

Accções relativas á vizinhança; tapumes e paredes divisorias; demarcação. Accções relativas ao dominio; divisão de coisa commum — terras, casas administração, renda e aluguel de coisa commum. (*)

Dr. Francisco Morato

PARECER

Cabe-nos relatar, em forma de parecer, as materias que se reuñem nas epigraphes supra.

Fal-o-emos tão succintamente quanto requer a natureza dos debates e nos permite o tempo de que dispomos — um ou dois dias apenas.

DA CONSTRUÇÃO E CONSERVAÇÃO DE TAPUMES E PAREDES DIVISORIAS

Não ha no projecto nenhum capitulo, tratando especialmente do assumpto.

Convem incluí-lo, supprimindo-se a omissão; para o que poder-se-á adoptar integralmente o Cod. de Proc. de São Paulo (arts. 701-706), onde a materia é regulada de modo completo e satisfactorio.

(*) Parecer apresentado ao Congresso Nacional de Direito Judiciario.

DA DIVISÃO DE IMMOVEIS

Regula este thema a secção I do cap. VII do projecto, sob o titulo de “divisão de coisa commum divisivel”.

Conviria acrescentar ao art. 2.º a possibilidade de contestação do pedido com fundamento em questão de dominio — hypothese em que o processo tomará a forma ordinaria — e ao 4.º a attribuição aos peritos de dizerem sobre a divisibilidade juridica da coisa commum.

E' de necessidade acrescentarem-se regras minuciosas, como faz amplamente o codigo paulista (arts. 716-729), para os trabalhos technicos, plano de partilha, composição dos quinhões em harmonia com a commodidade das partes, prohibição de retalhamento evitavel de quinhões, adjudicação de terrenos contiguos á morada e de bemfeitorias indivisiveis a um só condominio, modo do auto de divisão e folha de pagamento, regras especiaes para divisão de edificios.

DA ADMINISTRAÇÃO, VENDA OU LOCAÇÃO DE COISA COMMUM INDIVISIVEL; DAS DESPESAS PARA CONSERVAÇÃO DA COISA COMMUM (*Secções II e III, capitulo VII do projecto*)

Pensamos que devem ser mantidas as duas secções, sem nenhuma alteração.

DAS ACÇÕES DE DIVISÃO E DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS

Disposições communs

E' de necessidade redigir-se de modo diverso a letra “b” do art. 1.º.

O texto do projecto dá a entender que só é licito requerer demarcação ao proprietario excluido ou aos condominios em conjunto: o que não é exacto.

E' sabido, como ensina Dalloz e parece pacifico na jurisprudencia, que "chacun de ceux qui jouissent par indivis d'un droit réel sur un immeuble peuvent demander le bornage, san le concours des autres communistes" (Repert. "v. Bornage, n. 23, not. 1, n. 19").

Em consequencia cumpre dar ao texto esta redacção:

"B) acção de demarcação ao proprietario ou a qualquer condominio de um predio rural contra os confinantes, para se aviventarem rumos confusos ou se constituirem novos, quando nunca postos ou desapparecidos".

Elimine-se integralmente o art. 2.º que torna licita a cumulação das acções de demarcação e de divisão.

E' um impossivel juridico e um impossivel mathematico, tal cumulação.

Juridicamente, vista a differença e disparidade das duas acções relativamente ao objectivo que visam, á origem dos direitos e obrigações em que se fundam, ás pessoas que nellas figuram e á formula por que se governam. Juridica e mathematicamente, visto não ser possivel conceber-se sequer uma divisão sem dividendo predeterminado ou uma partilha concreta de perimetro não demarcado.

Isto é uma verdade de clareza irresistivel, como lucidamente demonstrou João Mendes ("Direito Judiciario, 2.ª ed., pag. 167") e já antes havia votado o Primeiro Congresso Juridico Brasileiro ("these 9.ª").

