

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
DJU nº 72, de 16/04/1999, p.1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça
Registro nº 37 – Portaria nº 1, de 26/10/1998
DJU de 05/11/1998, p.137 - Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999 – DJ 22/06/1999

nº 79 jan./mar. 2021

Sobre o conceito de jurisdição voluntária¹

Robson Renault Godinho*

Sumário

1. Introdução. 2. Jurisdição voluntária: aproximação conceitual a partir da doutrina de Cândido Rangel Dinamarco. 3. Jurisdição voluntária e jurisdição contenciosa. 4. O problema da existência de litígio. 5. A formação de coisa julgada material. 6. Conceituação de jurisdição voluntária. 7. Considerações finais.

1. Introdução

Este texto foi escrito com o propósito específico de homenagear o Professor Cândido Rangel Dinamarco, cuja dedicação ao estudo do Direito Processual Civil é fundamental para a evolução doutrinária e para a formação de gerações de estudiosos e profissionais. Entre sua vasta e profunda produção doutrinária, optei por abordar o tema da jurisdição voluntária, tema que foi objeto de alguns de seus escritos e, ao mesmo tempo, não recebe a devida atenção da doutrina, apesar de sua inegável relevância prática e das complexidades teóricas. Com efeito, em uma publicação destinada a homenageá-lo – que, por via transversa, acaba por homenagear aqueles que dela participam, por vincularem-se ao homenageado –, a tarefa de encontrar um tema para escrever se apresenta especialmente árida, não só pelo receio de produzir um trabalho em nível aquém aos que integram a presente publicação, como também por não haver tema processual que o Professor Cândido Rangel Dinamarco não tenha tratado com rigor doutrinário e elegância de estilo. Diante desse quadro, ante a relativa facilidade de encontrar pertinência temática entre assuntos com que tenho alguma familiaridade² e a vasta produção do homenageado e, ao mesmo tempo, a dificuldade de aprofundar um assunto por ele já tratado, optamos por lançar breves notas conceituais a partir dos escritos do homenageado sobre o tema.

Interessa-nos neste breve artigo descrever o entendimento do homenageado sobre a jurisdição voluntária e, a seguir, analisá-lo criticamente, assinalando a artificialidade dos critérios distintivos entre a jurisdição voluntária e a denominada

¹ Texto originalmente escrito para volume em homenagem ao Professor Cândido Rangel Dinamarco.

* Pós-doutorado pela UFBA. Doutor e Mestre pela PUC/SP em Direito Processual Civil. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

² Em coleção com outros autores, visando a comentar os artigos do Código de Processo civil cujo primeiro volume é de autoria precisamente do Professor Cândido Rangel Dinamarco, acabei me dedicando ao tema mais amplamente: *Comentários ao Código de Processo Civil: dos procedimentos de jurisdição voluntária*. São Paulo: Saraiva, 2018, vol. XIV.

jurisdição contenciosa, não sendo nosso propósito inventariar pormenorizadamente os vários posicionamentos doutrinários ao longo do tempo. A reconstrução histórica dos diversos pensamentos fundamentais sobre a jurisdição voluntária já foi realizada por diversas obras clássicas da doutrina brasileira³ e faremos referência às indicações bibliográficas no decorrer do texto, especialmente em relação à natureza jurídica⁴.

2. Jurisdição voluntária: aproximação conceitual a partir da doutrina de Cândido Rangel Dinamarco

O estudo da jurisdição voluntária às vezes parece ocorrer em uma espécie de túnel do tempo, em que ideias são repetidas irrefletidamente e sem o devido cotejo com os contornos legislativos. Nesse contexto, Cândido Rangel Dinamarco contribuiu sempre com sua visão crítica, afastando, por exemplo, a antiga ideia de que a jurisdição voluntária não é jurisdição nem é voluntária: “no estado atual da ciência do processo a afirmação de que a jurisdição voluntária não é jurisdição nem voluntária não passa de um gracejo destoante dos conceitos hoje aceitos”⁵. A própria natureza jurisdicional da jurisdição voluntária ainda é negada por grande parte da doutrina, ainda que essa ideia não resista a qualquer análise mais detida no direito positivo brasileiro e não venha encontrando tanto respaldo em manifestações doutrinárias mais recentes⁶. Também Cândido Rangel Dinamarco atribui natureza jurisdicional à

³ Sem prejuízo de outras referências, os dois estudos fundamentais na doutrina brasileira são estes: FREDERICO MARQUES. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. Campinas: Millenium, 2000. LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada (Jurisdição Voluntária)*. Belo Horizonte: Bernard Alvares, 1961. Uma análise de diversos posicionamentos doutrinários pode ser encontrada com proveito em PRATA, Edson. *Jurisdição Voluntária*. São Paulo: LEUD, 1979; e LUCENA, João Paulo. *Natureza Jurídica da Jurisdição Voluntária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. Abordagem original e também com descrição dos vários posicionamentos em GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Revista de Processo* nº 69. São Paulo: RT, janeiro-março de 1993. Sobre questões conceituais, os estudos de Leonardo Greco igualmente se mostram fundamentais: *Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003. *Instituições de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. 1. *Instituições de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. II. *Jurisdição voluntária. Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. Alvim Wambier. Didier Jr. Talamini. Dantas (coord.). 3ª ed. São Paulo: RT, 2016.

⁴ Sobre a concepção administrativista da jurisdição voluntária, é esclarecedor o seguinte trecho: “Segundo opinião dominante na literatura nacional, a atividade desempenhada pela autoridade judiciária nos feitos englobados na rubrica ‘jurisdição voluntária’ tem natureza administrativa. É o entendimento adotado em outros países. Essa concepção origina-se e floresce, compreensivelmente, nos ordenamentos que investem leigos nos órgãos encarregados de prestar semelhante serviço aos interessados. A este aspecto, acrescentam-se dados ideológicos, tendentes a taldar a clareza” (ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: 2015, RT, p. 578/579, vol. I).

⁵ *Instituições de Direito processual Civil*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2020, p. 410, vol. I.

⁶ “As principais objeções à tese jurisdicional não resistem à mais breve análise: a) a predominância do caráter preventivo, e não repressivo, não serve para destituí-la da condição de jurisdição, porque a função cautelar é eminentemente preventiva; (b) a natureza constitutiva do provimento do juiz e não declarativa (apesar de o órgão judiciário realizar o direito objetivo na jurisdição voluntária) encontra-se em outras resoluções contenciosas; (c) há partes no processo de jurisdição voluntária, porque há pedido e figurantes na relação processual; (d) a ausência de coisa julgada, além de mostrar-se controversa ante o disposto no art. 1.111 do CPC/1973 – embora não reproduzida em termos genéricos, a disposição imunizava o provimento aos fatos supervenientes e tal sói ocorrer a qualquer sentença transitada em julgado –, verifica-se, por igual, em alguns processos de jurisdição contenciosa (v. g. na execução); e) o órgão judiciário atua imparcialmente e tem a palavra final no assunto. Essa última característica – a palavra final – basta para definir como jurisdicional o conjunto de atividades desenvolvidas na rubrica da jurisdição ‘voluntária’. E convém acrescentar: nenhuma

jurisdição voluntária⁷, mas também entende não ser possível sustentar a existência de coisa julgada material diante da expressa adesão do legislador ao conceito de “lide”, acrescentando, porém, que “isso não significa que as sentenças proferidas em sede de jurisdição voluntária sejam desprovidas de qualquer grau de imunização”⁸.

