

TEORIA GERAL DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

IRACI DE OLIVEIRA KISZKA¹
SANDRÉA ALVES ABBAS²

RESUMO

Este trabalho buscou na medida do possível analisar os procedimentos especiais, tendo em vista as inovações do direito processual civil moderno. Conseqüente, procuramos efetuar esta análise através de pesquisa na doutrina, na legislação aplicável, bem como entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores. Desta forma, procuramos focalizar um olhar dos procedimentos especiais, sem perder de vista o anteprojeto do novo Código de Processo Civil que está tramitando no Congresso Nacional.

Palavras-chave: teoria geral dos procedimentos especiais; procedimentos especiais de jurisdição contenciosa; procedimentos especiais de jurisdição voluntária; espécies de procedimento.

¹ Procuradora do Município de Diadema, Especialista em Direito Tributário pelo Centro de Extensão Universitária – CEU, membro do IBDT – Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

² Procuradora do Município de Diadema, Especialista em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura de São Paulo.

SUMÁRIO

1 – DA TEORIA GERAL DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS.....	3
2 – PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE JURISDIÇÃO CONTENCIOSA	4
3 – PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA.....	22
4 – OS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS SEGUNDO O ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	29
5 – CONCLUSÃO.....	30
6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	32

1 – DA TEORIA GERAL DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

Segundo o ordenamento jurídico atual os procedimentos especiais podem ser de jurisdição contenciosa e de jurisdição voluntária. Os procedimentos especiais no Livro IV, do Código de Processo Civil, são os de jurisdição contenciosa, que estão previstos no Capítulo I a XV, do Livro IV, e os de jurisdição voluntária, que estão previstos no Capítulo II a XI, do Livro IV.

Consequente, havendo previsão de procedimento especial, no Código de Processo Civil ou lei extravagante, deverá a ação ser ajuizada e tramitar em observância ao respectivo procedimento. Assim, não havendo a hipótese de procedimento especial, por exclusão, a regra será o ajuizamento da ação pelo procedimento comum.

Para alguns autores, a importância dos procedimentos especiais deve-se ao fato das regras processuais guardarem simetria com as regras de direito material, caso em que os direitos materiais devem comportar uma dimensão processual adequada a garantir sua eficácia.

Isto porque, a existência de um direito material implica automática correlação a um procedimento adequado, sob pena do direito material previsto abstratamente, não ser realizável concretamente.

Por outro lado, o sistema prevê expressa e textualmente um modelo procedimental atípico ou flexível, como se sucede na hipótese do art. 461, do Código de Processo Civil.

No procedimento especial há possibilidade de concessão de liminar nos termos do art. 273, aplicando-se os poderes de execução do juiz ou ainda a incidência do art. 461 no procedimento especial do mandado de segurança.

2 – PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE JURISDIÇÃO CONTENCIOSA

Ação de consignação em pagamento

A ação de consignação em pagamento tem por fim obter a liberação do devedor e pode ter como objeto bens móveis (fungíveis ou infungíveis), semoventes e imóveis.

Na consignação, o essencial é que a liberação do devedor dependa de uma atividade do credor (quitação, aceitação do bem). Assim, não é possível consignação em se tratando de obrigação negativa, pois nesta não se exige qualquer participação do credor (basta mera abstenção do devedor).

Por outro lado, a consignação não é caminho para discussão da *causa debendi* (apesar de haver mitigação a este entendimento, conforme decisão do STJ: AgRg no Ag. 619154/RJ).

Consequente, hoje é possível discutir em sede de consignatória questões relativas ao expurgo de excesso, tais como: juros moratórios, compensatórios, usurários, anatocismo, cláusula penal abusiva, dentre outras, caso em que acolhido poderá haver compensação da verba de sucumbência (art. 21, do Código de Processo Civil e Súmula 306³, do STJ).

Trata-se de ação em que o devedor quer cumprir com a obrigação mediante o depósito integral da quantia ou o depósito da coisa.

São requisitos específicos da consignação: *mora accipiens* (recusa injustificada do credor, art. 335, I a III, do Código Civil, quebra do dever de cooperação, não obediência do credor ao modo ou local para cumprimento da obrigação, ou ainda no caso do credor estar ausente, residir em lugar incerto ou se tornar incapaz) e *incognitio* (dúvida objetiva sobre quem seja o credor, art. 335, IV e V, do Código Civil).

É possível a consignação extrajudicial em pagamento, nos termos do art. 890, §1º, do Código de Processo Civil, o qual será feita em estabelecimento bancário oficial (Resolução 2.814/2001 do Banco Central).

Assim, caso haja recusa do credor, o devedor poderá ingressar com a ação de consignação judicial no prazo de 30 dias, aproveitando o depósito já integralizado, que elidirá a mora (não responde por juros ou correção).

Na ação de consignação judicial há estabilização da coisa julgada e exoneração do devedor em se tratando de dúvida objetiva sobre a titularidade do crédito, bem como há possibilidade de concessão de tutela antecipada.

³ Súmula 306: Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.

A consignação, com efeito de pagamento, poderá ser efetuada pelo devedor ou por terceiro (art. 304, *caput*, do Código Civil), entretanto, em relação a este, somente se não houver oposição do devedor.

Isto porque, se o devedor comprovar que tinha meios para efetuar sua defesa e que o pagamento tenha ocorrido à sua revelia, não estará obrigado ao ressarcimento do terceiro (art. 306, do Código Civil).

Por outro lado, para preenchimento do requisito interesse de agir é necessário que a obrigação seja vencida, líquida e certa.

Segundo art. 899, do Código de Processo Civil há possibilidade de complementação do valor depositado em consignação.

São requisitos da petição inicial da ação de consignação: requisitos previstos no art. 282, do Código de Processo Civil, requerimento de depósito da quantia ou da coisa (art. 893, I), que deverá ser feito em até 5 dias, e de citação do réu para levantamento do depósito ou contestação (art. 893, II).

O credor pode fazer o levantamento da quantia ou da coisa, depositada judicialmente, a qualquer momento.

Há possibilidade de consignação de prestações periódicas, art. 892, do Código de Processo Civil, caso em que o depósito contínuo independe de novo deferimento, após a efetivação do primeiro depósito.

O réu deverá oferecer resposta no prazo de 15 dias (contestação, exceção ou reconvenção - Súmula 258⁴, do STF), caso em que assumirá caráter ordinário quanto ao procedimento.

A ação de consignação tem caráter dúplice: é declaratória, mas admite uma eficácia condenatória residual na hipótese de incidência do art. 899, *caput*, do Código de Processo Civil. Assim, é possível o pedido contraposto, a fim de que o credor obtenha a satisfação integral da dívida.

Consequente, trata-se da aplicação do princípio da efetividade processual, caso em que se o réu alegar que o depósito não é integral, o autor terá o prazo de 10 dias para completá-lo. Não efetivada a complementação, o réu poderá levantar a parte incontroversa da demanda e o juiz constituirá título executivo judicial, mediante sentença, que permitirá a execução da quantia faltante nos termos do art. 475-J e seguintes, do Código de Processo Civil.

⁴ Súmula 258: É ADMISSÍVEL RECONVENÇÃO EM AÇÃO DECLARATÓRIA.

Ação de depósito

Ação de depósito é aquela que tem por fim exigir a restituição da coisa depositada, nos termos do art. 901, do Código de Processo Civil. Assim, o contrato de depósito é essencial ao nascimento da pretensão à restituição.

O encargo de depositário judicial decorre de expressa vontade do depositário, nos termos da Súmula 204, do STJ. Consequente, a prova literal do depósito é requisito da petição inicial (art. 902), não exige a propriedade, mas tão somente a posse (art. 1.197, do Código Civil).

A ação de depósito é um modo de concessão de tutela específica e tem eficácia preponderantemente executiva (garantir a restituição do bem depositado). O depositante requer a devolução do bem, restituir coisa certa. Desta forma, somente quando o depositário não tiver a possibilidade de devolver o bem, que a solução da relação jurídica se dará pelo depósito do equivalente monetário.

Assim, apresentada a defesa do réu, o procedimento seguirá o rito ordinário (art. 903). Consequente, pode ser designada audiência de conciliação, oitiva de testemunhas e julgamento antecipado do feito (matéria unicamente de direito, art. 330, I, do Código de Processo Civil).

