a sentença é nula (nulidade da sentença), e não só rescindível" (*Comentários, ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1959, Tomo VI, 2.^a ed., pág. 377, repetido nos comentários ao novo CPC, Tomo XIII, 1977, pág. 37). Se o cedente, interessado certo, preencher os requisitos para usucapir a área, cuja posse foi cedida aos autores, só em ação rescisória, por vício de citação, para a qual tem legitimidade para propô-la (Ação Rescisória n.º 1.156, 6.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça da extinta Guanabara, registro em 30-06-72), pode comprová-los e pleitear o reconhecimento de seu direito, porque a citação por edital, em relação a ele, cedente, posseiro, interessado certo, é ineficaz, e, ao contrário do que está dito na sentença, não interrompe o prazo para usucapir. Assim, enquanto não rescindida por rescisória, carecedores de ação são os autores.

Foram essas as razões que levaram a Câmara, por unanimidade de votos, a confirmar por sua conclusão a sentença de fls. 142/157.

Rio de Janeiro, 27 de junho de 1978.

Des. OLAVO TOSTES
Presidente com voto

Des. PAULO DOURADO DE GUSMÃO
Relator

DIVÓRCIO

Divórcio. Na conversão de separação judicial, não consensual, em divórcio ocorre sucumbência nos casos dos incisos I e II, do parágrafo único, do artigo 36, da Lei n.º 6.515, de 1977, bem como na hipótese do art. 40, da mesma lei.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 6.671, em que é apelante D.S.F. e apelado N.C.F. Funciona o Ministério Público.

Acordam, por unanimidade de votos, os Juízes que integram a 8.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em dar provimento ao recurso para reformar parcialmente a sentença a fim de excluir a condenação nas custas e em honorários de advogado.

Custas ex lege.

E assim decidem, incorporando neste o relatório de fls. 37, por só poder haver vencido e vencedor na conversão de separação judicial em divórcio nos casos dos incisos I e II, do artigo 36, da Lei n.º 6.515, de 1977, e na hipótese do art. 40, da mesma lei, por ser exclusivamente nesses casos cabível a contestação ao pedido de conversão de separação judicial, não consensual, em divórcio. Nesses casos é que pode ocorrer vencido e vencedor, porquanto nos demais, segundo o que prescreve o parágrafo primeiro do art. 37, da lei citada, o juiz não pode negar em