Em linhas gerais, tradicionalmente se considera a jurisdição voluntária como procedimento sem litigiosidade⁹ e com inexistência de partes com interesses inicialmente antagônicos¹⁰, mas isso não lhe confere uma espécie de imunização em relação às normas gerais do CPC, sem contar que, não raro, haverá, sim, litígio e interesses antagônicos, ainda que não sejam essas as notas essenciais que caracterizam tais procedimentos, não devendo mais ser reproduzida a antiga ideia de que a jurisdição voluntária não é nem jurisdição nem voluntária¹¹, diante do sistema legislativo brasileiro.

das características da jurisdição ‘voluntária’ acomodam-se à atividade administrativa” (ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: 2015, RT, p. 579/580, vol. I).

⁷ Precisa síntese é encontrada em DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Processo*. 32ª ed. São Paulo, Malheiros/JusPodivm, 2020. p. 284/288. Assim como em DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito processual Civil*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2020, p. 409/413, vol. I.

⁸ Procedimentos especiais de jurisdição voluntária. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 396. Tomo I. A posição de Dinamarco nesse particular é mais bem desenvolvida em *A Instrumentalidade do Processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 149/150; deve-se conferir, com proveito, para entender o pensamento de Dinamarco, seu desenvolvimento para admitir a “coisa julgada arbitral”: *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 202/207. Registre-se que na nota 22 ao volume que traduziu de Enrico Túlio Liebman, Dinamarco pareceu então simpático a essa tese que era, como já afirmado, amplamente aceita (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Cândido Rangel Dinamarco (trad.). Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 32, vol. I), mas que restou superada, como reconhece o próprio Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil: das normas processuais civis e da função jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 158, vol. I). Faremos outras referências sobre a coisa julgada material na jurisdição voluntária no decorrer deste artigo, já antecipando que discordamos nesse ponto com Dinamarco, mas o tema foi tratado com mais profundidade e com outras indicações bibliográficas em GODINHO, Robson Renault. *Comentários ao Código de Processo Civil: dos procedimentos de jurisdição voluntária*, vol. XIV. José Roberto F. Gouvêa. Luis Guilherme A. Bondioli. João Francisco N. da Fonseca (coord.). São Paulo: Saraiva, 2018. p. 99/126.

⁹ Para Cândido Rangel Dinamarco, a jurisdição voluntária não tem por “objeto um conflito de interesses a ser diretamente dirimido. No máximo serão questões controversitas entre dois ou mais sujeitos mas a solução dessas controvérsias não se pauta pela busca da determinação do sujeito merecedor da tutela jurisdicional e daquele que deve suportar decisões desfavoráveis. Entre os vários critérios que ao longo dos anos foram propostos para a conceituação de jurisdição voluntária, o que mais atende às realidades da jurisdição voluntária é aquele proposto por Giovanni Cristofolini há quase um século, segundo o qual, no exercício desta, o juiz sabe de antemão a qual sujeito ou a quais os sujeito aos quais virá a conceder a tutela jurisdicional”, ressaltando que o juiz sempre atua com imparcialidade (*Comentários ao Código de Processo Civil: das normas processuais civis e da função jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 157, vol. I. Ainda: *Instituições de Direito processual Civil*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2020, p. 410/413, vol. I.).

¹⁰ Cf. GRECO, Leonardo. *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. Alvim Wambier. Didier Jr. Talamini. Dantas (coord.). 3ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1851. Exemplifica o autor no livro e página citados: “Há na jurisdição voluntária procedimentos em que os únicos interessados no provimento jurisdicional pleiteado em comum são os próprios requerentes ou é o próprio requerente, como no divórcio consensual ou no pedido de alvará para venda de imóvel de incapaz. Há outros em que, embora haja outros interessados, que venham a ser destinatários do provimento jurisdicional, não é possível ou previsível que esse provimento venha a causar qualquer prejuízo aos seus interesses, como nas notificações ou retificações de registros públicos”. Cândido Rangel Dinamarco considera o juiz como administrador de interesses privados, criando situações novas capazes de ensejar proteção a um ou ambos os sujeitos, apesar de ressaltar que sempre estará presente, com maior ou menor intensidade, alguma situação conflituosa (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito processual Civil*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2020, p. 410/412, vol. I.).

¹¹ *Instituições de Direito processual Civil*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2020, p. 410, vol. I.

Afirma Cândido Rangel Dinamarco que alguns atos que se enquadram como jurisdição voluntária são, na realidade, puramente administrativos, como aqueles de mera certificação ou pura recepção e publicidade, não se referindo a conflitos e não se enquadrando como atos de jurisdição voluntária. Vê como nota distintiva da jurisdição contenciosa o fato de que, na jurisdição voluntária, há uma “destinação a dar tutela jurisdicional a um dos sujeitos do processo, sabendo-se de início a qual deles ela poderá ser dada e excluindo-se que a outro o seja”¹². E define jurisdição voluntária como “atividade jurisdicional destinada a pacificar pessoas mediante a tutela de uma delas ou a ambas em casos de conflitos diante do juiz sem confronto entre possíveis direitos de uma ou de outra”, apontando as seguintes características distintivas: “a) é atividade jurisdicional e não administrativa, b) destina-se à tutela de pessoas em casos de conflito, c) não consiste em dirimir diretamente o conflito entre elas, d) conseqüentemente, não são julgadas pretensões antagônicas, e) destina-se a dar tutela a uma das partes, previamente determinada, ou a ambas, sem se colocar para o juiz a escolha entre tutelar uma delas ou a outra, f) apesar disso, deve sempre ser exercida pelo juiz com inteira imparcialidade”¹³.

Encerra-se este item lembrando posicionamento bastante antigo de Cândido Rangel Dinamarco no sentido de que na jurisdição voluntária a intervenção do Ministério Público não ocorrerá em todas as causas, devendo ser combinada sua intervenção com as hipóteses genéricas previstas no Código de Processo Civil¹⁴, o que foi acolhido pela jurisprudência¹⁵ e acabou consagrado no art. 721, CPC¹⁶.

3. Jurisdição voluntária e jurisdição contenciosa

Os contornos conceituais da jurisdição voluntária tradicionalmente são expostos em contraposição ao que se entende como característico da denominada jurisdição contenciosa, de modo que a doutrina costuma enfatizar características que diferenciam uma da outra.

¹² *Instituições de Direito processual Civil*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2020, p. 412, vol. I.

¹³ *Instituições de Direito processual Civil*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2020, p. 411/413, vol. I.

¹⁴ Ministério Público e jurisdição voluntária. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ª ed, vol. I. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 399/406. Para uma análise complementar sobre o tema: MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. XII. São Paulo: RT, 1982. p. 43. CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. X. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 14/18. NERY JÚNIOR, Nelson. Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária. *Revista de Processo*, nº 46. São Paulo: RT, abril-junho de 1987. LUCENA, João Paulo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 15. São Paulo: RT, 2000. p. 68/72. Já em referência ao atual Código: GODINHO, Robson Renault. *Comentários ao Código de Processo Civil*: dos procedimentos de jurisdição voluntária. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 65/86, vol. XIV.

¹⁵ No primeiro julgado sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça, na fundamentação do acórdão constam transcrições do referido trabalho de Dinamarco: REsp 364/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 05/09/1989, DJ 18/12/1989, p. 18476.

¹⁶ Como o atual Código manteve dispositivos com previsão de anacrônica intervenção do Ministério Público, é possível que a discussão ainda prossiga. Entendo, porém, que também nos arts. 734, §1º, 735, §2º, 737, §2º, 739, §1º, I, 740, §6º, 745, §4º, somente ocorrerá intervenção do Ministério Público se presente alguma hipótese do art. 178, CPC. Ou seja: em todos os casos o art. 721 incidirá, mesmo que haja determinação específica de intervenção.

