

CAPÍTULO XV DOS PROCEDIMENTOS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Seção I Disposições Gerais

Art. 719. Quando este Código não estabelecer procedimento especial, regem os procedimentos de jurisdição voluntária as disposições constantes desta Seção.

CPC de 1973 – art. 1.103

1. Introdução

A preocupação teórica com a jurisdição voluntária é inversamente proporcional à sua múltipla utilização no cotidiano forense.

Os procedimentos de jurisdição voluntária são de uso frequente na prática forense e não é incomum que constituam o único contato direto do jurisdicionado com a jurisdição estatal. Além disso, diversas situações que hoje são consideradas conquistas fundamentais e que representam avanços jurídicos relevantes decorreram precisamente de procedimentos de jurisdição voluntária, como a guarda compartilhada, a curatela parcial, a curatela compartilhada, o registro civil de multiparentalidade, o registro civil de relações homoafetivas, o reconhecimento da importância do que se denomina “nome social”, entre muitas outras decisões que se multiplicaram pelos fóruns e que posteriormente se tornaram leis ou simplesmente foram incorporadas no dia a dia forense e da sociedade como se fossem questões que não tiveram que ser conquistadas em algum momento e por meio de algum procedimento.

E é interessante notar que essas soluções que foram encontradas por meio da jurisdição voluntária em muitos momentos se deram em ambiente de absoluto consenso, sem qualquer controvérsia mais traumática e, por isso, sem que as pretensões fossem submetidas ao segundo grau de jurisdição, gerando três interessantes fenômenos.

1) O primeiro diz respeito à ampla negociação que sempre ocorreu no âmbito da jurisdição voluntária, inclusive com realização de negócios processuais, isso em um tempo em que parcela da doutrina brasileira sequer reconhecia a própria categoria “negócio processual”, que era celebrado sem que os protagonistas se dessem conta tecnicamente do que faziam. E essa negociação se dava em um ambiente que tradicionalmente a doutrina considera como de “interesse público”, com uma espécie de ínsita indisponibilidade (embora paradoxalmente se considere a jurisdição voluntária como o local do consenso, o que nem sempre corresponde à realidade e entra em choque com a anti-

ga e aparentemente desgastada a ideia de que a "supremacia do interesse público" inviabiliza a negociação). Exemplo: adolescente, assistido pelos genitores, pleiteia a mudança de seu pré-nome, alegando que lhe é vexatório, ainda que, por si só, não seja verificável essa alegação de modo objetivo; o membro do Ministério Público requer a realização de estudo psicológico; o juiz, antes de qualquer outra providência, designa audiência para oitiva informal do autor, quando, então todos concordam que será designada outra audiência para oitiva da psicóloga que acompanha o adolescente há alguns anos, de professores e do próprio menor; realizada essa audiência, todos os depoimentos são no sentido de que o adolescente sofre abalo psicológico em razão do pré-nome, manifestando-se o Ministério Público, na própria audiência, pelo acolhimento do pedido de modificação, com o juiz, também no mesmo ato, proferindo sentença constitutiva, com imediato encaminhamento de mandado para o registro civil, já que os interessados renunciaram aos recursos. Esse quadro descrito de maneira singela acontece com alguma frequência na prática e em variados procedimentos de jurisdição voluntária e nele verificamos a ocorrência de adaptação de procedimento, negócios processuais sobre a prova (com a ocorrência inclusive do autodepoimento pessoal) e sobre os recursos, com a participação de alguém relativamente incapaz e com base em alegação que não se encaixa precisamente nos rígidos termos em que é regulada a alteração do nome no direito brasileiro.

2) O segundo ponto a se destacar é o menor índice de recorribilidade na jurisdição voluntária, não porque inexista conflito ou não haja interesse em recorrer, mas, sim, porque alguns dos temas que se tornaram proeminentes após a edição do atual CPC, como a flexibilização do procedimento e o incentivo a soluções consensuais, sempre foram utilizados nesses procedimentos, com uma espécie de informalidade que acabou sendo extraída do não comprometimento com a legalidade estrita.

3) Por fim, o último ponto a se mencionar nesse contexto é a outra face do que foi exposto nos outros dois anteriores, isto é, o risco de a jurisdição voluntária se tornar um espaço de arbítrio e de solipsismo, com subversão de regras balizadoras em prol de um nefasto voluntarismo.

Não deixa de ser curioso notar, a propósito, que os três pontos assinalados nas linhas anteriores mais aproximam do que afastam a jurisdição voluntária da jurisdição contenciosa, salvo no índice de recorribilidade, já que a adaptação e construção de soluções jurídicas em contraste com a lei vêm se tornando um fenômeno crescente da jurisdicionalização por que vem passando as relações sociais, bastando ver que as questões registrais antes mencionadas acabaram sendo ratificadas e até ampliadas por decisões dos tribunais superiores, o que será objeto de registro oportunamente.

Quando se aponta que essa relevância prática dos procedimentos de jurisdição voluntária não vem sendo acompanhada de uma preocupação teórica proporcional, não significa dizer que inexistem estudos fundamentais na doutrina brasileira, fato incontestável e que vem inclusive registrado na dedicatória deste volume à memória dos clássicos tratadistas do tema, que examinaram profundamente cada aspecto relevante e reconstruíram as discussões essenciais sobre a própria natureza jurídica da jurisdição voluntária.

Mas, se é motivo de constante celebração, a existência desses estudos também deve justificar uma preocupação, na medida em que poucos trabalhos foram produzidos após esses clássicos – propositalmente nesta introdução não faremos nenhuma referência bibliográfica, mas ao longo do livro serão feitos os devidos registros –, fazendo com que as discussões pouco avancem, com o evidente reflexo na jurisprudência, já que conceitos e ideias de outros tempos e às vezes dissociadas do direito positivo brasileiro atual se perpetuam e são reproduzidos acriticamente. É sintomático, nesse ponto, que as obras sistemáticas de direito processual raramente abordem os procedimentos de jurisdição voluntária, como se não integrassem o processo civil brasileiro e não tivessem qualquer particularidade teórica que justificasse seu estudo.

Com base em tudo isso que foi exposto, bem como em razão da finalidade eminentemente prática que se espera de um livro de comentários aos artigos do Código de Processo Civil, procuraremos apresentar os temas sob uma perspectiva crítica, sem descuidar da doutrina clássica e da jurisprudência, que a todo tempo serão referidas. Mas a preocupação primordial está em tratar o tema como um assunto atual, por mais que a legislação por vezes nos leve a uma espécie de túnel do tempo, com o enfoque teórico e prático que nos afigura mais consentâneo com o direito positivo brasileiro.

Nessa perspectiva, não será nossa preocupação reconstruir de modo minucioso todas as polêmicas de se que ocuparam os tratadistas no século passado sobre a natureza jurídica da jurisdição voluntária, se jurisdicional, administrativa ou um terceiro gênero. Sobre esse assunto – cuja importância teórica se reconhece, evidentemente – há estudos insuperáveis, de modo que seria um mero exercício de transcrição ou de jornalismo processual reproduzir todo esse debate, ainda que sejam inevitáveis as referências nos momentos oportunos.

Ainda nessa introdução, pretendemos esclarecer algumas premissas que serão adotadas durante todo o livro e que receberão o desenvolvimento teórico em seu devido tempo ao longo das páginas seguintes.

1) Os temas serão comentados de acordo com o direito positivo brasileiro, o que não significa qualquer xenofobismo teórico, claro, mas apenas visa-se a evitar a citação de posições doutrinárias ou dispositivos legais de outros países que so-

mente servem para perpetuar equívocos. De nada adianta, por exemplo, reproduzir CARNELUTTI e afirmar que a jurisdição voluntária é o espaço por excelência do Ministério Público, simplesmente porque isso não faz qualquer sentido normativo, ainda que tenha seu efeito retórico. Também não contribui em nada afirmar que determinados países não regulam a jurisdição voluntária dentro dos respectivos Códigos de Processo Civil, quando essa realidade simplesmente não é a nossa, ainda que tais dados sejam importantes para eventuais reformas legislativas e para quem pretende se aprofundar em determinado assunto muito delimitado e que, obrigatoriamente, deverá consultar a legislação estrangeira.

2) Como desdobramento da premissa anterior, 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.

3) O fato de a jurisdição voluntária ser regulada por um sistema próprio não a isola das demais normas processuais e, evidentemente, constitucionais. É necessária a fixação dessa premissa, porque não é raro encontrarmos posicionamentos no sentido de que a jurisdição voluntária parece um mundo à parte – e, a depender do enfoque, até a um tempo à parte, ou seja, quase uma outra dimensão –, dissociado de outras normas fundamentais, como se pudesse haver algum microsistema autossuficiente. Todo regramento processual específico em alguma medida necessitará de uma comunicação com as demais normas do Código de Processo Civil, assim como todas essas normas deverão estar de acordo com a Constituição da República. Na jurisdição voluntária, por exemplo, não é possível elaborar uma petição inicial sem a utilização do regramento processual geral, assim como as causas de suspeição e impedimento, a disciplina dos recursos, a produção probatória etc., encontram seu regramento no próprio Código de Processo Civil. O mais relevante dessa terceira premissa, porém, não está nessa óbvia dependência de complementação procedimental, mas, sim, na necessária contextualização da jurisdição voluntária na fundamental transformação paradigmática por que vem passando o direito processual brasileiro. Considerar, por exemplo, que a jurisdição voluntária é o campo próprio para a “inquisitividade”, para a exacerbação dos poderes jurisdicionais, para a exclusão das partes, para o afastamento irrestrito da legalidade estrita, para a inexistência do contraditório e outras considerações desse jaez é uma afronta a todo o sistema processual e vai de encontro exatamente à evolução trazida pelo Código de

Processo Civil. Apenas, para ficarmos com três dispositivos fundamentais, podemos ilustrar o que queremos dizer com o seguinte enunciado: os arts. 9º, 10 e 489, § 1º, CPC, aplicam-se aos procedimentos de jurisdição voluntária.

