

A Partilha no Inventário e a Ação Anulatória (art. 486 do CPC)¹

Cássio Benvenuti de Castro

Mestre em Direito pela UFRGS.

Juiz de Direito no Rio Grande do Sul.

Resumo: A jurisdição voluntária e a jurisdição contenciosa possuem a mesma natureza. Em cada uma dessas modalidades da jurisdição, é possível que se desenvolva um processo ou um “mero” procedimento. A jurisdição nem sempre é palco de um processo. Além disso, o caminho percorrido no *locus* jurisdicional (processo ou procedimento) não é peremptório para distinguir a qualidade do ato final que a jurisdição oferece ao indivíduo. O ato final, o ato que encerra um processo ou um procedimento, pode consistir em uma decisão (a tutela jurisdicional típica) como também pode consistir em um ato praticado pelos interessados e, posteriormente, submetido ao juízo (o ato jurídico processualizado). A essência desse ato final é que define a espécie do instrumento impugnativo desse mesmo ato de encerramento: quando o ato final do processo ou do procedimento em jurisdição voluntária é um ato praticado pelos interessados parciais, será possível o ajuizamento da ação anulatória (art. 486 do CPC); quando o ato final é uma decisão/julgamento, um ato do juiz, é cabível a ação rescisória contra tal decisão/julgamento. A partilha no inventário merece atenção particular, pois a própria legislação codificada prevê uma dicotomia dos meios impugnativos ao seu ato final – seja pela ação anulatória ou seja pela ação rescisória, tudo a depender do ato final que entrega o bem da vida às pessoas. A tentativa é desmitificar que, apenas em virtude da denominação da modalidade jurisdicional, deva existir uma diferenciação entre o meio impugnativo ação anulatória ou a ação rescisória.

Sommario: La giurisdizione volontaria e la giurisdizione del contenzioso sono della stessa natura. In ognuna di queste modalità, è possibile ci sviluppare un processo o un semplice procedura. La giurisdizione non

¹ O trabalho é dedicado à memória do Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, falecido em dezembro de 2013.

è sempre il próprio luogo di un processo. Inoltre, la via percorsa nel luogo (processo giudiziario o procedura) non è il vertice della differenza che c'è tra la qualità dell'atto finale che mettere termini al lavoro giurisdizionale. L'atto finale, l'atto che chiusa un processo o procedura, può essere costituito da una decisione (tutela giudiziaria tipica) come può anche consistere in un negozio dalle parti e, successivamente, sottoposto a giudizio (l'atto giuridico processualizado). L'essenza di questo atto finale è che definisce esattamente la specie dello strumento per richiedere questo atto di chiusura: quando l'atto finale del processo o della procedura nella giurisdizione volontaria è un atto esercitato per gli interessati, sarà possibile la azione per invalidità (art. 486 del CPC); quando l'atto finale è una decisione, un atto processuale del giudice, può essere usata la azione specifica contro questa decisione. Nel distribuzione della proprietà nel inventario ho meso attenzione, perchè la legislazione prevede duo tipi di richiesta contro l'atto finale – una azione di invalidità, e inoltre l'azione per specifica contra la decisione, tutto da dipendere dall'atto finale che consegna la tutela del diritto. No è própria la denominazione tra modalità giurisdizionale che consegna una differenziazione tra azione di invalidità e azione specifica contro decisione.

1. Uma corrente mais ortodoxa chega a defender que a jurisdição voluntária consiste na “administração pública de interesses privados”. Assim, em alguma medida se relativiza o caráter jurisdicional da voluntariedade. Semelhante enunciado repercute o clássico *Estado Legislativo de Direito* e a então absoluta *supremacia dos interesses públicos* sobre os privados.

A rejeição ou a relativização da natureza jurisdicional à jurisdição voluntária subentende uma dupla sorte de percepções. Em primeiro lugar, ostenta uma perspectiva jusfilosófica que considera os fenômenos jurídicos como espécies de projetos monocromáticos, sem permitir espaço ao sincretismo e ao próprio ecletismo do conhecimento contemporâneo. Em segundo lugar, tal raciocínio demonstra que o instituto da “jurisdição” é compreendido como um sinônimo de “poder”, e está cravado no centro da teoria geral do processo, sendo que *todo o direito* deve emanar e somente pode emanar do Estado, daí não existindo outras manifestações jurídicas por fora dos contornos das ordens estatais. O Estado monopoliza o direito, o direito seria uma norma (e não mais a interpretação, o valor dela extraído, e o fato no sentido amplo – fato que compõe a matéria-prima

da norma e os aspectos fáticos que apreendem as diversas facetas do poder no cenário democrático)².

A compreensão de uma ordem jurídica transnacional e a própria valorização do homem enquanto vértice de todas as formas de tutela do direito, sobremaneira implicam uma reflexão sobre a corrente tradicional. A “jurisdição” como um reflexo do “poder”, hoje em dia, comumente não está colocada com um vértice da teoria geral do processo. Logo, estudar a jurisdição – seja a voluntária ou a contenciosa – não se resume ao estudo das facetas da tutela enquanto “poder”, porque no núcleo de toda a teoria do processo estão inseridos o processo e a própria tutela dos direitos, enquanto fenômenos transcendentais à concepção centrípeta do poder/jurisdição.

A releitura do epicentro de uma teoria geral do processo desperta o debate sobre diversas desdobramentos da jurisdição voluntária. Com efeito, a jurisdição voluntária também emana um “poder”, também representa uma faceta do “poder” estatal, isso não a distingue da jurisdição contenciosa. O que mais importa, para bem caracterizar os seus desdobramentos, é identificar a posição dos interessados que debatem no desenrolar do seu procedimento, identificar se realmente sempre ocorre um procedimento ou um processo – o primeiro é gênero e o segundo uma espécie de procedimento –, bem como identificar a natureza do objeto examinado pelo juiz ou negociado pelos interessados.

Para além do qualificativo jurisdicional como um desdobramento do “poder”, a riqueza teórica e prática da jurisdição voluntária consiste em observar quando e como o *processo* se desenvolve na jurisdição voluntária, quando pode ocorrer um *mero procedimento* sem processo e, a partir de então, examinar o ato final que promove a tutela do direito. O ato final que entrega o objeto às pessoas é que define as diversas modalidades de meios impugnativos cabíveis.

O estudo sobre a possibilidade de um *mero procedimento* ou de um verdadeiro *processo*, em plena jurisdição voluntária, evita as generalizações que afirmam que “tudo o que aparece na jurisdição é jurisdicional”. Não é bem assim, pois existem determinados fenômenos que são

2 A complexidade do tema “poder” não encerra uma explicação unitária, no atual quadrante da modernidade líquida. Em breves palavras, apelo para uma realidade do cenário mundial – as revoluções, os contextos de insurgência popular, as organizações não governamentais, os núcleos e nichos que propõem mudanças no cenário normativo, as próprias instituições remodeladas pelas necessidades do ser humano atual (como a família monoparental e o casamento entre pessoas do mesmo gênero) compõem uma demonstração empírica gritante: o direito não advém apenas do Estado; na verdade, o Estado democrático do terceiro milênio é apenas um filtro linguístico que reproduz uma pretensão de universalidade das diversas ordens de valores que convivem no cenário cultural.

simplesmente jurisdicionalizados ou processualizados, para daí surtirem efeitos perante o Estado. As instituições organizam diferentes métodos para alcançar a tutela dos direitos das pessoas, e a análise do ato final, o estudo do ato que encerra o percurso jurisdicional, é de fundamental importância para o atingimento desses objetivos. O processo ou o procedimento podem ser encerrados por uma decisão ou, de outro lado, por ato ou negócio jurídico praticado pelos interessados e submetido a juízo, para homologação. Cada ato final, seja um provimento ou um negócio entre as partes, à sua maneira, finaliza a sequência de atos concatenados na jurisdição voluntária.

Não é a modalidade da jurisdição – se voluntária ou contenciosa – que distingue as espécies de impugnação do ato final por ela promovido. O manancial teórico-pragmático extraído da essência desse ato final é que estipula o respectivo regime impugnativo. O tema desperta perplexidades, daí o interesse em separar o cabimento de um recurso de apelação e da respectiva ação rescisória, ou o cabimento da ação anulatória. A natureza jurídica do ato final, que encerra o processo ou o procedimento, é que define a sorte da impugnação.