Quando se afirma, por exemplo, que a jurisdição voluntária não é nem jurisdição nem voluntária, ou que inexistente conflito de interesses, não há partes e não há formação de coisa julgada material, busca-se, na realidade, conceituar a jurisdição voluntária a partir de tentativa artificial de generalizar critérios que serviriam para distingui-la ontologicamente da jurisdição contenciosa. José Frederico Marques, por exemplo, aponta como característica essencial da jurisdição voluntária não ter como pressuposto uma situação contenciosa¹⁷ e citações nesse sentido poderiam se multiplicar.

Confira-se, a propósito, o que constou em conhecido julgado do Superior Tribunal de Justiça que bem sintetiza o conceito tradicional de jurisdição voluntária, cristalizando tudo o que foi escrito pela doutrina clássica e sedimentando também o entendimento jurisprudencial: “a ‘jurisdição voluntária’ distingue-se da contenciosa por algumas características, a saber: na voluntária não há ação, mas pedido; não há processo, mas apenas procedimento; não há partes, mas interessados; não produz coisa julgada, nem há lide”¹⁸.

Essa noção conceitual sobre a jurisdição voluntária é bem aceita pela doutrina e jurisprudência, mas está longe de ser imune a problemas relacionados ao próprio direito positivo, que inclui sob aquela epígrafe situações tão heterogêneas que acabam por infirmar qualquer tentativa de sistematização abstrata. Além disso, ao se entender que não há processo na jurisdição voluntária, abre-se a possibilidade de afastá-la do sistema do Código, excluindo as partes e fortalecendo o protagonismo judicial.

A divisão entre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária hoje se revela ainda mais artificial, não sendo mais possível entender que a nota distintiva está no exercício de atividades administrativas pelo Judiciário. Na jurisdição voluntária, há interpretação/aplicação do direito e a decisão é apta para formar coisa julgada material, como será visto mais detalhadamente.

Há doutrina recente que ainda entende que, do ponto de vista prático, na jurisdição contenciosa, existe um conflito entre as partes, enquanto na jurisdição voluntária há consenso¹⁹, mas, como será visto, também aqui não reside a nota distintiva, já que é ínsita à jurisdição voluntária a potencialidade do conflito²⁰.

¹⁷ FREDERICO MARQUES. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. Campinas: Millenium, 2000. p. 218.

¹⁸ STJ - REsp 238.573/SE, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 29/08/2000, DJ 09/10/2000, p. 153.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 156, vol. 1.

²⁰ Como dito, mais adiante desenvolveremos esse argumento, mas, por ora, podemos ilustrar o afirmado com esta passagem: “Pode o devedor ou responsável, antes de ser intimado para o cumprimento de sentença, comparecer perante o juiz competente e oferecer em pagamento o valor que entender devido, de modo semelhante a uma ação de consignação em pagamento incidental, só que sem a recusa do credor em receber a prestação. Exatamente por não pressupor a resistência prévia do credor, trata-se de jurisdição voluntária incidental” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 530, vol. 5). Acrescentam os autores com inteira razão: “como acontece em qualquer procedimento de jurisdição voluntária, pode dar ensejo a uma controvérsia, após a ouvida do interessado, que no caso é o credor”. Há ainda que considere a dispensabilidade do juiz como critério “para saber se uma determinada atividade desenvolvida pelo juiz é de jurisdição contenciosa ou voluntária, basta que se indague se a presença do juiz é ou não dispensável para se alcançar o resultado pretendido” e em seguida afirma-se que, no processo de

Registre-se que a polêmica envolvendo a natureza jurídica da jurisdição voluntária serviu para estimular a ideia de que, nesse campo, haveria hipertrofia dos poderes judiciais e possibilidade de julgamento por equidade, de modo que a fixação de que se trata de atividade jurisdicional é essencial para que não se permita a continuidade da ideia de que a jurisdição voluntária é uma espécie de dimensão à parte do CPC e, portanto, não é alcançada por suas normas gerais.

A jurisdição estatal não é algo exclusivo de regimes democráticos – e a história é pródiga em exemplos que ilustram sistemas totalitários que se valem da jurisdição como componente de arbítrio e também de democracias que têm na jurisdição estatal um problema incômodo²¹ –, mas, em um Estado constitucional democrático, não há dúvidas de que a atividade jurisdicional deve assumir uma feição compatível com seus fundamentos e a jurisdição voluntária não pode ser considerada uma espécie de universo paralelo em que se confere um protagonismo jurisdicional²² que não encontra mais espaço, de modo que a participação das partes²³ e interessados e sua comunicação com a Parte Geral do Código de Processo Civil são componentes fundamentais que decorrem do reconhecimento de sua natureza jurisdicional e da artificialidade nas notas distintivas em relação à jurisdição contenciosa tradicionalmente utilizadas²⁴.

inventário, essa presença é indispensável porque esse procedimento “requer a proferição de uma decisão de mérito que irá julgar o cálculo de imposto e de uma sentença que decidirá sobre a partilha. Não importa indagar se existirá efetivamente conflito entre as partes e o Fisco, ou entre os próprios herdeiros, mas sim se esta possibilidade existe, como em qualquer processo jurisdicional de natureza contenciosa” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 15/16, vol. IX, tomo I). A própria legislação desconstruiu essa ideia, ao permitir o inventário extrajudicial, para ficarmos com o exemplo que sustentou tal posicionamento.

²¹ CF. TARUFFO. Democracia y jurisdicción. *Proceso y Decisión: lecciones mexicanas de derecho procesal*. Boichio, Valle e Alfonso (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 25/27.

²² A doutrina brasileira clássica sempre elencou entre os “princípios” da jurisdição voluntária a “inquisitorialidade”, chegando a afirmar Edson Prata que “o princípio inquisitório atinge, nos procedimentos de jurisdição voluntária o seu clímax” (PRATA, Edson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 35, vol. VII).

²³ Um exemplo até certo ponto singular da participação das partes na formação da prova, conferindo-lhe inegável valor democrático que repercute em sua legitimidade, está no artigo 471, CPC, além, é claro dos arts. 190, 191 e 357, todos também do CPC, e no esquecido art. 109, CC.

²⁴ Na doutrina brasileira, defendem a natureza jurisdicional, exemplificativamente: CALMON DE PASSOS, J. J. *Da Jurisdição*. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1957, p. 50/55. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 4/10. Tomo XVI. PRATA, Edson. *Jurisdição Voluntária*. São Paulo: LEUD, 1979, p. 74/77. CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 256/267, vol. I, tomo I. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Revista de Processo nº 69*. São Paulo: RT, janeiro-março de 1993. TESHEINER, José Maria Rosa; LUCENA, João Paulo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, p. 60, vol. 15. *Jurisdição Voluntária*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 40/41. *Natureza Jurídica da Jurisdição Voluntária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 127. SILVA, Ovídio A; Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 30/36, vol. 1. SILVA, Ovídio A; Baptista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: 2000, p. 26/27, vol. 1. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 94/98, vol. I. BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 460/461. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 155/156, vol. 1. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 33. WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 112/114, Vol. 1. *Curso Avançado de Processo Civil*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 346, Vol. 4. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 99/103. DINAMARCO. Cândido Rangel. *Procedimentos especiais de jurisdição voluntária. Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 380/384. Tomo I. *A Instrumentalidade do*

4. O problema da existência de litígio

Em linhas gerais, tradicionalmente se considera a jurisdição voluntária como procedimento sem litigiosidade e com inexistência de partes com interesses