Foi um equivoco do nosso saudosissimo e querido collega Arthur Ribeiro, transferir para o projecto um preceito que já havia inserido no Codigo de Minas. O que ahi se dá é um caso de "concurso de acções" e não de "cumulação de acções", phenomenos radicalmente diversos na processualistica.

Estamos assim de pleno accôrdo com as observações do desembargador João Beltrão de Andrade Lima.

Achamos, entretanto, desnecessario o substitutivo que s. exa. offerce, de se declarar a inacumulabilidade por um dispositivo expresso.

Basta a eliminação do artigo. A inacumulabilidade resulta da regra geral que veda a cumulação de acções contradictorias e processualmente repugnantes.

Entendemos que deve ser substituído o art. de fls. 196 pelo art. 13 do dec. 720 de 1890, sabio na synthese e conceito: “Não é necessario nestas acções, quer para propol-as, quer para defendel-as, a intervenção ou citação da mulher casada”.

Não procedem as duas excepções que abre o projecto. Uma — a de haver controversia sobre o dominio ou limites —, porque, na boa doutrina processual, segundo as lições de Vinnio, João Monteiro e outros grandes mestres, um processo não se diz contencioso ou gracioso pelo ter havido ou não ter havido contenda entre as partes, senão pelo permittir ou vedar o processo, na sua estructura legal, que haja ou não haja litigio entre ellas; outra — a de se addicionar ao pedido o da restituição do terreno invadido — porque esta addicção não altera a natureza ou extensão do petitorio relativamente ao dominio, envolve apenas no conteúdo do pedido a restituição dos frutos percebidos, consoante mais de espaço diremos adiante.

DA PROPOSIÇÃO DA ACÇÃO, LOUVAÇÃO, DISCUSSÃO, SENTENÇA e EXECUÇÃO

Visto que nestas acções deve ficar determinado em sua primeira phase, na de divisão qual o dominio e extensão do dominio dos communheiros, na demarcação qual o titulo ou local pelo qual ou por onde se deva traçar a linha confinante, de tal arte a passarem as partes para a segunda com estas questões já determinadas por sentença, que ha de ser a base, nos seus dispositivos ou referencias a titulos, dos trabalhos topographicos de execução, é bem de ver que deve sempre haver sentença no processo, occorra ou não occorra contestação.

Não havendo contestação, o juiz julga o pedido de accôrdo com o requerimento incial; e a sentença é a base da

execução. Havendo contestação, o juiz julga a controversia como fôr de justiça, e a sentença é a base da execução.

Em qualquer das hypotheses, obedece-se á pureza da logica processual e não se remetem questões de dominio e alta indagação para uma phase executoria, em que não mais se depara oportunidade de debates e instrucção do feito.

Na conformidade destes principios, que se coadunam com as emendas que suggerimos ás disposições peculiares a cada uma das acções, cumpre substituir os quatro artigos da pag. 205, os dois da pag. 206 e os dois primeiros da pag. 207, pelos seguintes:

Art. — Findo o prazo da contestação, com ella ou sem ella, ficará a causa desde logo em prova, com uma dilação improrogavel de vinte dias, que correrá da assignação em audiencia por qualquer dos litis-consortes.

Art. — Finda a dilação, terão o promovente e promovidos, de lado a lado, cinco dias para arrazoar, seguindo-se a conclusão do feito para sentença definitiva.

Art. — Em cumprimento da sentença obrigando as partes ao pedido, designará o juiz nos autos, a requerimento de qualquer dos litisconsortes, a primeira audiencia especial para installar os trabalhos da divisão ou demarcação, intimados os peritos por carta e as partes pessoalmente, em seus procuradores ou mediante pregão em audiencia, se não tiverem procuradores ou não forem estes encontrados.

Art. — Nesta audiencia, que se effectuará em diligencia no immovel objecto da acção, se procederá á verificação do ponto de partida da medição do perimetro para determinar-se preliminarmente a extensão superficial do immovel dividendo ou ao reconhecimento do marco primordial, rumos ou vestigios que constituem a base das operações na demarcação.

Poderão as partes offerecer titulos que sirvam de esclarecer e facilitar os dispositivos da sentença exequenda.