A possibilidade de prisão⁵ está prevista no art. 902, §1º c.c. art. 904, parágrafo único, ambos, do Código de Processo Civil. Entretanto, esta prisão não tem sido admitida em nosso ordenamento jurídico, em decorrência do Pacto de São José da Costa Rica, firmado pelo Brasil, Decreto 678/92, e possuindo caráter constitucional, pois disciplina garantia de direitos fundamentais individuais (o STF já decidiu no sentido da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, inclusive editou a Súmula Vinculante n. 25⁶).

Ação de anulação e substituição de títulos ao portador

O art. 907 a 913, do Código de Processo Civil, prevê instrumento processual para a defesa da posse e propriedade dos títulos ao portador que foram alvo de desapossamento indevido e obter a sua substituição em caso de perda, extravio ou, quando o desapossamento não permita a recuperação física da cártula (reivindicação e/ou substituição).

Na reivindicação todas as formas de defesa são admitidas. A especialidade do rito impede a reconvenção, mas o detentor da cártula poderá se valer da denúncia da lide para

⁵ Nos termos do art. 201, da LEP, o cumprimento da prisão civil se efetivará separado dos condenados à penas privativa de liberdade. Obs.: cabe *habeas corpus* cível para afastar o decreto de prisão.

⁶ Súmula Vinculante 25: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

chamar o alienante dos títulos, que tem o dever de garantir a licitude da operação.

Consequente, exige-se a juntada dos títulos em juízo para que a contestação possa ser conhecida, para evitar a sua circulação, caso em que com a apresentação da contestação o rito seguirá a modalidade ordinária, caso contrário poderá haver o julgamento antecipado (art. 330, II, do Código de Processo Civil).

A sentença será de natureza constitutiva negativa, pois tornará caduco o título reclamado e ordenará ao devedor (que não é parte, mas terceiro que tem participação especial, art. 14, do Código de Processo Civil) que lave outro em substituição, emite novo título, dentro do prazo que a sentença lhe assinar (é possível aplicar o art. 466-A).

Ação de prestação de contas

A ação de prestação de contas está regulada no art. 914 ao 918, do Código de Processo Civil, e tem por objetivo eliminar a incerteza entre as partes propiciando a confrontação das contas.

São situações que obrigam à prestação de contas: o inventariante quanto às contas pela administração do espólio, o advogado em relação às despesas para a condução do processo e os pais em relação à administração dos bens pertencentes aos filhos menores.

A parte contrária terá que apresentar as contas, sob pena de aceitar aquela apresentada pelo interessado (art. 915, §3º, do Código de Processo Civil).

Esta ação tem caráter dúplice, natureza mandamental quanto ao ato de prestar e condenatória quando forma o título executivo pelo saldo pendente em favor do autor ou do réu (art. 918). Assim, ambas as partes podem exercer pretensão (art. 914, I e II), não há necessidade de oferecimento de reconvenção, apenas pedido contraposto, sob pena de preclusão.

Art. 914, II, do Código de Processo Civil, legitima o titular da obrigação de prestar as contas (busca a exoneração do vínculo jurídico através da prestação das contas).

O art. 917, do Código de Processo Civil, prevê a necessidade de instruir a peculiaridade da petição inicial com documentos e com a apresentação analítica e detalhada das contas.

São possíveis atitudes do réu: apresentação das contas (prazo de 5 dias, anuir e apresentar as contas na forma mercantil, a sentença julgará as contas e realizará a apuração de haveres), apresentação de contas e de contestação (instrução do feito e análise das contas apresentadas) ou contestação (prazo de 5 dias, se procedente, o réu terá 48 horas para realizar o cumprimento de sentença, sentença mandamental com caráter cominatório).

Na segunda fase do procedimento da ação de prestação de contas a sentença tem natureza condenatória, cuja força é suficiente para formar o título executivo judicial (art. 918), caso exista apuração de saldo em haver.

A sentença terá eficácia declaratória em caso de improcedência da ação de prestação de contas ou se apure em segunda fase a inexistência de qualquer saldo remanescente. No silêncio do réu, devedor, caberá o credor a obrigação de apresentar as contas.

Ações possessórias

As ações possessórias têm por objeto a defesa da posse dos bens móveis, semoventes e imóveis (corpóreos ou semicorpóreos, direito autoral não pode ser objeto de possessória⁷). São três as ações possessórias típicas: interdito proibitório, ação de manutenção de posse e ação de reintegração de posse (causa de pedir: *ius possessionis*, a visibilidade do domínio⁸ - teoria de Ihering).

A sentença na ação de manutenção de posse e no interdito proibitório tem natureza mandamental, e na ação de reintegração de posse tem eficácia executiva *lato sensu*.

Nos termos do art. 920, do Código de Processo Civil, é possível a aplicação do princípio da fungibilidade nas ações possessórias.

Consequente, há possibilidade de cumulação de pedidos no juízo possessório: condenação em perdas e danos, cominação de pena para caso de nova turbação ou esbulho e/ou desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse (art. 921).

Segundo art. 928, do Código de Processo Civil, é possível a concessão de liminar (que pode ser precedida de audiência de justificação da posse⁹), tutela de urgência, no campo possessório, desde que preenchido os requisitos (art. 927¹⁰).

O requisito da prova da data da turbação ou do esbulho se mostra necessário para demonstrar se a posse é nova (menos de um ano e um dia) ou velha (mais de um ano e um dia), se nova é possível a concessão de tutela nos termos do art. 927, se velha é possível a concessão com base no art. 273.

⁷ Súmula 228, do STJ: “é inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral”.

⁸ Savigny distingue a posse da detenção, esta seria a presença solitária do *corpus* sem a existência do *animus* de possuir, mas apenas conservar e guardar a coisa para o prossuidor/proprietário.

⁹ Nos termos do parágrafo único, do art. 928, é necessária audiência dos representantes judiciais das pessoas jurídicas de direito público para concessão da liminar.

¹⁰ Art. 927. Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

É lícito ao réu ao efetuar sua defesa apresentar pedido contraposto, caso em que poderá invocar a usucapião (Súmula 237¹¹, do STF), caso em que ganhará ação quem comprovar melhor posse: *possessio ad interdicta* e *possessio ad usucapionem*.

Na segunda fase do procedimento, converte-se o procedimento para o rito ordinário.

A ação possessória de bem móvel foi retirada do rito sumário pela Lei 9.245/95, mas a Lei 9099/95, art. 3º, IV, previu a possibilidade de demanda possessória pelo rito sumaríssimo, perante o juizado especial cível.

Desta forma, se houver eficácia condenatória na sentença que julgar a ação possessória (fixação de verbas de sucumbência, acolhimento de pedido cumulado de perdas e danos, em caso de destruição ou inutilização a apuração será nos termos do art. 952) haverá fase de cumprimento de sentença, com aplicação do art. 475-J, do Código de Processo Civil.

Ação de nunciação de obra nova

Ação de nunciação de obra nova visa à defesa do direito de propriedade, impedindo que terceiro prejudique a propriedade vicinal ou infrinja limitações administrativas ao direito de propriedade através da construção de obra nova.

Consequente, não se trata de ação possessória, pois a legitimidade conferida ao possuidor é residual e acidental (art. 934, I¹²) e a causa de pedir remota tem fundamento na defesa da propriedade.

Por outro lado, também é possível a expansão da legitimidade *ad causam* da ação de nunciação ao Município (art. 934, III) para coibir construções que violem o plano diretor da cidade e comprometam o crescimento organizado dela (art. 1.228, §1º, c.c. art. 1º, VI, da Lei 7.347/85), ou ainda para defender o respeito à limitação administrativa ou à servidão administrativa.

O STJ reconhece a fungibilidade entre a ação de nunciação e a de demolição, mas não da demolição em relação aquela, uma vez que o pedido de demolição está inserido no pedido da nunciação (art. 936, I).

Há possibilidade de concessão de liminar no embargo de obra nova (com ou sem justificativa prévia), o qual visa a paralisação da obra, para posterior reposição da situação anterior.

¹¹ Súmula 237: O USUCAPIÃO PODE SER ARGÜÍDO EM DEFESA.

¹² Pode exercer a pretensão de nunciação o locatário, o arrendatário, o usufrutuário (art. 1.197, do Código Civil), não tem legitimidade o detentor.