Processo. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 146/152. *Instituições de Direito processual Civil*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2020, p. 410/413, vol. I. ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: 2015, RT, p. 578/580, vol. I. DIDIER JR. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 191/196, vol. 1. Defendem a natureza não jurisdicional, também exemplificativamente: LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada (Jurisdição Voluntária)*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1961. p. 63/70. FREDERICO MARQUES. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. Campinas: Millenium, 2000. p. 63/72. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Campinas: Millenium, 173/179, vol. I. MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1982, p. 15/16, vol. XII. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 12, vol. I. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974. p. 27 e 48. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. V, p. 69 e 83. ARRUDA ALVIM. *Tratado de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1990, p. 239/243, vol. 1. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual Civil*. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 438/439, vol. II. FERRAZ, Cristina. *Jurisdição Voluntária no Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 102/124. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1668. MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 305/307. SILVA, Bruno Freire e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Antonio do Passo Cabral; Ronaldo Cramer (coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1031. OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lenio Streck; Dierle Nunes; Leonardo Cunha; Alexandre Freire (coord.). São Paulo: Saraiva, 2016. p. 954. Para uma abordagem recente sobre a natureza administrativa ou não jurisdicional da jurisdição voluntária: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ainda a polêmica sobre a distinção entre a jurisdição contenciosa” e a “jurisdição voluntária”. *Revista de Processo nº198*. São Paulo: RT, agosto de 2011. Para notícia de direito estrangeiro, além das referências nos próprios autores brasileiros antes citados, com a ressalva de que o nosso estudo deve ser realizado a luz dos sistemas de direito positivo do direito brasileiro: ALLORIO, Enrico. Ensayo polémico sobre la “jurisdicción” voluntaria. *Problemas de Derecho Procesal*. Santiago Sents Melendo (trad.). Buenos Aires, 1963. Tomo II. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958; nessa obra há mudança no pensamento do autor, que passa a defender a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária. JAUERNIG, Othmar. Problemas de qualificação da jurisdição voluntária: judicatura – administração; ato estatal – negócio jurídico privado. Wanderlei de Paula Barreto (trad.). *Revista de Processo nº 39*. São Paulo: RT, julho-setembro de 1985. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2006, item 4.5. DENTI, Vittorio. La giurisdizione volontaria revisitata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, junho de 1987. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Premissas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945–1972)*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. Tomo I. JANNUZZI, Angelo. *Manuale della Volontaria Giurisdizione*. 7ª ed. Milano: Giuffrè, 1995. LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón. *Fundamentos Dogmáticos de la Jurisdicción Voluntaria*. Madrid: lustel, 2012. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria*. Madrid: lustel, 1997, vol. I. *La Reforma de la Jurisdicción Voluntaria*. Madrid: Dykinson, 2015. BUJÁN Y FERNÁNDEZ; GARCÍA MÁZ, Francisco Javier (coord.). *La Jurisdicción Voluntaria: una apuesta por la eficacia*. Madrid: Dykinson, 2016. GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. ¿Quo Vadis, Jurisdicción Voluntaria? Madrid: Reus, 2015. BALMASEDA, Óscar Monje (coord.); LLEDÓ, Francisco outros (dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria: ley 15/2015, de 2 de julio*. Madrid: Dyckinson, 2016. Lembre-se, ainda, do posicionamento particular e autonomista de FAZZALARI, Elio. *La Giurisdizione Volontaria: profilo sistematico*. Padova: CEDAM, 1953. *Instituições de Direito Processual*. Elaine Nassif (trad.). Campinas: Bookseller, 2006. Por fim, encerra-se esta nota exemplificativa com a referência à publicação eletrônica com os relatórios internacionais sobre jurisdição voluntária organizados por Alexey Argunov: *Voluntary (Non-Contentious) Jurisdiction Around the World*. Trata-se de publicação eletrônica originada em Moscou e cuja consulta me foi gentilmente possibilitada pelo professor Alexandre Freitas Câmara, que foi o autor brasileiro convidado para integrar a obra. Trata-se de rico panorama em que fica clara a tendência de desjudicialização de temas afetos à jurisdição voluntária, o que não encontra exata correspondência no atual direito positivo brasileiro. Em seu texto, Alexandre Câmara aponta sobre a escassez estatística acerca dos procedimentos de jurisdição voluntária na prática forense e assinala que a tendência da doutrina brasileira mais recente reconhece sua natureza jurisdicional.

inicialmente antagônicos²⁵, mas isso não lhe confere uma espécie de imunização em relação às normas gerais do CPC, sem contar que, não raro, haverá, sim, litígio e interesses antagônicos, ainda que não sejam essas as notas essenciais que caracterizam tais procedimentos, não devendo mais ser reproduzida a antiga ideia de que a jurisdição voluntária não é nem jurisdição nem voluntária, diante do sistema legislativo brasileiro.

Uma repercussão importante da existência de litígio nesses casos, que pode até ser vislumbrado no início do procedimento, está na fixação de honorários advocatícios na jurisdição voluntária, que somente ocorrerá precisamente em caso de existência de conflito²⁶.

De todo modo, a inexistência de litígio não é uma característica própria da jurisdição voluntária, já que a potencialidade do conflito estará presente em diversas situações, assim como o efetivo litígio não ocorre em todas as hipóteses de jurisdição contenciosa. Mas, como a diferença entre as “jurisdições” é artificial e decorre de política legislativa, não parece ser correto considerar como ontológico o que depende do direito positivo.

5. A formação de coisa julgada material

Outro critério distintivo que caracterizaria a jurisdição voluntária seria a inaptidão para a formação de coisa julgada material. Há que se considerar, porém, que, ainda que isso fosse verdade, não seria suficiente para descaracterizar a natureza jurisdicional. Com efeito, a coisa julgada material não é elemento essencial da jurisdição²⁷, mas somente o pronunciamento jurisdicional apto a produzi-la. Em síntese, pode-se dizer que há jurisdição sem coisa julgada material, mas não há coisa

²⁵ Cf. GRECO, Leonardo. *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. Alvim Wambier. Didier Jr. Talamini. Dantas (coord.). 3ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1851. Exemplifica o autor no livro e página citados: “Há na jurisdição voluntária procedimentos em que os únicos interessados no provimento jurisdicional pleiteado em comum são os próprios requerentes ou é o próprio requerente, como no divórcio consensual ou no pedido de alvará para venda de imóvel de incapaz. Há outros em que, embora haja outros interessados, que venham a ser destinatários do provimento jurisdicional, não é possível ou previsível que esse provimento venha a causar qualquer prejuízo aos seus interesses, como nas notificações ou retificações de registros públicos”.

²⁶ Cf. Superior Tribunal de Justiça: REsp 1524634/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 03/11/2015. AgRg no Ag 1362095/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 10/04/2012, DJe 18/04/2012.

²⁷ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 243/244 e 250/251. Para uma análise crítica das teorias sobre jurisdição: GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2020, com a ressalva de que no livro não há específica referência à jurisdição voluntária, embora a ampla análise teórica realizada pelo autor contribua para a compreensão de qualquer tema que se relacione com a jurisdição.

julgada material²⁸ fora da jurisdição estatal²⁹. E, ainda que o conceito de jurisdição não se vincule à coisa julgada, há uma correlação evidente entre ambos³⁰, de modo que a definição da natureza jurisdicional da jurisdição voluntária é uma premissa essencial para o desenvolvimento do tema – e, como se sabe, não há truísmo nisso, já que é comum dizer que a jurisdição voluntária não é nem jurisdição nem voluntária³¹, o que nos parece um equívoco, como já abordado. A imutabilidade e a indiscutibilidade do que é decidido judicialmente são atributos decorrentes de política legislativa e não são notas ontologicamente imprescindíveis da jurisdição. Trata-se, na realidade, de uma construção técnica para conferir estabilidade e, conseqüentemente, segurança a determinados pronunciamentos jurisdicionais. Essa inegável função prática³² da coisa julgada material e sua necessária conformação legislativa igualmente devem servir como dados fundamentais para a análise do tema, assim como deve ser considerado o regime de formação da coisa julgada.