O presente trabalho alerta que nem sempre a ação anulatória³ é cabível contra o ato final entregue pela jurisdição voluntária. Pode ocorrer uma decisão, também nessa hipótese de jurisdição. O problema da partilha em inventário merece atenção pormenorizada, porque a própria legislação regulamenta uma fórmula que define a dupla modalidade de impugnação, seja por ação rescisória ou seja por ação anulatória, contra o ato final da partilha. O conteúdo do ato final, resultante do processo ou do procedimento, a essência desse ato de encerramento, é que regulamenta a espécie de meio impugnativo cabível.

O esforço é depurar alguns aspectos da ação anulatória do ato processualizado, hoje prevista no art. 486 do CPC e no art. 929 do Projeto de CPC. Para tanto, necessário desmistificar que, não apenas em virtude da denominação atribuída à jurisdição, deva existir uma diferenciação quanto aos meios impugnativos do ato final – a ação anulatória e a ação rescis-

3 Quando examinada às pressas, a jurisprudência talvez induza o leitor a pensar que sempre é cabível a ação anulatória para impugnar qualquer espécie de ato final, em jurisdição voluntária: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. ANULAÇÃO DE INTERDIÇÃO. CABIMENTO. A sentença proferida em ação de interdição é anulável e não rescindível, porquanto se trata de procedimento de jurisdição voluntária. APELO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA.” (Apelação Cível Nº 70028982403, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/05/2009). Respeitosamente, não é a natureza da jurisdição que define o respectivo meio impugnativo, mas o cabimento da impugnação é definido pela essência do ato final do procedimento ou do processo – sendo possível o cabimento de ação rescisória ou de ação anulatória, a depender do ato final exarado em jurisdição voluntária.

sória não dependem da espécie da jurisdição em que se exercitam, mas da essência do ato final ocorrido, em qualquer modalidade jurisdicional, o ato final contra o qual essas demandas realmente atuam.

2. A lide consiste em um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou potencialmente contraditada. O litígio é um verdadeiro recorte da totalidade da lide, uma fatia da lide, e aparece desde o momento em que a lide é jurisdicionalizada, ou seja, quando ajuizada uma demanda perante o judiciário. O litígio⁴ é a matéria-prima da jurisdição contenciosa, o objeto natural que reflete o que de *comum* ocorre quando se imagina o processo civil, oportunidade em que o judiciário comparece para pacificar os conflitos e aplicar o direito ao caso concreto, assimetricamente, assumindo a sua posição de terceiro imparcial. Em geral, o litígio subentende o exercício da jurisdição contenciosa.

A jurisdição voluntária também é palco para a aplicação do direito ao caso concreto, por intermédio da atuação de um terceiro imparcial (o Estado-juiz). Ocorre que a jurisdição voluntária não pressupõe uma contenciosidade ou litigiosidade real, ou melhor, o litígio não é “anterior” à jurisdição voluntária. Segundo a própria nota da “voluntariedade”, a jurisdição voluntária trata de matérias sem uma litigância evidente, sem uma litigância a olhos vistos. Todavia, não é possível afastar completamente o fortuito do litígio, quando exercida a jurisdição voluntária, pois a litigiosidade lhe é uma temática eventual ou, quando muito, o *nível de litigiosidade* dos objetos em jurisdição voluntária está rebaixado a um menor ou a um mínimo coeficiente, quando comparada⁵ à jurisdição contenciosa.

A grande questão é que a jurisdição voluntária subentende o menor *grau* de litigiosidade que, *abstratamente*, o sistema normativo preordena, para ser analisado pelo judiciário. Isso posto, não é o “fato do litígio” que diferencia a jurisdição voluntária da jurisdição contenciosa, pois o litígio é quase constante na segunda e eventual na primeira. O critério do “grau” de litigiosidade é utilizado para fundamentar a jurisdição voluntária, e não para a diagnosticar como um fenômeno estranho à contenciosidade.

3. O critério sobre a existência real ou a existência eventual da litigiosidade consiste em um *argumento de legitimação*. Vale dizer, o litígio é

4 LACERDA, Galeno. “Ação rescisória e homologação de transação”. *Revista da Ajuris*, n. 14, p. 31.

5 O estudo de um objeto, desde a matriz kantiana, reclama aportes de alguma maneira “comparativos” ou de “relacionalidade”. A própria psicologia refere que as imagens mentais trabalham com “objetos”, o que sobremaneira se divulgou com as reflexões filosóficas de Heidegger, de Gadamer e de Wittgenstein, gênios que ilustram significativa base do conhecimento contemporâneo.

um critério objetivo para justificar que algumas demandas sejam apresentadas diretamente à jurisdição contenciosa: pensou em litígio – o caminho é a jurisdição contenciosa.

De outro lado, algumas questões não subentendem um litígio, de plano, o que estaria logicamente afastado da jurisdição (no sentido clássico do termo). Raciocínio empregado em sentido lógico⁶, porque o interesse social ou a mera probabilidade de surgir um litígio mobiliza a dogmática e a política judiciária. O sistema normativo como um todo se organiza de maneira a submeter algumas demandas específicas à jurisdição voluntária, e não à jurisdição tradicional (porque contenciosa).

Notório que o direito trabalha com um esquema de imputações. No caso da distinção entre jurisdição contenciosa ou jurisdição voluntária, com base no critério *intensidade do litígio*, possível inferir que o coeficiente varia do *maior ao menor grau*, transitando de questões evidentemente litigiosas a questões possivelmente litigiosas. Assim, determinadas hipóteses se submetem à jurisdição voluntária justamente para prevenir⁷ o aparecimento de litígio que, por eleição do ordenamento jurídico, seria provável que acontecesse (*fumus litigiosae*⁸). Existe um interesse político (da coletividade) sobre tal ou qual objeto⁹ a ser submetido à jurisdição (jurisdicionalizada).

A jurisdição voluntária é um palco de questões relevantes. O critério de eleição dessa relevância está no coeficiente de litigiosidade do

6 A lógica é a uma ciência interna ao ser humano, toca ao raciocínio, é algo imanente ao ser-pensante. Por isso a lógica pode elucidar sobre a “litigiosidade” em termos ideais, porque supostos, porque fazem parte a uma rotina do que de “comum acontece”. Apesar de também trabalhar com dados empíricos, a lógica utiliza sua metodologia metafísica para formular seus enunciados tendencialmente universalizantes e, a partir disso, oferecer utilidade prática à dogmática jurídica – ciência social por natureza cultural.

7 Entendimento preconizado em Carnelutti, para o qual “a prevenção da lide é o fim específico do processo voluntário”. Assim, a matéria-prima da jurisdição voluntária sequer se reportaria a um litígio propriamente dito, mas, sobretudo, a um interesse preventivo. Ver CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**, v. I. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, p. 95/97.

8 O critério da “contenciosidade” apenas indicia uma preocupação sobre a importância dos direitos em análise. Não afirmo que o litígio é nota da jurisdição, mas, sobretudo, o sistema utiliza uma ponderação sobre probabilidades, na tentativa de universalizar a busca pela tutela. Onde seria possível a malversação dos interesses, o legislador pré-estipulou a necessidade da jurisdicionalização. Marinoni refere que “não importa a existência de consenso ou dissenso, mas sim a relevância do bem ou do direito que pode ser agredido diante dos efeitos que podem ser produzidos pela manifestação de vontade de ambas as partes interessadas. E para isso é que o juiz é convocado, ou seja, para proteger o bem ou o direito que, na ausência da participação da jurisdição, ficaria entregue à vontade dos particulares ou à recepção de uma autoridade administrativa ou de um sujeito privado”. O critério da “contenciosidade” meramente auxilia nessa eleição dos interesses privilegiados, enquanto fator de ponderação do que de natural acontece na sociedade. Ver **Curso de processo civil**: Teoria geral do processo, v. 1, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 147.

9 FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 612.

objeto, que não chega a ser um pressuposto concreto, pois a litigiosidade é ocasional e, portanto, normativamente atribuída à jurisdição voluntária. O litígio real/concreto é um acidente de percurso em termos de jurisdição voluntária, sendo que ela se caracteriza como jurisdicional em função da estraneidade¹⁰ ou imparcialidade do órgão que conduz a sucessão de atos jurisdicionalizados, na virtude da assimetria pela qual o Estado-juiz é posicionado em relação aos interessados. O caráter público da assimetria¹¹ está explicitado, inclusive, na relevância social das questões eleitas para a jurisdição voluntária.

4. A despeito da natureza pública dos objetos e do esquema assimétrico das posições jurídicas entre os interessados e o Estado-juiz, nem sempre ocorre um “processo” em jurisdição voluntária, assim como nem sempre se desenvolve um “processo” na jurisdição contenciosa. Com efeito, o fenômeno “processo” reclama o contraditório e uma dialética paritária, uma estrutura qualificada que permite a argumentação e a contra-argumentação dos debatedores. Isso posto, diversos provimentos exarados pela jurisdição resultam de um mero “procedimento” sem, contudo, a formação de um “processo”. A leitura da legislação quiçá facilita (mantendo-se o foco na jurisdição voluntária).

