



ACSP
Nº 70001951060
2000/CÍVEL

SEPARAÇÃO. PARTILHA. BEM USUCAPIDO.

Caso em que se reconhece que somente a apelante é proprietária do imóvel em litígio.

A sentença que em seu relatório considerou o apelado como parte do processo, quando sequer havia outorgado procuração, sofre de vício transrescisório.

O vício transrescisório autoriza declaração da ineficácia, independente de ação rescisória, em qualquer tempo e à vista de qualquer tipo de situação em que possa ser conhecido.

DERAM PROVIMENTO, POR MAIORIA.

APELAÇÃO CÍVEL

OITAVA CÂMARA CÍVEL

Nº 70001951060

SANTA CRUZ DO SUL

L.M.B.O.

F.V.O..

APELANTE

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, dar provimento ao apelo, vencido o Des. Relator.

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o eminente Senhor Des. José S. Trindade.

Porto Alegre, 14 de agosto de 2003.



ACSP
Nº 70001951060
2000/CÍVEL

DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA,
Relator/Presidente.

DES. RUI PORTANOVA,
Redator para o acórdão.

RELATÓRIO

DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA (RELATOR) –

Inicialmente, adoto o relatório constante das fls. 144/145 dos autos:

“Versam os presentes autos, ação de separação judicial litigosa com cautelar de separação de corpos ajuizadas por Lizete M.B.O., contra Flávio V.O.. A Dra. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Santa Cruz do Sul, julgou-as procedentes para decretar a separação judicial do casal; deferir a guarda dos filhos com a mãe, podendo o pai exercer o direito de visitas no terceiro domingo de cada mês entre as 14 até às 17 horas, em lugar previamente acertados, querendo ou não as crianças acompanhá-lo; fixar alimentos aos filhos no valor de um salário mínimo; autorizar o uso do nome de solteira à autora; determinar a partilha de bens em 50% para cada um, após prévia avaliação judicial.

Inconformados com a decisão, interpõem recurso de apelação ambas as partes.



ACSP
Nº 70001951060
2000/CÍVEL

Flávio V.O., propugna seja ampliado o direito de visita aos filhos para o primeiro e terceiro domingo de cada mês. Pede que os bens, constante do rol das fls. 48/49 dos autos, sejam incluídos na partilha. Busca, ainda, a cassação da decisão que proibiu sua ocupação do imóvel, que lhe cabe na proporção de 50%. Por fim, pleiteia a reforma da decisão, conforme a tese esposada nas razões de apelo.

De outra banda, Lizete M.B.O., alega que o casamento foi realizado pelo regime de comunhão parcial de bens, no ano de 1989, e que o imóvel, antiga residência do casal, foi adquirido mediante doação feita por seus pais, no ano de 1988, excluído, portanto, da partilha de bens.

O recurso de Flávio, não veio acompanhado do preparo, eis que litiga amparado pelo benefício da assistência judiciária gratuita.

Somente a segunda apelante, Lizete, ofereceu resposta ao recurso.

O Dr. Promotor de Justiça, opina pelo não-conhecimento do recurso de Flávio, por intempestivo e pelo conhecimento e provimento do recurso de Lizete.

A Dra. Procuradora de Justiça, manifesta-se pelo não conhecimento do apelo do separando e conhecimento do apelo da separanda, e, desprovimento de ambos.”

Em sessão realizada no dia 24 de outubro de 2002, à unanimidade, não foi conhecido o recurso do varão, por intempestivo. Também, à unanimidade, o julgamento, com relação ao segundo apelo, restou convertido em diligência, a fim de serem apensados aos presentes autos a ação de usucapião.

Cumprida a diligência, conforme notícia certidão de fl. 157, vieram os autos para julgamento.



ACSP
Nº 70001951060
2000/CÍVEL

É o relatório.

VOTO

DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA - RELATOR –

O primeiro apelo interposto, conforme restou evidenciado às fls. 150 e seguintes dos autos, não foi conhecido por manifestamente intempestivo, restando à análise desta Câmara somente o segundo apelo, interposto por Lizete M.B.O., ao qual fora determina diligência no sentido de anexar ao recurso os autos da ação de usucapião referida no processo.

A diligência determinada teve o intuito de constatar em nome de quem fora proposta a ação de usucapião ordinário, em nome de quem restou averbado o registro aquisitivo do imóvel em questão, bem como outros dados relevantes ao deslinde do presente feito.