4) 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 da famosa sentença antes mencionada, e que será referida novamente mais adiante, 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 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.

Nas próximas páginas serão desenvolvidas e aplicadas essas premissas, com as devidas contextualizações e referências bibliográficas e jurisprudenciais, sempre com o objetivo primordial de conferir aos dispositivos comentados a devida aplicação prática.

Antes, porém, é necessário fazer uma aproximação introdutória ao conceito de jurisdição para, então, apresentar nosso entendimento sobre a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária e, assim, comentarmos os dispositivos legais do Código de Processo Civil.

2. Noções sobre jurisdição

Se no nosso tempo possui vocação para a jurisdição,¹ é fundamental que

¹ Aqui se faz referência expressa a um conhecido trabalho de NICOLA PICARDI: A vocação do nosso tempo para a jurisdição. *Jurisdição e processo*. CARLOS ALBERTO ALVARO

sejam traçadas algumas linhas conceituais básicas para que se compreenda o sentido contemporâneo da atividade jurisdicional.

O conceito de jurisdição na doutrina brasileira ainda recebe a influência estática da noção chiovendiana de atuação da lei no caso concreto e função estatal substitutiva da vontade das partes, olvidando-se, inclusive, que o controle de constitucionalidade abstrato de normas afasta o tradicional jargão de que a jurisdição somente incide no caso concreto.²

DE OLIVEIRA (org. e trad.). Rio de Janeiro: Forense, 2008. Nesse ensaio específico, PICARDI trabalha com a ideia de ENNIO CORTESE sobre o movimento pendular nos ordenamentos jurídicos que se sucederam no tempo entre legislação e jurisdição. O século XIX seria caracterizado por uma vocação para a legislação e a ciência jurídica; o século XX oscilou entre a codificação e a descodificação; no século XXI, segundo PICARDI, a situação é mais complexa e pode ser sintetizada na vocação para a jurisdição e a doutrina jurídica, p. 1 e 2. Com esse enfoque, PICARDI também inicia seu vigoroso livro *La Giurisdizione all'Alba del Terzo Millennio* (Milano: Giuffrè, 2007), que será citado em outras oportunidades neste item). A bibliografia sobre o tema é vasta e complexa, mas um panorama sobre os problemas, desafios e conformações conceituais pode ser encontrado nos seguintes trabalhos, cada qual com referências doutrinárias complementares: INGBORG MAUS. *O Judiciário como superpoder da sociedade*. Geraldo de Carvalho e Gerceleia Batista de Oliveira Mendes (trad.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; LUIZ W. VIANNA, MARCELO BURGOS e PAULA SALLES. *Dezessete anos de judicialização da política. Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n° 2, novembro de 2007; LUIGI FERRAJOLI. *Las Fuentes de Legitimidad de la Jurisdicción*, Miguel Carbonell (trad.). México, DF: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010; MAURO CAPPELLETTI. *Juizes legisladores?* Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993; MÔNIA CLARISSA HENNING LEAL e ROGERIO GESTA LEAL (org.). *Ativismo judicial e déficit democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; DIERLE JOSÉ COELHO NUNES. *Política do Judiciário no direito comparado – algumas considerações*. FELIPE MACHADO e MARCELO CATTONI (org.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011; DIERLE NUNES, HUMBERTO THEODORO JR. e ALEXANDRE BAHIA. *Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. *Revista de Processo*, n° 189, novembro de 2010; MARCELO NOVELINO e outros (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivim, 2011; ELIVAL DA SILVA RAMOS. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010; ADA PELLEGRINI GRINOVER e KAZUO WATANABE (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011; CLARISSA TASSINARI. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; GEORGES ABBOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2012. Para uma noção do tema nas fases do direito romano: MARGARITA FUENTESSEGA DEGENEFTE. *La Función Jurisdiccional en Roma*. Madrid: Fundación Registral, 2008; ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Jurisdição y Arbitraje en Derecho Romano*. Madrid: Iustel, 2006. Diversas referências em: VITTORIO SCIALOJA. *Procedimiento Civil Romano: ejercicio y defensa de los derechos*. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin (trad.). Buenos Aires: EJE, 1954.

A evidente influência cultural que se dá em todos os institutos jurídicos afeta diretamente o conceito de jurisdição, cujos contornos decorrem da concepção de Estado Moderno.³ A teoria de CHIOVENDA,⁴ por exemplo, que influenciou⁵ processualistas de diversos países, inclusive no Brasil, tem como

- 2 Cf. NELSON NERY JUNIOR. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 153-154. Sobre a jurisdição constitucional: GEORGES ABBOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2012. DIDIER JR. entende que a jurisdição sempre se vincula a um problema concreto, ainda que não relacionado a qualquer direito individual, como no caso do controle abstrato de constitucionalidade (*Curso de direito processual civil*, 18ª ed. Salvador: JusPodivim, 2016, p. 164, v. 1).
- 3 Sobre a evolução histórica do conceito de jurisdição e a umbilical relação com a concepção de Estado: PICARDI. *La Giurisdizione all'Alba del Terzo Millennio*. Milano: Giuffrè, 2007, *passim*. Ainda: MARINONI. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, parte I. LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, parte I, v. 1.
- 4 “Pode-se definir a jurisdição como função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva” (GIUSEPPE CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*. J. Guimarães Menegale (trad.). São Paulo: Saraiva, 1965, p. 3, v. II, nas páginas seguintes o autor decompõe os elementos de seu conceito e, nas p. 16-25, sustenta que a jurisdição voluntária é função administrativa). Registre-se que a leitura empreendida por FERNANDO ALBERTO CORRÊA HENNING dos pensamentos de WACH e CHIOVENDA sempre é precedida de uma contextualização histórica acerca dos “pressupostos interpretativos” em voga na época, porque “nenhuma teoria surge no vácuo: qualquer compreensão de um objeto encontra-se submersa em um mar de preconceitos, ditados pelo ambiente em que vive o autor. Por vezes, o ambiente determina o uso de certo método; por vezes, dita os conceitos disponíveis para a construção teórica” (*Ação concreta: reledo Wach e Chiovenda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 26).
- 5 GALENO LACERDA, sem indicar fontes, equipara a teoria de CHIOVENDA com a de ROCCO (*Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 73-76). Vejam-se, para ilustrar, outros conceitos sobre jurisdição: “La attività com cui lo Stato, a traverso gli organi giurisdizionali, intervenendo su richiesta dei privati, subietti di interessi giuridicamente protetti, si sostituisce ad essi nell'attuazione della norma che quegli interessi tutela, accertando in loro vece, se e quale tutela una norma conceda ad um determinato interesse, ingiungendo all'obligatio, in vece dell'avente diritto, l'osservanza della norma e realizzando mediante l'uso della sua forza collettiva, in vece dell'avente diritto, direttamente quegli interessi. La cui tutela sai legalmente accertata”. UGO ROCCO. *Trattato di Diritto Processuale Civile*. 2ª ed. Torino: UTET, 1966, p. 52, v. I; EDUARDO J. COUTURE: “Jurisdição é a função pública, realizada por órgãos competentes do Estado, com as formas previstas na lei, em virtude da qual, por ato jurisdicional, determina-se o direito das partes, com o objetivo de dirimir seus conflitos e controverías de relevância jurídica, mediante decisões com autoridade de coisa julgada, eventualmente executáveis” (*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 40). FREDERICO JOSÉ MARQUES: “função que o Estado exerce para compor processualmente confli-

pressupostos doutrinários uma reação ao processo liberal e a adesão a ideias de substitutividade e realização concreta da lei.

Mesmo aqueles que elaboraram críticas à ideia de CHIOVENDA preocuparam-se com aspectos acidentais do conceito, sem reformular sua essência. A crítica de GALENO LACERDA à ideia de substitutividade, por exemplo, reside no fato de que há normas processuais que regulam a conduta do próprio juiz.⁶ Para esse autor, jurisdição é o poder de declarar e aplicar o direito ao caso concreto, de coerção para executar a sentença e de documentação para investigar matéria fática.⁷ Note-se que não se diferencia muito do que afirmava ADOLF WACH, que, após definir a jurisdição como “poder estatal aplicado a conservar o ordenamento jurídico”,⁸ considerava que a função jurisdicional compreendia a faculdade de decretar, o direito de resolver, de ordenar, de julgar, de mandar, ditar a sentença e dirigir o processo e, também, o poder de executar coercitivamente.⁹

Encontra-se também vinculação entre jurisdição e coisa julgada, doutrina tradicionalmente atribuída a ENRICO ALLORIO,¹⁰ mas que anteriormente foi es-

tos litigiosos, dando a cada um o que é seu segundo o direito objetivo” (*Manual de direito processual civil*, 2ª ed. Campinas: Millenium, 2000, p. 145, v. I). “Jurisdição é a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida” (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. *Curso de direito processual civil*, 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 40, v. I). “Jurisdição é a aplicação autoritativa da lei, mediante a substituição por uma atividade pública da atividade alheia” (CALMON DE PASSOS. *Da jurisdição*. Publicações da Universidade da Bahia, 1957, p. 31). Em recente tese de titularidade, ainda se utiliza esse conceito de jurisdição, o que ilustra sua influência no tempo: CARMEN TIBURCIO. *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 21.