DISPOSIÇÕES PECULIARES A DIVISÃO

O 4.º inciso do art. 1.º foi ahi incorporado por uma suggestão que fizemos ao nosso querido amigo, autor do projecto, que em nota a transcreve.

Cumpre, porém, eliminar do texto a locução adverbial “ao menos approximadamente, se os titulos não forem conhecidos”.

Esta locução inutilisa inteiramente o pensamento e alcance do preceito.

Indicar “approximadamente” a extensão do dominio é o mesmo que não indicar coisa nenhuma. A partilha geodesica não póde ser por approximação; tem de ser exacta.

Se os titulos não forem conhecidos, forem deficientes ou contradictorios, quer quanto ao dominio quer quanto á sua extensão, triumpha a posse e não devem os possuidores ser inquietados — “*commodum possidendi in eo est quod, etiamsi ejus res nom sit qui possidet, si modo actor nom potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio: propter quarum causam cum obscura sunt utriusque jura, contra petito-rem judicari solet*” (Inst., paragrapho 4.º de interdictis. Macedo Soares: Medição ns. 172 a 174. Ramalho: Praxe, nota ao paragrapho 288”. Aubry et Rau: D. Civ., II, paragrapho 199. Lacerda: “Terras Indivisas”, paragrapho 9.º).

Em semelhante conjunctura, a demarcação faz-se pela posse; a divisão não tem logar, pois seria uma simples discriminação de posses, de todo inutil.

Póde, porém, acontecer que o dominio seja determinado em relação a alguns condominios e indeterminado em relação a outros, por desconhecimento dos titulos ou outra circumstancia.

Nesta hypotse deve-se admittir o pedido, para que se divida o quinhão do promovente e de outros com dominio determinado, que o queiram, conservando-se os demais em communhão.

Aliás o objecto específico do processo divisorio é formar o quinhão do promovente. Na “communi dividundo”, o autor instaura o pleito contra todos os interessados, mas o processo visa a separação e discriminação de seu quinhão: o direito que a lei lhe outorga é o de separar-se dos outros e não o de obrigar os outros a se separarem entre si. Comparecendo os promovidos e declarando também quererem discriminados seus quinhões — o que aliás se presume pelo simples comparecimento, — assim se procede; se, porém, são reveis ou declaram querer conservar-se em communhão, limita-se todo processo á formação do quinhão do promovente.

Nesta conformidade doutrinou Estevam de Almeida: “O específico intuito do processo divisorio é formar o quinhão do promovente; tanto assim, que bem podem os promovidos conservar-se reveis e, em tal hypothese, cifra-se todo o processo no necessário para concretisação dos direitos do promovente, remanescendo em communhão os promovidos”.

Conciliando estes principios e necessidades, faz-se mistér dar nova redacção ao inciso 4.º e acrescentar ao art. dois paragraphos, assim:

4) a extensão do dominio de cada um dos condominios.

“Paragrapho 1.º) Se apenas alguns dos condominios tiverem conhecida a extensão do seu dominio, sómente em relação a elles se fará a divisão, mantidos os demais em communhão, salva a estes a faculdade de provar na primeira phase do processo a extensão do dominio proprio e entrar assim na partilha geodesica.

Paragrapho 2.º) Também se hão de manter em communhão os condominios reveis e os que assim queiram se conservar, posto com dominio determinado.

* * *

E’ do seguinte teor a nossa suggestão, a que se refere o autor do projecto:

Lembro uma reforma da mais palpitante importancia, pela qual tenho propugnado com aquelles que, na pratica

diuturna e assidua da divisão de terras, reclamam contra um desacerto capital do dec. 720 de 1890 e dos codigos estaduais que o têm copiado.

