

DEMARCAÇÃO E DIVISÃO DE TERRAS PARTICULARES

Renato Duro Dias

SUMÁRIO

Considerações iniciais.

CAPÍTULO I - A AÇÃO DE DEMARCAÇÃO

- 1.1. Fundamentos;
- 1.2. Conceito e hipóteses;
- 1.3. Requisitos;
- 1.4. Prédios contíguos
 - 1.4.1. Limites
- 1.5. Demarcatória e reivindicatória;
- 1.6. Acerca da prova ;
- 1.7. Proprietário e o terceiro possuidor;
- 1.8. Imprescritibilidade da ação demarcatória;
- 1.9. Objetivos da demarcação.
- 1.10. Aspectos processuais:
 - 1.10.1 Legitimidade ativa;
 - 1.10.1.1 Propriamente dita;
 - 1.10.1.2 Legitimidade do espólio;
 - 1.10.1.3 Legitimidade do possuidor;
 - 1.10.2 Legitimidade passiva
 - 1.10.3. O litisconsórcio
 - 1.10.3.1 Litisconsórcio necessário;
 - 1.10.3.4 Litisconsórcio facultativo
 - 1.10.4. Cumulação da demarcatória com outras ações;
 - 1.10.4.1 Cumulação com a ação de divisão;
 - 1.10.4.2 Cumulação com a ação possessória;
 - 1.10.4.3 Cumulação com queixa de esbulho
 - 1.10.5. Demarcação de imóvel em comunhão
- 1.11. Procedimentos.
 - 1.11.1. Primeira fase;
 - 1.11.1.1 Petição Inicial;
 - 1.11.1.2 O pedido;
 - 1.11.1.3 A citação;
 - 1.11.1.4 Resposta do réu e efeitos da revelia;
 - 1.11.1.5 Prova ;

- 1.11.1.6 O laudo dos arbitradores;
- 1.11.1.7 Sentença de encerramento e coisa Julgada;
- 1.11.2. Segunda fase (executiva)
- 1.11.2.1 Relatório dos arbitradores, manifestação das partes e auto de demarcação;
- 1.11.2.2 Sentença homologatória final

CAPÍTULO II - A AÇÃO DE DIVISÃO

- 2.1. Fundamentos;
- 2.2. Conceito e hipóteses ;
- 2.3. Requisitos legais;
- 2.4. Imprescritibilidade da ação de divisão;
- 2.5. Aspectos processuais.
- 2.5.1. Legitimidade ativa;
- 2.5.2. Legitimidade passiva;
- 2.5.3. Litisconsórcio passivo necessário;
- 2.5.4. Terceiros confrontantes ;
- 2.6. Procedimentos.
- 2.6.1. Primeira fase;
- 2.6.1.1 Petição Inicial;
- 2.6.1.2 Citação e defesa;
- 2.6.2. Segunda fase (executiva);
- 2.6.2.1 Início;
- 2.6.2.2 Levantamentos e benfeitorias ;
- 2.6.2.3 Trabalhos técnicos e o plano de divisão;
- 2.6.2.4 Manifestação das partes e partilha;
- 2.6.2.5 Memorial descritivo, auto de divisão, sentença homologatória final e coisa julgada;
- 2.6.2.6 Título e inscrição no Registro Imobiliário.

CAPÍTULO III – DISPOSIÇÕES GERAIS

- 3.1 Custas, despesas e honorários advocatícios.
- 3.2 Natureza dúplice
- 3.3 Demarcação e divisão e interesse de terceiros. Considerações finais.

Bibliografia.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tanto a ação de demarcação quanto a de divisão vêm tratadas juntas desde o direito romano, dados os incontáveis pontos de semelhança entre elas existentes.

Embora parte respeitável da doutrina [1] diga que a ação de demarcação, a **actio finium regundorum** dos romanos, seja uma espécie de ação divisória, não nos parece que isso seja verdadeiro. Isso porque, ainda que sejam absolutamente ignorados os limites entre prédios a serem demarcados é impossível a descoberta da linha de confrontação entre ambos, seria exagero dizer que a confusão de limites houvesse gerado uma comunhão ou condomínio sobre a área onde a linha demarcatória deveria ser assentada [2].

TEIXEIRA [3] adverte que ambas ações possuem duas fases, sendo a primeira contenciosa e uma segunda executiva, as quais veremos detalhadamente no presente trabalho.

Faz-se necessário esclarecer que as chamadas "**Communi dividundo**", ações divisórias têm proximidade com a "**Familiae erciscundae**", sendo que estas dizem respeito simplesmente à partilha sucessória, porém, aquela, também, objetiva uma partilha, mormente de terras particulares.

Questão doutrinária importante é a que subdivide em **pro indiviso**, quando ninguém deter a posse com exclusividade, vale dizer todos são comunistas de direito e de fato, e **pro diviso**, momento resultante da comunhão de direitos, posto que cada um tem sua porção localizada.

CAPÍTULO I - A AÇÃO DE DEMARCAÇÃO

A contigüidade entre prédios pode levantar questões relativas aos limites entre os imóveis. A questão tem importância evidente para determinar o âmbito de utilização do imóvel pelo respectivo proprietário. À jurisdição, por seu turno, interessa que estes limites entre os prédios estejam efetivamente definidos, não somente para a paz social, mas, também, para o exercício do poder de polícia e tributação, que compete ao Estado.

1.1 Fundamentos

A ação de demarcação, como quase todas as ações de procedimentos especiais, possui dispositivos legais tanto na legislação processual como de direito material.

A demarcação encontra-se disposta nos artigos 1297 e 1298 do Novo Código Civil [4] e estava disciplinada no artigo 569 do Código Civil de 1916 [5].

No Código de Processo Civil, a ação demarcatória vem regulada nos artigos 946 a 966 [6].

1.2 Conceito e hipóteses

Demarcação é a operação por meio da qual se fixa ou delimita a linha divisória entre dois terrenos, assinalando-as, em seguida, com elementos materiais sobre o solo.

Na grande maioria dos negócios jurídicos, o adquirente já recebe a propriedade imobiliária com seus limites definidos no título de aquisição e já assinalados no terreno, pois é da essência do domínio justamente essa individualização do objeto. Mas casos há em que o título aquisitivo não define convenientemente a linha divisória entre dois ou mais prédios. E é exatamente aí, para salvaguardar tais situações, que existe o procedimento demarcatório.

A demarcação objetiva evitar esbulhos e contestações que a falta de sinais visíveis dos limites da propriedade imobiliária possam acarretar aos proprietários de imóveis limítrofes. Conforme adverte SILVA [7] a discussão se dá acerca da linde.

Para que a ação demarcatória seja proposta é preciso que exista uma situação litigiosa entre os confinantes.

É que ao proprietário concede-se a faculdade (constranger, no dizer do artigo 1297 do CC) de exigir de seu confinante que se submeta à operação de demarcação, cujo objetivo é, justamente, individualizar e precisar o objeto da propriedade. Entretanto, quando o confrontante não se submete, voluntariamente, à pretensão de demarcar, o proprietário dispõe da ação de demarcação, a chamada “actio finium regundorum”.

SILVA[8] nos indica os casos em que a ação demarcatória poderá ser admitida:

1º) nas hipóteses em que, entre os prédios confinantes, não há e nem nunca houve a fixação da linha demarcatória;

2º) nas hipóteses em que, os marcos foram destruídos em virtude da ação do tempo ou tenham desaparecido ou tenham se tornado confusos, impossibilitando-se, com isso, a sua perfeita identificação;

3º) nas hipóteses em que, quando constarem descrições divergentes a respeito da linha demarcatória, nos documentos dos prédios confinantes, de modo que surja a necessidade de estabelecer, por sentença, qual delas corresponde à verdadeira linha de limite entre os imóveis.

Neste sentido, vejamos a jurisprudência:

DEMARCATÓRIA – Descabimento – Ausência de confusão em relação aos limites dos dois prédios – Constatação, pelo perito, no sentido de que já havia marcos visíveis fixando os limites das propriedades – Autores que têm, no entanto, direito de tapagem, vale dizer, de cercar o prédio, direito esse que deverá, contudo, ser postulado em ação própria – Ação improcedente – Recurso desprovido. [9]

1.3 Requisitos

O Código de Processo Civil, anuncia que a ação de demarcação é aquela de “terras particulares”. Neste sentido quis ressaltar a existência de outro procedimento próprio para o deslinde das terras devolutas que se faz através da Ação Discriminatória, regulada pela Lei 6.383 de 1976.

SANTOS [10] ensina que, “há terras, no entanto, que se acham no domínio da União, Estados ou Municípios sem serem devolutas. Tais pessoas jurídicas de direito público têm-lhes o domínio, mas por aquisição entre vivos ou causa de morte e não em virtude da carência de sua legitimação no domínio particular. Neste caso, os bens são públicos, mas se consideram de domínio particular do ente público e estão sujeitos à ação de demarcação”.

Para exercer o direito de demarcar é necessário a existência de um imóvel de propriedade privada, tanto urbano como rural. Posteriormente, é indispensável que os dois prédios estejam na especial situação de lindeiros, denominada contigüidade.