Concedida a liminar, o réu será citado para contestar o pedido no prazo de 5 dias, não há conversão do rito ao procedimento ordinário após a fase liminar, como ocorre nas ações possessórias (art. 939 determina a aplicação do art. 803, rito cautelar).

O réu pode prestar caução, medida de contracautela no processo de nunciação, quando demonstrar *periculum in mora in rem verso*, paralização extremamente prejudicial ao requerido ou poderá gerar deterioração e maior perigo ao prédio vizinho.

A sentença na nunciação tem eficácia executiva quando procedente o pedido repristinatório, sendo que a eficácia mandamental se manifesta pela ordem judicial emitida com a sentença que pode fixar multa-diária para forçar o réu ao cumprimento da sentença.

A eficácia condenatória se verifica quando há fixação de indenização pelo montante integral sobre a área invadida e perdida, o que comporta o cumprimento de sentença pelo art. 475-J e ss., do Código de Processo Civil.

1. Ação de usucapião

A ação de usucapião tem por objeto promover a transformação de uma situação fática ao conferir o título dominial ao possuidor, que é modo de aquisição originária da propriedade¹³, trata-se de prescrição aquisitiva, que se exige dois elementos: tempo e posse.

Esta ação será o caminho hábil para o reconhecimento dos direitos reais que se consolidem pela posse (servidão, superfície, usufruto, servidão de passagem¹⁴, etc).

A sentença na ação de usucapião tem natureza preponderantemente declaratória, confere certeza a seu titular, mediante a constituição de uma nova matrícula (pequena carga constitutiva da sentença), com eventual condenação daqueles que ocuparam o pólo passivo e se opuseram ao pedido inicial.

Os bens públicos estão protegidos contra a prescrição aquisitiva pelo texto constitucional (art. 183, §3º e art. 191, parágrafo único) e legal (art. 102, do Código Civil), bem como entendimento do STF, Súmula 340.

A legitimidade ativa para ingressar com o pedido será do possuidor, aquele que tem a posse efetiva do bem, que terá o direito de crescer, somar as posses quando tenha realizado uma aquisição derivada por ato oneroso ou gratuito. Pode haver aquisição da posse por sucessão (art. 1.207, do Código Civil).

O pedido poderá ser realizado por mais de um possuidor, em regime de composes,

¹³ Não há pagamento de imposto de transmissão (STF: RE 94580).

¹⁴ Súmula 414, do STF: SERVIDÃO DE TRÂNSITO NÃO TITULADA, MAS TORNADA PERMANENTE, SOBRETUDO PELA NATUREZA DAS OBRAS REALIZADAS, CONSIDERA-SE APARENTE, CONFERINDO DIREITO À PROTEÇÃO POSSESSÓRIA.

o que qualifica o pedido de usucapião coletiva, caso em que deve haver a citação de ambos os cônjuges, sob pena de nulidade do processo.

São requisitos da petição inicial aqueles comuns (art. 282), apresentação de memorial descritivo¹⁵ (peça técnica, subscrita por profissional habilitado) e planta do imóvel em se tratando de usucapião de bens imóveis, para identificar com precisão a posse alegada (art. 959), a jurisprudência tem admitido a apresentação de croqui em substituição ao memorial.

Na ação de usucapião para a constituição da nova matrícula exige-se a manifestação dos possíveis afetados pela sentença, caso em que há necessidade de citação¹⁶ dos confinantes para ingressarem no pólo passivo, litisconsórcio necessário-simples.

O art. 942, do Código de Processo Civil, exige a citação, preferencialmente por oficial de justiça, daquele que esteja constando como proprietário do imóvel ou o possuidor¹⁷ fático.

Segundo art. 943, do Código de Processo Civil, deverão ser intimados, por via postal, os representantes da Fazenda Pública da União¹⁸, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, para que manifestem interesse na causa, o silêncio demonstrará tacitamente o desinteresse na causa. A inexistência de matrícula de imóvel não gera presunção da propriedade em favor da fazenda pública, pois mesmo as terras devolutas necessitam de registro e o ônus da prova recai sobre a Fazenda.

Há possibilidade de citação dos terceiros interessados e dos réus por edital, caso estejam em lugar incerto, nos termos do art. 942, parte final (possibilidade de um único edital).

Nos termos do art. 944 a intervenção do Ministério Público é obrigatória em todos os atos do processo, participação como *custos legis* (apenas em relação à usucapião de bem imóvel, pois a usucapião de bens móveis não está submetida ao rito especial).

A sentença no processo de usucapião é de natureza declaratória (aquisição originária), o magistrado apenas reconhece uma situação preexistente.

¹⁵ Descrição concernente aos limites, dimensões e marcos de confrontação do imóvel.

¹⁶ Deve ser pessoal, nos termos da Súmula 391, do STF: O CONFINANTE CERTO DEVE SER CITADO, PESSOALMENTE, PARA A AÇÃO DE USUCAPIÃO.

¹⁷ Súmula 263, do STF: O POSSUIDOR DEVE SER CITADO PESSOALMENTE PARA A AÇÃO DE USUCAPIÃO.

¹⁸ A contestação da União Federal poderá importar no deslocamento da competência para Justiça Federal (art. 109, da Constituição e Súmula 150, do STJ). Não haverá deslocamento da competência em se tratando de usucapião especial, nos termos da Súmula 11, do STJ.

Ação de divisão e demarcação de terras particulares

A ação de demarcação¹⁹ tem como objetivo aviventar os marcos divisórios entre prédios vizinhos, já a ação de divisão²⁰ tem por fim delimitar a separação de prédios distintos (partilha de coisa comum).

Segundo art. 947 é possível a cumulação destas ações, caso em que deverá processar-se primeiramente a demarcação total ou parcial da coisa comum, citando-se os confinantes e condôminos. Assim, a divisão da *res* é condição de procedibilidade específica, uma vez que o imóvel não permite o destacamento das partes ideais constantes da matrícula²¹.

A competência para julgamento desta ação, nos termos do art. 95, do Código de Processo Civil, é o da situação da coisa, caso o imóvel se estenda por mais de uma comarca, aplicará a regra da prevenção prevista no art. 107, do Código de Processo Civil.

O processo se desenvolve em duas fases, na primeira serão resolvidas as questões relativas à necessidade de demarcação e divisão, caso em que admite pedido contraposto. Os confinantes e os condôminos serão citados no mesmo procedimento (citação única, apesar da cumulação), os objetos litigiosos são diversos. Assim, após a definição quanto aos rumos e linhas divisórias, os confiantes são considerados terceiros em relação à ação divisória, poderão se utilizar de embargos de terceiro como meio de afastar eventual usurpação dos limites.

Assim, a sentença agregará a eficácia executiva *lato sensu* e eficácia declaratória dos limites do domínio.

Na segunda fase, em que se realiza a execução da sentença (conformação do título dominial), prepondera a eficácia declaratória e a eficácia executiva (ocorre a divisão entre os imóveis).

Inventário e arrolamento

A ação de inventário visa reorganizar o patrimônio que é transmitido aos herdeiros, existência de ativos que pertenciam ao *de cujos* e agora pertencem aos herdeiros, o procedimento é aberto para descrever os bens e formular pedido de adjudicação.

¹⁹ Não havendo dúvida sobre o marco divisório, a ação demarcatória será inviável, por impossibilidade jurídica do pedido.

²⁰ Depende do estado de co-propriedade, a indivisão é essencial para demonstração de interesse e da possibilidade jurídica.

²¹ Neste caso, seria cabível a adoção do procedimento de alienação de coisa comum, nos termos art. 1.112, IV e V, do Código de Processo Civil.

Há possibilidade de incidência de inventário extrajudicial, quando todos os herdeiros maiores e capazes não demonstrarem qualquer discordância quanto aos termos da partilha (Lei 11.441/2007, bem como resolução 35, do CNJ).

O inventário é dispensável em se tratando de um único herdeiro (art. 1.031, §1º, do Código de Processo Civil) ou se o autor da herança tiver realizado a partilha dos bens em vida (é marcada pela instituição do usufruto sobre os bens).

Há possibilidade de partilha amigável, nos termos do art. 1.031, *caput*, do Código de Processo Civil.

O inventário negativo tem por finalidade comprovar a existência de patrimônio transmitido pelo *de cujos*.