6 *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 74.

7 *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 76-77; nas p. 91, 92 e 94 não fica bem explicada a dimensão desse “poder de documentação”, já que é exposta posição resptritiva ao poder instrutório.

8 E, nesse ponto, mereceu críticas de Galeno Lacerda nas p. 70-71 da obra citada nas notas anteriores.

9 *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tomás A. Banzhaf (trad.). Buenos Aires: EJEJA, 1977, p. 3 e 8-9, v. II. Essa noção não difere muito do exposto modernamente, por exemplo, por SERGIO LA CHINA (*Manuale di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 37, v. I) e JUAN MONTERO AROCA (*Derecho Jurisdiccional*, 17ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 38, v. I). Veja-se, ainda, CASSIO SCARPINELLA BUENO: “função do Estado destinada à solução imperativa, substitutiva e com ânimo de definitividade de conflitos intersubjetivos e exercida mediante a atuação do direito em casos concretos”, acrescentando que tal função compreende a declaração e realização concretamente do direito, mesmo que uma tal realização seja forçada (*Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 238 e 240, v. I).

10 Que, aliás, valia-se desse argumento para negar à jurisdição voluntária a natureza

boçada por CALAMANDREI, e que contou com diversas adesões.¹¹ Entre as objeções normalmente opostas contra essa teoria, duas delas são irrespondíveis: a) não é correto definir um instituto por um de seus efeitos; b) há decisões jurisdicionais que não ensejam formação de coisa julgada material, por não examinarem o mérito. Entretanto, registre-se que a coisa julgada não é inerente à jurisdição, mas a atividade jurisdicional estatal é a única compatível com a coisa julgada.¹² Quanto à característica de produzir coisa julgada, cumpre assinalar que se excluirmos do conceito de jurisdição as tutelas executivas e cautelares, que, para grande parte da doutrina, não são aptas para a formação de coisa julgada material, mas são atividades jurisdicionais. Para DANIEL MITIDIERO e ALVARO DE OLIVEIRA, “a jurisdicionalidade de um ato é aferida na medida em que é fruto de um órgão estatal, dotado de império, investido em garantias funcionais que lhe outorguem imparcialidade e independência, cuja função é aplicar o direito (e não apenas a lei) de forma específica, dotado o seu pronunciamento de irreversibilidade externa”.¹³ Sobre a estatalidade, referidos autores entendem que se trata de manifestação de poder¹⁴ e, portanto, somente decorre do Estado,¹⁵ com o que não se concorda essencialmente em razão da arbitragem, mas a referência é relevante para o estudo da jurisdição voluntária.

jurisdicional: ENRICO ALLORIO. Ensayo polémico sobre la “jurisdicción” voluntaria. *Problemas de Derecho Procesal*. Santiago Sentis Melendo (trad.). Buenos Aires, 1963, p. 3-46, tomo II.

11 O próprio PIERO CALAMANDREI, em um de seus estudos, já alertava para a questão contingencial e relativa da conceituação de jurisdição e apontava para a artificialidade existente em algumas hipóteses de jurisdição voluntária em contraposição ao que ele designava de “verdadeira jurisdição” (*Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Santiago Sentis Melendo (trad.). Buenos Aires: El Foro, 1996, p. 113-196. Nesse estudo, a coisa julgada não aparece como nota distintiva fundamental, o que, contudo, é referido por OVIDIO BAPTISTA DA SILVA como um critério primeiramente utilizado por CALAMANDREI (OVIDIO BAPTISTA DA SILVA. *Curso de processo civil*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 18-20, v. 1).

12 EDUARDO TALAMINI. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 48.

13 *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 125, v. 1.

14 Sobre a relação entre jurisdição e poder, vale conferir o capítulo III de *A instrumentalidade do processo*, de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, inteiramente dedicado ao tema. DINAMARCO entende que a jurisdição é o centro da Teoria Geral do Processo. Sobre esse ponto, convém confrontar com o trabalho de FREDIE DIDIER JR., que dedica tópico específico para analisar o pensamento de DINAMARCO, dele se afastando por considerar o processo “o conceito fundamental primário da Teoria Geral do Processo” (*Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 66-67 e 95-98).

15 Cf., no mesmo sentido, WOLFGANG HEYDE. La jurisdicción. In: BENDA et al. *Manual de Derecho Constitucional*. Antonio López Pina (trad.). 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 771-774. Ainda sobre o tema; FLÁVIO LUIZ YARSHHELL. *Tutela jurisdiccional*. 2ª ed. São Paulo: DPJ, 2006, p. 136-137.

A ideia de lide, entendida em sua dimensão pré-processual, como o “conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência de outro”¹⁶ também não contribui com o conceito, já que, além de apenas apontar uma das finalidades da jurisdição, não fornece critério distintivo, na medida em que não é exclusividade da atividade jurisdicional a “composição de conflitos”.¹⁷ Ao trabalhar com a plenitude do ordenamento jurídico, CHIOVENDA considerava que ao Judiciário somente restava a aplicação da lei ao caso concreto.¹⁸ Também é criticável atribuir a finalidade precípua da jurisdição à aplicação do direito objetivo, na medida em que tal doutrina não explica a inércia jurisdicional e olvida a realização voluntária das normas jurídicas.¹⁹

Para OVIDIO BAPTISTA DA SILVA, após exame crítico de diversas teorias,²⁰ as notas especiais para caracterizar um ato jurisdicional deve atender a dois pressupostos: a) ser praticado por autoridade estatal como finalidade específica de seu agir; b) ser praticado por terceiro imparcial.²¹ Percebe-se, entretanto, que a doutrina brasileira contemporânea, em linhas gerais, persiste na utilização do conceito tradicional.²²

16 FRANCESCO CARNELUTTI. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo (trad.). Buenos Aires: UTEHA, 1944, p. 44, v. I. Para uma contextualização histórica desse conceito e o impacto que teve sobre o Código de Processo Civil de 1973: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. O conceito de mérito em processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 251-254, v. I; cf., também de sua autoria, *A instrumentalidade do processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 259-262). Do próprio BUZAIID: *Do agravo de petição do sistema do Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 91-114. Ainda: ENRICO TULLIO LIEBMAN, O despacho saneador e o julgamento do mérito. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 112-122, para quem lide foi conceituada como o “conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, sobre o qual o juiz é convidado a decidir” (p. 122).

17 OLIVEIRA e MENDIÉRO. *Curso...* cit., p. 123, v. 1.

18 OVIDIO BAPTISTA SILVA. *Curso de processo civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 17, v. 1.

19 OVIDIO BAPTISTA SILVA. *Curso de processo civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 17, v. 1.

20 OVIDIO BAPTISTA SILVA. *Curso de processo civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 11-27, v. 1.

21 OVIDIO BAPTISTA SILVA. *Curso de processo civil*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 27-28, v. 1.

22 Mesmo em obras como as *Instituições* de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, para quem a jurisdição é a “função do Estado destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos” (*Instituições de direito processual civil*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 453, v. I), ou, sinteticamente, a atuação concreta da vontade do direito (*A instrumentalidade do processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 255-266). Não se quer aqui simplificar a relevantíssima contribuição que DINAMARCO conferiu ao estudo do processo com sua tese, em que foram sistematizados os escopos da jurisdição, cujo estudo é o

Em tempos de profundas mudanças nas funções do Direito, como a insuficiência da dogmática tradicional, com o contemporâneo entendimento sobre os princípios como normas jurídicas, as teorias da argumentação jurídica, a existências de cláusulas gerais etc.,²³ não é mais suficiente aquela noção tradicional de jurisdição.²⁴

As decisões judiciais possuem inegavelmente força normativa²⁵ e a ativi-

centro da teoria processual e simboliza a publicização do processo, como expõe o autor no capítulo III da referida obra. Ainda sobre as funções da jurisdição: ANTONIO DO PASSO CABRAL. O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição. *Revista de Processo* n° 115. São Paulo: RT, maio/junho de 2004. “Per un nuovo concetto di giurisdizione” (*Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 18, n° 35. Belo Horizonte, PUC Minas, 2015 (disponível em: <periodicospucminas.com.br>).

23 Cf. FREDIE DIDIER JR. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2012, capítulo 3. Especificamente sobre cláusulas gerais, com ampla bibliografia, citem-se outros trabalhos de DIDIER JR.: *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra, 2010, item 3.4. *Curso de direito processual civil*. 16ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 155, v. 1, em que oferece a seguinte síntese conceitual de jurisdição: “função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível”, cujos contornos são desenvolvidos pelo autor até a p. 165.

24 Outro fenômeno que torna complexa a noção de jurisdição é a transnacionalização do direito, algo ainda que não atinge a jurisdição brasileira de forma contundente, mas já é uma realidade na Europa. Cf., por exemplo, NICOLÒ TROCKER. *La Formazione del Diritto Processuale Europeo*: studi. Torino: G. Giappichelli, 2011; ROBERTO MARTINO (coord.). *La Giurisdizione nell'Esperienza Giurisprudenziale Contemporanea*. Milano: Giuffrè, 2008.