Não é outro o entendimento jurisprudencial:

DEMARCATÓRIA – Requisitos – Fixação da linha demarcatória entre os prédios confinantes e a descrição da linha divisória que pretende seja a certa – Falta – Ausência de vestígios físicos dos marcos ou mesmo que eles não tenham sido implantados no solo – Irrelevância – Interesse na obtenção da prestação jurisdicional demonstrado – Anulação do feito a partir da juntada do laudo pericial. [11]

1.4 Prédios contíguos

A contigüidade entre os prédios é a principal característica da ação demarcatória. [12]

É que o proprietário tem direito de ter o seu prédio sempre discriminado dos demais vizinhos. Mas tal faculdade pressupõe, logicamente, a contigüidade de dois ou mais prédios, porque a não ser junto ao seu vizinho imediato, não tem o proprietário interesse jurídico relevante em marcar os limites de seu terreno.

THEODORO JUNIOR [13] afirma “se, todavia, desapareceu ou sofreu desvio o leito da estrada ou do rio, e, em conseqüência, surgiu uma situação de dúvida e incerteza a respeito dos limites dos dois prédios, parece-me que a confusão dos limites está configurada em razão de fato superveniente que provocou o desaparecimento do limite natural outrora existente”. E, assim a jurisprudência do TJPR [14] e TJRS[15].

1.4.1 Limites

Limites de um prédio correspondem à uma linha de separação (contínua, reta, curva ou quebrada) entre ele e todos os outros que lhe são lindeiros. Se, no entanto, entre dois terrenos contíguos, de proprietários diversos, inexistem sinais visíveis (naturais ou convencionais), capazes de atestar de forma sensível a linha de confinamento entre eles, dá-se o que se chama de “confusão de limites”.

A doutrina e a jurisprudência reforça o entendimento de que não cabe a ação demarcatória quando os prédios contíguos já apresentem sinais exteriores definidores de suas linhas divisórias [16]. Ressalta-se as decisões do TJPR [17] e outras duas exemplares do TJRS [18] e [19].

Criticando tal entendimento, THEODORO JUNIOR [20] ressalva que não o que não se admite é que a simples e imediata comprovação de um muro, por exemplo, possa transformar-se num obstáculo intransponível à ação demarcatória, sem indagar-se como e porque o tapume foi colocado naquela posição. A perda do direito de demarcar, desde que o imóvel nunca tenha sido demarcado de forma válida e eficaz, só ocorrerá por força da prescrição aquisitiva (usucapião) operada em favor do vizinho que estabeleceu a seu bel-prazer a linha de demarcação.

No entanto, a jurisprudência ao dizer que nos casos de cercas divisórias já estabelecidas não cabe a demarcação, mas apenas a reivindicação, não merece ser mantida ou incentivada, pois a simples posse do vizinho, por si só, não pode ter, antes do implemento da prescrição aquisitiva, a eficácia de impedir o exercício ao confinante de um dos atributos do domínio, que é a atitude de demarcar seu imóvel.

Por outro lado, é importante que se frise a indispensabilidade da individualização do imóvel, conforme se depreende da jurisprudência:

DEMARCATÓRIA – Condição de ação – Individualização do imóvel na inicial – Falta – Inviabilidade, ademais, ante a incerteza quanto à própria localização do imóvel – Art. 295, inc. III, do CPC – Carência da ação – Sentença confirmada. [21]

1.5 Demarcatória e ação reivindicatória

SILVA [22] assevera que há um limite, por vezes tênue entre as ações de demarcação e reivindicação.

É que tanto a demarcatória como a reivindicatória podem ser utilizadas para que o proprietário de um terreno consiga recuperar o trecho do terreno ocupado indevidamente pelo confinante. A diferença entre as duas está em que, na reivindicatória, já se conhece exatamente a linha divisória e a pretensão é de recuperar uma porção certa, além da dita linha; enquanto que na demarcatória, primeiro se investiga e define a linha de separação, para que, por via de conseqüência, se obtenha os terrenos eventualmente ocupados pelo vizinho além das divisas regulares.

Para tal, SILVA [23], quando sustenta que a “ação demarcatória não se transmuda em reivindicatória pelo fato de haver intentado aquela com queixa de esbulho e pedido de restituição dos terrenos usurpados. Mas a restituição surgirá como conseqüência natural da demarcação, não porque seja o fundamento da demanda de modo que o autor possa individualiza-la na petição inicial”.

Entre a reivindicação e a demarcação operadas em juízo, a diferença é muito mais de procedimento do que de objetivo último. Ambas são ações reais imobiliárias, isto é, fundadas no domínio e com propósito último de assegurar a posse efetiva da coisa ao seu dono em toda extensão territorial do prédio.

Portanto, o que decide o cabimento ou não da pretensão jurisdicional não é o nome ou o procedimento que o autor dá à ação, mas a relevância de seu pedido. Se há uma lide e se o pedido for deduzido, com satisfação das condições da ação, o juiz terá de realizar a composição do litígio, adaptando-o ao procedimento adequado e não se preocupando com o nome dado pela parte .

Até porque, o pedido demarcatório é muito mais amplo do que o pedido reivindicatório, pois, pressupondo incertezas dos limites, reclama julgamento sobre a linha divisória, além do pedido implícito de recuperar a área em poder do seu lindeiro. Já o pedido reivindicatório, porque parte da certeza dos limites, apenas contém a pretensão de recuperar a coisa. Assim, quem julga uma pretensão demarcatória estará, implicitamente, julgando o pedido de devolução, uma vez que este se contém no primeiro. Desse modo, se o juiz apenas acolhe da pretensão demarcatória a parte relacionada com a reivindicação, não está julgando extra petita, e, sim, acolhendo parte do pedido formulado pelo próprio autor. É o que nos indica a jurisprudência. [24]

1.6 Acerca da prova

Pairou o entendimento que o proprietário sem posse não teria interesse na demarcação, tendo que, primeiramente reivindicar o prédio, para depois promover à demarcação. Tal hipótese é absolutamente equivocada, pois se há necessidade de demarcar é porque há confusão de limites e reivindicatória pressupõe, justamente, a não existência desta confusão de limites. Portanto, o proprietário não conseguiria, sem a demarcação, individuar o bem reivindicado. Isto demonstra que o correto é demarcar e depois, sim, reivindicar.

Não há na lei exigência quanto a posse como requisito da demarcação. Pode ela, pois, servir de elemento secundário no processo, principalmente naqueles casos de falha nos títulos de domínio, razão em que o juiz deve se orientar pela posse.

O Código Civil, em seu art.1298 [25], diz que:“Sendo confusos, os limites, em falta de outro meio, se determinarão de conformidade com a posse justa ; e não se achando ela provada, o terreno contestado se dividirá por partes iguais entre os prédios, ou, não sendo possível a divisão cômoda, se adjudicará a um deles, mediante indenização ao outro”.

Ainda que não exista posse de qualquer dos confrontantes, o juiz não pode deixar de demarcar os limites dos imóveis, pois o Código Civil prevê em seu art.1298, a partilha ou a adjudicação da área confusa como último critério para encerrar a “ actio finium regundorum”.

VENOSA [26] informa que, a primeira regra a ser seguida no juízo de demarcação é, sem dúvida, o exame do título dominial, pois a finalidade primordial da ação é obter o acertamento sobre os limites da propriedade. Tanto é assim que o art.950 do CPC exige a juntada dos títulos de propriedade com a inicial. No entanto, pode ocorrer que a discussão se transfira para o nível da posse, servindo o título dominial apenas como adinículo probatório.

O STF [27], por sua vez, examinou amplamente a posição doutrinária e jurisprudencial a respeito do problema e concluiu pela dispensabilidade da posse do autor como requisito da ação demarcatória.

Frise-se a seguinte ementa:

DEMARCATÓRIA – Prova – Produção – Levantamento planimétrico do prédio confinante, segundo o que consta de seu título de propriedade – Necessidade – Julgamento baseado em levantamento incompleto e em laudo desprovido de base técnica confiável – Anulação do feito a partir da juntada do laudo pericial. [28].

1.7 Proprietário e o terceiro possuidor

Ocorre, vezes, que o autor da demarcatória não tenha a posse do imóvel demarcando em virtude de ocupação de terceiro, e, não, por invasão do confrontante. A questão pode complicar-se, pois esse terceiro tem em seu favor a possibilidade de intentar Embargos de Terceiro (CPC, art.1047, I) para impedir o prosseguimento dos trabalhos técnicos da divisão (agrimensores etc).Isto, contudo, não leva à extinção do processo demarcatório, desde que se torne possível a operação sem invadir a área possuída pelo terceiro. A jurisprudência [29] está atenta a esta casuística. Aliás esta oposição, em certos casos, poderá ser em reivindicatória, indenizatória ou reintegratória[30].

1.8 Imprescritibilidade da ação demarcatória

A imprescritibilidade decorre da circunstância de ser uma pretensão típica de domínio, o qual, por sua vez, é imprescritível. Assim, a imprescritibilidade refere-se ao direito de pedir a demarcação enquanto perdura a confusão de limites. O tempo, por si só, não exclui o estado de confusão de limites.

Por vezes acontece que há cessação da confusão de limites, porque, por exemplo, um dos confrontantes assentou sua posse em porção certa do terreno e passou a agir como se aquela linha fosse realmente a que demarcara a sua terra.