Ação de sobrepilha é aquela utilizada pelos herdeiros quando for descoberta a existência de outros bens pertencentes do *de cujos* e que não foram alvo de partilha.

A ação de sonegados é aquela que visa à partilha de bens que não foram colacionados, que são de conhecimento do inventariante ou de algum herdeiro e que foi sonegado com intuito de enriquecimento ilícito, ou ainda que tenha obtido uma antecipação de legítima ou que esteja usufruindo o bem que deveria ter sido colacionado.

Segundo a resolução 35, do CNJ, é facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial, podendo ser solicitada a qualquer momento a desistência da via judicial para promoção da via extrajudicial.

O procedimento de inventário pode ser iniciado por quem estiver na posse e administração do espólio (art. 987), por qualquer um dos legitimados concorrentes (art. 988²²) ou pelo juiz (art. 989, impulso inicial, não tem legitimidade para conduzir a ação de inventário).

Determinada a abertura do inventário, o juiz nomeará o inventariante, o qual será responsável pela representação ativa e passiva do espólio (art. 12, V), bem como pela sua administração (art. 992).

O inventariante deverá apresentar as primeiras declarações (prazo de 20 dias), após a sua nomeação formal, bem como realizar a descrição minuciosa de todo patrimônio do

²² Art. 988. Tem, contudo, legitimidade concorrente:

I - o cônjuge supérstite;

II - o herdeiro;

III - o legatário;

IV - o testamentário;

V - o cessionário do herdeiro ou do legatário;

VI - o credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança;

VII - o síndico da falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge supérstite;

VIII - o Ministério Público, havendo herdeiros incapazes;

IX - a Fazenda Pública, quando tiver interesse.

de cujos (art. 993), caso em que o juiz mandará citar os herdeiros para manifestação sobre o seu conteúdo (art. 999), prazo de 10 dias (art. 1.000, parágrafo único).

Poderá ser realizada a avaliação dos bens, antes da partilha, caso a Fazenda Pública não aceite a estimativa constante nos autos (art. 1.002 e 1.003).

Consequente, haverá a partilha, caso não haja pedido de habilitação de credor para o pagamento de dívidas que não foram incluídas pelo inventariante (art. 1.017). Na partilha o juiz determinará quais dívidas deverá ser paga, bem como o quinhão devido a cada um dos herdeiros (art. 1.022), caso em que será elaborado o quadro geral de partilha (art. 1.023).

A partilha judicial se encerra através de sentença, com força de coisa julgada, caso em que as partes receberão o formal de partilha para posterior registro.

Em se tratando de partilha amigável é cabível ação anulatória, no prazo decadencial de um ano (art. 1.029, parágrafo único).

É possível ainda o arrolamento extrajudicial por escritura pública (art. 982), caso todos os herdeiros forem maiores e capazes e existir consenso quanto à partilha (art. 2.015, do Código Civil), caso contrário será judicial (art. 2.016, do Código Civil).

É possível a concessão de alvará judicial para fins de sucessão quando o bem sucedido seja composto exclusivamente por dinheiro (Lei 6.850/1980).

O alvará autônomo terá cabimento para levantamento de resíduos referente ao PIS-PASEP, FGTS, bem como o falecido tenha deixado apenas depósito à vista, para fins de sucessão. A Lei 6.858/1980 limita o levantamento apenas ao PIS-PASEP e FGTS, mas não há qualquer motivo para indeferir o levantamento quando o único bem a ser inventariado for quantia depositada em instituição financeira.

Embargos de terceiro

Os embargos de terceiro têm natureza preponderantemente possessória, voltada à eliminação de um ato judicial de constrição sobre o patrimônio jurídico do lesado (art. 1.046).

O terceiro é aquele alheio à relação jurídica processual, mas nem todo terceiro estará legitimado a intentar os embargos, pois sua pretensão não pode estar voltada à impugnação do título executivo judicial ou extrajudicial, mas ao ato judicial de constrição.

Pode ser: terceiro não demandado, mas que consta do título executivo; terceiro vinculado por responsabilidade secundária, mas não incluído na ação executiva; e, terceiro não vinculado e que não foi demandado.

Há a figura do devedor *ultra titulum*, aquele que embora não conste do título, poderá ser obrigado a suportar os efeitos da constrição, conforme previsto no art. 592²³).

Segundo a Súmula 84, do STJ, é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.

Nos termos da Súmula 303, do STJ, nos embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios.

Excepcionalmente, o sistema permite que a parte oponha os embargos de terceiro, autêntica substituição processual, é o que prevê o §2º, do art. 1.046, do Código de Processo Civil.

O §3º, do art. 1.046, considera também terceiro o cônjuge, quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação, ou seja, não responde por dívidas exclusivas do outro cônjuge.

A mulher pode se valer de um sistema de dupla proteção, ou seja, poderá oferecer embargos do devedor em ação de execução movida contra seu marido quando intimada da penhora (art. 655, §2º) ou embargos de terceiro para defesa da posse e propriedade dos bens reservados e que compõe a sua meação (caso de separação absoluta de bens), neste sentido Súmula 134²⁴, do STJ.

Nos termos do art. 1.047, II, do Código de Processo Civil, admite-se embargos de terceiro para o credor com garantia real obstar alienação judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese (exceção, pois em regra os embargos protegem a posse).

O prazo para oposição dos embargos, segundo art. 1.048, do Código de Processo Civil, no processo de execução, é de até 5 dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta e no processo de conhecimento, a qualquer tempo, enquanto não transitada em julgado a sentença.

Entretanto, a jurisprudência do STJ tem firmado entendimento de que o prazo de 5 dias para o terceiro-embargante, que não teve ciência do processo de execução, será contado a partir da data da efetiva turbação da posse e não da arrematação (STJ: REsp 974.249).

²³ Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens:

I - do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória;

II - do sócio, nos termos da lei;

III - do devedor, quando em poder de terceiros;

IV - do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida;

V - alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução.

²⁴ EMBORA INTIMADO DA PENHORA EM IMÓVEL DO CASAL, O CONJUGE DO EXECUTADO PODE OPOR EMBARGOS DE TERCEIRO PARA DEFESA DE SUA MEAÇÃO.

O objeto de cognição nos embargos de terceiro é sumária e se manifesta em caráter ambivalente, a matéria da causa de pedir é restrita (art. 1.046 e 1.047).

Nos termos do art. 1.053, do Código de Processo Civil, foi impresso o rito cautelar ao procedimento dos embargos de terceiro. O prazo será de 10 dias para resposta aos embargos de terceiro, caso em que não será admitido aprofundamento da cognição (reconvenção ou alegação de fraude contra credores, nos termos da Súmula 195²⁵, do STJ). Nos embargos oferecidos por credor com garantia real, a defesa não residirá na inexistência de ofensa à posse, pois o credor hipotecário, especialmente, não a tem.

A petição de embargos será direcionada perante o mesmo juiz que ordenou a constrição (distribuição por dependência, art. 1.049 c.c art. 108), exigirá a citação da parte contrária (ação autônoma). A participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de composses ou de ato por ambos praticados (art. 10, §2º).

Segundo art. 1.051, do Código de Processo Civil, o juiz deferirá liminarmente os embargos e ordenará a expedição de mandado de manutenção ou de restituição em favor do embargante, uma vez provada a posse, caso em que poderá ocorrer em sede de audiência preliminar. A execução da liminar pode ser obstada pela prestação de caução. Da decisão que defere ou indefere a liminar cabe agravo de instrumento.

Nos termos da Súmula 46, do STJ, na execução por carta, os embargos do devedor serão decididos no juízo deprecante, salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens.

A sentença proferida nos embargos de terceiro tem natureza mandamental ou constitutiva negativa para os que não admitem a posição quinária (pois o pedido visa desfazer o ato judicial construtivo).

Habilitação

A habilitação como procedimento especial abrange o modo de regularização da relação processual em virtude da sucessão *causa mortis* e tem como fim regularizar a situação descrita pelo art. 43, do Código de Processo Civil, depende de provocação das partes.

É pressuposto essencial para a incidência dos artigos 43 e 1.055, a comunicação formal da morte de qualquer das partes ao registro civil para confecção do assento de óbito, que deverá instruir a petição inicial da habilitação (em caso de morte presumida, será necessário procedimento prévio para sua declaração, art. 1.060).