Por entender que na jurisdição voluntária prepondera a eficácia constitutiva em detrimento da declaratória, Ovídio A. Baptista da Silva, apesar de reconhecer sua natureza jurisdicional, não admite a formação de coisa julgada material, tendo em vista seu entendimento particular acerca da vinculação entre declaração e imutabilidade³³. Em mais de uma passagem de suas densas reflexões sobre a jurisdição voluntária,

²⁸ Embora haja críticas à utilização do binômio coisa julgada formal/coisa julgada material, essa dicotomia será mantida neste texto por questões didáticas. Sobre a crítica à nomenclatura: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 59/61 e 254/266. NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa Julgada*. Antonio do Passo Cabral (trad.). São Paulo: RT, p. 93/102. De todo modo, a coisa julgada formal é uma categoria doutrinária e de pouca relevância para a discussão, já que, por se tratar de espécie de preclusão relacionada ao trânsito em julgado, é categoria comum a todas as decisões.

²⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 48. Cf., ainda, NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa Julgada*. Antonio do Passo Cabral (trad.). São Paulo: RT, p. 141/144. Apreciação crítica em CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 249/251.

³⁰ Por exemplo, confira-se o seguinte trecho que ilustra o afirmado: “A tese da coisa julgada como extinção da obrigação jurisdicional é defendida por Ugo Rocco e Guilherme Estellita. Segundo esta linha de pensamento, seria essencial à jurisdição uma decisão definitiva sobre o direito de ação exercido no processo. O Estado, ao assumir a exclusividade da resolução de conflitos, reprimindo a autotutela, tem a obrigação de prestar jurisdição aos indivíduos. A sentença seria o momento máximo desta atividade, e só poderíamos imaginar que o Estado exaure seu dever (*functus officio*) de ofertar jurisdição quando a sentença final tornar-se inimpugnável, e é nesta função extintiva que a coisa julgada buscaria seu fundamento. Assim, esta concepção parte de uma visão funcionalista da coisa julgada, que presta apenas para eximir o Estado de seu dever de ‘prover com imutabilidade’. Em nosso sentir, esta maneira de pensar o instituto nada diz a respeito da coisa julgada em si, mas incorpora o instituto da *res iudicata* no conceito de jurisdição, como se a função jurisdicional só fosse completa nas decisões com força de coisa julgada. De certa forma, aderem a esta ideia, em alguma medida, todos os autores que admitem ser a coisa julgada um dos aspectos que diferenciam a jurisdição contenciosa da jurisdição voluntária, mesmo quando, no que se refere especificamente à natureza jurídica da *res iudicata*, manifestem sua preferência por outras teses” (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 73).

³¹ FRÉDERICO MARGUES. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. Campinas: Millenium, 2000. p. 58.

³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. *Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 135. Como afirma Liebman, “a coisa julgada torna impossível ou inoperante a demonstração da injustiça da sentença”. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 3a ed. Trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover (textos posteriores). Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 182.

³³ *Curso de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 35, vol. 1.

Leonardo Greco também entende não haver aptidão para a formação de coisa julgada material, salvo se houver litígio superveniente³⁴. Em trabalho específico sobre jurisdição voluntária, Leonardo Greco observa que “dizer que na jurisdição voluntária não se forma coisa julgada não significa dizer que as decisões proferidas nesses procedimentos sejam absolutamente instáveis, revogáveis e modificáveis de qualquer modo a qualquer tempo”, acrescentando que:

[v]aria muito a estabilidade das decisões na jurisdição voluntária. Há casos extremos, que dependem de expressa previsão legal, de absoluta instabilidade, em que o próprio juiz, de ofício, a qualquer tempo, pode revogar a medida anteriormente adotada, como na nomeação ou remoção de tutor ou curador, em que, em decorrência de um novo juízo, mesmo sobre fatos e provas já anteriormente apreciados, a respeito da conveniência da investidura, deve o juiz, em benefício do incapaz, rever a sua decisão anterior. Há outros cuja modificação depende da concorrência das vontades de todos os interessados, como as cláusulas patrimoniais dos acordos de separação ou divórcio consensual. Nas disposições sobre relações continuativas, como as cláusulas de pensionamento, de guarda e visitação de filhos dos acordos de separação ou divórcio, a modificação pode ser determinada para o futuro por sentença em processo contencioso, através de uma avaliação de haverem se alterado as circunstâncias existentes no momento da celebração³⁵.

E em outra obra, reconhecendo a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária, acrescenta que “há muitas decisões na jurisdição voluntária que gozam de uma estabilidade quase igual à da coisa julgada”³⁶.

³⁴ “Nos processos de jurisdição voluntária, por não haver contraditório, a cognição é insuficiente, uma vez que os sujeitos processuais (os interessados) não travam um embate dialético, não ocupam posições subjetivas antagônicas e não disputam com exclusividade um bem da vida. O contraditório formal, assegurado pela audiência bilateral estabelecida nos arts. 1.105 e 1.106 do Código de 1973 e 721 do Código de 2015, pela ausência de contrariedade efetiva, não assegura uma cognição exaustiva. Entretanto, se num procedimento de jurisdição voluntária surgir litígio, colocando-se os interessados em posições antagônicas, com ampla possibilidade de formular alegações, propor e produzir provas, se o procedimento for apropriado para uma adequada cognição de todas as questões de fato e de direito suscitadas, se aos interessados é assegurado o acesso a todas as instâncias recursais para a defesa dos seus interesses e se o juiz é competente, com base nas regras que fixam a competência absoluta, então, como já sustentei alhures, não há motivo para suprimir da decisão assim originada a eficácia inerente a um processo litigioso, com a transformação da jurisdição voluntária em contenciosa, evitando decisões contraditórias em sedes diversas e assegurando-se ao *decisum* a mesma estabilidade dos proferidos na jurisdição contenciosa, através da imutabilidade da coisa julgada” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 324/325, vol. II).

³⁵ *Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 38/39.

³⁶ *Instituições de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 96, vol. I. Mais recentemente: “Portanto, apesar do desaparecimento do citado art. 1.111, não há suporte no Código de Processo Civil de 2015 para sustentar a coisa julgada nos procedimentos da jurisdição voluntária, por falta de cognição exaustiva, a não ser nos casos de conversão em jurisdição contenciosa, por ter efetivamente se instaurado o litígio,

Como a escolha do legislador não segue qualquer padrão identificável abstratamente, não se pode estabelecer de antemão que a contenciosidade seja estranha à jurisdição voluntária e muito menos que o litígio seja essencial para a formação de coisa julgada material. Há situações, inclusive, em que o litígio na jurisdição voluntária é potencial (exemplo: interdição) ou até mesmo é pressuposto (exemplos: alienação e emancipação).

Na realidade, a existência ou não de litígio é simplesmente irrelevante para a formação de coisa julgada. Ainda que se entenda que o conflito transmuda a natureza da “jurisdição” não é essa a nota caracterizadora da coisa julgada material. Se assim não fosse, seria impossível explicar como o consenso – ou simplesmente a ausência de efetivo conflito – é suficiente para produzir decisões cobertas com coisa julgada material.