25 “A constatação do papel normativo da jurisdição impõe que conceitos lógico-jurídicos, tais como os de jurisdição e decisão, sejam repensados. Embora não seja esse o momento adequado de reconstruí-los, é certo que não se pode ignorar o caráter criativo da atuação jurisdicional; assim, a elaboração dos conceitos de jurisdição e decisão não tem como prescindir dessa característica. Julgar não é simplesmente declarar a vontade concreta da lei, como afirmara CHIOVENDA. Ao decidir, o julgador atribui sentido aos textos normativos, participando ativamente na construção do ordenamento jurídico” (FREDIE DIDIER JR. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 165). Também por isso a nota da substitutividade é insuficiente, na medida em que não explica a atividade jurisdicional nas decisões sobre questões processuais, mas sobretudo porque tal característica pressupunha uma mera atividade subsuntiva do juiz, negando-se-lhe qualquer atividade normativa. Além disso, a atividade jurisdicional não pode ser equiparada a um simples substitutivo do comportamento devido pela parte, sob pena de se negar, de maneira oblíqua, a própria autonomia do direito processual. Confira-se, ainda, para outras abordagens sobre essa dimensão normativa: THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE. *Teoria do precedente judicial*: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: No-

dade jurisdicional assume uma função fundamental também na segurança jurídica e na previsibilidade dos jurisdicionados, inclusive com efeitos nas relações negociais extraterritoriais. Não bastasse essa transformação funcional, há que se dimensionar a existência de conflitos em massa, não raro ensejando uma tutela prestacional, urgente e preventiva, com inevitáveis e difíceis conflitos com as demais funções estatais. Dentro de todo esse contexto, avulta ainda a questão de a jurisdição necessariamente ser compatível com o Estado Democrático de Direito e inserida plenamente na estrutura dos direitos fundamentais.

Como já afirmado, o conceito de jurisdição é umbilicalmente ligado aos contornos estruturais do Estado a que se vincula. Entender a jurisdição como atividade estatal substitutiva da vontade das partes, com a finalidade de resolver um conflito de interesses definitivamente é continuar tratando do tema de forma abstrata e descolada do contexto histórico-cultural. A jurisdição não é uma criação meta-histórica; seu conceito representa, na realidade, o resultado das circunstâncias particulares em que opera a racionalidade humana.²⁶

No Estado Constitucional a jurisdição não se vincula à legalidade, mas, sim, à juridicidade.²⁷ Isso significa que a jurisdição é exercida no processo, mas, para legitimá-la, deve-se observar o modelo traçado na Constituição brasileira, que consagra o direito fundamental ao processo devido, com todos os seus corolários, não bastando o processo para sua legitimação.²⁸

Merece referência a abordagem de LUIGI FERRAJOLI, que se centra na função garantidora da jurisdição, responsável pela repressão de atos ilícitos (garantia secundária), por meio de juízo de constatação, por meio da afirmação e aplicação do direito, a partir da comprovação fática.²⁹ Nota-se, também aqui,

eses, 2012; Hermes ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.

26 PICARDI. *La Giurisdizione...* cit., p. 155.

27 Nas palavras de LOURIVAL VILANOVA, "a decisão é ato que qualifica deonticamente a situação controvertida. O ato jurisdicional não se constitui como uma proposição declarativa (descritiva ou teórica), mas como uma proposição prescritiva. Uma controversia pede decisão, que se verte em norma. O juiz nem pronuncia juízo de realidade, nem puro juízo de valor. O existencial do fato e o critério de valor entram como componentes do juízo normativo. E esse juízo normativo não é de ordem moral, ou religiosa, ou atinente à etiqueta, ou aos usos e costumes. É especialmente jurídico. [...] A decisão judicial continua o processo de criação de normas: dinamicamente considerado, o sistema jurídico é completável" (*As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 246 e 278).

28 Cf. DIDIER JR. *Sobre a Teoria...* cit., p. 70. Com o mesmo ponto de vista, mas por meio de outra abordagem: Taruffo. *La Semplice Verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009, p. 99-107.

29 *Principia Iuris: teoria del derecho y de la democracia*. Ibáñez, Bayón, Gascón, Sanchís

uma concepção conservadora do conceito de jurisdição, que não possuiria função criativa e se limitaria ao aspecto repressivo da lesão ao direito.³⁰ Na realidade, utilizou-se nessa conceituação a aglutinação entre a ideia de jurisdição como instrumento para a proteção de direitos subjetivos e como atuação concreta da lei.³¹

Por fim, resta mencionar a questão envolvendo o monopólio estatal da jurisdição, especialmente no contexto em que a arbitragem é reconhecida como, no mínimo, um equivalente jurisdicional.³² Na discussão que se trava na doutrina sobre a natureza jurisdicional da arbitragem, parece-me que o único item que efetivamente ainda comporta discussão refere-se à estabilidade da decisão arbitral e a possibilidade de sua revisão externa.³³ Embora adira à tese de que a impossibilidade de controle externo é característica da jurisdição, FREDIE DIDIER JR. entende que a arbitragem possui natureza jurisdicional precisamente porque o eventual controle judicial possui limitação temporal e material, o que não impede a formação de coisa julgada material.³⁴ NELSON

e Miguel (trad.). Madrid: Trotta, 2011, p. 831-836, v. 1.

30 Analisando especificamente essa abordagem teórica, MICHELE TARUFFO, após identificar coincidências conceituais clássicas, observa a importância da vinculação realizada por FERRAJOLI entre jurisdição e descoberta da verdade, mas critica precisamente essa limitação conceitual que remete à ideia de aplicação do direito ao caso concreto, numa postura dedutivista ou mecanicista. Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 21-29.

31 Para uma referência histórica das teorias: MARINONI. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, capítulo 2.

32 No julgamento da SE 5206/01, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da lei da arbitragem brasileira, mas não aprofundou a questão da prestação jurisdicional.

33 Ampla análise em: GEORGES ABBOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2012, capítulo 7. *Jurisdição Constitucional vs. arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro*. *Revista de Processo*, nº 214. São Paulo: RT, dezembro de 2012. Cf., ainda, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. LUIZ GUILHERME MARINONI é enfático ao excluir a arbitragem da jurisdição, precisamente por conta da estatalidade decorrente da unidade jurisdicional (*Teoria Geral...* cit., p. 148-153; LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 174-180, v. 1). CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, em outro estudo, passou a conceituar a tutela jurisdicional como "resultado da atividade desenvolvida pelos órgãos do Estado que exercem a jurisdição ou a tanto autorizados, visando à proteção do patrimônio jurídico", precisamente para incluir a arbitragem (*Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 108).

34 *Curso de direito processual civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 173, v. 1. Acrescenta ainda em sua argumentação, em resposta aos argumentos expostos por MA-

NERY JUNIOR, após considerar que "o compromisso arbitral é negócio jurídico celebrado entre partes capazes, que se obrigam a aceitar a sentença do juiz não togado por elas escolhido, para dirimir conflito de direito disponível que se formou entre elas", afirma não haver dúvidas de que o atual sistema de arbitragem brasileiro lhe conferiu caráter jurisdicional, que é típica, mas não exclusiva do Poder Judiciário. Além disso, o árbitro atua sob a confiança inerente ao negócio jurídico e sua decisão possui aptidão para formar coisa julgada material e recebe natureza de título executivo judicial.³⁵

A discussão é tão complexa quanto interessante, mas, para os fins de um trabalho que se baseia na jurisdição estatal, as noções gerais não devem avançar muito mais linhas.

O importante é fixar que o conceito de jurisdição não pode ser considerado imutável e a complexidade das relações sociais e, reflexamente, das relações e regulações jurídicas demonstram isso a todo tempo.³⁶ A existência dos

processos coletivos, os processos repetitivos, os casos difíceis, a judicialização de temas que até então não eram submetidos ao processo jurisdicional, a ampliação do uso da arbitragem, o amplo espaço para a realização de negócios processuais, o impacto da inteligência artificial no processo, a transnacionalização das relações, modulação temporal de decisões, sistema de precedentes, entre muitos outros fatores, indicam que o conceito de jurisdição não pode mais ser o mesmo formado na primeira metade do século passado.³⁷

Em suma, após um século de evolução conceitual na doutrina processual civil, não é compatível com a atual quadra a mera reprodução da ideia de jurisdição como "atuação concreta da lei" ou "justa composição da lide". Se a ideia de jurisdição deve refletir sua época, não é possível que haja uma acomodação conceitual que perpetue conceitos que pertencem a outro contexto político-jurídico.³⁸

3. Jurisdição voluntária

Como já assinalado na Introdução, não passaremos em revista os diversos posicionamentos doutrinários sobre jurisdição voluntária, em que pese a relevância teórica do debate. A reconstrução histórica dos diversos pensamentos fundamentais já foi realizada por diversas obras clássicas da doutrina brasileira.³⁹

RINONI e MITIDIERO, em síntese: a) a opção pela arbitragem significa renúncia à jurisdição exercida pelo Estado; b) não há exclusividade no exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário; c) o regramento privado e a obrigatória observância do devido processo legal asseguram a imparcialidade do árbitro; d) a impossibilidade de executar o decidido pelo árbitro é questão de competência e não de jurisdição; e) a disponibilidade dos direitos e o uso restrito pelos jurisdicionados não são fatos que se relacionem com o conceito de jurisdição; f) se o árbitro exerce jurisdição, a possibilidade de controle por meio de juiz estatal é questão de competência funcional (p. 173-176).

³⁵ *Princípios...* cit., p. 152-164, com ampla indicação bibliográfica.