Quando o juiz nomeia um curador dos bens dos ausentes (art. 1.160 do CPC), ou quando o juiz libera um alvará para a retirada de valores depositados (Lei 6.858/80), não existe um clássico *judgamento* de uma controvérsia, não existe uma contraposição de sujeitos, de maneira que o provimento judicial afete o patrimônio jurídico de um deles em proveito de um outro. Nessas hipóteses, é muito provável que não exista um “processo”, pois, segundo Fazzalari, é certo que “algumas disposições preveem a episódica participação na fase preparatória de outros interessados (ou contra-interessados). Por outro lado, essa participação não é suficiente para realizar um contraditório; fica, portanto, alguém do esquema do processo, ainda sob o plano do mero procedimento”¹².

10 Contemporaneamente, a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária se explica pela nota da atribuição do sentido constitucional ao caso concreto – assim, como a jurisdição contenciosa, ela também reúne uma atitude reconstrutiva dos fatos e do direito pelo juiz, além de acenar à axiologia e à deontologia alocada na Constituição. A referência à suposta, aparente, ou latente litigiosidade se presta somente a sustentar o fundamento do “interesse coletivo” na resolução de um caso, de maneira a justificar a opção política que tenha subordinado a entrega do direito à jurisdicalização.

11 Sobre o ponto da caracterização da natureza jurisdicional da jurisdição voluntária, ver MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 80/88.

12 FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 612.

O procedimento é um sucessão de normas, de atos concretos e de posições jurídicas, em ordem lógica e cronológica. O procedimento é um gênero no qual consiste em uma “estrutura formal constante, a sequência procedimental caracteriza-se por ser disciplinada por uma série de normas coligadas entre si, de tal modo que a norma sucessiva da série tem sempre o seu suporte fático constitutivo composto pelos efeitos produzidos pela atuação da norma precedente. Dessa maneira, o modelo procedimental decorre de uma sequência de normas, cada qual regulando determinada conduta e ao mesmo tempo enunciando, como pressuposto da própria incidência, o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série e assim até à norma reguladora do ‘ato final’. Ao fim e ao cabo, o procedimento só pode ser concebido na perspectiva de conexão, antecipadamente prevista, entre as várias normas, atos e posições subjetivas da série”¹³.

Ou seja, o procedimento é um corpo sensível¹⁴ dos *agires* dos interessados e do desempenho das funções do Estado-juiz. No interior dessa denominada *espinha dorsal* do formalismo processual, que nasce com a demanda e se funcionaliza em direção ao provimento final, é que se praticam os atos processuais típicos e, eventualmente, podem ser praticados os atos processualizados.

Aqui o ponto: não é a natureza da jurisdição que define o regime de impugnação; não é por se tratar de jurisdição voluntária que, sempre, o ato final, o ato de encerramento do procedimento, será impugnado pela ação anulatória. Dizer que o ato final da jurisdição voluntária – apenas pela denominação da aparente “voluntariedade” – deve ser impugnado pela ação anulatória do art. 486 do CPC, significa apoucar a própria natureza jurisdicional dessa espécie. Friso que o princípio reitor normativo quanto à modalidade de impugnação do ato final está disciplinado, justamente, em função da *natureza do ato (final) praticado no locus jurisdicional*.

13 **Do formalismo no processo civil:** proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 156/7. Uma definição que, na verdade, traduz os dizeres da doutrina italiana – de Fazzalari a Nicola Picardi. Ver PICARDI, Nicola. **La successione processuale.** Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964, *passim*; FAZZALARI, Elio. "Procedimento e processo" (teoria generale). **Enciclopedia del diritto**, v. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, *passim*.

14 Pensamento análogo ao dizer que “ação” processual “consiste apenas no agir das partes em juízo, por meio do exercício dos poderes e faculdades que lhe correspondem abstratamente, concretizados em atos processuais, e correspondentes posições subjetivas processuais, conforme a sequência procedimental estabelecida em lei (v. g., demanda, réplica, pedido de prova, arrazoados, recursos etc.). Nada tem a ver, assim, com a tutela jurisdicional prestada pelo órgão judicial, que decorre não do meio, mas do *resultado* do processo, da imperatividade e da soberania do Estado-juiz”. Ver **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 73.

Seja em jurisdição contenciosa, ou seja em jurisdição voluntária, a identificação do cabimento do eventual recurso ou da ação de impugnação contra o ato que entrega o bem da vida depende da essência do ato final entregue pela jurisdição. E a jurisdição não entrega apenas a tutela jurisdicional. A jurisdição também é cenário de atos e de negócios jurídicos dos sujeitos parciais que, após perfectibilizarem seus atos, apenas o jurisdicionizam para surtir efeitos práticos ou de publicidade.

Isso é o que acontece com o ato processualizado – um ato jurídico ou negócio jurídico praticado pelos sujeitos parciais e, posteriormente, colocado perante a jurisdição. A ação anulatória prevista no art. 486¹⁵ do CPC e o art. 929 do Projeto de Novo CPC se reporta a tal ato processualizado.

Um ato processualizado é um ato jurídico perfeito. O seu fundamento está na própria Constituição, pois “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI). O ato processualizado é composto por um ato ou negócio jurídico das partes ou interessados parciais, que é jurisdicionalizado, ou seja, inserido na jurisdição, para daí surtir efeitos no procedimento. Além desse fundamento dogmático, pode-se acenar sobre o fundamento epistêmico do ato processualizado, pois ele ocorre para afastar a necessidade do contraditório, para dispensar o fenômeno do “processo” e resolver a situação dos interessados por meio de um ato ou um negócio jurídico do direito material.

Sem o aprofundamento que o tema mereceria, imperioso notar que a estrutura e a finalidade do *procedimento sem processo*, em jurisdição voluntária, permitem a seguinte reflexão. Nos exemplos citados (curador dos bens do ausente e alvará judicial), o procedimento inicia com um pedido (ato processual postulatório), continua com um desenvolvimento e, finalmente, é resolvido através de um provimento jurisdicional. Houve um ato processualizado nesse ínterim? Não. Nessas séries de atos lógicos e cronológicos que formam esses procedimentos, apenas se concatenam atos processuais, desde a postulação até o provimento, o ato processual do juiz que defere ou não defere o pedido. O provimento final “desenvolve eficácia na esfera substancial de um ou mais sujeitos; é ‘imperativo’ e ‘executivo’. Mas a sua eficácia pode ser eliminada por meio de ‘revogação’ ou de ‘modificação’ por parte do autor do ato”¹⁶.

15 Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

16 *Instituições, cit.*, p. 615.

Além disso, o provimento possui uma carga de decidibilidade, mesmo que comedida. A depender do próprio caráter elástico do procedimento em jurisdição voluntária e daquilo que o seu desenrolar (questões e incidentes que exurgirem) apresentar ao juiz, o desfecho do procedimento pode ser um “julgamento” ou apenas “homologação” – é reflexo da discricionariedade que transita da maior à menor amplitude, tudo nos moldes dos amplos poderes diretivos conferidos ao juiz, forte no art. 1.109 do CPC.

Ora, a dogmática permite a modificação do provimento que resultou do procedimento de jurisdição voluntária, na hipótese do art. 1.111 do CPC: “A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes.” Se é possível modificar uma sentença, evidente que se torna dispensável o ajuizamento da ação anulatória (art. 486 do CPC), pois se torna dispensável um regime impugnativo formalista para tal mister. Fazzalari¹⁷ denomina de “revogação” o que consiste, nos termos da normatividade do direito material, em “invalidação” ou na “anulação” do que precede ao provimento. Em outras palavras, o autor se refere à “invalidação” ou à “anulação” do ato postulatório propriamente dito. O que interessa é o esforço do instrumento – seja processo ou procedimento – para atingir a tutela do direito, para a consolidação da justiça do caso concreto.

Na prática, o raciocínio equivale a permitir a invalidação de atos processuais que não sejam atos *dispositivos* nos termos do direito material, ou melhor, é juridicamente admissível o exame da vontade em um ato postulatório, como bem fundamenta Paula Costa e Silva¹⁸. A ressalva do art. 129 do CPC denota que o rigor formal do processo de alguma maneira considera os vícios da vontade em atos processuais típicos, principalmente em se tratando de simulação, do erro, do dolo e da coação. Um reflexo do papel da aclamada instrumentalidade processual e do modelo colaborativo de processo.