Contudo, não é o de prescrição da ação demarcatória. O que houve foi a consolidação nas mãos do vizinho do domínio sobre a faixa duvidosa. Assim sendo, a demarcatória não será mais possível. O usucapião, na hipótese, tornou certo os limites e extinguiu o fato básico da pretensão de demarcar.

1.9 Objetivos da demarcação

A ação de demarcação tem dupla função e natureza dúplice:

a) adaptar no terreno os limites do prédio, quer de forma originária quando nunca foram assinalados, quer de forma superveniente, quando já assinalados, mas os marcos desapareceram; dessa maneira opera-se a constituição de limites novos, ou a aviventação de limites velhos; b) operar a restituição de terrenos “que se acharem indevidamente na posse do confinante”.

O que pode colocar, por vezes, em situação idêntica o promovinte e o promovido.

Em síntese, o objetivo especial da demarcatória é o de estabelecer os sinais materiais capazes de discriminar a propriedade privada e, secundariamente, o de recuperar toda e qualquer parcela do imóvel que, indo além da divisa assinalada, esteja na posse indevida do confinante.

A par desses aspectos de natureza real, a faculdade de demarcar produz efeitos no direito obrigacional, como aqueles relativos à partilha das despesas de demarcação e a restituição de frutos e perdas e danos oriundas da posse injusta do confrontante quando se discutir no processo. Estes são objetivos acessórios da ação de demarcação.

1.10 Aspectos processuais

Como em todos os casos das ações ditas de procedimento especial, são os aspectos processuais que se afiguram de maior relevo para o estudo da “actio finium regundorum”.

1.10.1 Legitimidade ativa

1.10.1.1 Propriamente dita

Quando o CPC (art. 946) e o CC (art. 1297) falam em proprietáriorão tiveram a preocupação de distinguir o proprietário pleno do proprietário limitado (nu-proprietário, usufrutuário, co-proprietário, entre outros), de modo que também estes têm legitimidade para propor a ação de demarcação do prédio sobre o qual incide o seu ius in re.

SILVA [31], informa que é necessário observar que as demarcações promovidas pelos titulares de direitos reais limitados somente produzirão efeito de coisa julgada entre aqueles que houverem integrado a relação processual como litisconsortes.

1.10.1.2 Legitimidade do espólio

Espólio é a universalidade patrimonial deixada pelo “de cujus” enquanto não ultimada a partilha entre os herdeiros e sucessores. Não resta dúvida de que o co-herdeiro, enquanto não ultimada a partilha, é comunheiro no imóvel confinante e, nesta qualidade, pode requerer e promover tudo o que for a bem da comunhão, como o é a demarcação de seus limites.

Salienta-se que a representação do espólio se dá pelo inventariante (CPC, art.12, IX), razão pela qual torna-se desnecessária a citação de todos os herdeiros para a ação demarcatória, a qual terá curso normal apenas com a presença do inventariante.

1.10.1.3 Legitimidade do possuidor

A demarcação de domínio só cabe ao proprietário. Entretanto, os possuidores têm ação de demarcação de posse. Assim, percebe-se que a disputa de limites não é privilégio dos proprietários, pois podem perfeitamente dois possuidores vizinhos se deparar com a necessidade de demarcar as suas posses. Trata-se de questão possessória e deve ser solucionada em juízo como tal. Ressalta a jurisprudência[32].

1.10.2 Legitimidade passiva

Como se resolve a questão da legitimidade passiva?

Certo é que a demarcação não tem a característica de ser um procedimento entre proprietários. O problema que surge em casos de imóveis detidos por meros possuidores está na eficácia da sentença.

Digamos que o promovente apenas cite o possuidor, este estará obrigado a respeitar a autoridade da coisa julgada no que diz respeito à linha demarcada.

Mas se o verdadeiro dono recuperar a posse, a ele não será oponível a coisa julgada por não ter participado no processo demarcatório.

Assim, sempre que o promovente de uma ação demarcatória encontrar uma situação difícil de posse e domínio na área vizinha à linha demarcada, propugna a doutrina que seja requerida a citação tanto do possuidor em nome próprio como do titular do domínio que figura no Registro de Imóveis. Só assim a sentença prevalecerá perante todos os possíveis interessados.

1.10.3 O litisconsórcio

1.10.3.1 Litisconsórcio necessário

Existe a figura litisconsorcial sob a forma necessária na demarcação quando sobre um ou ambos os imóveis confinantes incidir algum direito real sobre coisa alheia. Nesta hipótese, além da citação do nu-proprietário ou senhorio, deverá haver a citação, de todos possíveis legitimados.

Todavia, o credor hipotecário e o promitente comprador que são titulares de direitos secundários sobre a coisa podem intervir no processo na qualidade de litisconsortes facultativos ou como assistentes litisconsorciais, já que sua presença jamais será a condição de eficácia da sentença.

1.10.3.2 Litisconsórcio facultativo

A figura do litisconsórcio facultativo mais comum é aquela em que o proprietário ingressa com a ação contra vários vizinhos, vale dizer tentando delimitar sua propriedade de várias outras áreas. Se for incapaz ou não estiver regularmente representado, a nulidade só atingirá a linha que lhe disser respeito, não afetando em absolutamente nada, os demais réus. Assim ensina, também, a jurisprudência[33].

1.10.4 Cumulação da demarcatória com outras ações

1.10.4.1 Cumulação com a ação de divisão

SILVA [34] diz que, “inexiste entre essas duas demandas qualquer identidade relativamente aos três elementos de que a doutrina se vale para identificar uma determinada ação, que são o pedido, a causa petendi e as partes”. Portanto, no caso de união, num mesmo processo de ações de demarcação e divisão, nem se poderia dizer que se dera um caso de verdadeira cumulação de ações.

Já THEODORO JUNIOR [35] adverte que “o caso não é propriamente de cúmulo simultâneo, pois os dois procedimentos são até mesmo inconciliáveis para tal fim. O cúmulo previsto em lei é apenas sucessivo. Primeiro resolve-se a questão da demarcação, para depois passar-se ao trabalho divisório”.

Assim a jurisprudência tem admitido a cumulação de ambas:

PRAZO – Ação divisória e demarcatória – Contestação – Litisconsortes com procuradores diversos – Contagem em dobro – Artigo 191 do Código de Processo Civil – Tempestividade – Recurso Provido. [36]

Vislumbra-se, pois, que nem mesmo as partes são iguais nos dois procedimentos, pois enquanto na divisão os condôminos se baseiam na comunhão e exercem a pretensão de partilhar o imóvel comum, na demarcação, a relação processual se trava entre os condôminos de um lado e os confrontantes, de outro.

1.10.4.2 Cumulação com a ação possessória

Observa-se que não há vantagem alguma na cumulação do procedimento possessório com o demarcatório, pois sendo este um juízo petitório que abrange todas as questões de alta indagação a respeito do direito de propriedade das partes, não tem sentido algum pretender-se a cumulação com uma ação possessória.

Há, contudo no possessório uma diferença sobre o petitório é que naquele admite-se as liminares; mas se houver cumulação, terá que desaparecer o rito especial da possessória, pois prevalecerá o rito ordinário (CPC, art. 292, §2º).

Retirando-se esta possibilidade da providência liminar parece-nos ineficaz a cumulação de ações .Nesse sentido, vai a jurisprudência [37].

1.10.4.3 Cumulação com a queixa de esbulho

Parece-nos que sentido verdadeiro da cumulação em causa é tão-somente permitir a reclamação de frutos e danos anteriores à propositura da ação, ou seja, desde à época do esbulho ou turbação.

Aqui então. a cumulação do art.951 do CPC é meio de ampliar-se o campo da defesa do procedimento demarcatório, justamente para nele incluir a questão da má-fé de um dos litigantes, sendo o mesmo responsabilizado pelo ilícito perpetrado contra o dono do prédio usurpado, sem que possa, assim, valer-se dos benefícios contidos no Código Civil.

É a sentença proferida no contencioso do procedimento demarcatório que incluirá a solução do esbulho, sendo que a execução desta condenação (esbulho) pode ser feita após o trânsito em julgado do decisório que encerrou a fase contenciosa sem necessidade de aguardar-se a sentença homologatória final.

Tem-se admitido a cumulação com reivindicatória, é o que se vislumbra na jurisprudência abaixo:

DEMARCATÓRIA – Cumulação com reivindicatória – Cabimento, ainda que a dúvida seja concernente à própria validade dos títulos de propriedade que estabelecem os limites da área – Prosseguimento do feito ordenado – Recurso provido. [38]

Por fim, é de ressaltar-se que em sendo a demarcatória uma ação dúplice, tanto o autor quanto o réu pode fazer queixa de esbulho. Em partindo a queixa do réu, entende a doutrina, que não há necessidade de reconvenção.

Não ser necessária a reconvenção não significa dizer que a mesma está vedada, o que se explicita na doutrina pátria é que toda e qualquer matéria, leia-se discussão sobre benfeitorias, posse, perdas e danos e frutos, poderá ser argüida na própria contestação.

Deve-se lembrar que a remoção dos marcos quando já em curso a ação demarcatória, também, comportará indenização e a medida cabível é a ação de atentado prevista no art. 879 do CPC.

