

A CONTROVERTIDA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

J.M. OTHON SIDOU

SUMÁRIO: A crux magna do Direito Processual (1). Jurisdição (Conceito) 2). Jurisdição Voluntária (Razões de ser) (3-4). O elemento histórico (5). A lei e a função jurisprudencial (6). O nomen iuris (7). A (alegada) inexistência de contenciosidade (9-10). Idem, quanto à coisa julgada (11). Idem, quanto a sentença e recurso (12). Idem, quanto ao caráter administrativo (13). Conclusão (14).

1 — Como é comum na órbita das ciências não-exatas, e assim são as que dão suporte à Sociologia, há institutos jurídicos que, à luz da doutrina, constituem *cruces magna*, porque, apesar da aplicação cotidiana e inveterada, continuam sendo motivo de contestações e de debates sem deslinde.

Que nos conste, porém, nenhum, no campo do Direito Processual, se avanta em divergências ao instituto da *jurisdição voluntária*.

A controvérsia doutrinária é, sem dúvida, salutar, porque, avivando as opiniões, agiliza o raciocínio, estimula a pesquisa e amplia o conhecimento sobre a prática dos coevos e o costume dos antigos; e outro não é o verdadeiro escopo do direito comparado, em sua vocação linear no sentido do espaço geográfico e do tempo histórico.

Antes, porém, de adentrar-nos nesse caldo efervescente de inconciliáveis opiniões, é imperioso tecer considerações em torno de seu ponto chave: o conceito de *jurisdição*.

2 — A partir de quando a nação-povo se organizou politicamente, o Estado reservou-se o poder, não compartilhado com outrem, e o dever, não sujeito a escusa, de tutelar o direito individual, eliminando, à medida de suas forças, a vingança.

De tempos imemoriais intuiu-se que só por meio desse controle exclusivo se obtém a harmonia e a paz sociais.

Esse exclusivismo, que só operou paulativamente, queimando etapas humanas, pode-se distinguir em quatro fases. A *primeira*, de transição da justiça privada para a auto-composição; característica dessa fase é o talião — “olho por olho, dente por dente” — em si uma evolução social, porque vingança limitada, em substituição à vingança desordenada. Sua presença transparece na legítima defesa, que o direito penal moderno admite ser empregado “moderadamente”. A *segunda* é a caracterizada pela arbitragem voluntária, na qual os interesses, ao alvedrio das partes, eram confiados à decisão imparcial de um terceiro. A substituição dessa voluntariedade pela obrigação marcou a *terceira* fase, de arbitragem obrigatória, da qual se pode apontar traços no sistema da *ordo iudiciorum* do direito romano. A *quarta* e última fase é a atual, de interferência do Estado ante a violação consumada, potencial ou presumida dos direitos privados, na prevalência do entendimento de que toda violação, atual ou potencial, constitui ofensa à ordem jurídica, levando à evidência de que há um interesse público em qualquer relação ou situação jurídica de natureza particular.

É a essa atividade concentrada, inalienável e indemissível, peculiar do Estado, e exercida, quando preciso, por meios coercitivos, que se chama *jurisdição*.

Se Donellus entende a jurisdição como “o poder de conhecer (*notio*), de julgar (*iudicium*) e de executar o julgado (*imperium*), e Redenti considera-a como uma atividade aplicadora de sanções, o que é dizer muito pouco, Pontes de Miranda¹ vê na jurisdição “a atividade do Estado para aplicar as leis, como função específica”.

A expressão latina *iuris dictio*, que com pouca corrupção é a das línguas neolatinas e inglesa (em alemão *Zuständigkeit*), decorre de *iuris dicere*, dizer ou estabelecer o direito, sintetizando o trinômio romano peculiar ao múnus dos magistrados *cum imperium*, eis que na Roma antiga, até a fase clássica inclusive, enfeixavam eles também certa função legislativa, por meio dos editos.

A jurisdição é prerrogativa do Estado, que, por comando da lei, a atribui a seus órgãos. Daí resulta que, tal como o direito, que é um só, a jurisdição é uma só. Não se divide a jurisdição. O que se especifica é o campo de ação de quem a exercita e a espécie a que ela se impõe, ou seja, a competência jurisdicional.

Essa competência, que envolve todo o conceito de jurisdição, é que se tem ampliado por imperiosa necessidade do Estado, no exercício de seus direitos indisponíveis. Vem daí que, embora não só limitada a dirimir contendas, e já ser aplicada a jurisdição não contenciosa como iremos observar (*infra*, nº 5), a jurisdição romana aparece muito menos ampla do que a moderna. E

tanto assim, porque o Estado moderno, pela organização constitucional de seus poderes, obriga-se a prestar assistência aos particulares, a prestar sua contribuição jurisdicional, toda vez que se verificar violação, ameaça ou possibilidade de violação às relações de direito asseguradas pela lei².