O ato postulatório (ato processual típico que efetua um pedido) somado a um provimento jurisdicional não compõem a estrutura tampouco a finalidade que caracteriza um ato processualizado. Nesse sentido,

¹⁷ Fazzalari chega a caracterizar o provimento exarado em procedimento de jurisdição voluntária como diferente “dos atos da administração pública, pois eles são subtraídos da jurisdição de juizes administrativos e de juizes especiais e são sujeitos à anulação, em via incidental, em sede de jurisdição ordinária”. *Instituições, cit.*, p. 628/9.

¹⁸ SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo**: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, *passim*.

o provimento judicial emanado da jurisdição voluntária não requer, sempre, uma impugnação pela ação anulatória¹⁹, o que pontualmente confirma a proposta.

A jurisdição voluntária é um centauro ou unicórnio do processo civil (todo mundo ouviu falar, mas pouca gente se anima a definir). A jurisdição voluntária não deixa a desnudo certos atos processuais, não se trata de mera técnica transparente que encobre uma postulação do interessado. O procedimento em jurisdição voluntária varia no mesmo ritmo que os flexíveis objetos que ela tutela.

O procedimento em jurisdição voluntária organiza o caminho entre um ato postulatório (a demanda) até o desfecho por um provimento, que pode decretar, executar ou liberar objetos, tudo como reproduz o figurino dos provimentos jurisdicionais da jurisdição contenciosa. A novidade é que a série de atos ocorra ao largo de um procedimento sem processo, podendo resultar em um julgamento ou em uma homologação, o que será condicionado juridicamente pela discricção que o acúmulo de questões que surgirem para serem resolvidas pelo magistrado, bem nos moldes do art. 1.109 do CPC, uma cláusula de abertura do sistema.

Mesmo na hipótese de ser uma verdadeira decisão ou julgamento, o provimento que encerra o procedimento da jurisdição voluntária possui uma carga de decidibilidade menor que aquela que resolve um litígio propriamente dito, seja tal litígio decidido na jurisdição voluntária ou na contenciosa. E assim como na jurisdição contenciosa, a demanda em procedimento de jurisdição voluntária não afugenta eventuais vícios que podem contaminar o ato de postulação e serem examinados pelo provimento, diretamente, como se no plano da eficácia do ato processual fossem resolvidos (o erro, a simulação, o dolo e a coação).

Outra linha divisada merece o “processo” na jurisdição voluntária, que é mais complexo que o “procedimento” da jurisdição voluntária. Também pudera, o processo é um movimento *típico* com o qual trabalha o operador jurídico e, decerto, o “processo” da jurisdição voluntária se aproxima bastante ao processo da jurisdição contenciosa. A efigie da jurisdição voluntária assume um semblante mais conhecido.

Ao “processo” da jurisdição voluntária.

19 A doutrina especializada chegou a orientar que, contra um ato em jurisdição voluntária, seria cabível a ação anulatória. Primeiro, é preciso distinguir a essência do ato a ser impugnado. Sobre o tema, a título histórico, ver MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. **Ação anulatória**. Art. 486 do CPC. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, *passim*.

5. Em algumas hipóteses, o ato de encerramento do procedimento – o provimento – poderá produzir efeitos favoráveis a um ou a mais sujeitos que debatem por intermédio de argumentos e contra-argumentos, o que enseja a formulação de um esquema paritário e simétrico pela metodologia do contraditório. Ou seja, o procedimento se transforma no “processo” em jurisdição voluntária²⁰. A jurisdição voluntária possui um mérito, um respectivo “objeto”²¹, que por vezes encerra um litígio e, outras vezes, o litígio não aparece. O mecanismo e o resultado proporcionado pelo processo em jurisdição voluntária é que se distinguem.

A partir do momento em que se compreende o fundamento da jurisdição voluntária e que o procedimento da jurisdição voluntária não exaure todas as suas modalidades, é intuitivo raciocinar sobre o “processo” da jurisdição voluntária, uma espécie do gênero procedimento. Tal processo não se afasta daquilo que a jurisdição contenciosa possibilita em termos de ato processualizado (o ato jurídico previsto pelo art. 486 do CPC) e, conseqüentemente, sua impugnação pela ação anulatória. Não é por ocasião do processo que se fala em ação anulatória. O que define o cabimento da ação anulatória é o ato processualizado, o ato final que, diferentemente da tutela jurisdicional, entrega o bem da vida por um ato ou negócio do direito material, praticado pelos sujeitos parciais em juízo. A proposta é desmitificar que, em virtude da denominação da jurisdição, possa haver alguma diferença em termos da impugnação do ato final.

O art. 1.109 do CPC estabelece: “O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna”. A jurisdição voluntária permite o julgamento de um pedido ou a homologação de acordo. A discricionariedade ou plasticidade que o próprio legislador faculta ao juiz confere maior espaço de jogo ao provimento, tanto que o art. 1.109 do CPC argumenta solução de “conveniência e oportunidade” e, logo a seguir, o art. 1.111 assume a ductibilidade desse provimento jurisdicional.

Ora, se a sentença com um “julgamento” não acontece em todos os casos da jurisdição contenciosa, o “julgamento” propriamente dito é muito menos presente na jurisdição voluntária. E mesmo quando ocorre um “julga-

20 A voluntariedade pertence à tutela jurisdicional no *sentido amplo*, à medida que flexível quanto ao procedimento e ao resultado, de acordo com os ditames da matéria subjacente.

21 Tudo possui um núcleo, seja ele compreendido enquanto “princípio reitor normativo”, “objeto”, “mérito”, enfim, o epicentro da análise.

mento” em jurisdição voluntária, a natureza do direito que compõe o seu mérito possibilita episódicas alterações, a depender da delicadeza do objeto em análise por tal jurisdição. A dogmática prevista na legislação confirma a tese.

Por exemplo, no caso da separação de cônjuges, quando a questão é inicialmente colocada em juízo como uma separação consensual (art. 1.120), no desenrolar do procedimento, pode acontecer de os interessados desenvolverem uma verdadeira “briga”, trazendo ao palco da jurisdição voluntária, agora, um *processo*. Na hipótese de uma alienação judicial (art. 1.113), pode ocorrer de ter havido uma convenção extrajudicial e prévia, pelos sujeitos, mas algum interesse superveniente pode transformar a inicial calmária em um objeto de discussão quanto ao preço, ou quanto à necessidade mesma da venda, ou quanto à preferência de um comprador em relação aos demais, fazendo nascer o litígio e, daí, o processo – o procedimento em contraditório.

Os exemplos denotam ocasiões em que os sujeitos abandonam a linha inicial da convencionalidade para desencadear um litígio. Estava tudo pronto para haver um acordo, mas, na prática, o que seria um mero procedimento se transforma em um *processo* com requintes de litigioso. O processo da jurisdição voluntária, nessas hipóteses em que inicialmente era plastificado em termos procedimentais e resolutivos a uma autocomposição, no desenvolver, sofrerá o desfecho por uma autêntica “decisão”.

A discussão ou contraditório efetivo são as matérias-primas que podem, inclusive na jurisdição voluntária, se recrudescerem pela qualidade da coisa julgada material²². O debate reclama a coisa julgada como uma qualidade da tutela jurisdicional oferecida aos contendores. O provimento jurisdicional que extingue o processo tem por conteúdo um verdadeiro juízo de valor, que reconstrói o direito ao caso concreto, e não (meramente) homologa um ato ou negócio jurídico do direito material. Nessa exceção (da exceção), também existe a coisa julgada material na jurisdição voluntária, apesar do velho dogma em sentido contrário. Para a imutabilização, todavia, necessário uma atenção peculiar.

22 A doutrina majoritária defende a não existência da coisa julgada em jurisdição voluntária, assim como também não haveria coisa julgada no processo cautelar. Ver Dinamarco, **Instituições de direito processual civil**, v. II. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 146/7; também no **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 145. A tese de Dinamarco coloca a jurisdição como o princípio reitor do processo civil. A partir disso, a jurisdição produz *influência* pela nota da força política que ostenta e, nessa mesma virtude, desempenha uma função de *poder*. As questões do processo giram no entorno do poder, ou melhor, da jurisdição. Talvez, negar a coisa julgada à decisão em jurisdição voluntária consiste negar o poder em sua antonomásia, até porque a tese do autor não levanta a coisa julgada como um organismo qualificado pela participação em contraditório. A teoria do direito como um poder assume um grande risco: o poder engolir o homem e engolir arbitrariamente a si mesmo. Ainda mais em épocas de crise institucional com a que (sobre) vive o Brasil.