²⁵ EM EMBARGOS DE TERCEIRO NÃO SE ANULA ATO JURIDICO, POR FRAUDE CONTRA CREDITORES.

Nos termos do art. 265, I, é causa de suspensão do processo a morte da parte (pólo ativo ou passivo), em razão da perda da capacidade processual ou da capacidade postulatória, deve ser comprovada, se iniciada a audiência de instrução e julgamento não ocorrerá a suspensão, o advogado continuará na defesa até a publicação da sentença (§1º, do art. 265). Os atos praticados durante o período em que o processo deveria estar suspenso são nulos, ante a violação do contraditório, pois o sucessor processual não teve oportunidade para se manifestar no processo.

Os sucessores terão legitimidade para o pedido de habilitação passiva (art. 1.056, II) e pode ser requerido pela parte, em relação aos sucessores do falecido (art. 1.056, I), caso em que impede que a relação processual seja extinta por ausência de representação regular.

A habilitação pode ser contenciosa (art. 1.057 e 1.058), mas pode ter caráter consensual (art. 1.060).

O juiz determinará a citação da parte contrária, verificada a regularidade da petição inicial, para apresentação de contestação no prazo de 5 dias, será pessoal quando os legitimados do pólo passivo não estejam representados por advogado na causa principal.

Se o processo estiver em fase recursal a habilitação deverá ser ajuizada perante o relator do processo.

Com o falecimento do alienante ou cedente, não são os herdeiros destes que se habilitarão no processo, mas o adquirente ou cessionário (basta a comprovação documental da transferência - art. 1.061).

O pedido de habilitação é decidido por sentença (art. 1.062), recurso cabível apelação. A partir da decisão judicial, o processo voltará ao seu curso normal.

Restauração de autos

Verificado o desaparecimento dos autos, pode qualquer das partes promover a restauração (art. 1.063). Possuem legitimidade para o pedido de restauração de autos: a parte e o Ministério Público.

Se houver autos suplementares não existirá a necessidade de restauração (art. 159, §2º). Aparecendo os autos originais, nestes se prosseguirá sendo-lhes apensados os autos da restauração, tendo autos suplementares serão restituídos ao cartório, deles se extraindo certidão de todos os atos e termos a fim de completar os autos originais (art. 1.067, §1º e 2º).

Na petição inicial declarará a parte o estado da causa ao tempo do desaparecimento dos autos (para convencimento, art. 333), oferecendo: certidões dos atos constantes do protocolo de audiências do cartório por onde haja corrido o processo, cópia dos

requerimentos que dirigiu ao juiz, quaisquer outros documentos que facilitem a restauração (art. 1.064). A parte contrária será citada para apresentar resposta em 5 dias.

Havendo concordância com os termos da inicial, delimitação do objeto litigioso, estado da causa e provas até em tão produzidas, será lavrado o auto de restauração, o qual será homologado pelo juiz, caso em que o processo seguirá sua marcha, pois estava suspenso (art. 265, V).

Não existindo contestação ou sendo parcial (art. 1.065, §2º), o juiz aplicará o rito do processo cautelar. Se a restauração for requerida pelo Ministério Público, autor e réu serão citados na forma de *litisconsortes*.

A competência para restauração de autos é do local aonde se verificou o extravio e perda, por prevenção, a competência para a restauração será do juízo em que ocorreu o extravio ou a perda (se ocorrer no Tribunal, será distribuído ao relator da causa - art. 1.068, os atos praticados em primeira instância serão objeto de carta de ordem para restauração *in loco* e em seguida, serão remetidos ao Tribunal para finalização da restauração - art. 1.068, §2º).

Segundo art. 1.069, do Código de Processo Civil, quem houver dado causa ao desaparecimento dos autos responderá pelas custas da restauração e honorários de advogado, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal em que incorrer.

A repetição da prova (art. 1.066) poderá ser desnecessária, caso as partes tenham guardado cópias dos documentos (cópia do laudo e dos quesitos pelo perito, cópia do termo de audiência e das assentadas pelas partes, cópia da sentença, que terá a mesma eficácia que a principal).

Caso as testemunhas que foram ouvidas tenham falecido ou estejam impossibilitadas de depor, poderão ser substituídas. Os serventuários poderão depor (art. 1.066, §4º).

Venda a crédito com reserva de domínio

As ações previstas no art. 1.070 e 1.071 têm sua causa de pedir baseada em vendas a crédito com reserva de domínio (não se confunde com ação de busca e apreensão prevista no Decreto-lei 911/69).

No caso de venda com reserva de domínio para garantir a execução, em caso de inadimplemento do contrato, será possível buscar a execução do título extrajudicial (art. 646, e seguintes, do CPC) ou busca e apreensão pelo rito, ora em tela, do art. 1.071, do CPC, caso em que o vendedor demonstrar sua intenção de ficar com o bem vendido e não a execução do contrato pelo saldo remanescente.

Por este rito é possível a concessão liminar da busca, independente da oitiva da parte contrária, uma vez caracterizada a mora do devedor (necessidade de protesto ou notificação extrajudicial), conforme art. 1.071, do CPC.

Efetuada a penhora da coisa vendida, é lícito a qualquer das partes, no curso do processo, requerer-lhe a alienação judicial em leilão. O produto do leilão será depositado, sub-rogando-se nele a penhora.

Assim, feito o depósito, será citado o comprador para, dentro em 5 (cinco) dias, contestar a ação. Neste prazo poderá o comprador, que houver pago mais de 40% (quarenta por cento) do preço, requerer ao juiz que lhe conceda 30 (trinta) dias para reaver a coisa, liquidando as prestações vencidas, juros, honorários e custas.

Por outro lado, se o réu não contestar (tornar-se-á revel, art. 319, do CPC), deixar de pedir a concessão do prazo ou não efetuar o pagamento referido no parágrafo anterior, poderá o autor, mediante a apresentação dos títulos vencidos e vincendos, requerer a reintegração imediata na posse da coisa depositada; caso em que, descontada do valor arbitrado a importância da dívida acrescida das despesas judiciais e extrajudiciais, o autor restituirá ao réu o saldo, depositando-o em pagamento.

Entretanto, se a ação for contestada, deverá ser observado o procedimento ordinário, sem prejuízo da reintegração liminar.

Desta forma, sendo a sentença *executiva lato sensu*, o juiz determinará o depósito prévio em juízo da eventual diferença em prol do réu.

Juízo arbitral e Lei 9.307/96

As disposições previstas no art. 1.072 a 1.102, do CPC, relativas a juízo arbitral foram revogadas pela Lei 9.307/96, que passou a disciplinar o procedimento de arbitragem.

O monopólio da execução coativa pertence ao Estado-juiz, art. 475-N, IV, do CP, assim não se trata de derrogação da atividade jurisdicional na solução de conflito.

Nos termos do art. 1º, da Lei 9.307/96, somente os conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis poderão ser decididos através de autocomposição.

Consequente, neste procedimento, as partes poderão optar pela solução de conflito utilizando-se do direito nacional ou estrangeiro, desde que respeite as normas de ordem pública.

A convenção de arbitragem corresponde ao acordo de vontades das partes em submeter um determinado conflito potencial ou efetivo ao juízo arbitral. A convenção poderá ser através de compromisso arbitral ou por cláusula compromissória.

A cláusula compromissória é o acordo que está dentro do negócio jurídico pactuado, em que as partes se utilizarão do juízo arbitral diante da ocorrência de futura divergência na execução do negócio (conflitos futuros).

O compromisso arbitral poderá ser judicial (termo nos autos) ou extrajudicial (escritura pública ou particular assinadas pelas partes e mais duas testemunhas). Trata-se de convenção bilateral em que as partes se submetem à decisão de árbitro(s) por elas indicado(s) a solução de pendências existentes (conflito atual).

O árbitro é livremente escolhido pelas partes, podendo haver a nomeação de mais de um árbitro. A nomeação deve recair sob pessoa de confiança, não sendo necessário possuir curso superior. O árbitro profere sentença dotada de força executiva, nos termos do art. 475-N, IV, do CP.

A lei de arbitragem prevê uma fase de conciliação obrigatória na fase inicial do procedimento, nos termos do art. 21, §4º, da Lei 9.307/96.