Realmente, tradicionalmente a doutrina faz referência ao litígio como fator modificador da natureza do processo e causa da aptidão para a coisa julgada. Esse posicionamento, que expressa entendimento bastante compartilhado na doutrina³⁷ e na jurisprudência, vincula a jurisdição voluntária à ausência de litígio preexistente, o que sem dúvida é o que comumente ocorre. Como a escolha do legislador não segue qualquer padrão identificável abstratamente, não se pode estabelecer de antemão que a contenciosidade seja estranha à jurisdição voluntária e muito menos que o litígio seja essencial para a formação de coisa julgada material. Há situações, inclusive, em que o litígio na jurisdição voluntária é potencial (exemplo: interdição) ou até mesmo é pressuposto (exemplos: alienação e emancipação).

Com efeito, mesmo que seja inegável que comumente os procedimentos de jurisdição voluntária não sejam previstos pelo legislador para a resolução de conflitos, não é esse o ponto principal para que se identifique eventual aptidão para a formação de coisa julgada material, salvo se, simetricamente, for considerado de modo absoluto que a coisa julgada material somente pode incidir em situações de conflitos, o que,

em que o procedimento específico não tenha sido óbice à mais ampla cognição e à mais ampla eficácia das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e desde que o juiz seja absolutamente competente para conhecer da matéria em sede contenciosa” (GRECO, Leonardo. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Teresa Wambier, Eduardo Talamini, Fredie Didier Jr., Bruno Dantas (coord.). 3ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1863). Essa referência ao litígio como fator modificador da natureza do processo e causa da aptidão para a coisa julgada também é compartilhada por Humberto Theodoro Júnior: “não se pode deixar de observar que os procedimentos de jurisdição voluntária, embora se instaurem sempre sem a preexistência de um litígio, podem, em alguns casos, desviar, por incidente de percurso, para uma crise de litigiosidade. A partir do momento em que o requerimento do promovente encontre resistência de algum cointeressado, o procedimento iniciado administrativamente se tornará contencioso, e a sentença que afinal der solução a esse conflito incidental será, sem dúvida, uma sentença de mérito. Fará coisa julgada material e somente a ação rescisória poderá desconstituí-la” (Ainda a polêmica sobre a distinção entre a “jurisdição contenciosa” e a “jurisdição voluntária”. *Revista de Processo* nº 198. São Paulo: RT, agosto de 2011. p. 46).

³⁷ “Portanto, apesar do desaparecimento do citado art. 1.111, não há suporte no Código de Processo Civil de 2015 para sustentar a coisa julgada nos procedimentos da jurisdição voluntária, por falta de cognição exaustiva, a não ser nos casos de conversão em jurisdição contenciosa, por ter efetivamente se instaurado o litígio, em que o procedimento específico não tenha sido óbice à mais ampla cognição e à mais ampla eficácia das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e desde que o juiz seja absolutamente competente para conhecer da matéria em sede contenciosa” (GRECO, Leonardo. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Teresa Wambier, Eduardo Talamini, Fredie Didier Jr., Bruno Dantas (coord.). 3ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1863).

como se sabe, não encontra respaldo doutrinário ou normativo. Na realidade, cabe ao sistema legal a previsão do regramento atinente à coisa julgada material e toda teorização desprovida de exame do texto legal não possui consistência³⁸. Antes do atual CPC, por exemplo, dizia-se que somente o que constava do dispositivo da decisão era acobertado pela coisa julgada material, mas essa afirmação só fazia sentido diante do direito positivo então vigente, como fica claro agora com a previsão do art. 503, §§1º e 2º, do CPC. Nesse dispositivo, a propósito, preveem-se limitações à formação da coisa julgada sobre as questões prejudiciais como forma de compensar precisamente déficits de cognição³⁹, mas nada relacionada à ausência ou presença de conflito, evidentemente, já que a possibilidade de cognição e a potencialidade do contraditório é que importam para a formação da coisa julgada material. Se houve consenso ou se não houve efetiva apresentação de defesa⁴⁰, por exemplo, são situações irrelevantes para fins de formação da coisa julgada. Um procedimento rotulado como litigioso em que não há efetivo litígio e tão apto a formar coisa julgada quanto aquele em que há explícitos comportamentos processuais antagônicos. Não há como confundir conflituosidade com exercício do contraditório e consensualidade como ausência de contraditório. Evidentemente, não é possível mais afirmar que inexistente contraditório em jurisdição voluntária, na medida em que no direito brasileiro inexistente processo ou procedimento sem contraditório.

Deve ser verificado, portanto, se os procedimentos de jurisdição voluntária são incompatíveis com o exercício do contraditório e com a cognição exauriente, para poder se afirmar que não formação de coisa julgada material. Não se pode considerar que há mutabilidade perene do objeto de determinado processo alegando-se simplesmente a inexistência de litígio, salvo se houver regra válida no ordenamento jurídico nesse sentido. Caso não haja – e no CPC vigente não há⁴¹ –, o regime de formação da coisa julgada será uniforme, de modo que, atendidos os pressupostos legais, todas as decisões jurisdicionais serão por ela acobertadas, independentemente de se tratar de ou não de jurisdição voluntária.

Ou seja: o que importa para verificar a ocorrência de coisa julgada material, essencialmente, é a presença do contraditório e da cognição exauriente. Se houver procedimento de jurisdição voluntária em que estejam presentes tais pressupostos, haverá formação de coisa julgada material. Evidentemente, há procedimentos em que não haverá formação de coisa julgada material, como notificações, protestos, interpelações ou processo testemunhável formado a bordo, em razão da própria

³⁸ Cf., ainda com base no CPC de 1.973, CARDOSO, José Eduardo Martins. A jurisdição voluntária e a coisa julgada. *Revista Justitia*, v. 49, n. 140, out./dez. de 1987, p. 57.

³⁹ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Teresa Wambier, Eduardo Talamini, Fredie Didier Jr., Bruno Dantas (coord.). 3ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1432/1437.

⁴⁰ Sobre revelia e coisa julgada, ver nota anterior.

⁴¹ “A decisão proferida em sede de jurisdição voluntária tem aptidão para a formação de coisa julgada. Nada no CPC aponta em sentido contrário. Se até mesmo decisões que não examinam o mérito se tornam indiscutíveis (art. 486, §1º, CPC), muito mais razão haveria para que decisões de mérito proferidas em sede de jurisdição voluntária também se tornassem indiscutíveis pela coisa julgada material” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 194, vol. 1).

natureza cartorária desses procedimentos, não havendo qualquer pronunciamento judicial sobre o mérito do processo.

Entretanto, há outros em que estarão presentes todos os pressupostos exigidos para a formação da coisa julgada material e não se pode deixar de denominar as situações pelos nomes técnicos apenas porque tradicionalmente não se enquadram como próprias daquele campo específico, sem qualquer consideração técnica que justifique a diferença de tratamento.

Em relação à presença do contraditório, é insustentável afirmar que na jurisdição voluntária não se faz presente essa garantia constitucional, cuja observância é obrigatória em todos os processos jurisdicionais ou administrativos. Simplesmente não é possível afirmar que exista processo sem a garantia do contraditório. Na realidade, o que pode ocorrer na prática é a inexistência concreta de efetivo contraditório, mas isso não pode ser confundido com uma heterodoxa imunidade em relação à garantia constitucional. O problema está em considerar que a ausência de litígio produz um contraditório insuficiente para possibilitar a cognição exauriente⁴².