1.10.5 Demarcação do imóvel em comunhão

Em sendo o direito de demarcar um atributo da propriedade, conclui-se que se alguém pode reivindicar própria coisa, também é lógico que pode demarcá-la. O requerimento da demarcação por apenas um dos condôminos não significa dizer que o feito possa ser encaminhado até o final somente por ele, pois a própria lei o obriga a citar todos os demais comunheiros como litisconsortes. Daí decorre a natureza dúplice da demarcatória. O princípio contido no art.952 do CPC abre uma exceção à regra de que ninguém poderá ser obrigado a demandar em juízo como autor.

Mas como ingressam os demais condôminos no feito? Fixamos dois posicionamentos.

Adverte SILVA [39] que, a hipótese é de litisconsórcio necessário e não unitário, pois “o condômino pode assumir posição processual divergente a respeito da linha demarcatória e até mesmo contestar a ação, alegando, por exemplo, a inexistência de confusão de limites, postulando, no caso, a improcedência da demarcatória”.

No entanto THEODORO JUNIOR [40], “o caso é de litisconsórcio necessário unitário, pois sendo vários proprietários do imóvel em comunhão, não poderá ele ser demarcado para uns e outros não. Daí a ineficácia para todos, inclusive para quem participou do feito, da sentença que julgar a demarcação, sem a presença de todos os condôminos”.

1.11 Procedimentos

Existem, nas demarcatórias, como já mencionado, duas fases distintas.

Este procedimento da demarcação compreende, então, duas fases: uma primeira, denominada de fase contenciosa e uma segunda, denominada de fase executiva. A primeira, inicia-se com a petição inicial (CPC, art.950) e termina com a sentença que determina o traçado da linha a ser demarcada (CPC, art.958). Já a segunda fase inicia-se após o trânsito em julgado da aludida sentença e vai até a homologação da linha assinalada no terreno.

1.11.1 Primeira fase

A primeira fase do procedimento ou ação de demarcação encontra-se regulada pelos arts.950 a 958 do CPC.

1.11.1.1 Petição Inicial

Na ação de demarcação, os requisitos estabelecidos pelo art.950 do CPC devem ser acrescentados aos do art.282.

a) Títulos de propriedade (e a questão da posse): o promovente da ação demarcatória deverá instruir a petição inicial com os “títulos de propriedade. Quando se tratar de posse o juiz não deve exigir que o promovente exhiba qualquer título de domínio, pois o fundamento da ação é a posse, e, não, a propriedade. Há casos, também, em que o proprietário já detém do domínio, mas ainda não dispõe do título para instruir a petição, como é o caso do usucapião.

b) Descrição do imóvel a demarcar: o imóvel objeto da demarcatória há de ser perfeitamente individuado pelo autor na inicial.

c) Descrição dos limites a demarcar: o autor tem que indicar, na inicial, qual é a linha que pretende ver traçada. A inicial não pode apresentar-se totalmente ausente quanto à descrição da linha demarcanda.

d) Nomeação dos confrontantes: A “nomeação” dos confinantes a que se refere o art. 950 é exigência para a integração do litisconsórcio necessário que haverá de se formar, sob pena de nulidade do processo. Se o confrontante for casado, o nome da mulher também haverá de ser mencionado; se for incapaz, indicar-se –á o respectivo representante legal.

e) Valor da causa: o valor da causa nas ações demarcatórias: deve corresponder à estimativa oficial para o lançamento do imposto (IPTU ou ITR), (art.259, VII do CPC)dependendo do caso. Assim, não importa o valor dos prédios confinantes, nem a extensão da linha demarcanda.

1.11.1.2 O pedido

Na ação demarcatória, pede-se o que corresponde à pretensão de direito material extraída do art.1297 do CC. A petição inicial deverá conter o pedido de citação dos confinantes para: a) acompanhar a operação de assinalação da linha demarcanda; e b) suportar, proporcionalmente, os gastos do processo (nas hipóteses de demarcatória não contestada). Já se o autor exercer a faculdade de cumular o pedido de demarcação com esbulho (CPC, art.951), terá que postular que o confinante seja condenado a restituir a área invadida com os respectivos rendimentos ou a indenização por danos.

1.11.1.3 A citação

Admite-se, também, a citação por edital pelo simples fato de os réus não residirem na mesma comarca. Pela leitura do dispositivo lega (art..231 do CPC), conclui-se que apenas quando o citando (confrontante ou condômino) não residir na comarca ou comarcas de situação dos imóveis é que devemos admitir a citação-edital.

No entanto, conforme já tem se decidido, parece não ser o caso de se aceitar a citação editalícia, desde que se saiba o endereço correto para que seja remetida a carta citatória.

Há dois casos em que a citação inicial é desnecessária, quais sejam: a) quando, antes de receber a convocação para o processo, os réus comparecem, espontaneamente, e se manifestam sobre o pedido do promovente (CPC, art.214, §1º) e b) quando todos os interessados na demarcação formulam o pedido em conjunto, não havendo a quem citar. A citação inicial é única e vincula as partes ao processo tanto para os atos da fase dita “contenciosa” como da fase “executiva”. No procedimento demarcatório, a citação válida produz os mesmos efeitos do arts. 219 e 264 do CPC.

No Código de Processo Civil não há dispositivo especial a respeito da participação da mulher casada no procedimento em exame. Mas, em se tratando a demarcatória de típica ação real imobiliária, necessário se faz a intervenção de ambos os cônjuges, tanto na propositura como na citação (CPC, art10,§1º).

1.11.1.4 A resposta do réu

O prazo para defesa é de vinte (20) dias, contam-se os 20 dias a partir da juntada aos autos do último mandado cumprido ou finda a dilação quando a citação por edital.

Nesse particular, há uma controvérsia: boa parte da doutrina [41], acredita que só tem aplicação o prazo dilatado de 20 dias quando houver mais de um réu, pois o adjetivo “comum” inserido no art.954 indicaria que a lei estaria abrindo uma exceção à regra geral somente quando houvesse mais de um réu.

Por outro lado [42],há os que entendem que não se pode presumir que o legislador haja pretendido abrir tal exceção, cujo entendimento nos filiamos. Da mesma forma, tem-se de considerar igualmente

aplicável o art.191 do CPC quando os réus tiverem procuradores diferentes e, também o prazo para oferecimento de exceções é o de 20 dias, e, não, o de 15 dias, previsto no art.297 do CPC.

Como efeitos da revelia, podemos afirmar que o Código determina que, havendo contestação, a ação deve prosseguir pelo rito ordinário (art.955), impondo-se ao juiz, contudo, o dever de nomear agrimensor e arbitradores para o levantamento da linha demarcanda, antes de proferir a sentença definitiva [43].

THEODORO JUNIOR [44] afirma que, encerrada a fase postulatória com a respostas do réus, deverá o juiz ordenar a produção de prova pericial para obter o traçado da linha demarcanda.

SILVA [45] entende que, embora a solução preconizada por THEODORO JUNIOR possa parecer conveniente a mesma não foi a escolhida pelo nosso CPC. Assim, se houver contestação, o juiz deve diligenciar no sentido de sanear o feito,designando, se preciso, audiência de instrução e julgamento para que sejam produzidas as provas orais.

No caso da demarcatória não contestada, o artigo em exame manda aplicar o art.330, II do CPC que trata, justamente, do julgamento antecipado da lide, tornando-se dispensável a dilação probatória porque a não-contestação do réu importa a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor (CPC, art.319).

Ocorre que - mesmo no caso de revelia- o processo demarcatório exige conhecimentos técnicos para que a linha seja levantada com precisão, através de perícia por meio de agrimensor e dois arbitradores a fim de levantar-se o traçado da linha demarcanda (CPC, art.956).

Assim sendo, não pode, o juiz, de plano, julgar procedente o pedido e determinar, desde logo, o exato traçado da linha.

É de se concluir que o efeito da revelia é o de dispensar a prova dos fatos alegados pelo autor e de todas as circunstâncias arroladas por ele que possam influir na definição da linha por ele pretendida.

1.11.1.5 Prova

Encerrada a fase da resposta do réu , o juiz ordenará a prova pericial tendente a obter o traçado da linha demarcanda (CPC, art.956). Trata-se de diligência indispensável, cuja inobservância acarreta a nulidade da sentença.

A perícia é realizada por um agrimensor [46] e dois arbitradores, nomeados livremente pelo juiz, não sendo necessária a audiência prévia das partes. Embora se tratando de exame pericial em procedimento especial, a diligência não refoge à regra observável nos demais exames técnicos realizados em juízo, sendo, pois, permitido às partes formular quesitos e apresentar assistentes técnicos [47].

1.11.1.6 Laudo dos arbitradores

A perícia é dividida da seguinte forma:

a) aos arbitradores compete os estudos de todos os elementos materiais e documentais que possam contribuir para a definição do traçado da linha, cujo resultado constará de um laudo. Pode haver divergência entre os arbitradores, ficando a cargo do juiz a decisão final.

b) ao agrimensor compete a elaboração da planta da região em que se levantou a linha demarcanda, bem como o memorial descritivo das operações de campo, onde se descreverá o traçado investigado. Esses dois documentos devem ser anexados ao laudo pericial. (CPC, art.957, parágrafo único).