O dec. 720 conjugou em uma só instancia a phase contenciosa e a phase executoria da “communi dividundo”, tornando desnecessario o antigo desdobramento em duas acções: — uma, a acção de character em principio litigioso, em que se fixa a questão da propriedade, isto é, em que se apuram quaes os condminos, quaes os seus titulos e qual a quota abstracta do dominio de cada um; outra, a de character administrativo, em que se concretisam as quotas ideaes dos condvidentes, e, para isso, se procede ás necessarias operações topographicas, sem mais indagação sobre o dominio e a extensão do dominio de cada qual.

Sempre se entendeu que a segunda acção não comporta questão de dominio, nem de dominio na substancia nem de dominio na extensão, quer dizer, nem da existencia do titulo de dominio, nem da força ou quantidade desse titulo; a qual questão deve ser resolvida e assentada na primeira acção.

O direito romano era de clareza irresistivel: — as partes entravam na partilha geodesica, que tal era a função da “communi dividundo” com seus direitos reconhecido na existencia e na qualidade. “L’actio communi dividundo, presuppone, adunque, che sia pacifico tra le parti que ciascuna ha diritto de communione e per qual parte” (Gluck, “Pandectas”, paragrapho 736 nota “c”).

No emtanto, o dec. n. 720 e os codigos estaduais, juntando a primeira acção á segunda, sob o nome de phases, mandam verificar e conferir os titulos na segunda; na segunda é que se apuram os titulos e que o juiz delibera contemplal-os e com que força na partilha.

O que tudo é causa das mais disparatadas e deploraveis consequencias.

Muitas vezes um condmino vê a sua propriedade cercada ou negada na segunda phase, e, por isso, ou é enormemente lesado, ou excluido da divisão, sem que possa debater e instruir os seus direitos.

O promovente aponta-me como um dos condomínios promovidos. Nada tenho que debater na phase litigiosa, pois o meu direito não é contestado. Entro na phase executoria, e então sou excluído, ou tenho o meu direito horripelantemente decepado por provocação do promovente, dos promovidos ou do agrimensor, que é quem, na verdade, apura os títulos com o promovente.

Não posso discutir; a lei não admite. Sou excluído. Só me é dado appellar, mas a appellação não é juizo da instrucção, de sorte que sou forçado a ver meu direito diminuído sem provas em plenário. Appello, mas a appellação só é recebida no effeito devolutivo; de modo que, se tenho sitio e bemfeitorias no immovel dividendo, sou coagido a ver meus adversarios se intrusarem naquelle e nestas, sem nem ao menos darem fiança do que é meu!

Não é possível que estas coisas não choquem os sentimentos dos juristas.

Propunha, pois, que retornassemos á sabedoria romana, obrigando o promovente a relacionar os condomínios e a extensão do dominio de cada um.

Se não houver contestação sobre este ponto, o juiz julga procedente a acção, conforme o pedido e a justiça que merecer. E está já apurado o dominio, nos seus titulares e na força dos títulos de cada um.

Se ha contestação, a sentença decide, como for de direito; e a causa está apurada do mesmo geito.

Não se diga que isto difficulta a acção. Se difficulta para o promovente, a mesma difficuldade perdura para o apurador de títulos e em uma occasião em que a parte não tem mais a palavra.

Não se diga que isto possa prejudicar a terceiros, que estariam expostos aos mesmos perigos pelo systema actual. Aliás a sentença não aproveita nem empece mais que ás pessoas entre que é dada.

O nosso grande amigo concordou com a suggestão, mas inadvertidamente attribuiu-nos espirito de hostilidade ao sys-

tema do dec. 720, conjugando em uma só instancia a phase contenciosa e a phase executoria da “communi dividundo”.

Pelo contrario, somos favoravel a esse systema, que simplificou enormemente os processos divisorios. O que condemnamos é deixar-se para a phase executoria, que não é mais de instrucção e debates, um ponto que é essencialmente da phase contenciosa e instructoria, da alçada decisoria exclusiva dos juizes, qual é o reconhecimento e determinação do dominio dos litigantes.

Os que querem dispensar, por difficil, a determinação do dominio na 1.^a phase, não resolvem, deslocam a difficuldade, remetendo-a para ser decidida por peritos, sem intervenção das partes e sem sentença.