A sentença arbitral deve conter relatório, fundamentação e dispositivo, nos termos do art. 32, III, da Lei 9.307/96, não cabendo qualquer recurso contra esta sentença.

No entanto, poderá haver impugnação pela via ordinária nos termos do art. 33²⁶, da Lei, bem como impugnação nos termos do art. 475-L²⁷, do CPC.

A sentença arbitral estrangeira pode ser homologada nos termos do art. 36, da Lei de Arbitragem, art. 483 e 484, do CPC, sendo a competência do STJ.

²⁶ Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

²⁷ Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;

II – inexigibilidade do título;

III – penhora incorreta ou avaliação errônea;

IV – ilegitimidade das partes;

V – excesso de execução;

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

§ 2º Quando o executado alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação.

Ação monitória

A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo (cognição sumária), pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Assim, nos termos do art. 1.102-A, do CPC, somente a prova documental escrita poderá ser utilizada para instruir a petição inicial da ação monitória (sob pena de indeferimento da inicial por impossibilidade jurídica hábil), com descrição da causa de pedir remota e próxima (art. 282 e 283). Entretanto, o documento pode conter eficácia executiva, pois se trata de faculdade conferida ao credor, para que busque a formação do título judicial.

Em caso de prescrição da ação cambial, a ação monitória mostra-se de grande utilidade. Nestes termos, a Súmula 299, do STJ, prevê que é admissível ação monitória fundada em cheque prescrito.

Em se tratando de crédito cambial, o credor poderá ingressar com ação cambial ou ação ordinária de cobrança, vias legítimas para o exercício da pretensão de restituição de valores.

Não existindo oposição por parte do devedor, ocorrerá à constituição do novo título judicial, nos termos do art. 1.102-C, do CPC, o título não nasce de sentença condenatória, pois não há coisa julgada; o título nasce da lei.

A oposição de embargos pelo réu implicará na conversão do procedimento para o rito ordinário, caso em que o juiz poderá designar audiência de conciliação (art. 331), deferir a produção de prova pericial e realizar audiência de instrução e julgamento, se necessário e proferir sentença. A defesa apresentada assume natureza de contestação, que é realizada no mesmo processo. Nestes termos, a Súmula 292, do STJ, entendeu ser cabível a reconvenção.

A competência é aquela prevista no art. 94, do CPC. A citação será realizada por qualquer dos meios previstos no CPC. Nestes termos, a Súmula 282, do STJ, prevê que cabe a citação por edital em ação monitória. O mandado monitório constará prazo de 15 dias para o cumprimento da obrigação, sendo o prazo para contestar de 15 dias a partir da data de juntada aos autos do mandado cumprido (art. 231, II).

O pedido monitório pode ser admitido no Juizado Especial Cível desde que o valor da quantia devida não seja superior a 40 salários mínimos.

O STJ já manifestou sobre a possibilidade de ação monitória contra a Fazenda Pública, nos termos da Súmula 339. Após a constituição do título, a execução seguirá o procedimento especial do art. 730, do CPC.

3 – PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Os procedimentos especiais de jurisdição voluntária estão previstos no Livro IV, do CPC (art. 1.104 a 1.111). Estes procedimentos assumem caráter administrativo, assim o Poder Judiciário assume uma atividade de integração na formação de atos e negócios jurídicos que são de exclusivo interesse das partes.

Características que distinguem jurisdição voluntária da contenciosa:

	Voluntária	Contenciosa
Partes	Atuam de modo convergente	Assumem posição divergente
Recursos extremos (STJ e STF)	Não há acesso	Há acesso aos apelos extremos
Coisa julgada	Coisa julgada formal (preclusão interna), mera chancela judicial.	Coisa julgada material, pois há amplo contraditório sobre o objeto litigioso.

Tendo em vista o compromisso constitucional pela efetividade e celeridade da prestação da tutela jurisdicional (art. 5º, LXXVIII, da CF), há uma tendência dos procedimentos consensuais não serem obrigatórios, de maneira que poderiam migrar para esfera extrajudicial, sem a participação do Poder Judiciário, ainda que realizados por órgãos dotados de fé pública, como o tabelião.

São legitimados para o procedimento: o interessado, o Ministério Público (art. 82) e em casos excepcionais o juiz *ex officio* (art. 1.113 e 1.142). A petição inicial deve atender aos requisitos formais.

Todos os interessados e o Ministério Público devem ser citados, sob pena de nulidade. As partes podem produzir provas e juiz poderá investigar os fatos (art. 1.107), não meramente supletiva (art. 130).

A Fazenda Pública será ouvida nas ações em que tiver interesse, especialmente em divórcio consensual em que haverá tributação sobre doação (art. 1.108).

O juiz decidirá fundamentadamente (para permitir impugnação e controle) em 10 dias, podendo apoiar-se em equidade e costumes. O recurso cabível é apelação, não havendo coisa julgada material, não cabe ação rescisória, a sentença forma coisa julgada formal (máxima preclusão).

Alienações judiciais

A alienação judicial terá cabimento junto ao processo de conhecimento, execução ou cautelar, como medida preventiva, toda vez que os bens depositados judicialmente forem

de fácil deterioração, depreciação, ou cuja manutenção seja dispendiosa, justificando a sua alienação mediante leilão judicial (ar. 1.113).

Ainda tem cabimento em caso de alienação de imóveis sobre os quais não se admitir divisão cômoda, não couber no quinhão de um único herdeiro ou no caso de desfazimento da copropriedade.

Os bens pertencentes a menores órfãos se sujeitarão ao leilão, mediante prévia avaliação, com autorização judicial (art. 1.117, I, II e III).

Este procedimento não pressupõe necessariamente acordo de vontades, caso em que poderá ser utilizado perante procedimento contencioso; caso exista consenso, não será necessária a realização de leilão (art. 1.113, §3º).

A arrematação do bem será deferida ao maior lance, o qual poderá ser inferior ao valor da avaliação (art. 1.115). Entretanto, poderá haver aplicação analógica do processo executivo (art. 686), a fim de restringir o valor ao mínimo de 50 ou 60% do valor da avaliação para evitar a alienação por preço vil, caso em que poderá determinar nova avaliação e a repetição do ato, especialmente em se tratando de patrimônio de menores.

Separação consensual e a Lei 11.441/2007

A separação e o divórcio consensual poderão ser realizados pelo procedimento administrativo, nos termos da Lei 11.441/2007, caso em que há uma tendência de abandono da esfera judicial, uma vez que a via administrativa é mais rápida e célere.

O procedimento administrativo terá cabimento quando o casal estiver de comum acordo quanto à partilha e não existirem incapazes ou filhos menores, isto porque em havendo filhos menores a necessidade de participação do Ministério Público inviabiliza o procedimento extrajudicial.

No procedimento judicial (art. 1.120 e seguintes), ambas as partes assinam a petição de acordo com os requisitos elencados pelo art. 1.121, do CPC (certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, descrição dos bens do casal e a respectiva partilha, acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas, valor da contribuição para criar e educar os filhos e a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter).

Nos termos do art. 1.122, apresentada a petição ao juiz, este verificará se ela preenche os requisitos exigidos e em seguida ouvirá os cônjuges sobre os motivos da separação consensual, esclarecendo-lhes as consequências da manifestação de vontade.

Há necessidade de manifestação do Ministério Público, após as declarações das partes terem sido reduzida a termo, no prazo de 5 dias.

Havendo homologação da separação, a sentença deverá ser averbada no registro civil de pessoas físicas, no cartório de registro de imóveis, no registro de pessoas jurídicas em caso de existência de uma sociedade simples ou na junta comercial, tratando-se de sociedade empresária (art. 980).

Por outro lado, em razão da emenda 66/2010, que alterou o §6º²⁸, do art. 226, da Constituição, parte da doutrina tem defendido a revogação da legislação ordinária que regulava o procedimento de separação (revogação tácita, por incompatibilidade com a nova ordem constitucional superveniente).

Há quem entenda que com a promulgação da emenda 66/2010 o procedimento não teria desaparecido, pois a emenda não teria suprimido aquilo que a Constituição não disciplinava, como o caso da separação de fato, que ainda permanece.