³⁶ Ao estudarmos o presente e mirarmos o futuro, entretanto, nunca poderemos olvidar o passado, sobretudo porque "não há marco zero para o pensamento humano. Característica de uma cultura é o ser transmissível e efetivamente transmitida de geração a geração" (JOSE SOUTO MAIOR BORGES, *O contraditório no processo judicial*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 9). Prossegue o autor: "por isso a ruptura pressupõe o conhecimento anterior contra o qual ela se insurge, pela introdução de um novo paradigma do conhecimento científico. [...] Pensar, no fundo abissal de onde brota o pensamento, é rememorar: um ato de reconhecimento pelo que de grandioso antes de nós foi pensado. Mas esse reconhecimento não é um mero conhecimento que se restaura e renova; sequer apenas uma comemoração pensante. [...] A hostilidade ao passado é um ato de destruição do presente. Do passado, enquanto nos seus desdobramentos até o tempo presente e suas projeções para o futuro, não é lícito dizer-se que passou ou que ainda não passou. Ele simplesmente não passa: 'é o que fica do que passou'. Enquanto depositário da grandeza dos primeiros passos, ele secretamente nos governa: nada de novo sob o sol. Mas o presente prepara e antecede todo o futuro. A história das idéias – e pois a história do pensamento jurídico – pode ser representada por uma sucessão de camadas de tradição superpostas umas às outras. A longo prazo será também tradição o que nós – os modernos – pensamos, mas se e somente se digno, esse pensar, de questionamento profundo. Como poderemos esperar reconhecimento das gerações futuras se não somos, nós

mesmos, digno do legado de nossos antepassados?" (p. 9-11). Evidentemente, portanto, em todas as passagens em que mencionamos a necessidade de se superar determinada concepção, deve-se conceder ao mesmo tempo todas as homenagens às construções realizadas por décadas por grandes estudiosos. Não e por outra razão, aliás, que este volume é dedicado a clássicos tratadistas da jurisdição voluntária.

³⁷ Cf. ANTONIO DO PASSO CABRAL, *Per un nuovo concetto di giurisdizione*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 18, n.º 35. Belo Horizonte, PUC Minas, 2015. Disponível em: <periodicos.pucminas.com.br>.

³⁸ LUIZ GUÉRMER MARINONI, SERGIO ARENHART e DANIEL MITIDIERO, *Curso de processo civil*, v. 1. São Paulo: RT, 2015, p. 27-28 e também capítulo 1. Interessante notar que também vem mudando, e não poderia ser diferente, o modo como se entende o processo administrativo, o que interessa para um estudo aprofundado sobre jurisdição, que necessariamente deve extrema-la da administração e da legislação. Cf. RICARDO PERLINGEIRO, *Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana*. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba: UFPR, v. 2, p. 89-136, janeiro-abril de 2015; RICARDO PERLINGEIRO, *O devido processo legal administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar*. *Revista de Processo* n.º 239. São Paulo: RT, p. 293-331, janeiro de 2015.

³⁹ Sem prejuízo de outras referências, os dois estudos fundamentais na doutrina brasileira são estes: FREDERICO MARQUES, *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Campinas: Millenium, 2000; ALFREDO DE ARAÚJO LOPES DA COSTA, *A administração pública e a ordem jurídica privada (jurisdição voluntária)*. Belo Horizonte: Bernardo Alvares, 1961. Uma análise de diversos posicionamentos doutrinários pode ser encontrada com

e faremos referência às indicações bibliográficas no decorrer do texto, especialmente em relação à natureza jurídica.⁴⁰ 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.⁴¹ 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 consenso,⁴² mas, como será visto, também aqui não reside a nota distintiva, já que é insita à jurisdição voluntária a potencialidade do conflito.⁴³

proveito em: EDSON PRATA. *Jurisdição voluntária*. São Paulo: LEUD, 1979; JOÃO PAULO LUCENA. *Natureza jurídica da jurisdição voluntária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. Abordagem original e também com descrição dos vários posicionamentos em: WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO. *Revista de Processo* n° 69. São Paulo: RT, janeiro-março de 1993.

- 40 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 tordar a clareza" (ARAKEN DE ASSIS. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2015, p. 578-579, v. I).
- 41 LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO ARENHART e DANIEL MITIDIERO. *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 156, v. 1.
- 42 LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO ARENHART e DANIEL MITIDIERO. *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 156, v. 1.
- 43 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" (FREDIE DIDIER JR., LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil*. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 530, v. 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 quem 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 afirme que no processo de 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

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 incômodo –,⁴⁴ 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 uma protagonismo jurisdicional⁴⁵ que não encontra mais espaço, de modo que a participação das partes⁴⁶ 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 utilizadas.⁴⁷

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" (PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 15-16, v. IX, tomo I). A própria legislação desconstruiu essa ideia, ao permitir o inventário extrajudicial, para ficarmos com o exemplo que sustentou tal posicionamento.

- 44 CF. TARUFFO. *Democracia y jurisdicción. Proceso y Decisión: lecciones mexicanas de derecho procesal*. Bochichio, Valle e Alfonso (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 25-27.
- 45 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 climax" (EDSON PRATA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 35, v. VII).
- 46 Um exemplo até certo ponto singelo da participação das partes na formação da prova, conferindo-lhe inegável valor democrático que repercuta em sua legitimidade, está no art. 471, CPC, além, é claro, dos arts. 190, 191 e 357, todos também do CPC, e no esquecido art. 109, CC.
- 47 Na doutrina brasileira, defendem a natureza jurisdicional, exemplificativamente: J. J. CALMON DE PASSOS. *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; EDSON PRATA. *Jurisdição voluntária*. São Paulo: LEUD, 1979, p. 74-77; RONALDO CUNHA CAMPOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 256-267, v. I, tomo I; WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO. *Revista de Processo* n° 69. São Paulo: RT, janeiro-

-março de 1993. JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER, JOÃO PAULO LUCENA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, p. 60, v. 15. *Jurisdição voluntária*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 40-41. *Natureza jurídica da jurisdição voluntária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 127; OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA. *Curso de processo civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 30-36, v. 1; OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: 2000, p. 26-27, v. 1; LEONARDO GRECO. *Instituições de processo civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 94-98, v. I; CASSIO SCARPINELLA BUENO. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 460-461; LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 155-156, v. I; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 33; LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI. *Curso avançado de processo civil*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 112-114, v. 1. *Curso avançado de processo civil*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 346, v. 4; DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES. *Manual de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 99-103; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. *Procedimentos especiais de jurisdição voluntária*. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 380-384, tomo I. *A instrumentalidade do processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 146-152. *Instituições de direito processual civil*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 464-469; ARAKEN DE ASSIS. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: 2015, RT, p. 578-580, v. I; DIDIER JR., *Curso de direito processual civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 191-196, v. 1. Defendem a natureza não jurisdicional, também exemplificativamente: ALFREDO DE ARAÚJO LOPES DA COSTA. *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, v. I; ALCIDES DE MENDONÇA LIMA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1982, p. 15-16, v. XII; CELSO AGRÍCOLA BARBI. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 12, v. I; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. *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, p. 69 e 83, v. V; ARRUDA ALVIM. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1990, p. 239-243, v. I; Humberto THEODORO JÚNIOR. *Curso de direito processual civil*. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 438-439, v. II; CRISTINA FERRAZ. *Jurisdição voluntária no processo civil*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 102-124; NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY. *Código de Processo Civil comentado*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1668; ANTONIO CARLOS MARCATO. *Procedimentos especiais*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 305-307; BRUNO FREIRE e SILVA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. ANTONIO DO PASSO CABRAL e RONALDO CRAMER (coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1031. ZULMAR DUARTE DE OLIVEIRA JUNIOR. *Comentários ao Código de Processo Civil*. LENIO STRECK, DIERLE NUNES, LEONARDO CUNHA e ALEXANDRE FREIRE (coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 954. Para uma abordagem recente sobre a natureza administrativa ou não jurisdicional da jurisdição voluntária: HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. Ainda a polêmica sobre a distinção entre a "jurisdição contenciosa" e a "jurisdição voluntária". *Revista de Processo* n° 198. 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 à luz dos sistemas de direito positivo do direito brasileiro: ENRIQUE ALLORIO. Ensayo polémico sobre la "jurisdicción" voluntaria. *Problemas de Derecho Procesal*. Santiago Sentis Melendo (trad.). Buenos Aires, 1963, tomo II; FRAN-

Em linhas gerais, tradicionalmente se considera a jurisdição voluntária como procedimento sem litigiosidade e com inexistência de partes com interesses inicialmente antagônicos,⁴⁸ mas isso não lhe confere uma espécie de