Parece que seria util simplicar o processo, permittindo na divisão o pedido dos frutos, prestações e danos anteriores á contestação da lide; para o que cumpriria dar ao art. primeiro da pag. 221 esta redacção:

“Art. — O pedido poderá comprehender tambem os frutos communs e indemnisação de danos, anteriores e posteriores á contestação da lide, decidindo-se este objecto conforme os principios de direito sobre a boa ou má fé do possuidor”.

Parece que seria igualmente util acrescentar-se um artigo, facultando a intimação do credor hypothecario e dos intrusos, de boa ou má fé, para a divisão.

Citados para a divisão, os intrusos coparticipariam da louvação e da estimativa de suas bemfeitorias, afim de poder aquelle, em cujo quinhão ellas ficassem, depositar o respectivo preço e contra os intrusos usar do mandado de immissão de posse.

Citado o credor hypothecario, não mais lhe seria possível allegar conluio dos litigantes, para mal aquinhoar o condomino hypothecante.

Seria este o artigo:

“Art. — Poderão as partes fazer citar para a divisão o credor hypothecario e o intruso, afim de tolher áquelle reclamações fundadas contra a partilha e poderem contra este

requerer mandado de imissão, pagando-lhes as indemnizações que porventura lhes sejam devidas, consoante os principios da boa ou má fé”.

DISPOSIÇÕES PECULIARES A DEMARCAÇÃO

Seria de grande oportunidade substituir-se o artigo de fls. 229 pelo paragrapho unico do art. 67 do dec. 720, redigido este conforme seu genuino pensamento.

Quando a lei Souza Lima faculta ao autor que acciona com queixa de esbulho ou turbação, addiccionar ao pedido a restituição do terreno usurpado, com os rendimentos ou indemnisação dos damnos desde o tempo da indevida occupação, não quiz ella fazer uma accumulção de petitorio, emprestar á “*finium regundorum*” um effeito que ella não tinha ou dar-lhe maior extensão do que tem na technica processual.

O facto de na “*finium regundorum*” se restituirem posses e dominio de terrenos, de um litigante para outro, não lhe augmenta nem lhe diminue a extensão, não é innovação do direito actual, é coisa da essencia da demarcatoria, é o seu mais natural e necessario effeito.

Sempre se ensinou, ainda mesmo no dominio da legislação antiga, que a acção não visa apenas afixar, mediante a viventação ou constituição de rumos, a linha de separação dos predios, mas tambem a restituição da porção de terreno usurpado ou na posse indevida do reu confinante — o que aliás é da essencia e promana como consequencia necessaria de sua natureza, visto como podendo-se por ella tambem pedir o estabelecimento de linhas que nunca foram assignaladas ou o restabelecimento de linhas que hajam sido mudadas, isso correlatamente póde importar na primeira hypothese e fatalmente importa na segunda passagem da posse de um para outro dos litisconsortes confinantes. (Borges Carneiro: Dir. Civ. Liv. II, Tit. XIV paragrapho 87, n. 1; Corrêa Telles: “Doutrina das Acções”, paragrapho 280; Ramalho: Praxe, paragrapho 287).

E' da essencia da acção operar este effeito. A demarcatoria contem no seu bojo a força de reivindicar, isto é, de reclamar e readquirir cada qual o que é seu. Traçada a linha fronteira de dois predios, o juizo attribue ao dominio de cada qual todo o territorio que em seu lado está, dando a cada um o que é seu. Seria inane o juizo demarcatorio se não attribuisse a restituição reciproca das terras limitrophes a cada um dos confinantes.

Na "finium regundorum", porém, não se cuida apenas do deslinde de predios e restituição reciproca de terras, cuida-se tambem da restituição de frutos — "in-judicio finium regundorum etiam ratio fit quod interest".

Os frutos posteriores á contestação da lide restituem-se pelo mesmo processo, ainda quando não pedidos no periodo ordinatorio e sem attenção á boa ou má fé do invasor que os percebeu.