Quanto a limitações probatórias por questões procedimentais, tradicionalmente se considera a jurisdição voluntária como o campo próprio para ampla atividade instrutória do juiz, precisamente para que se obtenham todos os elementos de prova e, assim, seja tutelado o “interesse público”⁴³. Não deixa de ser interessante que a doutrina tradicional sempre tenha valorizada a possibilidade de ampla apuração dos fatos em sede de jurisdição voluntária⁴⁴ e, ao mesmo tempo, não tenha considerado que a cognição obtida seja apta a formar coisa julgada material. Entretanto, como já mencionado em linhas anteriores, o direito positivo não trabalha com a necessidade de efetivo confronto para que se forme a coisa julgada material, de modo que essa vinculação ao litígio real e estabilidade da decisão não é um problema que impeça, por si só, afirmar que é possível haver coisa julgada material em sede de jurisdição voluntária.

A jurisprudência acompanha a doutrina majoritária e entende também que não há coisa julgada material em jurisdição voluntária, mas os julgados servem para ilustrar exatamente que há forte artificialidade ao tratar do tema de modo

⁴² “Contraditório não significa contenciosidade, luta efetiva de adversários em confronto, o que certamente contribui para uma cognição mais profunda, mas garantia de participação efetiva dos interessados, mesmo que concordantes, ou até de um só interessado” (GRECO, Leonardo. *Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 34).

⁴³ “Tratando-se de direitos indisponíveis, onde vigora mais o princípio inquisitivo do que o dispositivo, são amplíssimos os poderes do juiz para a pesquisa da verdade. O juiz agirá livremente, investigando os fatos e ordenando de ofício a realização de quaisquer provas” (PRATA, Edson. *Jurisdição Voluntária*. São Paulo: LEUD, 1979. p. 263). “O legislador, embora haja litígio, não vacila em incluir a ação entre as de jurisdição graciosa ou administrativa, para que o juiz possa utilizar-se de maiores poderes na descoberta da verdade material” (COUTO E SILVA, Clóvis do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1977, p. 5, vol. XI, tomo I). No CPC de 1973 havia a regra do art. 1.107, não reproduzida no Código vigente: “Os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas”.

⁴⁴ “Na jurisdição voluntária, busca-se, tanto quanto o permitam as forças humanas, encontrar a verdade real” (LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada (Jurisdição Voluntária)* Belo Horizonte: Bernardo Álvares S. A., 1961. p. 99).

genérico, sem atenção ao direito positivo e às peculiaridades inerentes a cada tipo de procedimento⁴⁵.

6. Conceituação de jurisdição voluntária

Há evidentemente imensa dificuldade em conceituar a jurisdição voluntária, já que “todos esses critérios são imperfeitos, porque a jurisdição voluntária abrange uma variedade tão heterogênea de procedimentos, nos quais sempre vamos encontrar o desmentido de um ou de outro desses critérios”⁴⁶.

Em síntese, a partir de tudo o que foi exposto, consideramos a jurisdição voluntária como atividade jurisdicional estatal, em que, em regra, inexistem partes com interesses antagônicos⁴⁷, mas há potencialidade de litígio, que deve ser exercida em procedimento em contraditório e julgada por terceiro imparcial, com aptidão, em determinadas circunstâncias, para a formação de coisa julgada material⁴⁸, de

⁴⁵ Confira-se o seguinte excerto de ementa: “Ainda que a ação de retificação de registro civil se trate de um procedimento de jurisdição voluntária, em que não há lide, partes e formação da coisa julgada material, permitir sucessivas alterações nos registros públicos, de acordo com a conveniência das partes implica grave insegurança” (REsp 1412260/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/05/2014, DJe 22/05/2014). Sobre esse julgado, confira-se a crítica e correta abordagem doutrinária: “O Superior Tribunal de Justiça possui um precedente muito interessante. Embora a parte das premissas da concepção ‘administrativista da jurisdição voluntária’, com as quais esse *Curso* não concorda, chega a esse mesmo resultado: não é possível rever decisão em jurisdição voluntária, ressalvada a existência de fato superveniente, como em qualquer decisão. O caso envolvia decisão em processo de retificação de registro civil. Dois itens da ementa ajudam a compreendê-lo: ‘6. Uma vez que foram os próprios recorrentes, na ação anterior, que pediram a alteração de seus nomes, com o objetivo de obter a nacionalidade portuguesa e tiveram seu pedido atendido na integralidade, não podem, agora, simplesmente pretender o restabelecimento do *statu quo ante*, alegando que houve equívoco no pedido e que os custos de alteração de todos os seus documentos são muito elevados. 7. Ainda que a ação de retificação de registro civil se trate de um procedimento de jurisdição voluntária, em que não há lide, partes e formação da coisa julgada material, permitir sucessivas alterações nos registros públicos, de acordo com a conveniência das partes implica grave insegurança’. (STJ, 3ª T., REsp n. 1.412.260-SP, rel. Mina. Nancy Andrighi, j. em 15.05.2014). Não adianta dizer que não há coisa julgada e, ao mesmo tempo, impedir a rediscussão do tema. Há, inclusive, incoerência na argumentação. *Há coisa julgada, e por isso não se pode renovar o pedido*” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 196, vol. 1 – itálico no original).

⁴⁶ GRECO, Leonardo. *Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 23.

⁴⁷ GRECO, Leonardo. *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. Alvim Wambier. Didier Jr. Talamini. Dantas (coord.). 2ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1742. “Jurisdição voluntária é uma modalidade de atividade estatal ou judicial em que o órgão que a exerce tutela assistencialmente interesses particulares, concorrendo com o seu conhecimento ou com a sua vontade para o nascimento, a validade ou a eficácia de um ato da vida privada, para a formação, o desenvolvimento, a documentação ou a extinção de uma relação jurídica ou para a eficácia de uma situação fática ou jurídica” (GRECO, Leonardo. *Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 11. Ainda do mesmo autor: GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. I. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 91/98).

⁴⁸ “Prevalece na doutrina brasileira a concepção de que a jurisdição voluntária não é jurisdição, mas administração pública de interesses privados feita pelo Poder Judiciário. Síntese deste pensamento é a concepção de Frederico Marques, para quem a jurisdição voluntária seria materialmente administrativa e subjetivamente judiciária. Os ensaios de Frederico Marques e Lopes da Costa são fundamentais para a compreensão desta corrente. Essa construção doutrinária é um tanto tautológica. Partem da premissa de que a jurisdição voluntária não é jurisdição, porque não há lide a ser resolvida; sem lide, não se pode falar de jurisdição. Não haveria, também, *substitutividade*, pois o que acontece é que o magistrado se insere entre os participantes do negócio jurídico, não os substituindo. Porque não há lide, não há partes, só interessados; porque não há jurisdição, não seria correto falar de ação nem de processo, institutos correlatos à jurisdição: só haveria requerimento e procedimento. Porque não há jurisdição, não há coisa julgada, mas mera preclusão. Em primeiro lugar, uma premissa: não se pode dizer que não há lide em

acordo com os balizamentos postos pelo direito positivo. Há outras especificidades e características acidentais vinculadas a questões procedimentais, mas que não encontram espaço para desenvolvimento neste texto⁴⁹.