60 CESCO CARNELUTTI. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958; nessa obra há
61 mudança no pensamento do autor, que passa a defender a natureza jurisdicional da
62 jurisdição voluntária; Othmar JAUERNIG. Problemas de qualificação da jurisdição
63 voluntária: judicatura – administração; ato estatal – negócio jurídico privado. Wan-
64 derlei de Paula Barreto (trad.). *Revista de Processo* n° 39. São Paulo: RT, julho-se-
65 tembro de 1985. JOSÉ LEBRE DE FREITAS. *Introdução ao processo civil: conceito e prin-
66 cípios gerais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2006, item 4.5; VITTORIO DENTI. La
67 giurisdizione volontaria revisitata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*.
68 Milano: Giuffrè, junho de 1987; NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. Premissas
69 para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria. *Estudios de Teoría
70 General e Historia del Proceso (1945-1972)*. Cidade do México: Universidad Nacional
71 Autónoma de México, 1992, t. I; ANGELO JANNUZZI. *Manuale della Volontaria Giu-
72 risdizione*. 7ª ed. Milano: Giuffrè, 1995; JUAN RAMÓN LIEBANA ORTIZ. *Fundamentos
73 Dogmáticos de la Jurisdicción Voluntaria*. Madrid: Iustel, 2012; ANTONIO FERNÁNDEZ
74 DE BUJÁN. *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria*. Madrid: Iustel, 1997,
75 v. I. *La Reforma de la Jurisdicción Voluntaria*. Madrid: Dykinson, 2015; BUJÁN y FER-
76 NÁNDEZ e FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁZ (coord.). *La Jurisdicción Voluntaria: una
77 apuesta por la eficacia*. Madrid: Dykinson, 2016; PIEDAD GONZÁLEZ GRANDA. ¿Quo
78 Vadis, Jurisdicción Voluntaria? Madrid: Reus, 2015; ÓSCAR MONJE BALMASEDA (co-
79 ord.). FRANCISCO LLEDÓ e outros (dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Jurisdicción
80 Voluntaria: ley 15/2015, de 2 de julio*. Madrid: Dyckinson, 2016. Lembre-se, ainda,
81 do posicionamento particular e autonomista de ELIO FAZZALARI. *La Giurisdizione
82 Volontaria: profilo sistematico*. Padova: CEDAM, 1953. *Instituições de direito proces-
83 sual*. Elaine Nassif (trad.). Campinas: Bookseller, 2006. Por fim, encerra-se esta
84 nota exemplificativa com a referência à publicação eletrônica com os relatórios
85 internacionais sobre jurisdição voluntária organizados por ALEXEY ARGUNOV: *Vol-
86 untary (Non-Contentious) Jurisdiction Around the World*. Trata-se de publicação ele-
87 trônica originada em Moscou e cuja consulta me foi gentilmente possibilitada pelo
88 professor ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, que foi o autor brasileiro convidado para
89 integrar a obra. Trata-se de rico panorama em que fica clara a tendência de desju-
90 dicialização de temas afetos à jurisdição voluntária, o que não encontra exata cor-
91 respondência no atual direito positivo brasileiro. Em seu texto, ALEXANDRE CÂMARA
92 aponta sobre a escassez estatística acerca dos procedimentos de jurisdição
93 voluntária na prática forense e assinala que a tendência da doutrina brasileira mais
94 recente reconhece sua natureza jurisdicional.

48 Cf. LEONARDO GRECO. *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. ALVIM WAMBIER, DIDIER JR., TALAMINI e 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 re-

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 essas ser reproduzidas a antiga ideia de que a jurisdição voluntária não é nem mais serção nem voluntária,⁴⁹ 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 conflito.⁵⁰

gistros 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 (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 464 e 466, v. I).

49 CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO diz que "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" (*Instituições de direito processual civil*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 465, v. I).

50 "Recurso especial. Retificação de registro imobiliário. Artigo 213, inciso I, alíneas 'd' e 'e', da lei nº 6.015/1973. Súmula nº 284/STF. Incidência. Jurisdição voluntária. Ausência de litigiosidade. Honorários advocatícios. Não cabimento. 1. Cuidado-se, na origem, de ação de retificação de matrícula de imóvel (jurisdição voluntária), objetivando a correta delimitação do bem registrado, em que foi equivocadamente indicada pessoa para ser citada como suposta proprietária de área confrontante. 2. Inviável o acolhimento do pleito exordial, em recurso especial, pois o dispositivo legal invocado (art. 216, I, alíneas 'd' e 'e', da Lei nº 6.015/1973) não garante automaticamente a retificação do registro, nem infirma o fundamento adotado no acórdão recorrido para rejeitar a pretensão inicial, qual seja, a insuficiência de prova da propriedade da área reclamada. Incidência da Súmula nº 284/STF. 2. Em procedimento de jurisdição voluntária, a existência de litigiosidade excepciona a regra de não cabimento de condenação em honorários advocatícios. Precedentes. 3. No caso, a mera alegação de ilegitimidade de parte citada como confrontante não torna litigiosa a demanda, não lhe cabendo, portanto, honorários sucumbenciais. 4. Recurso especial parcialmente provido" (R Esp 1524634/RS, rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, j. 27/10/2015, DJe 3/11/2015). "Processual civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Procedimento especial de jurisdição voluntária. Contencioso. Honorários advocatícios. Verba cabível. 1. 'Nos procedimentos de jurisdição voluntária, em que há litigiosidade, não meros interessados, é cabível a condenação da parte vencida em honorários advocatícios. Precedentes do STJ: REsp n. 77.057-SP, Rel. Ministro Nilson Naves, DJ de 25/3/1996; AgRg no Ag n. 128.881-MG, relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 25.2.1998' (REsp n. 283.222/RS, relator Ministro João Otávio de Noronha, 2ª Turma, unânime, DJ 6.3.2006). 2. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no Ag 1362095/SP, rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, j. 10/4/2012, DJe 18/4/2012).

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.⁵¹

51 É relevante, nesse ponto, ter em mente a distinção entre conceito jurídico-positivo e conceito jurídico fundamental: "O conceito jurídico-positivo é construído a partir da observação de uma determinada realidade normativa e, por isso mesmo, apenas a ela é aplicável. Acrescentando que são conceitos contingentes, históricos: descrevem realidades criadas pelo homem em certo lugar, em certo momento. [...] Como se vê, trata-se de conceito que fica submetido às contingências das transformações do Direito positivo. A definição desses objetos variará conforme o tempo e o espaço. Não há, portanto, uma disciplina jurídica única e imutável para esses institutos. Não se pode pretender encontrar, nesses conceitos, elementos invariáveis, que compusessem uma espécie de essência imprescindível do objeto definido [...] O conceito jurídico fundamental (*lógico-jurídico*, jurídico próprio ou categorial) é aquele construído pela Filosofia do Direito (é uma das tarefas da *Epistemologia Jurídica*), com a pretensão de auxiliar a compreensão do fenômeno jurídico onde e quando ele ocorra. Tem pretensão de validade universal. Serve aos operadores do Direito para a compreensão de qualquer ordenamento jurídico determinado. É, verdadeiramente, um pressuposto indispensável de qualquer contato científico com o direito. É conceito *a priori*, alheio a qualquer experiência jurídica determinada, embora seja produto da experiência jurídica, o que não é paradoxal: não se consegue conceber produção do intelecto humano que não tenha por base alguma experiência. A partir da observação do fenômeno jurídico, criam-se esses conceitos, que funcionam como instrumentos indispensáveis à investigação empírica. Não expressam realidades contingenciais criadas pelo homem em dado momento histórico. São conceitos formais, lógicos, que 'nada adiantam sobre o conteúdo concreto das normas jurídicas'. Porque formais, são invariáveis; variável será o conteúdo normativo a ser extraído dos enunciados normativos do Direito positivo [...] Exatamente porque produzido pelo conhecimento humano, o conceito lógico-jurídico é também um produto cultural. O conceito é formulado a partir da observação do fenômeno jurídico, que também é manifestação cultural. Nada obstante tenha a pretensão de servir à compreensão de qualquer ordenamento jurídico (pretensão universalizante), nasce da observação do Direito como fato. Como todo conceito, procede da experiência. [...] A elaboração desse tipo de conceito determina-se pelas contingências do seu tempo: repertório teórico existente, ideologias predominantes, concepções filosóficas prevaletentes, peculiaridades dos objetos investigados, limitações materiais para pesquisa e desenvolvimento do método etc. Tais conceitos são convencionalmente construídos e, exatamente por isso, também por convenção podem ser revistos [...] Os conceitos lógico-jurídicos têm uma dupla função: servem de base à elaboração dos conceitos jurídico-positivos e auxiliam o operador do Direito na tarefa de compreender, interpretar e aplicar o ordenamento jurídico" (DIDIER JR. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 39-40, 42-44, 45-46 e 49).

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.

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 jurisdição,⁵² mas somente o pronunciamento jurisdicional está apto a produzi-la. Em síntese, pode-se dizer que há jurisdição sem coisa julgada material, mas não há coisa julgada material⁵³ fora da jurisdição estatal.⁵⁴ E, ainda que o conceito de jurisdição não se vincule à coisa julgada, há uma correlação evidente entre ambos,⁵⁵ de modo que a definição da natureza ju-

52 Cf. ANTONIO DO PASSO CABRAL. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 243-244 e 250-251.

53 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: ANTONIO DO PASSO CABRAL *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 59-61 e 254-266; JORDI NIEVA-FENOLL. *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.

54 EDUARDO TALAMINI. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 48. Cf., ainda, JORDI NIEVA-FENOLL. *Coisa julgada*. Antonio do Passo Cabral (trad.). São Paulo: RT, p. 141-144. Apreciação crítica em: ANTONIO DO PASSO CABRAL. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 249-251.

55 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

risdicional 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 voluntária,⁵⁶ 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 prática⁵⁷ 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 imutabilidade.⁵⁸ Também Cândido Rangel Dinamarco atribui natureza jurisdicional à jurisdição voluntária, 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".⁵⁹ Em mais de uma passagem de suas densas reflexões sobre a jurisdição voluntária, Leonardo Greco também

voluntária, mesmo quando, no que se refere especificamente à natureza jurídica da res iudicata, manifestem sua preferência por outras teses" (ANTONIO DO PASSO CABRAL. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 73).