A natureza das questões eventualmente litigadas em jurisdição voluntária assume uma carga dinâmica por natureza. Basta visualizar o direito de família. A legislação prevê a *mutabilidade*²³ de uma decisão que fixou os alimentos (art. 15, da Lei 5.478/68); a possibilidade da reconciliação do casal alterar os efeitos sociais da sentença de separação (art. 1.577 do CC); a remoção do tutor (art. 1.766 do CC) em benefício do tutelado. Os exemplos são casos nos quais a essência do direito e o seu caráter social conferem a possibilidade da mutação no plano do jurídico. Com efeito, se no plano da vida essas hipóteses limítrofes demandam uma proteção de urgência e efetividade, evidente que o plano do direito reflita tal metamorfose. Provável que se adicione ao predicado coisa julgada a qualidade do “*rebus sic stantibus*”²⁴ ou, ainda, que se comente sobre a “relativização” da coisa julgada.

Nesse ponto, uma distinção é fundamental. O art. 1.111 do CPC estabelece que “a sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes”. Uma coisa é modificar o provimento em “procedimento” da jurisdição voluntária, outra coisa bem diferente é alterar o provimento em “processo” da jurisdição voluntária. No processo, houve a intercorrência do contraditório, da ampla defesa, da simetria e da paridade entre os interessados, o que imutabiliza o discurso com a eficácia da coisa julgada material. Isso não permite uma total plasticidade como nos termos do art. 1.111, porque a decisão que sobreveio ao processo encobre um debate, e não se reporta a um simples ato postulatório. Seja denominada uma coisa julgada “*rebus sic stantibus*” ou relativizável, em razão da natureza do direito subjacente, seja o predicado que houver, a questão se recrudescer pela coisa julgada em respeito ao debate dos interessados, que se transformaram em verdadeiras partes de um litígio.

A densidade normativa da relação subjacente é essencial para vislumbrar a margem do mutável, aspecto que é pré-ponderado pelo legislador quando ele separa o “procedimento” do “processo” de jurisdição voluntária. No procedimento, em regra, a mutação é viável, com a total

23 A mutabilidade da decisão sobre os alimentos pertence à reforma da causa de pedir, porque modificado o binômio necessidade-possibilidade. Além da dinâmica social, existe uma mutação jurídica evidente. Utilizei o exemplo apenas para a finalidade de ressaltar as vicissitudes do direito de família enquanto compartimento absolutamente dinâmico, indigno de uma tipificação à velha guarda, porque tremendamente produto de diuturnas amadurecimentos sociais.

24 Denominar uma coisa julgada de “*rebus sic stantibus*” é perigoso, à medida que todas as decisões são “*rebus sic stantibus*” face o princípio da substanciação – a causa de pedir da petição inicial deve se reportar aos fatos e aos fundamentos jurídicos do pedido. Agora, é uma questão de “coeficiente” de variação. Se toda decisão e toda a coisa julgada é “*rebus sic stantibus*”, esse limite diminui ao “grau” mínimo na jurisdição voluntária.

incidência do art. 1.111 do CPC. De outro lado, no processo, em vista do arquétipo de contraditório, ocorre a coisa julgada material e a alteração do julgamento segue a matriz da “ação modificativa” específica ou dos termos que o ordenamento propõe à salvaguarda da natureza social do direito como, por exemplo, o art. 15 da Lei 5.478/68.

Seja a modificação aparelhada em “ação modificativa” específica, seja a modificação aparelhada em mera petição simples. Inclusive, seja ajuizada uma ação rescisória para impugnar o julgamento em jurisdição voluntária, é preciso consolidar que todos os provimentos judiciais se resguardam de um coeficiente do “imutável”. A variação entre eles é “de grau”, do maior ao menor, tudo a depender do contraditório substancial e da natureza do direito discutido. Afinal, a imutabilidade – fator da coisa julgada – é verticalizada na busca do valor pacificação social.

Utilizar o art. 1.111 do CPC para dizer que a “sentença poderá ser modificada” ao talante da discricção do juiz, açodadamente, despreza a coisa julgada e o grau do imutável ao provimento da jurisdição voluntária. Um raciocínio que dispensaria a ação rescisória e ação anulatória dessa espécie de processo. As coisas não andam nesse reducionismo.

Alguma limitação é salutar à relativização dos provimentos profereidos pela jurisdição voluntária. Do contrário, a tutela jurisdicional providenciada perderia o norte que afirma a realidade jurídica das coisas. Portanto, contra uma “decisão” que trabalhou por intermédio da metodologia do contraditório, mesmo no processo de jurisdição voluntária, é cabível a ação rescisória nos casos previstos no código, o que de alguma forma é ratificado pelo próprio sistema normativo (art. 1.030 do CPC).

Alguns casos limítrofes facultam que uma simples “petição” endoprocédimental, como o art. 1.577 do CC, demande a modificação do provimento. Consiste na exceção desse centauro denominado jurisdição voluntária.

Todo o exposto não exclui a teoria do ato processualizado e a sua impugnação pela ação anulatória. Apesar das peculiaridades que fundamentam a jurisdição voluntária, uma precisa noção das diferenças entre o “julgamento” e a “homologação”, bem como entre o “procedimento” e o “processo”, permitem que seja efetuada uma interpretação que confirme o raciocínio então expendido, inclusive, porque em termos da “eficácia e efeito” do direito material processualizado, e da “eficácia e efeito” da tutela jurisdicional proporcionada, não existe um pleno distanciamento

da jurisdição voluntária em relação à jurisdição contenciosa²⁵. Em outras e breves palavras, falando em “tutela” ou em “proteção” ao direito, a jurisdição voluntária se aproxima da jurisdição contenciosa – uma faceta pre-disposta pela moldura institucional do Estado Constitucional brasileiro.

Somente pelo fato de se tratar de processo em jurisdição voluntária, não significa que a ação rescisória e a ação anulatória sejam colocadas em último plano²⁶. Decerto, tais ações são mais raras nessa modalidade de jurisdição. A maior discricionariedade conferida ao juiz e a possibilidade de julgamento com força em juízo de equidade retira espaços dessas demandas. Entretanto, insustentável pensar que tanto a ação rescisória como a ação anulatória seriam absolutamente ausentes em jurisdição voluntária. A equidade não tem toda essa luz, tanto a ação rescisória como a ação anulatória são instrumentos cabíveis em jurisdição voluntária, desde que observados os respectivos pressupostos.

O art. 1.111 do CPC não possui sequer hierarquia normativa para excluir a coisa julgada e a autonomia privada, as quais configuram direitos fundamentais. A doutrina salienta que “a redação do art. 1.111 do CPC, ao contrário do que se diz comumente, ratifica a existência da coisa julgada em jurisdição voluntária, quando afirma que tais decisões somente poderão ser modificadas por fato superveniente. Se nada mudar, a decisão tem de ser respeitada. Toda decisão judicial submete-se à cláusula *rebus sic stantibus*; são normas concretas criadas para regular determinada situação e fato que, se for alterada, exige a criação de outra norma jurídica concreta. É até uma questão de bom senso”²⁷.

A indigitada regra também não exclui o ato processualizado, desde que identificada a estrutura, a funcionalidade e a respectiva fonte normativa, a exemplo do que acontece na separação consensual e na partilha consensual²⁸. Oliveira e Mitidiero enfatizam que “há coisa julgada nos pro-

25 O distanciamento em relação à jurisdição contenciosa ocorre pelo fundamento da eleição do legislador e pela maior flexibilidade da técnica, o que deságua na modificabilidade do provimento em certos casos especiais. Contudo, a separação julgamento X homologação e procedimento X processo permite a sistematização.

26 Contra, José Rubens Costa defende a impossibilidade da ação rescisória e da ação anulatória contra provimento em jurisdição voluntária: “Também não cabe ação anulatória de ato judicial (art. 486) para a revisão da sentença por fatos supervenientes”. O autor conclui: “A exigência de rescisória ou de ação autônoma para apreciar revisão por circunstâncias supervenientes nem tangencia a razão da possibilidade de alteração ou de revisão das sentenças (=acórdãos) voluntárias. Não havendo decisão de mérito, descabe, à evidência, ação rescisória; de ação anulatória de ato judicial não se trata, porque vício algum se alega”. Ver “Ação desconstitutiva de ato processual”, **Revista Forense**, n. 383, p. 202.

27 Didier Jr, **Curso de direito processual civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. V. 1. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 91.