Nesse passo, importante observarmos que o art.956 prescreve que os arbitradores serão nomeados pelo juiz “para levantarem o traçado da linha demarcanda”. Já o art.957 diz que os arbitradores, depois de concluídos os estudos, deverão “apresentar minucioso laudo sobre o traçado da linha demarcanda”.

As proposições acima poderiam levar, ao leitor desatento, a suposição de que a conclusão dos técnicos fosse sempre, e invariavelmente, na feitura de uma linha a ser demarcada, surgindo, daí, uma sentença de procedência. Isso não ocorre sempre.

É que os arbitradores podem for necessário, concluir que a pretensão de demarcar não tem fundamento, caso em que o laudo deverá declarar a sua total inviabilidade.

Após a juntada aos autos do laudo pericial, planta e memorial, terão as partes o prazo comum de 10 dias para apresentar as alegações que julgarem convenientes. A ouvida das partes é regra geral que deve ser observada tanto nos casos de demarcatória contestada ou não. Se o juiz entender razoável alguma impugnação mandará ouvir os peritos antes de decidi-la. Não havendo impugnação, o juiz julgará imediatamente (art. 958 do CPC).

1.11.1.7 Sentença de encerramento e coisa julgada

A sentença do art.958 tem o sentido de “sentença parcial de mérito” [48], adverte SILVA, a ser complementada pela segunda sentença – igualmente de mérito- prevista no art.966 do CPC. Portanto, o traçado da linha demarcanda deverá ser determinado justamente na sentença que encerra a primeira fase da ação julgada procedente, podendo o juiz aceitar ou não as conclusões dos peritos. Obviamente, a sentença também pode ser negativa, ou seja, de extinção do processo, quer por falta de condições da ação ou quando o pedido, no mérito, for improcedente [49].

A sentença favorável inscrita no art.958 do CPC, é a que acolhe o pedido do promovente tendo em vista o acordo havido entre os interessados ou com base no laudo pericial. A sentença fulcrada nos títulos ou na posse dos confinantes é declaratória e executiva [50]. Diferentemente é aquela que, ausente a posse, o juiz tiver que resolver o conflito de limites pela partilha ou pela adjudicação da zona contestada, caso em que a sentença será constitutiva [51], justamente porque vai criar novos limites e impor uma situação jurídica distinta daquela que prevalecia antes do processo. Da sentença caberá apelação (CPC, art.515), que será recebida em seu duplo efeito (CPC, art.521).

Se o promovente houver cumulado o pedido das indenizações previsto no art.951 do CPC, a sentença do art.958 deverá decidir a respeito, procedendo-se, tão logo passe em julgado, a execução por quantia certa, com prévia liquidação do dano, se necessário for.

Resumindo, a primeira sentença (a do art.958), deve solucionar todas as dúvidas sobre o traçado da linha demarcanda, tornando-se impossível discutir-se sobre ele após o trânsito em julgado da decisão. O que sobra para a fase executiva é apenas a marcação material da linha sobre o terreno, ou seja, a efetiva colocação dos marcos sobre o solo, situação essa regulada por uma sentença de natureza eminentemente homologatória (CPC, art.966).

Saliente-se que aqui ocorre uma sentença terminativa, no próprio dizer jurisprudencial:

RECURSO – Agravo de instrumento – Decisão que encerra primeira fase de ação demarcatória – Artigo 958 do Código de Processo Civil – Sentença terminativa, de mérito – Apelação como recurso cabível – Recurso não conhecido. [52]

1.11.2 Segunda fase (executiva)

A segunda fase do procedimento demarcatório não configura um outro processo que executa a sentença da primeira etapa da demarcação. Não há, pois, uma condenação e depois uma execução.

Existe uma única relação processual que não se extingue nem se suspende quando o juiz julga procedente o pedido e ordena que se passe à fase dos trabalhos técnicos de demarcação propriamente ditos. Tanto é assim que, a passagem da primeira para a segunda fase do procedimento de demarcação, é realizada sem a realização de novo citação.

Os arts.960 a 964 do CPC cuidam de dar disciplina legal aos trabalhos dos peritos, impondo-lhes a observância de regras técnicas que a ciência e a experiência recomendam. Eventuais controvérsias porventura existentes na aplicação de tais dispositivos legais, deverão ser resolvidas pelo juiz, observando-se, no que couber, o parecer dos técnicos.

1.11.2.1 Relatório dos arbitradores, manifestações das partes e auto de demarcação

Depois de anexos o relatório dos arbitradores, o juiz ouvirá as partes sobre a conclusão pericial. Havendo ou não contestação, a sentença se baseará na delimitação da linha demarcanda conforme os resultados constantes do laudo dos arbitradores.

Corrigindo-se o que for necessário, determinará o juiz que o escrivão lavre o auto de demarcação.

O auto de demarcação, assim como a planta e o memorial descritivo são peças fundamentais do processo demarcatório.

1.11.2 .2 Sentença homologatória final

A sentença final do art.966 não tem força preponderante nem de condenação, nem de constituição, embora tais cargas eficazes possam existir. Torna-se evidente, pois, que sua natureza marcante é, sem dúvida, a de declarar, a de dar certeza jurídica àquilo que já se procedeu anteriormente em presença das partes e sob a fiscalização da Justiça. É comum, portanto, tratá-la como declaratória [53].

Isto, porém, não retira do procedimento demarcatório o caráter executivo lato sensu , pois embora a sentença final tenha a função predominantemente declarativa, certo também é que foi precedida de atos materiais que fizeram da primeira sentença uma realidade fática concreta com notável alteração no mundo exterior com a eliminação da confusão de limites.

É uma sentença homologatória [54] porque o seu conteúdo principal não é ditado pelo juiz no ato de decidir, mas é tomado de empréstimo ao trabalho dos peritos sintetizado no auto de demarcação.

A apelação é admissível, contudo, sem efeito suspensivo. A modificação será transcrita no Registro de Imóveis (Lei 6.015/73).

A sentença do art.966 faz coisa julgada material a respeito das linhas assinaladas e homologadas, então pode ser rescindida (CPC, art.485).

CAPÍTULO II - A AÇÃO DE DIVISÃO

2.1 Fundamentos

É com fulcro no dispositivo arrolado no art. 946, II, do CPC, e dos arts. 967 a 981 que se embasa a legislação processualista brasileira para fundamentar a ação divisória.

O fim da divisória é partilhar o imóvel comum. Poderão, contudo, os comunheiros discutir, largamente, todas as questões pertinentes ao direito de propriedade.

Aqui, também, há duas fases distintas: uma contenciosa que antecede à partilha e uma fase executiva em que se realizam os atos técnicos para a partilha da coisa comum.

Nada mais é do que a divisão aplicada pela Geodésia, ramo da matemática que cuida dos métodos de dividir a terra.

2.2 Conceito e hipóteses

A lei assegura, a todo condômino, a faculdade de, a qualquer tempo, exigir a divisão da coisa comum.

Art.1320, caput CC. A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão [55].

A ação de divisão é o meio do condômino para fazer cessar o estado de comunhão das terras particulares, fazendo a partilha em quinhões.

Contudo, também, tem se admitido discutir as questões de alta indagação.

Para que se efetive a divisão, é necessário que o imóvel em condomínio esteja perfeitamente discriminado antes da operação divisória. Nos casos de confusão, é indispensável que se demarque para que depois se divida[56], é o que demonstra a jurisprudência [57].

2.3 Requisito

O requisito básico é a comunhão, a situação condominial do imóvel.

Mas ação de divisão é forma de se extinguir, em juízo, o condomínio, que poderá incidir tanto sobre coisas imóveis quanto móveis.

Contudo nosso Código (CPC) regula somente a ação de divisão de terras particulares. E é evidente que em se tratando de terras públicas não haverá a aplicação do procedimento especial em questão, remetendo-se as partes às vias ordinárias.

2.4 Imprescritibilidade da ação de divisão

Assim como a demarcatória, a ação de divisão é imprescritível, pois o Código Civil (art.1320), permite ao condômino que, a todo o tempo, possa pedir a partilha do imóvel comum.

Como é uma opção inerente ao direito de propriedade, não há que se cogitar da prescrição da ação divisória, pois “as faculdades não prescrevem”, já que, na verdade, são verdadeiros direitos potestativos dos condôminos.

2.5 Aspectos processuais

2.5.1 Legitimidade ativa

Qualquer condômino tem a faculdade de requerer a divisão quando os demais comunheiros assim não procedam.

Figuram entre os legitimados: os proprietários plenos, os titulares de direitos reais limitados, assim como os possuidores, Isso porque, só há condomínio quando todos os consortes se apresentam em situação jurídica homogênea, detendo direitos iguais[58].

Partilha-se o imóvel para os fins de exercício do direito real imobiliário, não propriamente o objeto da propriedade.

2.5.2 Legitimidade passiva

O art.946, II do CPC afirma que a ação de divisão cabe ao condômino “para obrigar os demais consortes a partilhar a coisa comum”.

Parece-nos que não limitação `a legitimidade passiva, a não ser no que diz respeito a situação de que estejam em comunhão (condomínio).