56 FREDERICO MARQUES. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Campinas: Millenium, 2000, p. 58.

57 JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. Ainda e sempre a coisa julgada. *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsari, 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 Pellegini Grinover (textos posteriores). Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 182).

58 *Curso de processo civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 35, v. 1.

59 Procedimentos especiais de jurisdição voluntária. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 396, t. 1. A posição de Dinamarco nesse particular é melhor 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.

entende não haver aptidão para a formação de coisa julgada material, salvo se houver litígio superveniente.⁶⁰ 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 “varia 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 celebração”.⁶¹ 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”.⁶²

60 “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 a 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” (LEONARDO GRECO. *Instituições de processo civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 324-325. Vol. II).

61 *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 38-39.

62 *Instituições de processo civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 96, v. I. Mais

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.⁶³

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 transmuta 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.

Há evidentemente imensa dificuldade em conceituar a jurisdição voluntária, já que, como bem observou LEONARDO GRECO, “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”.⁶⁴

Em síntese, a partir de tudo o que foi exposto, consideramos a jurisdição

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, 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” (LEONARDO GRECO. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. TERESA WAMBIER, EDUARDO TALAMINI, FREDIE DIDIER JR. e BRUNO DANTAS (coord.). 3ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1863).

63 “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 polémica sobre a distinção entre a jurisdição contenciosa e a “jurisdição voluntária”. *Revista de Processo* nº 198. São Paulo: RT, agosto de 2011, p. 46).

64 LEONARDO GRECO. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 23.

voluntária como atividade jurisdicional⁶⁵ estatal, em que, em regra, inexistem partes com interesses antagônicos,⁶⁶ 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

65 “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 só 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 das características da jurisdição ‘voluntária’ acomodam-se à atividade administrativa” (ARAKEN DE ASSIS. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: 2015, RT, p. 579–580, v. I).

66 LEONARDO GRECO. *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. ALVIM WAMBIER, DIDIER JR., TALAMINI e 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” (LEONARDO GRECO. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 11. Ainda do mesmo autor: LEONARDO GRECO. *Instituições de processo civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 91–98, v. I). Afirma CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO que alguns atos são 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”. E define: “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) consequentemente, 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” (*Instituições de direito processual civil*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 467–469, v. I).

julgada material,⁶⁷ de acordo com os balizamentos postos pelo direito positivo.

67 “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 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 juízes – juízes com todas as garantias constitucionais da magistratura, façam ou não parte do Poder Judiciário. Mas cabe acrescentar: jurisdição é a atividade exercida pelos juízes (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. Em terceiro lugar, processo é categoria que pertence à teoria geral do direito, e consiste no método de que o Direito se vale para produzir normas jurídicas; daí que se pode falar em processo legislativo, administrativo, negocial e jurisdicional. Assim, aqueles que defendem a natureza administrativa da jurisdição voluntária não podem, por coerência, negar a existência de um processo, ainda que processo administrativo. A jurisdição voluntária se exerce por meio das formas processuais (petição inicial; sentença; apelação etc.), além do que não seria razoável defender-se a inexistência de relação jurídica entre os interessados e o juiz. Devem estar presentes todos os pressupostos processuais. É procedimento em contraditório – garantido pela Constituição tanto para o processo jurisdicional, como para o administrativo. O pensamento tradicional baseava-se em Constituições passadas, que não garantiam o contraditório nos processos administrativos. Em quarto lugar, na jurisdição voluntária o juiz atua para atender inte-

Há outras especificidades e características acidentais vinculadas a questões procedimentais que serão objeto de comentários ao longo da exposição.⁶⁸

resse privado, como terceiro imparcial. Enquanto a jurisdição voluntária é exercida por autoridade imparcial e desinteressada, a administração age no seu próprio interesse, no interesse do Estado, no interesse da coletividade como um todo, e não no interesse dos particulares que figuram como destinatários diretos da sua atuação. Em quinto lugar, se há processo e jurisdição, há ação, denominada por Pontes de Miranda de ação de jurisdição voluntária. Em sexto lugar, não se pode dizer que não há partes. Não se devem confundir noções de parte em sentido substancial, que é a parte do litígio, com parte em sentido processual, que é o sujeito parcial da relação jurídica processual. A partir do momento em que o processo surge, a situação jurídica dos postulantes e dos interessados se altera, assumindo o *status* jurídico de parte, com todos os direitos e deveres dela decorrentes. Dizer que porque não há litígio não há partes é desconhecer comezinha 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., *Curso de direito processual civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 191-196, v. 1).

68 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) (ARAKEN DE ASSIS, *Processo civil brasileiro*. São Paulo: 2015, RT, p. 583, v. 1). 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

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 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 privadas.⁶⁹

(arts. 725, I, IV e V, 730, CPC); arrecadação da herança jacente (arts. 738 e segs., 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). Essa classificação é expressamente acolhida por DIDIER JR. *Curso de direito processual civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 190-191, v. 1.

69 "A intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas somente pode efetivar-se nos casos, modos e limites prescritos em lei [...]. Desse modo, a função assistencial de tutela de interesses privados independentemente da existência de um litígio pelos juízes somente pode ser exercida nos casos previstos em lei. A utilização da via judicial sem previsão legal, como [...] a autorização ao médico para a cirurgia ou para a demolição pela prefeitura, aos quais outros poderiam ser acrescentados como o alvará exigido pelo estabelecimento bancário para levantamento de certos depósitos, são de autêntica jurisdição contenciosa [...]. Muitas vezes a previsão legal é muito genérica, como algumas atribuições que o Estatuto da Criança e do Adolescente confere no seu art. 148 ao juiz, e somente o exame de cada caso permitirá verificar se foi respeitado o princípio da legalidade, como garantia de respeito à liberdade individual e de não ingerência injustificada da autoridade pública na vida privada. [...] Também há casos em que a própria lei não prevê a intervenção judicial, mas em que o titular do direito pode exercê-lo livremente e, no entanto, temeroso de que o seu ato possa vir a ser contestado por outrem, preventivamente requer ao juiz autorização para praticá-lo. Exemplos: a prefeitura municipal requer alvará que a autorize a demolir prédio que ameaça ruir; o médico requer autorização para efetuar uma transfusão de sangue em uma testemunha de Jeová em iminente risco de vida. Nos dois casos, o requerente está autorizado pela lei a praticar o ato independentemente de autorização judicial e esta não o subtrai de eventual responsabilidade futura perante aqueles que sentirem prejudicados pelo seu ato. Se existe o

4. O procedimento de jurisdição voluntária

O CPC não se vale mais da designação “procedimentos especiais” ao se referir à jurisdição voluntária, embora sua disciplina esteja em um dos capítulos do Título III, que cuida exatamente dos procedimentos especiais, sem distinguir, para essa finalidade, entre os contenciosos e os de jurisdição voluntária, ao contrário do que ocorria no Código revogado.⁷⁰

Na realidade, dentro da jurisdição voluntária há o procedimento padrão, como estabelece o art. 719, e há procedimentos especiais no próprio CPC e em legislação especial.⁷¹

justo receio de que o ato seja questionado, na verdade a pretensão do requerente deveria articular-se através de um pedido declaratório cumulado com condenação dos contrainteresados a tolerarem a prática do ato, constituindo o ‘alvará medida preparatória de caráter cautelar ou incidente de tutela antecipada, cujo acerto somente se tornará definitivo através da sentença final em processo de conhecimento contencioso’ (LEONARDO GRECO. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 42 e 44).

70 “É questionável, no entanto, a manutenção da classificação que põe, de um lado, procedimentos especiais de jurisdição contenciosa e, de outro lado, procedimentos especiais de jurisdição voluntária. A doutrina que entende não ter a jurisdição voluntária natureza jurisdicional é criticável. Realmente, no ‘Brasil, principalmente, a inclusão de procedimentos de origem na chamada ‘jurisdição voluntária’ perturba a técnica classificatória e faz o Código de Processo Civil mestiçagem insólita de nada menos de dois milênios de civilização europeia’ (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 13, p. 3)” (FREDIE DIDIER JR., ANTONIO DO PASSO CABRAL e LEONARDO CARNEIRO DA CABRAL. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais*: dos procedimentos às técnicas. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 24, nota 21).

71 FREDIE DIDIER JR., ANTONIO DO PASSO CABRAL e LEONARDO CARNEIRO DA CABRAL. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais*: dos procedimentos às técnicas. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 23-24. Como bem observam os referidos autores, “não há uma razão clara para que o legislador estabeleça procedimentos especiais. Frequentemente, essa escolha legislativa é política, ou baseada em conveniência; às vezes, o que motiva a criação de procedimento especial é o simples peso da tradição; portanto, buscar as razões para a introdução ou manutenção de um procedimento especial na legislação tem pouca ou nenhuma utilidade dogmática. Veja o caso das ‘ações de família’, procedimento especial previsto no CPC. A especialização procedimental, neste caso, é tão pequena que poderia ter sido incorporada, facilmente, como diferenciação no próprio procedimento comum. A criação do procedimento teve, claramente, uma razão de política legislativa, de valorização simbólica dos processos de família. Ademais, a doutrina mais contemporânea, analisando os procedimentos especiais, tem notado que o que leva o legislador a positivar um procedimento especial muitas vezes é a simples busca por mais celeridade, independentemente das peculiaridades do direito material, que deveria ser a razão subjacente mais importante para a previsão legal deste tipo de procedimento. Não são raros os casos, com efeito, em que o detalhe que caracteriza o procedimento especial vem, ao longo do tempo, a ser incorporado no procedimento comum, a fim de se lhe

O art. 719 reproduz quase que integralmente o art. 1.103 do CPC de 1973 e, assim, mantém-se uma obviedade e um equívoco: a obviedade consiste no fato de que sempre uma regra especial se sobreporá sobre a geral ou, em outras palavras, somente se aplica o que é geral naquilo que for compatível com o que é especial; o equívoco está em uma redação que passa a ideia de que o sistema da jurisdição voluntária é fechado e que não se comunica com as demais disposições do CPC, notadamente de sua Parte Geral, o que de certa maneira é amenizado pelo disposto no art. 318, parágrafo único, CPC.