28 Respeitosamente, o que não se pode é imaginar que apenas por não formar a coisa julgada material, os provimentos da jurisdição voluntária permitem um questionamento pela ação anulatória. Seria voltar ao princípio de pensar a ação anulatória como figura caudatória e secundária à ação rescisória. Cada qual possui seu círculo de

cessos de jurisdição voluntária. Perceba-se que o art. 1.111 não afirma a inexistência de coisa julgada. Pelo contrário: declara expressamente a autoridade da sentença na jurisdição voluntária, ao afirmar que essa só poderá ser modificada se houver alteração superveniente da situação fático-jurídica²⁹.

O caso particular da dissolução de uma sociedade conjugal enseja novos dramas. Observa o exemplo da separação de um casal. Na hipótese da separação consensual (arts. 1.120 a 1.124 do CPC), desde o ato inicial da demanda, existe um típico processo de jurisdição voluntária e o acordo é homologado (art. 1.124), o que possibilita a ação anulatória (existe um ato processualizado). De outro lado, mesmo que não houvesse e um litígio fomentasse um julgamento, os interessados não precisariam utilizar a ação rescisória para o único fim de restabelecer os efeitos jurídicos da sociedade conjugal, porque o ordenamento prevê uma solução mais econômica. A ação anulatória seria manejada apenas quando houver uma falta de acordo de um dos interessados para a finalidade de desfazer a separação homologada, quando existe o ato processualizado. A ação rescisória caberia para os casos tipificados na legislação. Se ambos os separandos pretenderem relativizar os efeitos da separação, tendo havido um julgamento e a coisa julgada, mais fácil é fundamentarem a pretensão na previsão do art. 1.577 do Código Civil³⁰, que ostenta uma modalidade de proteção em virtude do caráter social da manutenção da sociedade conjugal.

A coisa julgada material consiste em um direito fundamental (art. 5º, XXXV, da CRFB), é uma das espécies da classe imutabilidade, quando ocorre um julgamento. No entanto, também é considerado um direito fundamental a preservação do núcleo familiar, merecendo especial atenção do Estado (art. 226 da CRFB). No conflito aparente entre tais normas, a proteção da família prepondera em relação à coisa julgada. Justamente por isso que o Código Civil dispõe que a reconciliação do casal (art. 1.577) relativiza a coisa julgada.

O processo é impregnado pelo caráter social do direito material, enfim, pela realidade das coisas. O formalismo pode e deve ser flexibilizado (vide o art. 1.577 do CC) ou, em outros casos, como pode ser sobre-

aplicação, com requisitos próprios e autônomos. Ver **Curso de processo civil**: Teoria geral do processo, v. 1, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 148.

²⁹ **Curso de processo civil**, processo de conhecimento, v. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 276/7.

³⁰ "Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo."

carregado, a depender de questões de política judiciária. Basta confrontar a relativização da coisa julgada pelo art. 1.577 do CC a casos como a irretroatividade do reconhecimento da paternidade (desde o art. 1º, da Lei 8.560/92 ao art. 1.609 do CC/02) e a irreversibilidade da adoção, quando outro processo de antemão houver extinguido o anterior poder familiar (art. 48 da Lei 8.069/90). A proteção dos direitos fundamentais dos filhos reconhecidos ou adotados é reforçada pelo caráter do irreversível à coisa julgada. Uma sobreposição em nome da dignidade.

As situações objetivamente complexas³¹ ratificam a tese. Qualquer experiência em varas de família denota que, geralmente, uma única³² demanda postula: (i) a separação ou divórcio do casal, cumulada (ii) à fixação de alimentos para os filhos, mais a (iii) definição da guarda dos menores, bem como (iv) a partilha dos bens do casal. Em significativa parcela dos casos, a audiência de conciliação resolve as questões dos itens “i”, “ii” e “iii”, ou seja, as partes concordam quanto à separação ou divórcio, guarda e alimentos, a transação é homologada e a demanda (assim dito o processo) é parcialmente extinto, sendo o julgamento e o processo dispensados nesses tópicos. Consoante o exemplo, o julgamento apenas remanesce como necessário ao pedido da partilha (para o item “iv”). Esse ponto restante reclama julgamento e coisa julgada, podendo ser objeto de ação rescisória no futuro.

A causa objetivamente complexa é complexa pelo acúmulo de questões que encerra. A dificuldade não consiste em saber se a demanda é de jurisdição voluntária ou jurisdição contenciosa. O fundamento é intuitivo e fecha o item com uma situação de convergência: não existe uma diversidade axiológica entre a jurisdição voluntária e a jurisdição contenciosa. A diferença entre as modalidades é “de grau”, de intensidade do formalismo, é deontológica. Na jurisdição contenciosa, o formalismo é mais rígido, mais estrito, menos mutável. Em contrapartida, na jurisdição

31 Uma parte da demanda é resolvida pelo julgamento e se imutabiliza em coisa julgada, onde então é cabível a ação rescisória. Outra parcela de questões é composta pelo acordo das partes-interessados, implicando uma homologação enquanto sentença “transparente”, contra a qual é cabível a ação anulatória.

32 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira salienta que no direito de família, frequentemente, a resolução da lide total se fração em diversos momentos ou processos, situação recomendada pela natureza do direito material em discussão: “Pode se tornar demasiadamente complicada a solução do litígio na sua inteireza, de uma só penada. Por outro, muita vez, e o fenômeno não é raro em direito de família, não se verifica ainda a maturação emocional necessária para o equacionamento total do conflito, e o problema deve ser resolvido progressivamente por etapas, a exigir fases sucessivas de acomodação de todos os interessados (pais e filhos, marido e mulher, tutores, conviventes etc)”. Ver **A urgência e o direito de família** (as chamadas medidas provisionais do artigo 888 do CPC). In “[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(2)%20-%20formatado.pdf)”, acesso em 21/05/2012, p. 4.

voluntária, o formalismo é menos rígido, menos estrito, mais mutável. O que justifica os famosos arts. 1.109 e 1.111 do CPC. O formalismo – como totalidade formal do processo – sobre uma variação em intensidade, fenômeno jurídico chamado em atenção por todo o ensaio.

A variação “de grau” não é condicionante para, de plano, afastar o cabimento da ação rescisória ou da ação anulatória. Não consiste em um critério de eleição apriorística. Para quem considera a jurisdição o polo metodológico do processo civil, tanto na jurisdição voluntária como na jurisdição contenciosa existe a jurisdição; para quem considera o processo o polo metodológico, também existe processo nas duas hipóteses. Logo, o cabimento de uma ou de outra ação depende da ocorrência dos pressupostos teóricos previstos para cada qual incidência. A ação anulatória sustentando um ato processualizado; o julgamento e a coisa julgada supõem a ação anulatória.

A conclusão é inevitável e, talvez, surpreenda mais uma aparente desmistificação sobre a falta de diversidade ontológica entre as jurisdições que, propriamente, sobre a ação anulatória. Ora, na jurisdição voluntária pode se desenvolver o “procedimento” e o “processo”. Na primeira espécie, em geral, não seria cabível a ação anulatória (somente a observação da autonomia da vontade no ato postulatório), enquanto o processo é um campo profícuo para o ato processualizado e, por decorrência, para a ação anulatória. O exame do cabimento reclama o caldo teórico proposto. Tanto que o processo em jurisdição voluntária também não exclui a ação rescisória de sua rotina, desde que verificado um julgamento e o re-credescimento, pela coisa julgada, dos argumentos e contra-argumentos debatidos por intermédio da metodologia do contraditório.

Mesmo com as situações objetivamente complexas reunidas em uma única demanda, é necessário identificar onde ocorre a solução heterocompositiva a conviver com a autocomposição. A coisa julgada convive com o ato jurídico perfeito e a autonomia privada. Tudo junto e misturado, com uma profusão própria da dinâmica do processo, como acontece em todos os campos do mundo contemporâneo. O atual quadrante constitucional acompanha tal profusão. Cada vez mais a prática reserva aos operadores, umas situações não prontas e que não merecem um enquadramento em definições tipificadas.

O estudo da partilha judicial qualifica a lógica da questão.

6. Assim como o direito de família, o direito das sucessões também encerra uma gama de situações peculiares quando referido objeto se dinamiza no processo civil. Com o falecimento de uma pessoa, a legislação civil e a legislação processual estabelecem uma série de atos formais, de maneira a possibilitar o levantamento do patrimônio e a decorrente divisão dos quinhões, daí atribuindo a posse e a propriedade das coisas remanescentes aos herdeiros. O inventário corresponde à individualização do patrimônio, o cálculo dos haveres, dos débitos e a liquidação do ativo. A partilha consiste na efetiva divisão dos bens que sobram aos herdeiros.

Para o interesse do processo civil, a legislação permite a subdivisão da partilha em duas grandes classes: a (a) partilha extrajudicial e (b) partilha judicializada.

