

Da jurisdição voluntária

Peterson Fernandes Braga
Acadêmico do Curso de Direito/UFRN – 8º Período

Introdução

O presente trabalho vem discorrer acerca da jurisdição voluntária ou graciosa, ou ainda, como queiram alguns doutrinadores, administração pública de interesses privados. Deixemos, porém, as discussões sobre a sua denominação para o momento oportuno.

Pode-se dizer - e aqui sem nenhum exagero - que todas as questões concernentes à jurisdição voluntária (sua natureza, suas diferenças em relação à jurisdição contenciosa e uma série de outras indagações) encontram-se dentre as mais controvertidas do direito processual civil, senão da própria ciência jurídica.

A mais conceituada doutrina, nacional e estrangeira, debate a questão, sem que, no entanto, chegue a um consenso de opiniões que ponha fim às controvérsias.

Nosso objetivo aqui, consiste em levantar algumas indagações que achamos ter relevância na conceituação da jurisdição voluntária em todos os seus aspectos. Assim, com o trabalho que ora desenvolvemos, procuramos tentar responder a dois questionamentos principais: No que difere a jurisdição voluntária da contenciosa? E qual a natureza jurídica da jurisdição voluntária?

Noções gerais sobre Jurisdição

O Estado, enquanto ente abstrato, serve-se de três funções básicas para que possa desempenhar com eficiência os seus papéis. São elas: a Legislação; a Administração e a Jurisdição.

Essa é a concepção clássica da tripartição dos poderes, proposta por Montesquieu que, para o exercício de cada uma dessas funções, defendia a existência de um respectivo poder. Assim, a atividade legiferante seria desenvolvida pelo poder Legislativo; a função de administrar pelo Executivo e o exercício da função jurisdicional competia ao poder Judiciário.

Todavia, seria mais coerente afirmar que a função jurisdicional vem a ser aquela exercida *precipua*mente pelo Poder Judiciário, sendo da mesma forma com as demais funções e seus respectivos poderes. Justifica-se tal entendimento, uma vez que a função de um Poder não se encerra na sua atuação específica, podendo, de forma excepcional ou anômala, ser desempenhada por outro, desde que haja expressa referência no texto constitucional. A título de exemplos, podemos enumerar as seguintes situações em que cada um dos Poderes exerce de forma anômala suas funções: a) o Legislativo, quando julga os crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente, Vice-Presidente da República ou pelos Ministros de Estado, está a exercer função jurisdicional (CF, artigo 52, I); b) o Executivo, quando expede medidas provisórias, desempenha função legislativa; e c) o Judiciário, quando nomeia seus funcionários, exerce função de índole executiva.

Esclarecidos esses aspectos, podemos definir a Jurisdição como sendo o poder, a função ou a atividade desenvolvida pelo Estado, que, de forma imparcial, visa solucionar os conflitos de interesses surgidos no meio social, seja expressando objetivamente o preceito legal, seja

realizando efetivamente o que o direito objetivo estabelece. E isto sempre substituindo, com uma atividade sua, a atividade daqueles que se encontram envolvidos no conflito de interesses levado à sua apreciação.

Jurisdição e Administração

Problema de difícil solução, mas, por outro lado, imprescindível para às respostas aos questionamentos a que nos propusemos no início dessa explanação, consiste em bem diferenciar a atividade jurisdicional da atividade administrativa. A princípio, vale a pena afirmar que como expressões do Poder Estatal, não há que se fazer qualquer distinção entre Administração e Jurisdição, já que o Poder soberano que dispõe o Estado é uno e indivisível. Como função estatal é que sim, pois cada uma apresenta suas peculiaridades e seus traços característicos.

Tal dificuldade em distinguir a atividade jurisdicional da administrativa talvez decorra do fato de em ambas as atividades o Estado cumprir a lei tendo-a como limite de sua atividade. Em virtude disso, defendia Kelsen que a função do Estado limitar-se-ia a criação das leis, tarefa que competia ao Legislativo, e a sua conseqüente execução, que por sua vez competia tanto à Jurisdição quanto à Administração, o que complicava ainda mais o quadro distintivo.

Posteriormente, buscou-se fazer a distinção pelo critério subjetivo ou orgânico, atribuindo a determinado ato a qualidade de jurisdicional ou de administrativo de acordo com a natureza do órgão ou agente que viesse a realizá-lo. No entanto, constatou-se que o juiz, no exercício de suas funções, também pratica atos administrativos, o que pôs em descrédito toda a teoria organicista.

Hoje entende-se que a distinção entre Jurisdição e Administração não pode ser feita levando-se em conta um critério isolado, como o subjetivo ou orgânico. Deve-se, ao contrário, buscar-se a distinção na conjugação de diversos critérios de ordem objetiva, para que se delimite de forma correta os traços que distinguem a atividade jurisdicional da administrativa.