Diante a adoção claramente de uma flexibilidade procedimental no CPC,⁷²

conferir mais eficiência ou duração razoável” (p. 29-31). Além disso, ainda segundo os mesmos autores no livro em conjunto, “os artigos 327, § 2º, e 1.049, parágrafo único, do CPC, somados à ampliação dos negócios jurídicos processuais, à necessidade de eficiência na atividade jurisdicional e à consolidação do modelo cooperativo de processo, permitem que se tenha um procedimento comum, com a inserção de técnicas especiais normalmente adotadas em procedimentos especiais” (p. 8).

72 “O CPC brasileiro de 2015 montou um procedimento padrão bem flexível e, portanto, adaptável a inúmeras situações concretas dignas de tutela diferenciada. O procedimento comum brasileiro: a) permite a concessão de tutela provisória, cautelar ou satisfativa, fundada em urgência ou em evidência, liminarmente ou durante o processo, na generalidade dos processos – a tutela provisória deixou de ser uma peculiaridade de um procedimento especial; b) possui diversos dispositivos que permitem a adaptação do processo, como os arts. 7º, 139, IV, 297, 300 e 536, § 1º; c) possui diversas regras de adaptação do processo, espalhadas no Código, que fazem com que se possa afirmar que há vários caminhos possíveis para o procedimento comum) intimação obrigatória do Ministério Público para atuar como fiscal da ordem jurídica em alguns casos apenas (art. 178, CPC); ii) as diversas prerrogativas processuais dos entes públicos alteram as regras do procedimento comum para atender a esses sujeitos; iii) como já se viu, se a ação for de usucapião imobiliária, o procedimento comum sofre algumas transformações etc.; d) já embute a possibilidade de tutela das questões de direito repetitivas, por meio do incidente de julgamento de casos repetitivos (art. 928, CPC); e) permite expressamente o fracionamento da resolução do mérito da causa (arts. 354, par. ún., e 356, CPC); f) prevê o saneamento e a organização do processo (art. 357, CPC), com a finalidade de ‘justamente preparar a causa para que ela se desenvolva de modo eficiente, num prazo razoável e sem surpresas’, assemelhando-se ao *case management conference* do Direito inglês e à *conférence du président* do Direito francês. Assim, é possível organizar todo o processo, adequando suas atividades às necessidades do caso concreto; g) estrutura-se no sentido de admitir quatro ‘circuitos’ ou ‘rotas’ procedimentais para o encerramento do processo com solução do pedido, o que lhe confere excelente carga de adaptabilidade: i) improcedência liminar do pedido – juízo de mérito sem a citação do réu (art. 332, CPC); ii) julgamento antecipado do mérito – juízo de mérito sem necessidade de complementação da atividade instrutória com prova oral ou técnica (arts. 355-356, CPC); iii) extinção do processo em razão da não impugnação de tutela provisória satisfativa de urgência concedida em caráter antecedente – juízo que, embora não seja de mérito, tem aptidão para gerar estabi-

há dois aspectos que devem ser observados em relação à jurisdição voluntária: 1) a possibilidade de aplicação de outras técnicas previstas no CPC aos procedimentos⁷³ de jurisdição voluntária, desde que não fulminem precisamente a especificidade fundamental prevista legalmente; 2) o segundo ponto decorre do que foi dito na parte final do primeiro, isto é, a necessidade de preservação daquilo que torna efetivamente “especial” determinado procedimento. Em relação ao procedimento comum, por exemplo, a jurisdição voluntária possui algumas regras de competência específicas, há a previsão da continuidade do processamento mesmo em período de férias forenses e há diferença no regime financeiro do processo, por exemplo; já nos procedimentos específicos, há alguns em que se preveem comunicações editais próprias, concentração de atos, efeito recursal específico, justa causa para o ajuizamento da ação, fases procedimentais bem separadas, realização de provas necessárias, audiências especiais, entre outras características que devem ser mantidas, sem prejuízo de haver uma constante comunicação de técnicas e procedimentos com o que está previsto nos demais dispositivos do CPC.

Art. 720. O procedimento terá início por provocação do interessado, do Ministério

lidade dos efeitos da decisão (arts. 303-304, CPC); iv) julgamento do mérito após a audiência de instrução” (FREDIE DIDIER JR., ANTONIO DO PASSO CABRAL e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 65-67).

73 “O § 2º do art. 327 do CPC é, na verdade, uma cláusula geral de flexibilização procedimental. É possível importar para o procedimento comum técnicas especiais de tutela jurisdicional, mas também é possível a via inversa: importar para o procedimento especial regra do procedimento comum, a fim de se concretizarem normas fundamentais. Nesse sentido, é possível que o juiz determine, por exemplo, apresentação de réplica pelo impetrante do mandado de segurança, fazendo aplicar ao procedimento daquela ação constitucional o disposto nos arts. 351 e 352 do CPC e reforçando, assim, o contraditório (arts. 9º e 10, CPC) e a possibilidade de correção de vícios processuais, em concretização ao princípio da primazia do julgamento do mérito (art. 4º, CPC). É possível, também, defender que uma técnica especial seja aplicada a outro procedimento especial, desde que com ele compatível. Desses dispositivos do CPC pode-se concluir que há uma espécie de livre trânsito das técnicas diferenciadas entre os procedimentos, exigida, apenas, a compatibilidade” (FREDIE DIDIER JR., ANTONIO DO PASSO CABRAL e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 73-74). Em razão disso, afirmam os autores que “a imensa maioria dos procedimentos especiais não são assim tão diferentes do comum” (p. 96), mas consideram a “preservação de alguns procedimentos especiais de jurisdição voluntária. Se, de um lado, há uma tendência de desjudicialização de certas questões, que passam a poder ser resolvidas fora do Poder Judiciário, as que, por outro lado, remanescem dentro da competência jurisdicional tendem a ser causas que necessitam de um procedimento diferenciado, em razão de suas peculiaridades, como são os casos da interdição e dos procedimentos relacionados à criança e ao adolescente” (p. 101).

Público ou da Defensoria Pública, cabendo-lhes formular o pedido devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial.

CPC de 1973 – art. 1.104

5. Legitimidade ativa

O art. 720 anuncia a regra geral de que o procedimento deve ser iniciado por quem afirma sua legitimidade, por meio de petição inicial que atende aos requisitos de admissibilidade exigidos para qualquer providência jurisdicional.

Rigorosamente, não fossem as referências ao Ministério Público e à Defensoria Pública, o art. 720 seria mais um truísmo a incremental o rol da jurisdição voluntária.

Portanto, além da referência a “interessado”, que é explicada pela tradição de designar assim a parte na jurisdição voluntária, a novidade desse artigo está na atribuição de legitimidade ativa para essas duas instituições, o que não significa uma autorização genérica e ilimitada para o ajuizamento das ações que ensejarão procedimentos de jurisdição voluntária, já que há limites óbvios decorrentes da própria pertinência com a finalidade instituição (art. 127 da Constituição da República, por exemplo), bem como pode haver limitações específicas em determinados procedimentos (exemplos: no procedimento envolvendo fundações privadas, há hipóteses de legitimidade exclusiva do Ministério Público; na ratificação dos protestos e dos processos testemunháveis formados a bordo, somente o capitão do navio possui legitimidade ativa; no processo de interdição, o Ministério Público é legitimado apenas para algumas hipóteses etc.).

Normalmente, porém, a legitimidade será daquele que a lei confere aptidão abstrata para solicitar a providência jurisdicional. Na jurisdição voluntária ainda se utiliza a palavra “interessados”⁷⁴ (arts. 88, 720, 721, entre outros, CPC), com

74 “Na jurisdição voluntária, contudo, a lei não utiliza a palavra *partes* para designar esses sujeitos, mas a palavra *interessados*. Isso porque há diversas hipóteses na jurisdição voluntária em que os sujeitos principais não ocupam posições antagônicas, sendo apenas sujeitos postulantes, como ocorre, por exemplo, no divórcio consensual, no qual os dois cônjuges, de comum acordo, se dirigem ao juiz formulando o mesmo pedido comum” (LEONARDO GRECO. *Instituições de processo civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 244, v. 1). Interessante anotar que CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO vale-se da noção de interessado precisamente para elaborar o “conceito puro de parte”: partes são os sujeitos *interessados* da relação processual, ou os *sujeitos do contraditório instituído perante o juiz* (LIEBMAN). “Dizem-se *interessados* porque ali estão sempre em defesa de alguma pretensão própria ou alheia, em preparação para receberem os efeitos do provimento final do processo. [...] Esse é um *conceito puro de parte*, ou puramente processual. Apoia-se exclusivamente no fato objetivo