7. Considerações finais

Não basta, porém, definir a natureza da jurisdição voluntária e suas características mínimas. É necessário reiterar e insistir que a jurisdição voluntária está inserida no

jurisdição voluntária. Basta citar os exemplos da interdição e da retificação de registro, procedimentos de jurisdição voluntária que normalmente dão ensejo a controvérsias. O que acontece é o seguinte: a jurisdição voluntária não pressupõe lide, a lide não precisa vir afirmada na petição inicial. Pouco importa, por exemplo, que o confinante aceite a retificação do registro imobiliário – e há inúmeros casos em que é realmente isso o que acontece. Os casos de jurisdição voluntária são potencialmente conflituosos e por isso mesmo são submetidos à apreciação do Poder Judiciário. É por isso que se impõe a citação dos possíveis interessados, que podem, é verdade, não opor qualquer resistência, mas não estão impedidos de fazê-lo. São frequentes os casos em que, em pleno domínio da jurisdição voluntária, surgem verdadeiras questões a demandar juízo do magistrado. Havendo divergências entre o pai e o menor que queira se emancipar, por exemplo, o juiz haverá de manifestar-se sobre esta controvérsia. Em segundo lugar, para Giovanni Verde, a única definição possível de jurisdição se baseia em seu aspecto subjetivo: jurisdição é a atividade exercida por juizes – juizes com todas as garantias constitucionais da magistratura, façam ou não parte do Poder Judiciário. Mas cabe acrescentar: jurisdição é a atividade exercida pelos juizes (órgão investidos nesta função), que aplicam o direito objetivo em última instância, dão a última palavra sobre a questão, proferindo decisão que não pode ser controlada por nenhuma outra função estatal. A jurisdição voluntária é, também, inevitável. Tudo isso acontece no âmbito da jurisdição voluntária, e parece que não há qualquer controvérsia neste sentido. [...] Dizer que porque não há litígio não há partes é desconhecer coezinha distinção dogmática. Por fim, a questão da coisa julgada. A decisão proferida em sede de jurisdição voluntária tem aptidão para a formação de coisa julgada. Nada no CPC aponta em sentido contrário. Se até mesmo decisões que não examinam o mérito se tornam indiscutíveis (art. 486, §1º, CPC), muito mais razão haveria para que decisões de mérito proferidas em sede de jurisdição voluntária também se tornassem indiscutíveis pela coisa julgada material.[...] Não adianta dizer que não há coisa julgada e, ao mesmo tempo, impedir a rediscussão do tema. Há, inclusive, incoerência na argumentação. *Há coisa julgada, e por isso não se pode renovar o pedido*" (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 191/196, vol. 1).

⁴⁹ Segundo Araken de Assis, identificam-se quatro grupos de interesses privados afetos à jurisdição voluntária: a) tutela de pessoas incertas (como na herança jacente e nas coisas vagas); b) tutela de incapazes; c) tutela dos negócios privados; d) tutela da prova (exemplo: justificação) (ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: 2015, RT, p. 583, vol. I). Para Leonardo Greco, há seis espécies procedimentais de acordo com a natureza da atividade do juiz (*Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 27/29): a) *receptícios*: a atividade judicial limita-se a registrar, documentar ou comunicar manifestações de vontade (exemplos: notificações, interpelações e protestos); b) *probatórios*: a atividade judicial limita-se à produção da prova (exemplo: justificação); c) *declaratórios*: o magistrado limita-se a declarar a existência ou inexistência de uma situação jurídica, como nos casos da extinção de usufruto (art. 725, VI, do CPC), na confirmação do testamento particular (arts. 735 e segs. do CPC); d) *constitutivos*: são aqueles em que a criação, modificação ou extinção de uma situação jurídica dependem da concorrência da vontade do juiz, por meio de autorizações, homologações, aprovações etc. (exemplos: interdição (arts. 747 e segs., CPC); emancipação (art. 725, I, CPC); sub-rogação de gravames ou bens inalienáveis (art. 725, II, CPC); alienação, arrendamento ou oneração de bens de incapazes (art. 725, III, CPC); locação ou administração de coisa comum (art. 725, IV, CPC); dúvidas e retificações de registros públicos (arts. 109, 198, 204 e 213 da Lei de Registros Públicos); aprovação do estatuto das fundações (arts. 764 do CPC); divórcio consensual e separação consensuais, extinção consensual de união estável e alteração do regime de bens do matrimônio (arts. 731 e segs., CPC); homologação de transação sobre questão não posta em juízo (art. 515, §2º, e art. 725, VIII, CPC); e) *executórios*: o juiz é demandado a exercer uma atividade prática que modifica o mundo exterior (exemplos: alienação de coisas (arts. 725, I, IV e V, 730, CPC); arrecadação da herança jacente (arts. 738 e seguintes, CPC); arrecadação dos bens dos ausentes (arts. 744 e segs., CPC); coisas vagas (art. 746, CPC); f) *tutelares*: são aqueles em que a proteção de interesses de determinadas pessoas que se encontram em situação de desamparo, como os incapazes, é confiada diretamente ao Poder Judiciário, que pode instaurar os procedimentos *ex officio* (exemplos: procedimentos do ECA).

contexto do processo civil brasileiro e suas especificidades procedimentais decorrem de política legislativa, mas não subvertem os paradigmas fundamentais postos pelo Código de Processo Civil, a partir, evidentemente, da Constituição da República.

Nessa linha, é fundamental considerar que a jurisdição voluntária está submetida às técnicas procedimentais previstas no CPC e que não sejam incompatíveis com os aspectos essenciais de suas especificidades, e igualmente deve observar as normas fundamentais ali previstas, como a boa-fé objetiva, o contraditório efetivo, o dever de fundamentação, a participação das partes, entre outras.

É necessário lembrar, também, que a jurisdição voluntária, de outro lado, constitui uma limitação de liberdade e, portanto, deve incidir nos estritos limites legais, não cabendo uma judicialização absoluta das relações privadas⁵⁰.

Há que se ter como critério relevante que os procedimentos de jurisdição voluntária dependem de opções de política legislativa, não havendo, a rigor, qualquer dimensão ontológica que os defina. Exatamente por ser uma questão jurídico-positiva – mesmo que se considere que o conceito em si de jurisdição voluntária possa atingir níveis abstratos, a disciplina dos procedimentos vincula-se ao direito positivo –, há alguns temas em que é possível a opção pela via judicial ou pela extrajudicial, assim como outros podem deixar de ser judiciais futuramente e passarem a ser apenas administrativos ou, ainda, há aqueles que somente podem ser obtidos judicialmente.

É famosa a frase que define a jurisdição voluntária como não sendo jurisdição nem voluntária. Nossa premissa, entretanto, é outra: a jurisdição voluntária possui natureza jurisdicional e pode ser voluntária, de acordo com as escolhas legislativas acerca de determinado assunto. A desconstrução dessa famosa sentença é um exemplo de como pode ser prejudicial a mera reprodução de ideias, sem qualquer filtro legislativo e doutrinário, independentemente da qualidade dos autores que elaboraram ou reproduziram a ideia e do valor retórico da frase. Simplesmente não serve mais e, salvo como registro de um pensamento delimitado no tempo e no espaço, esse tipo de repetição de ideias não contribui para a evolução do debate.

A natureza jurisdicional da jurisdição voluntária é ainda hoje um tema controvertido e relevante, mas a possibilidade de se tratar de procedimentos obrigatórios ou necessários, não. Há casos em que somente por via jurisdicional situações jurídicas podem ser efetivadas, como a constituição de curatela, mas há tantas outras que podem ser realizadas judicial ou extrajudicialmente, como a notificação e o divórcio consensual em que inexista filho incapaz ou nascituro. Ou seja: é critério de política legislativa e há mesmo a tendência de diversos temas serem desjudicializados, o que é salutar, já que somente o apego a tradições atávicas pode justificar a manutenção da exclusividade jurisdicional para o registro de testamentos ou a modificação de regime de bens de casamento. Sob a epígrafe “jurisdição voluntária” acomodam-se procedimentos e temas heterogêneos, que variam no tempo e no espaço e dificultam a elaboração de uma abordagem abstrata.

⁵⁰ GRECO, Leonardo. *Jurisdição Voluntária* Moderna. São Paulo: Dialética, 2003. p. 42 e 44.

Com essas reflexões, reiteram-se as devidas homenagens ao Professor Cândido Rangel Dinamarco, cujos estudos influenciam gerações e elevam a produção doutrinária brasileira.