Os frutos anteriores e os damnos causados, esses restituem-se e compoem-se conforme os principios de direito sobre a boa ou má fé do possuidor. Se não são expressamente articulados e pedidos, não se restituem pelo mesmo processo, visto como isso depende de pronunciamento sobre a boa ou má fé e tal pronunciamento não póde ter lugar por não haver sido a materia incluída na "litiscontestatio" e sujeita a debates e provas. A parte não perde o direito a elles, pelo simples facto de não tel-os pedido na demarcação, mas terá de ir havel-os por acção ulterior, por uma "actio judicati", com fundamento na sentença que julgar a demarcação e mediante regulares indagações sobre a dita materia (Gluck, cit. paragrapho 723).

Ha, porém, um meio de cercear esta inutil delonga, e aqui está a novidade que contem o art. 67 paragrapho unico do decreto 720. A parte póde desde logo formar artigos sobre a questão de má fé, restituição dos frutos anteriores e indemnisação dos damnos causados, ampliando assim o campo da "litiscontestatio", dando aso á producção de provas e permittindo neste proposito o pronunciamento do juizo demarcatorio, de tal arte a poder haver pelo mesmo

processo, sem dependencia de uma “actio judicati” posterior, simultaneamente com a restituição dos terrenos a restituição dos frutos e indemnisação dos damnos a que tiver direito.

E’ este o sentido e alcance do alludido texto do dec. 720.

A restituição dos terrenos não carece de ser articulada ou expressamente pedida; resulta necessariamente da acção. A restituição dos terrenos e a fixação da linha fronteiraça dos predios acarretam necessariamente a restituição ou manutenção da posse esbulhada ou turbada, visto o petitorio absorver o possessorio. São effeitos inevitaveis da acção; sempre assim foi desde que se criou a “finium regundorum”.

A restituição que carece de ser articulada e póde sel-o por faculdade de direito novo, de sorte a ser decretada no mesmo juizo demarcatorio, pelo mesmo feito, é a dos frutos anteriores á contestação da lide e dos damnos causados.

Esta era a intelligencia que davam ao texto os eminentes desembargador Souza Lima e professor Raphael Corrêa da Silva, sabidamente os autores intellectuaes do dec. 720.

E’ a seguinte a redacção que propomos, em ordem a esclarecer o preceito:

“Art. — Quando accionar com queixa de esbulho poderá o autor addicionar ao pedido de demarcação o dos rendimentos ou indemnisação dos damnos, desde o tempo da indevida occupação do terreno invadido, sendo este objecto decidido de accordo com os principios de direito sobre a boa ou má fé do possuidor”.

* * *

Antes de concluir, cumpre-nos salientar que a necessidade imprescindivel de sentença na 1.ª phase da “finium regundorum”, prescrevendo o titulo ou local por onde traçar a linha demarcatoria, tanto se faz sentir nesta acção quanto na “communi dividundo”.

A doutrina romana era diaphana neste sentido.

“A tal fine”, escreve Gluck, “é l’attore obbligato non solamente a dichiarare nettamente e con precisione la con-

trata ed il luogo dove é controverso il confine, ma anche a descrivere colla massima chiarezza quale e secondo lui il tratto di confine e cosi pure a indicare convenientemente il mezzi per via dei quali egli crede di mettere in chiaro la giustezza dei confini da esso dichiarati. Se l'attore nella sua citazione ha trascurato di fare ciò, puó la sua azione essere rigettata d'ufficio como insufficiente" (Gluck. cit. paragrafos 720 e 721).

De resto, foi sempre assim no direito patrio.

Se as partes levantavam questões de alta indagação, se controvertiam acerca dos titulos que deviam servir de base para as operações topographicas, mallograva-se a acção de demarcação e eram os interessados remetidos para o juizo ordinario. A causa de demarcação era summaríssima, de jurisdicção graciosa e incompativel com debates ou questões de alta indagação. (Macedo Soares, Cit. n. 66, Ter.).

13 de Julho de 1936.