Consequente, para esta corrente, subsiste a possibilidade de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial ou extrajudicial, como opção do casal, não havendo qualquer conflito de regras ou colisão de princípios entre a legislação ordinária e a ordem constitucional superveniente. Isto porque, na separação há possibilidade de reconciliação e restabelecimento do casamento (art. 1.577, do Código Civil).

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul editou a Súmula 39, que dispõe:

“A Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, não baniu do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, dispensados, porém, os requisitos de um ano de separação de fato (quando litigioso o pedido) ou de um ano de casamento (quando consensual).”

O voto do Desembargador do TJRS dispõe pela necessidade da "segurança jurídica" e explica que "ocorre que, notoriamente, o instituto do divórcio possui efeitos muito mais contundentes do que o da separação judicial, pois rompe o vínculo matrimonial, enquanto esta última desfaz apenas a sociedade conjugal. Logo, não se mostra coerente exigir mais para o menos e menos para o mais".

Conforme jurisprudência, antes da Emenda Constitucional n. 66/2010, ajuizada ação de separação de corpos, como também ação de separação judicial, se no curso dessa última ação já houver ultimado o prazo de um (01) ano da decisão concessiva da separação de corpos, este poderá se aproveitado nos autos da separação judicial.

²⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

A Emenda Constitucional 66/2010 acabou com o prazo para o divórcio e também com a necessidade de prévia separação judicial. Porém, os casais que já fizeram a separação judicial devem convertê-la em divórcio, nos próprios autos do processo de separação.

A doutrina e a jurisprudência já reconhecem à possibilidade da conversão da separação de corpos em divórcio, desde a vigência do atual Código Civil. Neste sentido temos a decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a qual transcrevemos a ementa:

“Agravo de Instrumento n. 0357301-80.2010.8.26.0000

EMENTA: Separação judicial. Pedido de conversão em divórcio. Emenda Constitucional n. 66/2010. Aplicação imediata e procedência do pedido. Determinação de regular andamento do feito em relação aos demais capítulos. Recurso provido.”

Assim, com a Emenda Constitucional 66 de 2010, há quem defenda a tese de que não mais existe a separação. Todavia, mesmo que essa tese prevaleça, há de se considerar as separações que já se encontravam em andamento antes da EC 66/2010. Nos termos do art. 35, da Lei 6.515/77, é perfeitamente possível a conversão da separação judicial em divórcio, desde que decorrido 01 (um) ano contado da data da decisão da separação ou na data da decisão que concedeu a medida cautelar correspondente, nos termos do art. 25, da referida Lei.

Dos testamentos e codicilos

O Código de Processo Civil estabelece uma disciplina própria para os testamentos cerrados, públicos e particulares. A intervenção judicial visa tutelar a eficácia testamentária, ou seja, o respeito ao ato de vontade manifestado em vida pelo *de cujus*.

Cabe ao testamenteiro apresentar o testamento em juízo para o registro permitir a verificação da sua idoneidade e legalidade, bem como permitir o impulso oficial quanto à sucessão. A exibição do testamento é obrigatória, caso em que o juiz poderá determinar a exibição compulsória (art. 1.129), sob pena de busca e apreensão.

O testamento cerrado obedece ao procedimento do art. 1.125 para sua abertura e registro.

Nos termos do art. 1.126, uma vez conclusos os autos, o juiz, ouvido o órgão do Ministério Público, mandará registrar, arquivar e cumprir o testamento, se não houver vício que o torne suspeito de nulidade ou falsidade.

O testamento público goza de publicidade antecipada, caso em que seu registro pode ser realizado por qualquer interessado (art. 1.128), mediante traslado ou certidão.

Em se tratando de testamento particular ou especiais exige-se a confirmação do seu conteúdo em juízo (art. 1.134). Hoje exige 3 testemunhas, a veracidade quanto ao conteúdo poderá ser confirmado por única testemunha, em caso de ausência das demais (art. 1.878, parágrafo único).

A citação com prazo de 10 dias será obrigatória em relação aos herdeiros para eventual impugnação do testamento. Este procedimento de abertura, registro e cumprimento de testamento não é usual.

Herança jacente

Este procedimento permite que o Estado adjudique os bens sobre os quais não há qualquer reivindicação. Transitada em julgado a sentença que declarou a vacância, o cônjuge, os herdeiros e os credores só poderão reclamar o seu direito por ação direta.

Bens dos ausentes

Este procedimento tem finalidade ligada à curadoria dos bens e tem início com a notícia de desaparecimento da pessoa do seu domicílio sem deixar representante, ou quando o responsável pela administração abdique do seu encargo, ou esteja impossibilitado de continuar a gestão e administração.

Declarada a ausência, há determinação de arrecadação dos bens (art. 1.159), caso em que caberá ao curador a sua guarda e administração até a efetivação da sucessão provisória. O procedimento terminará com a sucessão definitiva (art. 1.167).

Coisas vagas

Há distinção entre um bem perdido, *res derelicta*, e a ocupação de um objeto que não pertence a ninguém, *res nullius*.

O procedimento do art. 1.170, do CPC, refere-se ao instituto da descoberta de bem perdido, regulado pelo art. 1.233²⁹, do Código Civil.

Haverá publicação de editais, por duas vezes, no órgão oficial, com intervalo de 10 dias, para que o dono reclame a coisa. Se o dono comparecer e provar o seu direito, o juiz mandará entregar-lhe a coisa, depois de ouvido o Ministério Público e a Fazenda Pública.

²⁹ Art. 1.233. Quem quer que ache coisa alheia perdida há de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor. Parágrafo único. Não o conhecendo, o descobridor fará por encontrá-lo, e, se não o encontrar, entregará a coisa achada à autoridade competente.

Não comparecendo o dono, a coisa será alienada em hasta pública, depois de proceder-se a uma avaliação. O produto da venda será destinado ao pagamento das despesas e a recompensa da pessoa que a achou, o remanescente será entregue à União, ao Estado ou ao Distrito Federal. Se houver fundado receio que a coisa seja produto de crime, cabe ao juiz criminal entregá-la ao legítimo proprietário.

Curatela de interditos

O procedimento de curatela dos interditos visa a proteger o direito fundamental de autodeterminação do ser humano. Trata-se de processo necessário. A legitimidade passiva, tipo abertos, em face de enfermidade ou doença mental. A interdição pode ser temporária ou definitiva.

A legitimidade ativa também foi ampliada, a fim de proteger a esfera jurídica do curatelado, caso em que o pedido pode ser feito por qualquer parente.

A interdição se aplica unicamente às pessoas físicas e o procedimento terá início no domicílio do interditando (art. 94). A inspeção judicial será obrigatória, por ocasião do interrogatório, caso em que o juiz colherá as impressões pessoais sobre o interditando. O juiz poderá dirigir-se até o local para a produção da prova.

A citação deverá ser realizada na pessoa do interditando, que poderá apresentar resposta no prazo de 5 dias após o interrogatório. O Ministério Público poderá atuar como parte quando ingresse com o pedido de curatela ou como fiscal da lei quando outro legitimado seja o autor do pedido. Após o interrogatório o juiz determinará o exame pericial.

O juiz nomeará perito para proceder ao exame do interditando. O laudo é obrigatório, sob pena de nulidade, mas é possível a juntada de laudo já produzido por órgão público. Apresentado o laudo, o juiz designará audiência de instrução e julgamento. Decretada a interdição (sentença de caráter constitutivo, com eficácia *ex tunc*, com indicação da causa da interdição e os limites da curatela), o juiz nomeará curador ao interdito. Exige-se procedimento editalício e a averbação da interdição, tendo em vista a necessidade de publicidade sobre o estado civil da pessoa.

Fundações: organização e fiscalização

A fundação tem natureza jurídica que se caracteriza pela existência de um negócio

jurídico unilateral (art. 64³⁰, do CC), que é marcado pela destinação de um determinado patrimônio para a constituição da fundação, que se dá por instrumento público. Essa destinação não deixa de representar uma alienação de patrimônio, o qual se aperfeiçoa pela tradição e registro quanto aos bens imóveis.

O Código de Processo Civil disciplina nos artigos 1.199 a 1.204, o procedimento de fiscalização quanto ao cumprimento das disposições de vontade do instituidor. O Ministério Público velará pela sua instituição, conservação e extinção (art. 1.200, 1.202 a 1.204).