Os argumentos despendidos no apelo são no sentido de que “a aquisição do referido imóvel na ocasião da Doação efetuada pelos genitores foi específica para a filha da herdeira, ora apelante, Lizete M.B.O.”, excluindo-se, pois, o imóvel em questão, ante o disposto no artigo 269 do anterior Código Civil Brasileiro, da comunhão, não fazendo parte, portanto, dos bens a serem partilhados.

Ocorre que a sentença de usucapião, mais do que declarar a posse, ela constitui o requerente, ou no caso, os requerentes, na propriedade plena do imóvel. A forma de aquisição por ação de usucapião é originária, importando a cessão da posse tão-somente para fins de comprovação do lapso temporal de ocupação do imóvel, necessários a permitir a ação de usucapião sobre o mesmo. A aquisição do imóvel deu-se, efetivamente, no



ACSP
Nº 70001951060
2000/CÍVEL

curso da união entre os litigantes, sendo o regime entabulado o da comunhão parcial de bens, razão pela qual deve o imóvel ser partilhado na proporção determinada na sentença.

Neste sentido preleciona Domingos Afonso Kriger Filho, em trabalho publicado na Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 13 - SET-OUT/2001, pág. 51, sob o título “A Hipoteca Frente ao Usucapião:

“Como forma originária de aquisição do domínio, significa que o usucapiente não adquire de ninguém, mas adquire simplesmente, por si só, onde a consequência lógica é que a propriedade que existiu sobre o bem é direito que deixou de existir, suplantado pelo do possuidor, que a recebe limpa, sem qualquer de seus caracteres, vícios ou limitações, a não ser as impostas pela lei. Neste sentido, mostra-se totalmente irrelevante, do ponto de vista da força geradora inerente ao usucapião, a existência ou não do direito anterior, tanto que a sentença de procedência do pedido não atribui o domínio ao interessado, mas apenas o reconhece, tornando-o claro, haja vista que já se consumou desde o momento que a posse ‘ad usucapionem’ teve início”.

Pontes de Miranda, em Tratado de Direito Privado, Parte Especial, XI/117, 4ª ed., SP, RT, 1983, pág. 117, ensina:

“No usucapião, o fato principal é a posse, suficiente para originariamente se adquirir; não para se adquirir de alguém. É bem possível que o novo direito se tenha começado a formar antes que o velho se extinguisse. Chega momento em que esse não mais pode subsistir, suplantado por aquele. Dá-se, então, impossibilidade de coexistência, e não sucessão, ou nascer um do outro. Nenhum ponto entre os dois marca a continuidade.



ACSP
Nº 70001951060
2000/CÍVEL

Nenhuma relação, tampouco, entre o perdente do direito de propriedade e o usucapiente".

Ante todo o exposto, conheço apenas do segundo recurso, negando, entretanto, provimento ao mesmo, devendo a sentença ser confirmada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

DES. RUI PORTANOVA (PEDIDO DE VISTA) – O presente processo apresenta uma questão bastante interessante do ponto de vista jurídico.

Trata-se de saber se o imóvel adquirido em ação de usucapião no curso do casamento comunica-se ou não.

Induvidosamente, somente a apelante recebeu por contrato particular de cessão de direitos (f. 14 dos autos de usucapião) o imóvel em questão. Trata-se de *accessio possessionis*. Foram os pais da apelante que cederam gratuitamente tal imóvel para Lizete. Convém notar que Lizete já era casada quando da cessão, contudo, os direitos de usucapião foram cedidos gratuitamente sem qualquer menção ao apelado. Por evidente, tal pacto, apesar de falar em cessão verdadeiramente, é uma doação de direitos e ações.

Esse documento tem a data em 02 de abril de 1998. No mesmo ano, mais precisamente no dia 29 de maio de 1998, foi intentada a ação de usucapião. Ou seja, a apelante, com aquela ação, buscou o reconhecimento da propriedade do imóvel. Para tanto contou somente com a posse mansa e pacífica que vinha, primeiro, de seus pais e, antes, de outros que cederam a posse pelo documento de f. 11.

Ora, o casamento das partes foi pelo regime da comunhão parcial de bens, logo, tal doação não se comunica, por incidência do inciso primeiro do artigo 269 do Código Civil de 1916: “ *excluem-se da comunhão os bens que*



ACSP
Nº 70001951060
2000/CÍVEL

cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio por doação ou por sucessão”.