Seguindo esse caminho, convém ressaltar que apesar de ambas as atividades servirem-se à aplicação das leis, tendo-as como limite, apenas a Jurisdição tem o escopo de atuá-la, através da aplicação do direito ao caso concreto, visando a pacificação dos conflitos de interesses, fazendo justiça na sociedade.

Por outro lado, falta à Administração o caráter substitutivo, pois o Estado pratica um ato em que ele próprio é parte, aplicando a lei no intuito de satisfazer necessidades individuais e coletivas para a realização do bem comum. Por seu turno, a Jurisdição tem por objetivo a aplicação da lei a uma pretensão, tendo como pressuposto uma lide, caracterizada por um conflito de interesses.

Não podemos deixar de nos referir, também, ao fato de que os atos administrativos não são definitivos, podendo no máximo precluir no âmbito da administração, vedando-se a possibilidade de recurso administrativo, sem que, no entanto, nunca venham a ter autoridade de coisa julgada, pois essa é atributo específico da atividade jurisdicional.

Além disso, o ato jurisdicional depende da iniciativa da parte interessada, mediante o exercício do direito de ação, atuando sempre processualmente sob as regras da dualidade e do contraditório, comandadas por um terceiro desinteressado e imparcial (o juiz). Ao seu turno, o ato administrativo, em regra, não depende de requerimento do interessado, atuando o administrador de ofício, através de um procedimento previamente estabelecido em lei, onde a própria Administração é parte interessada.

No entanto, talvez o traço que mais bem distinga a atividade jurisdicional da

administrativa, está no fato dos órgãos da Administração procederem, algumas vezes, por meio de critérios de oportunidade e conveniência, tendo o legislador dado-lhes uma certa margem de escolha e discricionariedade. Por sua vez, o conteúdo dos atos jurisdicionais encontra-se previamente definido e delimitado na lei, agindo o órgão jurisdicional sempre em observância ao princípio da legalidade.

Jurisdição voluntária

Como regra geral, o Estado outorga livremente aos particulares a faculdade de pactuarem suas relações. Na maioria dos atos e negócios jurídicos da vida privada, os interessados na sua realização dispõem do *jus dispositivum*, o que lhes possibilita ampla liberdade e autonomia na concretização desses mesmos negócios.

No entanto, em determinadas situações, mesmo que se tratem de relações privadas, o Legislador (Estado) restringe o *jus dispositivum* dos particulares e subordina a validade e eficácia de determinados atos à obrigatória intervenção de um órgão público. Dá-se, assim, como diz à doutrina, a administração pública de interesses privados.

Justifica tal limitação ao princípio da autonomia da vontade, o fato de determinados atos dos particulares (como por exemplo, o casamento), interessarem à toda coletividade e não somente aos seus participantes. Dessa forma, ocorre a tutela de direitos individuais em determinados negócios jurídicos, com a necessária participação dos órgãos públicos, objetivando proteger os direitos individuais e coletivos, prevenindo futuros litígios.

De fato, tempos atrás, as atividades jurisdicionais e administrativas não eram bem discriminadas, não se tinha uma noção exata dos limites entre Jurisdição e Administração. Processo e direito administrativo se entrecruzavam constantemente, fazendo com que, até hoje, existam incertezas sobre a natureza de determinados atos.

Por outro lado, o legislador achou conveniente que em alguns negócios privados houvesse a obrigatória intervenção do juiz, dado a sua independência, imparcialidade, idoneidade e responsabilidade perante a sociedade. Dessa forma, procurou o Estado assegurar maior certeza e segurança nas relações particulares, evitando assim eventuais litígios.

Assim, a maior parte da doutrina define a jurisdição voluntária como sendo o conjunto de atos de natureza administrativa que, por motivos de conveniência ou tradição histórica, o Estado outorgou aos juízes, no desiderato de prevenir futuros conflitos.

Natureza da jurisdição voluntária

No estudo da jurisdição voluntária, outro aspecto relevante, sobre o qual também pairam grandes controvérsias, é o pertinente à correta determinação da sua natureza jurídica.

Dentro de todo esse quadro controvertido, três teorias principais, todas elas respaldadas por nomes da maior importância na ciência processual, se propugnam a definir tal questão: a teoria jurisdicionalista, a teoria administrativista e a teoria autonomista.

Teoria jurisdicionalista

Para os partidários de tal teoria, os atos de jurisdição voluntária, praticados pelo juiz, não deixam de ter natureza jurisdicional, uma vez que, nessa modalidade de atos, também ocorre a tutela dos direitos e a atuação, por parte de um terceiro imparcial, do direito objetivo. O Estado, aqui, serve-se de um juiz imparcial que exerce sua atividade para atender a tais objetivos.