2.5.3 Litisconsórcio passivo necessário

A eficácia da divisão só ocorre se todos os condôminos participarem do processo ou forem cientificados regularmente da sua existência, sob pena de nulidade do processo, pois trata-se, na hipótese, de litisconsórcio passivo necessário previsto no art.47 do CPC.

Não importa a forma de citação, podendo ser, inclusive por edital, como na hipótese em que o promovente não consiga identificar quem são os sucessores do condômino falecido.

A jurisprudência confirma o litisconsórcio passivo necessário:

DIVISÃO – Imóvel – Compromissário-comprador de parte ideal – Citação na qualidade de litisconsórcio necessário passivo – Necessidade – Contrato contendo cláusula de irretroatividade e com preço quitado – Interesse manifesto à semelhança de qualquer condômino – Processo anulado – Embargos infringentes recebidos. [59]

Embora alguns entendam que o litisconsórcio passivo necessário seja unitário, como pensa Ernani Fidélis do Santos, entendemos não ser o caso, pois pode haver eficácia diferenciada para os participantes da lide.

2.5.4 Os terceiros confrontantes

Somente deverão ser citados os terceiros confrontantes se houver cumulação da ação de divisão com a demarcação (CPC, art.947), pois, caso contrário, serão estranhos ao procedimento em questão.

2.6 Procedimentos

2.6.1 Primeira fase

2.6.1.1 Petição Inicial

O CPC retitou a exigência constante do Código anterior de que a petição inicial indicasse os “interessados” estabelecidos no imóvel “com benfeitorias comuns” (art.444, IV). PONTES DE MIRANDA [60] manifestou-se favorável a conduta do legislador de 1973 dizendo que, em se tratando de benfeitorias comuns, não há necessidade de que se indique qual o “interessado” ou condômino que se ache “estabelecido” no imóvel com tais benfeitorias. Assim sendo, o que deixa de ser necessário é a indicação do nome do condômino que a utiliza, e, não, a descrição das ditas benfeitorias comuns.

Deve-se ressaltar que o art. 967 exige que o autor junte à inicial o “título de domínio” (principalmente quanto ao condômino do imóvel). Tem-se admitido a divisão de posses, caso em que a referida exigência seria incabível.

Ressalta THEODORO JUNIOR [61], que em sendo a divisória uma ação real, necessário se faz a qualificação do cônjuge do condômino, sendo indispensável a citação do casal na petição inicial.

2.6.1.2 Citação e defesa

O procedimento da ação divisória, na primeira fase, obedece às regras prescritas pelo CPC para a ação demarcatória, inclusive quanto ao procedimento das citações que o art.968 limita-se a remeter ao art.953.

O prazo contestacional é de 20 (vinte) dias estabelecido pelo art.954. No entanto, aqui surge uma polêmica: o CPC, em seu art.954, fala em contestação. SILVA [62] esclarece que, a declaração incidental seria, em princípio, incabível.

Eventuais controvérsias que venham a se instalar a respeito da relação dominial ou condominial serão suficientes para que a respectiva sentença – nas ações demarcatórias e divisórias – produza coisa julgada material sobre tais relações.

Não se trata, pois, de verdadeiras “questões prejudiciais” a exigirem a propositura da declaratória incidental para que a coisa julgada a ela se estendesse. Quanto à possibilidade ou não de reconvenção, a doutrina majoritária [63] entende ser ela cabível.

Aspecto importante a ser salientado é que, o CPC, recomenda que se aplique à ação divisória o disposto nos artigos 953, 954 e 955 do CPC, deixando de fora, portanto, a regra contida no art.956 do mesmo diploma legal. Há portanto similitudes das ações de demarcação e divisão (primeira fase)

Contudo, as suas sentenças, diferenciam-se, pois na demarcatória, a sentença deve determinar o traçado da linha demarcanda tendo em vista o trabalho pericial já realizado. E a da ação de divisão, os trabalhos de campo somente ocorrerão com o trânsito em julgado da sentença que encerrar a primeira fase.

O contencioso, por assim dizer, da divisão termina, necessariamente, por sentença que, não sendo o caso de extinção do processo – por deficiência de pressupostos processuais ou por falta das condições da ação – terá sempre de solucionar o mérito da causa, acolhendo ou rejeitando o pedido de divisão.

Diante da aplicabilidade do art. 955 irrelevante a revelia ou falta de resposta do réu, pois a falta deles só tem o efeito processual de abreviar a solução da primeira fase, eliminando-se a audiência de instrução e julgamento por não ser o caso de produção de prova oral.

2.6.2 Segunda fase (executiva)

Na fase executiva o procedimento divisório realiza as operações técnicas e jurídicas: a cargo dos peritos e do juiz, respectivamente.

2.6.2.1 Marco inicial

O art.972 do CPC menciona que à medição nada mais é do que a operação por meio da qual o agrimensor levanta sua linha perimetral e calcula a área do imóvel.

Pelo parágrafo único do art.971, em não havendo colidência de interesses entre os condôminos na escolha de seus quinhões, nem impugnação de algum título, determinará o juiz que se proceda à imediata divisão geodésica do imóvel. Pode ocorrer, entretanto, que dois ou mais condôminos manifestem suas preferências por um mesmo quinhão, por exemplo. Nesses casos, deverá o juiz decidir segundo alguns princípios básicos do processo divisório e que estão contidas no art.978 CPC.

Havendo litígior quanto aos títulos ou quanto ao modo de serem interpretados, caberá ao juiz investigar a natureza, origem e qualidade de cada um deles para que possa compara-los entre si, atribuindo-lhes o valor que lhe parecer justo. Agravável.

Tudo obedece às regras contidas nos art.960 a 963 do CPC, mas a marcação da linha divisória não força a demarcatória, justamente porque os vizinhos não são parte no processo e assim não podem sofrer as conseqüências jurídicas de atos processuais que só interessam aos condôminos em litígio.

Cumpra lembrar que, no levantamento da linha perimétrica, o agrimensor deverá ater-se ao que ficou decidido na sentença que encerrou a primeira fase do procedimento divisório.

É importante salientar que para SILVA [64], a prescrição contida no art.970 do CPC é manifestamente incongruente, pois, segundo ele, o momento para que os condôminos exibam os seus títulos é o da contestação. Poder-se-ia imaginar que a determinação contida no art.970 fosse para resguardar aqueles casos de revelia de algum ou de todos os condôminos, fato que lhes impediu de juntar tais documentos com a defesa.

2.6.2.2 Levantamentos e benfeitorias

Está regulado no CPC [65] as eventuais repercussões causadas pelo processo divisório sobre as propriedades limítrofes. As disposições visam evitar o nascimento de uma lide paralela ao processo divisório eventualmente instaurada pelo possuidor de tais benfeitorias, pois estaria o mesmo legitimado a intervir no processo de divisão com a ação de embargos de terceiro, medidas cautelares etc.

No CPC, art. 974, diz que o confinante do imóvel dividendo poderá demandar a restituição dos terrenos que lhes foram usurpados é confirmar a regra geral de proteção ao direito de propriedade contida no art.1228 do Código Civil [66].

E se o lindeiro atingido pela processo divisório não for o proprietário? Diante do preceito do art.1228 acima comentado, a reivindicação estaria afastada, devendo o confrontante valer-se dos embargos de terceiros ou dos interditos possessórios se a ofensa viesse a juízo.

2.6.2.3 Trabalhos técnicos e o plano de divisão

O CPC nos artigos 975 a 978 tratam sobre as regras técnicas a serem observadas pelos peritos, agrimensor e arbitradores. Tudo no intuito de orientar os técnicos na elaboração de seus laudos.

Já o art.978 [67] contém matéria importante para determinar a natureza executiva do procedimento divisório.

É que cálculo correspondente a cada título a que se refere o artigo, somente deverá ser feito no momento em que os peritos passarem ao estudo do plano de divisão, após concluídos os trabalhos preliminares. Esse cálculo consiste numa das operações mais importantes no procedimento de execução do processo divisório

Daí é que tirará se houve um aumento ou uma redução das áreas correspondentes a cada título.

2.6.2.4 Manifestação das partes e a partilha

O do CPC ressalta a fase executória da ação de divisão. Principalmente o art, 979.

Depois de ouvidas as partes o juiz pronunciar-se-á sobre a partilha, nesse momento é que ele vai decidir sobre o destino de certas benfeitorias e acessões que, em não comportando divisão cômoda, deverão ser adjudicadas a um ou mais condôminos. Incluindo a situação das benfeitorias.

THEODORO JUNIOR [68], propõe que a deliberação acerca da partilha seja um despacho interlocutório, de mero expediente, não ensejando, pois, a interposição de nenhum recurso (art.504 CPC). Diz ele: “quando o juiz decide em torno de alguma dúvida suscitada pelos peritos ou em razão de alguma reclamação formulada pelas partes durante a fase executiva da divisão, o que realmente está fazendo é o ordenamento do ato processual em curso. Não há, ainda, julgamento em caráter definitivo, pois o próprio ato será submetido a um julgamento de mérito, por sentença”.