A partilha extrajudicial não importa para a ação anulatória prevista no art. 486 do CPC, pois não encerra um ato processualizado. Ela pode ser realizada fora da jurisdição, por isso a nota da extrajudicialidade, quando *não* existe um testamento tampouco herdeiros incapazes. Isso não quer dizer que seja obrigatória a partilha extrajudicial, à medida que os interessados podem se utilizar da jurisdição para formalizar a transferência patrimonial. Nesse caso, tudo muda de figura. O sistema normativo permite relativizações, basta examinar os arts. 2.013 e seguintes do Código Civil de maneira sistemática aos arts. 982 e seguintes do Código de Processo Civil.

Aliás, a relativização está pelo caráter social da questão colocada em juízo, o que permite indicar que a matéria pertence à jurisdição voluntária, apesar da topologia no código. A jurisdição voluntária não possui diversidade ontológica para com a jurisdição contenciosa. Portanto, o interesse social da partilha de bens do falecido até pode ser considerada uma temática de jurisdição voluntária – inclusive pelo fato de a jurisdição voluntária não seguir a um estratagema rígido (art. 1.109 do CPC).

As modalidades de partilha se particularizam a depender da sorte dos acontecimentos que a vida ou a morte lhes reserva. A legislação utiliza diversos dispositivos – do Código Civil e do Código de Processo Civil – para regulamentar a matéria, o que decerto influenciou encontradas classificações. Para além das abstratas construções morfológicas, o esforço argumentativo é para consolidar uma proposta, para densificar a utilização de uma realidade, qual seja, o ato processualizado. Para o ato processualizado, importa a intensidade do litígio e a natureza do ato “do” processo que é produzido.

Quando a doutrina civilista formula uma trilogia com base na partilha em vida, na partilha judicial e na partilha amigável, utiliza certas regras do direito material (arts. 2.015 a 2.018 do CC). Ao processualista não é permitida uma importação açodada dessas definições. Ou melhor, até pode se reportar a tais definições, mas sobremaneira trazendo à luz o caldo sistêmico pertinente ao regime do processo. A abertura semântica permite visualizar quando existe um ato processual (julgamento) ou um ato processualizado.

Por exemplo, o Código Civil refere que a denominada partilha em vida (art. 2.018 do CC) é realizada por ascendente, “por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários”. Em si mesmo, o ato de partilhar em vida é um autêntico ato jurídico extrajudicial. Antes de falecer, o sujeito efetua a partilha dos bens a serem destinados aos herdeiros. Nisso não existe nenhum problema, pois se trata de um ato jurídico do direito material. Não existe um ato processualizado. Não cabe ação anulatória. Agora, se a partilha denominada “em vida” for uma operação realizada por ato entre vivos³³ e houver algum herdeiro incapaz (art. 982 do CPC e 2.016 do CC), será necessária a judicialização. E por si só, judicialização não quer dizer que haverá um ato processualizado. A grande *heureka* está no “grau” de litigiosidade e na ocorrência do julgamento versus homologação.

A classificação partilha em vida, partilha amigável e partilha judicial não é totalmente indiferente ao processo, mas merece cuidados. Para o processualista, mais importa é antever, em um primeiro momento, que, diferente da partilha extrajudicial, a partilha judicializada é uma classe que interessa para a definição do regime de impugnação do ato final. Também pudera, não basta visualizar uma construção com base na judicialização ou não judicialização³⁴ da partilha, uma classificação que fundamentou os civilistas e a dogmática que erigiu o Código Civil e o Código de Processo Civil, e deixar de lado o critério em torno do qual se organiza o problema da ação anulatória. Justamente, o critério que norteia o polo metodológico da ciência processual, qual seja, o processo.

Com efeito, analisar a questão pelo prisma da dinâmica do processo permite identificar o processo de partilha e a partilha sem o processo. Uma constatação que vai ao encontro da classificação partilha judicial e extrajudicial, mas não se resume a isso.

³³ Também é necessária a judicialização se a partilha fora documentada por um testamento (art. 982 do CPC).

³⁴ Consoante reiterado, não é a ocasião da topologia que define o meio impugnativo. O fundamental é constatar a essência do fenômeno estudado, sua estrutura, sua função, e sua base jurídica.

O princípio reitor do processo enseja constatar o nível de litigiosidade que se estrutura no próprio processo de partilha. A solução da partilha depende do “grau” de litígio que ocorre na partilha, podendo implicar um julgamento ou uma homologação. Em outras palavras, não é a classificação do judicial ou do não judicial que identifica o cabimento da ação anulatória. O cabimento da ação anulatória é preordenado pelo caráter dos atos praticados no interior da partilha.

Da imagem do processo o núcleo reitor trafega ao ato processualizado. Em processo de partilha que ocorre um julgamento, existe a coisa julgada que somente pode ser desfeita por ação rescisória. A ação anulatória é cabível quando não existem o julgamento e a coisa julgada, quando um ato ou negócio jurídico das partes é processualizado por um ato processual transparente, a sentença homologatória.

A problemática se desdobra na legislação. O art. 2.015 do CC estabelece que “se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz”. A partilha denominada amigável, quando por escritura pública, sequer chega a ser um ato judicializado. Da mesma forma que a partilha em vida, consiste em modalidade de ato jurídico extrajudicial. Somente ocorre um cambiamento subjetivo: ao invés de a partilha ser efetuada pelo titular da herança (antes de morrer, obviamente, conforme o art. 2.018 do CC), agora, são os próprios herdeiros quem realizam a partilha. O que não permite uma ação anulatória tampouco uma rescisória. As figuras do processo não devem ser forcejadas em classificações do direito civil, necessário é uma compreensão de ductibilidade.

Em contrapartida, a partilha amigável pode ser formalizada por termo nos autos ou por escrito particular, desde que homologado pelo juiz. Justamente, as referidas modalidades de internalização de um ato ou negócio jurídico das partes ao processo civil. A partilha amigável indica um acordo plurilateral de vontades, no qual os herdeiros se tornam credores e devedores de direitos e obrigações recíprocas. A convenção se formaliza com a participação dos interessados que, necessariamente, são pessoas capazes. A estrutura, a finalidade e a fonte da partilha amigável corresponde à regulação do ato processualizado: o direito material pauta o negócio jurídico + a institucionalização subsequente (ou concomitante, no caso do termo). A celebração é trazida ao processo para produzir efeitos com a homologação judicial. O padrão do ato processualizado é respeitado na integralidade.

A Lei 11.441/07 alterou a redação do art. 982 do CPC, agora evidenciando que tanto a partilha quanto o inventário podem se desenvolver extrajudicialmente: “Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, *poderá* fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário”. A tendência é reduzir o crescimento exponencial de matérias submetidas ao Judiciário, delegando funções, outrora reputadas típicas, aos cartórios extrajudiciais. A reforma salienta a natureza translitigiosa da partilha amigável que, no caso da formalização extrajudicial, sequer é seguida de uma homologação judicial. Merece anotação é que eventuais invalidades buscam fundamentos nos direitos materiais, com o regime jurídico dos atos jurídicos em geral, assim como o procede a ação anulatória se a impugnação for apontada contra o ato processualizado.

Para a finalidade da aplicação da teoria à prática, impende identificar que na partilha amigável não existe contenciosidade real. Essa partilha dispensa um julgamento e a sua consequência do imutável – a coisa julgada atribuída ao julgamento. A partilha amigável encerra um negócio jurídico, produto da alta força normativa da autonomia privada e, por outro lado, decresce a necessidade do julgamento e da coisa julgada. Afinal, o ato jurídico perfeito chega ao mesmo resultado no plano da vida. A figura do juiz apenas observa a igualdade material dos interessados, a natureza social dos direitos em questão e a capacidade de disposição dos intervenientes.

O objeto do processo amigável da partilha é capitaneado pelos interesses comuns dos sujeitos. Não existe um litígio. O provimento judicial que o termina simplesmente confere a nota de oficialidade aos subjacentes atos e negócios jurídicos celebrados pelas partes, sem efetuar um julgamento. A própria lei refere que o acordo por termo ou por escrito particular poderá ser homologado (art. 2.015 do CC). Uma sentença transparente.

O esboço teórico respalda o art. 1.029 do CPC: “A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada, por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz. Parágrafo único. O direito de propor ação anulatória de partilha amigável prescreve em 1 ano, contado este prazo: I – no caso de coação, do dia em que ela cessou; II – no de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato; III – quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade.” Uma ressalva impor-

tante é o prazo especial para esse caso de invalidação – um ano, sendo de natureza decadencial, uma norma pertencente ao direito material, mas que é formalmente alocada no Código de Processo Civil.