Argumentam que uma das características marcantes da Jurisdição está na sua unicidade e indivisibilidade, sendo, pois, impossível dividi-la, qualquer que fosse o critério adotado. Portanto, jurisdição voluntária e jurisdição contenciosa se confundem, fazendo parte de um todo uno e indivisível que é a Jurisdição.

Assim, todas as vezes que a autoridade jurisdicional possa e deva fazer o que o ordenamento jurídico proíbe aos jurisdicionados, entende-se que se dá o exercício da Jurisdição, independente de qualquer critério ou elemento diferenciativo.

Para os defensores da teoria jurisdicionalista, a jurisdição voluntária teria caráter eminentemente jurisdicional, pelo fato de não deixar de ser atividade desenvolvida por um juiz imparcial que, através da aplicação do direito objetivo, busca tutelar interesses particulares, com o intuito de prevenir futuros conflitos.

Teoria administrativista

De acordo com o entendimento dos partidários dessa corrente, por sinal predominante em nossa doutrina, a jurisdição contenciosa não seria Jurisdição, e sim verdadeira atividade administrativa; bem como, não seria voluntária, já que os interessados obrigatoriamente se submetem a ela por imposição da própria lei.

O Estado, segundo essa teoria, pratica determinados atos que se impõe como requisito de validade para alguns negócios jurídicos, sendo que uma parcela desses atos são confiados aos juízes, para que a parte que se sentisse prejudicada não viesse a buscar o Judiciário objetivando o reexame da decisão. Passa o juiz, então, a desenvolver uma série de funções fora de seu poder jurisdicional, devendo tais hipóteses serem expressamente taxativas em lei, uma vez que, tais atos não se encontram inscritos no poder jurisdicional do juiz.

Podemos dizer sejam estes, de forma genérica, os argumentos principais dos quais se valem os administrativistas para negarem o caráter jurisdicional da jurisdição voluntária:

1º) Somente na jurisdição voluntária se verifica a discricionariedade do juiz, que decide segundo critérios de oportunidade e conveniência, predominando, assim, o seu poder inquisitivo, em detrimento do princípio dispositivo;

2º) Na jurisdição voluntária os direitos subjetivos são tutelados diretamente e não como simples reflexo do direito objetivo tutelado:

3º) Não é atividade substitutiva ou secundária, nem há conflito de interesses que caracterizam um litígio. Ocorrem simples controvérsias quanto à conveniência e oportunidade do ato pretendido, sem que exista contraditório e partes envolvidas, havendo simples interessados;

4º) A jurisdição voluntária busca constituir relações jurídicas novas, não tendo o escopo de tutelar às já existentes;

5º) Em virtude do caráter meramente constitutivo da jurisdição voluntária, esta não produz o efeito essencial da jurisdição que é a coisa julgada, já que não declara o direito aplicável ao caso concreto; e

6º) O caráter da jurisdição voluntária seria preventivo-constitutivo, ao passo que, na verdadeira atividade jurisdicional, o Estado atua de forma repressiva-declarativa.

Teoria autonomista

A corrente autonomista considera que os atos de jurisdição voluntária não possuem natureza jurisdicional, nem tão pouco administrativa. Seriam, no dizer de Fazzalari, “uma categoria autônoma inassimilável à jurisdição contenciosa e à atividade administrativa”.

Para os que defende tal entendimento, a jurisdição voluntária é vista com autonomia em relação às demais funções do Estado, o que contrapõe-se a clássica tripartição dos poderes de Montesquieu, criando um *tertius genus* ou um “genus per se stante”, distinto da Legislação, da Administração e da Jurisdição.

No entanto, a maioria da doutrina a respeito, considera a presente teoria totalmente incoerente e desprovida de qualquer valor científico. Como bem diz o professor J. F. Marques, aceitar tal entendimento seria o mesmo que transformar a tripartição dos poderes do Estado num polinômio de funções com outros tantos órgãos para respectivamente executá-las.

Jurisdição contenciosa e voluntária

Questão tão controvertida quanto a que pertine à natureza jurídica da jurisdição voluntária, consiste em definir os traços que a distinguem da jurisdição contenciosa. Cumpre ressaltar, desde logo, que nenhum critério isolado é suficiente para que seja efetuada uma correta distinção. Ao contrário, a determinação exata da diferença entre a jurisdição contenciosa e a voluntária vai decorrer da fusão dos diversos critérios propostos para defini-las.

Num primeiro momento, podemos dizer que a jurisdição voluntária possui um fim meramente constitutivo, visando a criação de estados jurídicos novos. consubstanciados em negócios ou atos jurídicos, ao passo que, na jurisdição contenciosa, o Estado desenvolve uma atividade repressiva ou de justiça compensativa, em situações eminentemente litigiosas. Dizia Carnelutti, que a solução dos litígios seria a finalidade precípua da jurisdição contenciosa, servindo a jurisdição voluntária apenas à prevenção desses mesmos litígios.