2.6.2.5 Memorial descritivo, auto de divisão, sentença homologatória da divisão e coisa julgada

Compete ao agrimensor o memorial descritivo (art.980 do CPC) e ao escrivão a lavra do auto de divisão, seguido de uma folha de pagamento para cada condômino, que deverá ser assinado pelo juiz, agrimensor e arbitradores sendo ao final, por sentença, homologada a divisão.

SILVA [69], propugna que a sentença que homologa a divisão é preponderantemente executiva, com relevante eficácia constitutiva e declaratória a ponto de produzir coisa julgada e só poder ser desconstituída por ação rescisória.

De outra banda THEODORO JUNIOR [70] diz que a sentença que homologa a divisão é, no plano essencial do procedimento divisório, de natureza constitutiva, pois faz a extinguir a comunhão, substituindo-se por uma nova situação jurídica para os ex-comunheiros. Contudo, concorda o autor com o OVÍDIO ao declarar que em sendo a homologatória uma sentença de mérito, ela faz coisa julgada material somente podendo ser desconstituída mediante ação rescisória [71].

Já PONTES DE MIRANDA [72] afirma, que se não se discutiu na fase contenciosa do procedimento divisório, por exemplo: questões dominiais; a invalidade ou validade dos títulos dos comunheiros etc., a

“eficácia da coisa julgada será somente quanto à declaração dos quinhões, e, não, sobre o direito de propriedade”.

2.6.2.6 Título e inscrição no Registro Imobiliário

Serve como título declaratório da propriedade a folha de pagamento que resultou do processo divisório. A folha juntamente com a sentença que homologou a divisão e a certidão do seu trânsito em julgado, constituem verdadeiro formal de partilha para os efeitos de transcrição no Registro Imobiliário.

CAPÍTULO III – DISPOSIÇÕES GERAIS

3.1 Custas, Despesas e Honorários Advocatícios

Em regra, as despesas com levantamento, seja na ação de divisão ou na de demarcação, devem estar incluídas no pedido e por força do art. 1320 do CC, devem ser pagas por todos os interessados.

Já os frutos e o ressarcimento dos danos somente serão devidos quando tratar-se de área comum ou quando for administrada por um só possuidor.

Quanto às custas e os honorários sucumbenciais, a doutrina tem entendido que os mesmos devam ser calculados na primeira fase da ação demarcatória ou divisória e aí, neste momento, se condenaria a parte vencida. Neste sentido, parece que a doutrina quer dizer que há condenação quando houver litígio, leia-se contestação, ou mesmo com concordância do réu.

Não é o melhor entendimento, posto que o autor pode, sequer ter contactado amigavelmente com os requeridos, o que implicaria em uma injustiça.

Portanto, entendemos que se houve litígio, aquele que se opôs à ação e foi vencido deverá arcar com as custas e despesas advocatícias, a contrario sensu cabe ao autor o pagamento da ação.

Na segunda fase, como dito anteriormente, ambos deverão arcar com as despesas de levantamento e perícia.

3.2 Natureza dúplice

Natureza dúplice da ação de demarcação e de divisão se revela quando o direito material que se faz atuar em juízo, não for privativo do autor, competindo igualmente ao réu.

Vale dizer que ambos serão sujeitos ativo e passivo numa relação circular diversa do que ocorre, por exemplo, na relação credor e devedor, onde se mira uma figura linear.

Ora, a ação simples, figura linear, o autor se apresenta como titular de um direito exclusivo contra o réu, porém quanto aos condôminos ou mesmo os confinantes, o que se vislumbra é uma reciprocidade no direito de exigir, seja a partilha (divisão) ou a demarcação.

3.3 Divisão e demarcação e terceiros interessados

O CPC não garante a qualquer um o interesse nas lides demarcatórias ou divisórias, é necessária a comprovação de que haja uma moléstia grave à posse do terceiro, portanto, a simples penetração momentânea em terrenos vizinhos, seja do perito ou do agrimensor para os atos de medição, em regra, não serão considerados como atos invasórios, vale dizer, em princípio não necessitam de autorização judicial, posto que fazem parte do ofício, da atividade pericial.

Há que se dar uma proteção especial aos confrontantes, mas a regra é de que na demarcação estes são citados e no juízo divisório, não o serão, contudo devem ser respeitados inclusive por força do disposto no art. 974 do CPC.

Os terrenos dos confrontantes que forem usurpados em virtude da divisão, poderão ser restituídos, basta que os confrontantes utilizem-se da ação de reivindicação, apresentada contra os quinhoeiros depois de transitada em julgado a sentença ou embargos de terceiro, contra os condôminos antes da sentença. Se houver confusão dos limites, deverá primeiramente se proceder à demarcatória.

Pode-se dizer que o efeito da procedência da reivindicação do confrontante está disposto no 974, parágrafo 2º.

A ação de embargos de terceiro, prevista no art. 1047, inc. I é cabível até que seja, o autor imitado na posse e para qualquer ato, inclusive os atos preparatórios, é que, desde que prejudique a posse, o embargante está legitimado a propor a ação. Tem-se admitido a suspensão da divisão enquanto não for julgado os embargos de terceiro.

A oposição, mais caracterizada de pretensão de domínio do que propriamente possessória, tal como os embargos de terceiro, tem sido aceita e deve ser proposta na primeira fase, quando se discutem as questões dominiais e outras relativas ao imóvel dividendo ou demarcando.

Quanto à nomeação à autoria, parece-nos ser possível na demarcatória, pois o autor pode pedir a citação, por exemplo, do arrendatário, ou do preposto do confinante, imaginando que ele fosse o legítimo proprietário. O mesmo pode-se dizer na divisão quando, por exemplo, figurassem como réus os prepostos dos comunheiros.

A denunciação da lide também é viável principalmente em casos de evicção e deverá ser utilizada na fase contenciosa das lides.

Por fim, tanto a assistência simples entre, por exemplo o promitente comprador e o promitente devedor em um imóvel a ser dividido, bem como a assistência litisconsorcial é admissível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim e ao cabo resta salientar que ao operador do direito é fundamental o assessoramento junto à profissional (assistente) técnico especializado.

É que tanto o procedimento demarcatório, quanto o divisório acabam se fixando, nos termos do próprio CPC, por um número infindável de procedimentos, aos quais a grande maioria, sejam magistrados ou advogados desconhece.

Não se pode olvidar que estas duas ações, ditas reais imobiliárias, uma no que afeta o direito de vizinhança e outra a questão condominial avultam-se na jurisprudência pátria.

Por certo a “avalanche” de ações divisórias e demarcatórias que “invadem” os nossos Tribunais, conforme demonstrado no presente trabalho, estão cada vez mais ligadas a questão patrimonial, ou por assim dizer, vinculadas a crise patrimonial que paira sobre a sociedade brasileira.

BIBLIOGRAFIA

CRUZ, Alcides. Demarcação e divisão de terras. Coleção AJURIS/13. Porto Alegre: AJURIS, 1979.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comentários ao Código de Processo Civil. v. VIII. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MANZO, Airos F.. Divisão, demarcação e tapumes. Campinas: Agá Juris, 1998.

MARCATO, Antônio Carlos. Procedimentos especiais. 2 ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MARTINS-COSTA, Judith. A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

MORAES E BARROS, Hamilton de. Comentários ao Código de Processo Civil. 1.ed. v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

NERY JR., Nelson. Código de Processo Civil Comentado. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1977.v.13.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Comentários ao Código de Processo Civil. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. Manual de Direito Processual Civil. v. 3. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, Clóvis Couto e. Comentários ao Código de Processo Civil . v. XI. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SILVA, Ovídio A Baptista da. Comentários ao Código de Processo Civil, v.13: dos procedimentos especiais, arts.890 a 981. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Curso de Processo Civil. v.2. 5 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Código de Processo Civil Comentado. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Terras particulares. Demarcação, Divisão, Tapumes. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, Direitos Reais. v.4. São Paulo: Atlas, 2001.

[1]Esta era a doutrina sustentada por FRANCISCO MORATO (Da prescrição nas ações divisórias. 2 ed. 1944) e HUMBERTO THEODORO JUNIOR (Terras particulares – demarcação, divisão e tapumes. 2 ed. 1986). Em sentido contrário: PONTES DE MIRANDA (Comentários... Vol. XIII, p.395) e ALCIDEZ CRUZ (Demarcação e divisão de terras. Ajuris, 1979,p.14).

(2) No mesmo sentido: OVÍDIO A BAPTISTA DA SILVA (Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. 13, ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 396.

[2] No mesmo sentido: OVÍDIO A BAPTISTA DA SILVA (Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. 13, ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 396.

[3] Teixeira, Sálvio de Figueiredo. Código de Processo Civil comentado.p.663.

[4] Art.1297, “caput”: “O proprietário tem o direito a cercar, murar, valar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural, e pode constranger o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas”.

[5] Art.569: “Todo proprietário pode obrigar o seu confinante a promover com ele à demarcação entre dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas”

[6] Art.946, I do CPC: “Cabe a ação de demarcação ao proprietário para obrigar o seu confinante a estrear os respectivos prédios, fixando-senovos limites entre eles ou aviventando-se os já apagados”.

[7] Silva, Ovídio A B. da. Curso de Processo Civil. v.2. p.309.