Além da fórmula amigável, também pode ocorrer um litígio na partilha judicializada. Da judicialização ao raciocínio do processo e, conseqüentemente, ao ato de julgamento *versus* ato de homologação.

Os civilistas denominam essa modalidade de partilha judicial. Na verdade, é uma partilha litigiosa, pois a partilha amigável também pode ser judicial.

A hipótese subentende uma divergência entre os herdeiros (litígio) ou quando algum deles for juridicamente incapaz. A lógica é antípoda à da partilha amigável, porque existe a contenciosidade ou a necessidade da integração da capacidade jurídica do incapaz através da ponderação judicial. Tais peculiaridades fazem necessário um juízo de valor, com o aprofundamento cognitivo do magistrado na leitura da causa, o que resulta em um *juízo*.

O juiz resolve a controvérsia pela heterocomposição, seja pacificando o litígio, ou seja para garantir os interesses do incapaz, de qualquer maneira, a sua intervenção é uma decisão que reconstrói a norma jurídica no plano jurisdicional e se imutabiliza pela coisa julgada material. O julgamento qualificado pela coisa julgada material é impugnável pela ação rescisória, sendo o art. 1.030 do CPC autoexplicativo: “É rescindível a partilha julgada por sentença: I – nos casos mencionados no artigo antecedente; II – se feita com preterição de formalidades legais; III – se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja.”

Além dos fundamentos do art. 1.030 do CPC, ainda incidem as causas do art. 485 do CPC, à medida que complementam sistematicamente. “Os casos de rescindibilidade de partilha (art. 1.030) não excluem as demais hipóteses de rescisória (art. 486), somam-se”³⁵.

A doutrina reflete a dupla ordem de meios impugnativos. “Nos casos em que a partilha de bens em inventário ocorrer de forma consensual, o meio para sua desconstituição é a propositura da ação anulatória, ao passo que a ação rescisória se destina às hipóteses de partilha judicial. Assim, havendo incidentes e controvérsias judiciais nos processos de inventário, é cabível a ação rescisória da sentença de partilha, e não a anulatória, pois tal decisão não era meramente homologatória.” A sistematização é visível: “O art. 1.029 do CPC trata da anulação da partilha e o art.

35 “Ação desconstitutiva de ato processual”, *Revista Forense*, n. 383, p. 203.

1.030 refere-se à rescisão. Representam, assim, a especificação, no tema de que tratam, dos arts. 486 e 485 do CPC, respectivamente. Prestam-se, portanto, como um veio útil para a interpretação dos dispositivos especiais sobre a partilha³⁶.

O art. 2.027 do Código Civil pode ensejar alguma confusão, porque reúne situações incompatíveis – o julgamento e a anulação – no mesmo dispositivo: “A partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos. Parágrafo único. Extingue-se em um ano o direito de anular a partilha”. O retrato da formação contracentrípeta e autofágica da ação anulatória. O texto da norma é infeliz, pois, quando existe um juízo de valor e se forma a coisa julgada material, a respectiva impugnação se instrumentaliza pela ação rescisória. De outro lado, na hipótese da ausência do julgamento, quando ocorre o fenômeno do ato processualizado, o sistema possibilita a sua invalidação por intermédio da ação anulatória.

7. Não é o fato de tramitar em jurisdição voluntária ou na jurisdição contenciosa que define, dogmaticamente, o regime de impugnação – entre ação anulatória³⁷ ou ação rescisória. Em cada uma dessas modalidades, será possível identificar meros procedimentos ou verdadeiros processos (procedimento em contraditório) que, por sua vez, reclamam um encerramento por intermédio de uma decisão. A decisão recrudescer o debate entre os contendores através da coisa julgada, como um efeito da tutela jurisdicional; de outro lado, quando o ato derradeiro do procedimento é uma homologação, daí não existe um julgamento/decisão, mas um ato dos interessados que se imutabiliza como um ato jurídico perfeito, assim dispensando a força de coisa julgada da tutela jurisdicional.

A diferenciação se torna ainda mais evidente quando estudada a partilha no inventário, pois a própria legislação reitoria da matéria reserva

36 FERNANDES JR., Clito. “Partilha judicial, via processual adequada à desconstituição”. *Revista dos Tribunais*, n. 551, p. 58.

37 O estudo cuidadoso da jurisprudência reflete a fórmula: “AÇÃO ANULATÓRIA DE PARTILHA. DIREITO SUCESSÓRIO. GÊNERO NÃO E SUCESSOR DE SOGRA. MAS PELA MEAÇÃO, DECORRENTE DO CASAMENTO EM REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL, OS BENS SE COMUNICAM. FALECENDO O GÊNERO, SEUS FILHOS DEVEM SUCEDÊ-LO E, SE MENORES, IMPONDO-SE A ATUAÇÃO DO *CUSTOS LEGIS* NO INVENTÁRIO DA AVÓ AINDA NÃO TERMINADO. PARA ANULAR PARTILHA AMIGÁVEL HOMOLOGADA JUDICIALMENTE E CABÍVEL AÇÃO ANULATÓRIA E NÃO RESCISÓRIA (ART-486 DO CPC)”. (Apelação Cível Nº 595146812, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eliseu Gomes Torres, Julgado em 08/08/1996). No mesmo sentido, em julgado clássico: “AÇÃO RESCISÓRIA. CARÊNCIA DE AÇÃO POR SER O CASO DE ANULATÓRIA. APLICAÇÃO DO ART-486 DO CPC. TRATANDO-SE DE ATAQUE A SENTENÇA QUE HOMOLOGA A PARTILHA “AMIGÁVEL” NO INVENTÁRIO, A AÇÃO ADEQUADA É A ANULATÓRIA. APLICAÇÃO DO ART-486 DO CPC. JURISPRUDÊNCIA DO STF.” (Ação Rescisória Nº 500415252, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elias Elmyr Manssour, Julgado em 16/08/1983)

espaços ao julgamento e à homologação, com as respectivas impugnações por ação rescisória e por ação anulatória. O quadro assinala as duas modalidades de partilha para com a respectiva impugnação:

Modalidade da partilha	Regime jurídico da <i>invalidade</i>	Prazo
Art. 1.029 do CPC: a partilha judicializada ³⁸ e sem litígio, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser <i>anulada</i> , por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz	Ação anulatória do ato processualizado (art. 486 do CPC)	Art. 1.029, parágrafo único, do CPC: O direito de propor ação anulatória de partilha amigável prescreve em <i>1 ano</i> , contado este prazo: I – no caso de coação, do dia em que ela cessou; II – no de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato; III – quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade. Tecnicamente, merece a ressalva que o prazo é de natureza decadencial.
Art. 1.030 do CPC: a partilha judicializada e com litígio é <i>rescindível</i> porque é <i>ulgada</i> por sentença	Ação rescisória (art. 485 do CPC)	Dois anos (art. 496 do CPC)

Havendo o litígio ou o suprimento judicial de incapacidade, acontece o julgamento e a decisão consolida a coisa julgada material. A impugnação ocorre pela ação rescisória ajuizável em dois anos.

Ausente o litígio ou a incapacidade e, no seu lugar, presente o negócio jurídico dos interessados, a hipótese reproduz um ato processualizado, um ato das partes sobre o qual está colocada uma chancela judicial de publicização. A ação anulatória é cabível no prazo decadencial de um ano. ❖

³⁸ Quando não é judicializada e não existe um litígio, a partilha amigável formalizada por escritura pública pode ser impugnada por ação genérica, com fundamento no direito material.

REFERÊNCIAS

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**, v. I. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

COSTA, José Rubens. "Ação desconstitutiva de ato processual", **Revista Forense**, n. 383.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. V. 1. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Instituições de direito processual civil**, v. II. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

_____. "Procedimento e processo (teoria generale)". **Enciclopedia del diritto**, v. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986.

FORNACIARI JR., Clito. "Partilha judicial, via processual adequada à desconstituição". **Revista dos Tribunais**, n. 551.

LACERDA, Galeno. "Ação rescisória e homologação de transação". **Revista da Ajuris**, n. 14.

MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. **Ação anulatória**. Art. 486 do CPC. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: Teoria geral do processo**, v. 1, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. A urgência e o direito de família (as chamadas medidas provisionais do artigo 888 do CPC). In "[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(2)%20-%20formatado.pdf)", acesso em 21/05/2012.

_____. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____ ; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de processo civil**, processo de conhecimento, v. 2. São Paulo: Atlas, 2012.

PICARDI, Nicola. **La successione processuale**. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964.

SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo**: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.