Como se viu, o apelado não tinha direito proveniente de posse própria quando da intentação da ação de usucapião. Logo, é lícito afirmar que o apelante não tinha nem fato, nem direito material a amparar eventual pedido seu de usucapião. Só a apelante tinha posse *ad usucapionem*.

Contudo, os feitos apresentam uma questão de ordem processual com efeito registral intrigante.

Acontece que julgada procedente a ação de usucapião, a sentença considerou, equivocadamente, que a ação havia sido intentada “pelo casal de Flávio Vanderlei Oliveira” (é o que se vê do relatório na f.58).

Contudo, verdadeira e corretamente, a ação foi intentada somente por Lizete. Com efeito, indubitavelmente o apelante não foi parte naquele processo. Por isso, a petição inicial de usucapião ao identificar a parte autora utiliza a preposição “com” e não a conjunção “e” ao identificar a parte autora. Assim: **LIZETE MARIA BERNHARD OLIVEIRA**, brasileira, casada com **FLÁVIO VANDERLEI OLIVEIRA**, brasileiro...” (f.02).

Menos mal que o mandado de registro de imóvel usucapido, ao identificar o adquirente, utilizou a formulação correta da inicial dizendo que se tratava de “Lizete ... casada com Flávio...” (f. 61).

No mesmo passo, tem mais um elemento – este mais convincente – a mostrar que – definitivamente – Flávio não era parte no processo.

Seja permitido o destaque: **Flávio não outorgou nenhuma procuração ao advogado que patrocinou aquele feito.**

Com efeito, vale a pena folhear os autos da ação de usucapião para ver-se que somente LIZETE deu procuração (e aqui sequer é dito que ela era casada com Flávio; apenas é dito que ela é casada).



ACSP
Nº 70001951060
2000/CÍVEL

Diante de tais circunstâncias não pode haver dúvida, Flávio não era parte naquele processo de usucapião.

Ao incluir, no seu relatório e, com isso, viabilizar uma imprópria extensão subjetiva da demanda, a sentença, nesse ponto apresenta um defeito grave, que Tesheiner chama vício transrescisório (Elementos Para Uma Teoria Geral do Processo). Com efeito, ao falar sobre as nulidade processuais, o eminente jurista faz a seguinte classificação:

- a) *vícios preclusivos, correspondentes a requisitos cuja falta não acarreta nulidade, ou que se sujeitam à preclusão.*
- b) *Vícios rescisórios, correspondentes aos requisitos cuja falta abre margem à desconstituição da sentença por ação rescisória;*
- c) *Vícios transrescisórios, correspondentes aos requisitos cuja falta autoriza a declaração da ineficácia, nulidade ou inexistência da sentença, independente de ação rescisória” .*

Depois, ao passar aos exames de algumas hipóteses enquadráveis em cada uma dessas categorias, vamos encontrar na letra “c” dos vícios transrescisórios a hipótese destes autos.

Vale a pena o destaque:

*“ b) Falta de personalidade judiciária (capacidade de ser parte) do demandante. Considerem-se as várias hipóteses de **advogado sem autor, como a ação proposta por causídico, sem instrumento de mandato, ou em nome de pessoa já falecida ...***

...



ACSP
Nº 70001951060
2000/CÍVEL

*c) A hipótese de petição inicial firmada por advogado com procuração passada por absolutamente incapaz é equiparável à de ausência de mandato... **Não será o decurso do prazo para a ação rescisória que tornará invulnerável a sentença**".*

Vale a pena notar, por fim, que estamos diante de uma questão de grande relevância. O fato de a cedência gratuita do direito (verdadeira doação) somente à autora. O fato de não haver nada de posse *ad usucapionem* em favor do apelado, inviabiliza concluir que a falta de procuração seja algo de pequena importância. Não é. Aliás, o atual litígio entre as partes, agora, está a demonstrar a importância e o rigor com que aquele pressuposto processual (mandato) deve ser tratado.

ANTE O EXPOSTO dou provimento ao apelo para considerar que o imóvel em questão é propriedade única e exclusivamente da apelante.

DES. JOSÉ S. TRINDADE – De acordo com o Des. Portanova.

DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA – PRESIDENTE.
APELAÇÃO CÍVEL Nº 70001951060 DE SANTA CRUZ DO SUL:
“POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O DES. RELATOR”.