Especialização da hipoteca legal

O último procedimento previsto no Código de Processo Civil trata-se de uma autêntica caução legal exigida em algumas situações.

Na prática, a especialização da hipoteca é dispensada, pois o juiz averigua a idoneidade da pessoa para fins de dispensá-la do encargo.

Outros

Existem outros procedimentos de jurisdição voluntária que estão inseridos no Livro III, do CPC e que são impropriamente classificados como cautelares, como a justificação, os protestos, interpelações e notificações, assim como a homologação de penhor legal. E ainda, a possibilidade de alteração de regime de bens, nos termos do art. 1.639, §2^o³¹, do CC.

³⁰ Art. 64. Constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos, o instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados, e, se não o fizer, serão registrados, em nome dela, por mandado judicial.

³¹ § 2o É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

4- OS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS SEGUNDO O ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil alterou os Procedimentos Especiais do Livro IV para o **Título III, do Livro II** (Do processo de Conhecimento), dos artigos 505 a 696.

Há previsão dos seguintes procedimentos especiais: ação de consignação em pagamento (art. 505 a 515), ação de prestação de contas (art. 516 a 520), ação de divisão e da demarcação de terras particulares (art. 521 a 550), do inventário e da partilha (art. 551 a 614), dos embargos de terceiro (art. 615 a 621), da habilitação (art. 622 a 627), da restauração de autos (art. 628 a 634), da homologação do penhor legal (art. 635 a 638), das ações possessórias (art. 639 a 652).

Os procedimentos não contenciosos estão previstos no Capítulo X, do Título III (Dos procedimentos Especiais), do Livro II (Do Processo de Conhecimento), do art. 653 a 696. São eles: das alienações judiciais (art. 664 a 664), da separação e do divórcio consensuais e da alteração do regime de bens do matrimônio (art. 665 a 668), dos testamentos e codicilos (art. 669 a 671), da herança jacente (art. 672 a 677), dos bens dos ausentes (art. 678 a 679), das coisas vagas (art. 680), da interdição e da curatela dos interditos (art. 681 a 685), das disposições comuns à tutela e à curatela (art. 686 a 690), da organização e da fiscalização das fundações (art. 691 a 693), da posse em nome do nascituro (art. 694 a 696).

Assim, nos procedimentos não contenciosos fora incluída a alteração do regime de bens do matrimônio, que anteriormente estava previsto no Código Civil. Também fora incluído no procedimento a posse em nome do nascituro.

Foram excluídos dos procedimentos especiais: ação de depósito, ação de anulação e substituição de títulos ao portador, ação de nunciação de obra nova, ação de usucapião, venda a crédito com reserva de domínio, juízo arbitral (que já estava revogado pela Lei 9.307/96) e ação monitória.

A extinção do procedimento especial “ação de usucapião” levou à criação do procedimento edital, como forma de comunicação dos atos processuais, por meio do qual, em ações deste tipo, devem-se provocar todos os interessados a intervir, se houver interesse.

Nos termos do art. 302, do anteprojeto, aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário do código ou de lei e também se aplica o rito comum ao processo de execução e aos procedimentos especiais, naquilo que não se ache diversamente regulado.

5 – CONCLUSÃO

A ideia de que o Processo deve corresponder “à soma de atos que objetiva solucionar litígios, efetivar direito ou acautelar outro processo”, ou mesmo como “o método utilizado pelo Estado para desempenhar a função jurisdicional”, vem sendo reelaborada pela visão pós-moderna da doutrina, em especial aquela definida pelo *modelo constitucional do processo*, que se fundamenta no devido processo legal e seus consectários: contraditório, ampla defesa, direito ao advogado, isonomia, acesso incondicionado e gratuito à jurisdição, fundamentação e reversibilidade das decisões, duração razoável e celeridade da tramitação.

Quanto ao procedimento, o processo de conhecimento pode ser classificado em: procedimento comum e procedimento especial. Os de procedimento comum subdividem-se em ordinário e sumário; e, os especiais: em constantes do CPC e os de legislação extravagante.

Via de regra é classificado como especial aquele que obedece regras específicas, aplicando-se a mesma classificação ao processo de execução e ao cautelar, observado a especialidade como parâmetro daqueles que se submetem a regras específicas.

A fixação de regras de procedimentos é de competência concorrente entre União e Estados-membros, cabendo à União fixar as normas gerais, e aos Estados, à específica.

A especialidade em regra, decorre das particularidades ligadas ao direito material ou à pessoa dos litigantes, e que no entender do legislador justificam criação de procedimento com determinadas características, adaptando-se forma e tempo para a prática do ato ao seu objeto ou aos seus sujeitos.

Entretanto, há que salientar que o procedimento especial não consiste em imposição absoluta ao autor, podendo este abrir mão da especialidade do procedimento admitindo para si o procedimento ordinário, consoante o art. 292, §2º CPC.

Entende-se a existência implícita dos princípios da adequação e da adaptabilidade procedimental, a saber, a atuação do legislador de adequar determinados procedimentos ao direito material levado a análise jurisdicional (adequação), ou ainda a atuação do magistrado que percebendo a inadequação do procedimento ao caso concreto *sub judice*, de maneira a flexibilizar, ainda que ausente previsão legal específica nesse sentido (adaptabilidade).

É do maior interesse, não apenas a bem da simplificação e da operacionalidade do processo, mas também na busca do aprimoramento técnico do sistema, que os ritos especiais se reduzam a número bem menor do que o atualmente existente, de acordo com uma tendência mundial de simplificação.

Isso não significa, porém, que se deva condenar ao desaparecimento essa categoria. O que se impõe é uma criteriosa seleção dos casos para os quais o trâmite ordinário seria realmente inadequado ou superabundante em atos e formalidades. Em princípio, o critério dessa seleção terá sempre de levar em conta as particulares necessidades em relação ao direito material considerado.

Assim, é necessário que se mantenham procedimentos específicos para as causas submetidas aos juizados especiais e de pequenas causas, com máxima ênfase na simplificação, oralidade e busca da conciliação.

Consequente, se por um lado os Procedimentos Especiais são um importante instrumento de operacionalização dos direitos no Estado Democrático, para parte da doutrina, para outra, é considerado como inexistente como uma teoria geral dos procedimentos especiais, neste sentido J.J. Calmon de Passos³². Acrescenta ainda o autor que os procedimentos especiais resume-se em procedimento ordinário, seja com a concessão de tutela antecipada (ex.: ações possessórias), seja exclusão de fase de produção de prova (como no Mandado de Segurança).

Consequente para J.J. Calmon de Passos “o qualificativo de especial se dá, em verdade, na quase totalidade dos casos, em virtude da natureza da tutela jurídica a ser efetivada, vale dizer em termos de satisfação e não de certificação. Problema muito mais de pressupostos de direito material que de procedimento”.

Assim, a simplificação representa melhoria e deve ser uma simplificação do procedimento ordinário, que é o modelo aplicável à quase totalidade dos processos.

Desta forma, em decorrência do princípio da economia processual, toda formalidade desnecessária para assegurar o essencial no processo pode e deve ser descartada, a fim de que haja respeito ao devido processo constitucional.

³² CALMON DE PASSOS, José Joaquim, Teoria geral dos procedimentos especiais. In. FARIAS, Cristiano Chaves de e DIDIER JR., Fredie (coord.). Procedimentos especiais cíveis, legislação extravagante, São Paulo: RT, 2002, p.3.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 3ª ed. São Paulo: Malheiros.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Teoria geral dos procedimentos especiais. In. FARIAS, Cristiano Chaves de e DIDIER JR., Fredie (coord.). Procedimentos especiais cíveis, legislação extravagante, São Paulo: RT, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. DELGADO Mário Luiz. Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais. 2. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : MÉTODO, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vols. II e III. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comentários ao Código de Processo Civil, v.8, t.3, 8.. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARCATO, Antonio Carlos. Procedimentos especiais. São Paulo: Malheiros, 13ª Ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia, ARAÚJO, Fábio Caldas de e GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos Cautelares e Especiais. V4. RT. São Paulo: 2009.

ORIONE NETO, Luiz. Teoria geral dos procedimentos especiais. In. FARIAS, Cristiano Chaves de e DIDIER JR., Fredie (coord.). Procedimentos especiais cíveis, legislação extravagante, São Paulo: RT, 2002.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

< <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf> >