Como corolário do pensamento Carneluttiano, entende a doutrina, que apenas a jurisdição contenciosa inicia-se mediante ação, através de um pedido do autor contra o réu, dando origem a um processo entre partes, que se desenvolve sob a égide do princípio do contraditório. Por sua vez, a atividade do juiz, na jurisdição voluntária, seria provocada pelo simples requerimento do interessado na efetivação do ato, através da indicação da providência postulada, providência essa que não se dirige contra ninguém, sendo apenas em favor do próprio requerente, exteriorizando-se em mero procedimento sem contraditório, podendo, no seu curso, ocorrerem meras controvérsias ou dissenso de opiniões.

Outro aspecto importante, na distinção entre a jurisdição contenciosa e a jurisdição voluntária, consiste no fato de somente na jurisdição contenciosa as decisões proferidas pelo juiz se revestirem da autoridade de coisa julgada, o que torna imutável tais decisões. Ao contrário, as decisões proferidas em procedimentos de jurisdição voluntária, podem vir a serem modificadas em virtude de algum fato superveniente, conforme expressamente preceitua o artigo 1.111 do Código de Processo Civil.

Por fim, convém ressaltar que o critério de julgamento de que serve-se o juiz na jurisdição contenciosa é o da legalidade, através da aplicação do direito objetivo ao caso concreto levado à sua apreciação, diferentemente do que ocorre na jurisdição voluntária, onde pode o juiz ater-se à critérios de conveniência e oportunidade, sendo, por assim dizer, mais vasto o campo em que fundamenta as suas decisões.

Conclusões

Após toda essa explanação, haveríamos de chegar a alguma conclusão, sendo justamente a respeito dela que a partir de agora passamos a dissertar.

Quanto ao primeiro questionamento, concernente às distinções principais existentes entre a jurisdição contenciosa e a jurisdição voluntária, cumpre ressaltar que o mesmo já fora respondido *supra*, no tópico VI (JURISDIÇÃO CONTENCIOSA E VOLUNTÁRIA).

Já em relação ao segundo questionamento - que diz respeito à natureza jurídica da jurisdição voluntária - apesar de termos apontado as três correntes principais que pretendem defini-la, com seus respectivos argumentos (*vide supra*, tópico V), deixamos de apresentar nossa opinião pessoal, reservando a mesma para este momento.

Ao nosso ver, apesar da opinião adversa da maioria da doutrina nacional, achamos que a jurisdição voluntária, do mesmo modo que a contenciosa, consubstancia-se em verdadeira atividade jurisdicional.

É evidente que, em virtude da relatividade da tripartição dos Poderes, o Judiciário também realiza atos administrativos. Tais atos (como, por exemplo, a admissão de seus funcionários) são atos de administração interna, que de nenhuma forma podem ser considerados jurisdicionais.

Porém, tentar classificar outros atos como administrativos, apenas pelo fato de não possuírem todas as características da contenciosidade, seria o mesmo que restringir o próprio conceito de Jurisdição, atitude essa condenável nos dias atuais, onde a moderna ciência processual procura levar o maior número de casos possíveis à apreciação do Judiciário.

O maior obstáculo à classificação da jurisdição voluntária como verdadeira atividade jurisdicional seria, assim, o conceito restrito que alguns empregam à palavra Jurisdição, bem como a referência à lide como o seu elemento essencial. Logicamente, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária possuem traços distintivos – como a presença da coisa Julgada somente na primeira - mas são ambas expressões do mesmo Poder Jurisdicional, uno e indivisível, e qualquer posicionamento em contrário seria uma afronta a esses dois princípios básicos da atividade jurisdicional.

Portanto, todas as vezes em que a lei proíbe o indivíduo de efetivar determinado ato ou negócio jurídico, de forma a restringir a sua autonomia privada, subordinando a eficácia do ato a um pronunciamento judicial, o Estado está a exercer a Jurisdição, independente de existir ou não lide. O Poder Jurisdicional, ao nosso ver, manifesta-se todas as vezes em que o Judiciário se pronuncia a respeito de uma demanda que é levada à sua apreciação pelo particular, sendo qualquer restrição a esse respeito uma limitação à primordial função estatal de solucionar os conflitos intersubjetivos que surgem na sociedade

Bibliografia

- DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. 2 ed., RT. São Paulo: 1987.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido R. Teoria Geral do Processo. 9 ed., Malheiros São Paulo: 1993.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. vol. I, 10 ed., Forense. Rio de Janeiro: 1993.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e Competência. 5 ed., Saraiva. São Paulo: 1993.
- SILVA, Ovídio A. Batista da. Curso de Processo Civil. vol. II, safE. Porto Alegre: 1990.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 3 ed., Malheiros. São Paulo: 1993.