[8] ob. cit, p.397

[9] 1ª C. TJSP Apel. 22.478-4. Des. Rel. Guimarães e Souza. 27.01.98.

[10] Comentários ao CPC, vol XIII, p.

[11] 7a CC do TJSP. Apel. 205.860-1. Des. Rel. Campos de Melo. 06.04.94.

[12] NERY JR., Nelson. Código de Processo Civil Comentado. p . 1155.

[13] ob. cit., p. 193

[14] TJPR – Apelação Cível nº 6806 – 3ª Câmara Cível – Relator: Des. Renato Pedroso, julgado em 24.04.1990

[15] TJRS- Apelação Cível nº 70000392811 – 2ª Câmara Especial Cível - Relator: Des. Jorge Luis Dall'agnol, julgado em 26.10.2000

[16] “Demarca-se o que não tem divisas, ou aquilo cujas divisas estão desaparecidas. Quando as divisas existem, ainda que em desconformidade com os títulos, a ação é a reivindicatória” (TJSC, RT 476:203). “A ação demarcatória não é apropriada para dirimir dúvidas sobre divisas previamente traçadas e visivelmente existentes no terreno, ainda que fixadas erroneamente ou de má-fé, porque se destina, precipuamente, à fixação de rumos inexistentes ou à aviventação dos existentes”. (TJSC, RT 467:185).

[17] TJPR – Apelação Cível nº 5476 – 4ª Câmara Cível – Rel. Des. Wilson Reback., julgado em 03.05.89.

[18] TJRS - Apelação Cível nº 70000343228 – 18ª Câmara Cível - Relator: Des. Wilson Carlos Rodycz, julgado em 29/06/00.

[19] TJRS- Apelação Cível nº 598069011 – 6ª Câmara Cível - Relator: Des. Osvaldo Stefanello, julgado em 01/09/99.

[20] ob.cit,p. 192. No mesmo sentido: TJRS- AC nº 30.785. “A circunstância de haver sido terminada a construção do prédio, alegadamente com invasão de terreno contíguo, não obsta a que o proprietário deste promova a ação demarcatória cumulada com o pedido de restituição da área invadida”.

[21] 4a CC. do TJSP. Apel. 59.938-1. Des. Rel. Ney Almada. 16.05.85.

[22] Ob.cit. p. 309

[23] ob. cit, p. 197/198

[24] TJRS- Apelação cível nº 70000569855 – 1ª Câmara Especial Cível - Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz, julgado em 21.12.2000

[25] Correspondente ao art.570 do Código Civil de 1916.

[26] in: Direito Civil: Direitos Reais, vol. IV, ed. Atlas, 2001, p. 294.

[27] Recurso Extraordinário nº 74.919

[28] 7ª CC do TJSP. Apel. 205.860-1. Des. Rel. Campos de Melo. 06.04.94.

[29] TJRS- Apelação Cível nº 599073384 – 18ª Câmara Cível - Rrelator: Des. Wilson Carlos Rodycz, julgado em 16.03.2000

[30] op.cit. p. 1156.

[31] ob.cit, p.416/417

[32] TJRS - Agravo de instrumento nº 70001651249 – 19ª Câmara Cível - Relator: Des. Luís Augusto Coelho Braga, julgado em 12.06.01

[33] TJPR- Apelação Cível nº 5.978 – 2ª Câmara Cível- Relator: Des. Sydney Zappa, julgado em 08.12.1988

[34]) ob.cit, p. 417

[35] ob.cit, p.223

[36] 2a CC do TJSP. Al. 96.166-1. Des. Rel. Walter Moraes. 15.03.88.

[37] TJPR- Apelação Cível nº 5.978 – 2ª Câmara Cível- Relator: Des. Sydney Zappa, julgado em 08.12.1988

[38] 1a CC do TJSP. Apel. 118.599-1. Des. Rel. Luiz de Azevedo. 20.03.90.

[39] ob.cit.,p. 436

[40] ob.cit.p. 220

[41] PONTES DE MIRANDA. ob.cit, p.451

[42] OVÍDIO A B DA SILVA. ob.cit., p.438

[43] Segundo o magistério de OVÍDIO A B DA SILVA, a sentença definitiva a que se refere o art.956 – ao contrário do que a muitos pode parecer – é sentença de mérito que não encerra o processo. Portanto, a execução que vai a seguir não é uma “outra ação”, caso a demanda fosse condenatória. Isso porque, a ação de demarcação é tipicamente executiva, com eficácias declaratória e constitutiva de menor intensidade

[44] ob. cit., p. 176

[45] ob.cit., p.442 e 443.

[46] O agrimensor somente poderá ser escolhido entre pessoas legalmente habilitadas para o exercício da profissão, cf. registro no CREA – Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura-, e, não, no CRA – Conselho Regional de Administração

[47] No mesmo sentido: PONTES DE MIRANDA, in: (Comentários...p.458) e OVIDIO A B DA SILVA, ob.cit.,p. 440.

[48] cf. OVIDIO A B DA SILVA. ob. cit..p. 443.

[49] Nestes casos, não há a segunda fase do procedimento.demarcatório.

[50] Não se imagine, porém, que a sentença definitiva prevista no art 956 seja meramente declaratória, como o seriam as ações e sentenças previstas no art.4º do CPC, nas quais as demais eficácias muitas vezes inexistem ou são, por vezes, imperceptíveis. A sentença do art.956, além da eficácia declaratória possui a chamada eficácia executória diferida, capaz de ensejar o procedimento subsequente de execução do julgado na mesma relação processual. (cf. OVIDIO A B DA SILVA. ob.cit.,p..449).

[51])cf. THEDORO JUNIOR. ob.cit.. p. 295 e OVIDIO A B DA SILVA. ob.cit,p. 448.

[52] 3a CC do TJSP. AI. 236.494-1. Des. Rel. Eduardo Braga. 08.11.94.

[53] ver nota de rodapé n.44

[54] Embora seja uma sentença homologatória, não é, contudo, meramente homologatória para os fins do art.486 do CPC, já que, como se disse, importou solução de mérito para o processo. O que o juiz homologa na demarcação não é ato convencional das partes, mas, sim, o trabalho técnico realizado e concretizado segundo atos decisórios do próprio julgador.

[55] correspondente no Código Civil de 1916: art.629.

[56] TJRS- Apelação Cível nº 597227727 – 6ª Câmara Cível - Relator: Des. João Pedro Pires Freire, julgado em 10/02/99

[57] TJRS- Apelação Cível nº 598450989 – 17ª Câmara Cível – Relator: Des. Wellington Pacheco de Barros, julgado em 07/06/01

[58] Assim sendo, um usufrutuário, por exemplo, tem legitimidade para postular a divisão do imóvel usufruído, desde que o faça perante outro co-usufrutuário.

[59] 2a CC do TJSP. EI. 231.576-1. Des. Rel. J. Roberto Bedran. 18.06.96.

[60] ob. cit.,p. 480

[61] ob.cit., p. 232

[62] ob.cit.,p. 457

[63] Hamilton de Moraes e Barros, Pontes de Miranda e Ernane Fidélis dos Santos.

[64] ob. cit.p., 462

[65] arts.973 e 974

[66] Art.1228 : “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

[67] Art.978 CPC. Em seguida os arbitradores e o agrimensor proporão, em laudo fundamentado, a forma da divisão, devendo consultar, quanto possível, a comodidade das partes, respeitar, para adjudicação a cada condômino, a preferência dos terrenos contíguos às suas residências e benfeitorias e evitar o retalhamento dos quinhões em glebas separadas.

§1º: O cálculo será precedido do histórico das diversas transmissões efetuadas a partir do ato ou fato gerador da comunhão, atualizando-se os valores primitivos

[68] ob.cit.p., 440. No mesmo sentido, PONTES DE MIRANDA: “nenhum dos despachos e assinaturas que se passam durante as operações é suscetível de recurso”.

[69] ob.cit.p., 479

[70] ob.cit.p., 451

[71] ob.cit.p,451

[72] ob.cit.p. 506

Tex.pro - Páginas de Direito

Comentários dos visitantes

De: Idolo Guastaldi JUnior

Prezado senhor

Ao longo de mais de vinte e cinco anos de avaliações e perícias de engenharia legal, encontramos ainda hoje colegas que desconhecem o procedimento e a função do agrimensor e arbitradores na ação demarcatória, sabedouro de que V. Sra. é um grande estudioso da matéria, com uma pagina na internet de relevante importância, gostaria imensamente, aproveitando esse espaço, que fosse elaborado um relatório de procedimento, detalhando a função de cada profissional.

Parabéns pelo excelente trabalho disponibilizado

Atenciosamente

Em 26.11.05

De: Fátima Maria José Boava

Este excelente trabalho se constitui num roteiro de inegável importância para advogados,juízes, promotores de justiça, administradores, peritos judiciais, serventuários, síndicos, comissários, árbitros e sobretudo para os estudantes de direito, que nele encontram o indicativo certo para seus estudos e aprendizado, nessa área do direito.

Em 21.06.06

De: ANTONIO J. H. SIQUEIRA

Quero parabenizar o autor pelo excelente trabalho. Pela clareza e profundidade, serve como guia mestra tanto para aqueles que se iniciam no Direito, como para os profissionais que militam há anos.

Em 16.08.06