3 — Se, no sentido restrito da aplicação da lei, a jurisdição tem por fim conhecer dos litígios para dar-lhes solução, e fazer cumprir o que, por sentença, estiver devidamente solucionado, resulta claro que sua função é meramente contenciosa, e assim dispensaria, por pleonástico, esse qualificativo.

Não se limita aí, porém, a atividade jurisdicional, visto como há *situações* jurídicas que não constituem *relações* jurídicas, mas que de futuro podem se converter em relações jurídicas e precisam ser acauteladas de qualquer sofisma, tornando certo o direito duvidoso. Não convém esquecer, lembrando Carnelutti³, que a incerteza equivale ao perigo do litígio.

A diferença, portanto, entre as duas jurisdições está em que a contenciosa conhece do conflito de interesse *atual*, enquanto a voluntária conhece do conflito de interesse *potencial*⁴.

Tais considerações propiciam o ponto de partida para as controvérsias.

Desiludidamente, a maior parcela dos doutrinadores, liderada pelos processualistas italianos e alemães, se apega ao princípio de que só há jurisdição havendo litígio, ou em face de uma relação *inter contententes*, em que dois ou mais litigantes postulam do poder judicial uma definição quanto ao direito questionado. Fora do litígio entre duas partes, uma que diz ter o direito (*Agerius*) e outra que nega (*Negidius*), não há jurisdição. Conseqüentemente, não havendo litígio — obtempera-se — não há ação, nem processo, nem sentença, nem recurso de mérito, nem coisa julgada, etapas processuais próprias da relação jurídica conflituosa.

Entretanto, circunscrever a jurisdição aos casos em que se persegue sentença para lograr solução de contenda, é conceito totalmente superado, porque a lógica mostra que, desde o momento em que o assunto é posto em mão do juiz por imperativo de lei e para ser por ele decidido, trata-se de atividade jurisdicional⁵.

O suprimento que o Estado propicia à jurisdição contenciosa é o mesmo dispensado à jurisdição voluntária. A lei não minimiza uma nem privilegia outra. “Para propor ação é necessário ter *interesse* e legitimidade”, recita o art. 3º do Código de Processo Civil; e “o interesse do autor pode limitar-se à declaração”, acrescenta o art. 4º, correspondente ao § 256 da ZPO e, a bem dizer, a todos os Códigos da espécie.

Assim, tanto tem ação quem postula em torno de direito violado, como também tem ação quem exora do juiz a declaração de um direito em caráter

cautelar, e ele a dá por sentença. “A prevenção da litis — grifa Carnelutti⁶ — é o fim específico do processo voluntário, o qual está com respeito ao processo contencioso na mesma relação que a higiene está para a cura nas enfermidades”.

4 — Denominada voluntária, graciosa, honorária ou administrativa, esta espécie de jurisdição, como dissemos, é marcada por controvérsias e dúvidas que ora arrefecem, ora recrudescem, atravessando os tempos e ultrapassando os progressos da ciência processual e sua publicização a partir do meio século XIX.

A primeira imprecisão decorre do que seja a jurisdição voluntária.

Sentis Melendo⁷ depõe, num misto de desalento e ironia: “Não constitui confissão atrevida nem descarada o dizer que não sei com clareza o que é a jurisdição voluntária”. E logo a seguir: “Nem Chiovenda logrou a ansiada clareza”.

A crítica mais contundente parte de Ludovico Mortara, para quem “não é jurisdição nem voluntária”, à qual se apegam eminentes doutrinadores.

O caro mestre Arruda Alvim⁸ conceitua que se trata de “uma anomalia no quadro sistemático das funções estatais”.

Argumenta-se com o *nomen iuris*; com a ausência de contenciosidade, com cuja negativa genérica quer-se envolver inexistência de ação, processo e partes; invoca-se a ausência da coisa julgada; insiste-se em que é mera atividade administrativa, a qual, por efeito de autocrínia, o Estado transfere do Executivo para o Judiciário; e discute-se sobre que espécie é essa atividade administrativa, porque nem mesmo com o ser de tal espécie a jurisdição voluntária, se avêm os teóricos. Classificam-na como mera atividade administrativa Chiovenda, Calamandrei, Betti, Alfredo e Ugo Rocco; como substancialmente administrativa, mas formalmente jurisdicional, Redenti, Liebmann, Zanobini, Prieto Castro; como pertencente a um terceiro gênero, nem atividade administrativa nem jurisdicional, Sandulli; e como não sendo jurisdicional, porém sem classificá-la, Niceto Alcalá-Zamora. Enfim, impugna-se para a jurisdição voluntária o elemento histórico.

“Enfim” não é bem a expressão, porque lucubrações outras têm eleito por epicentro a contestada figura.

Em 1938, o jurista alemão Baumbach, citado por Calamandrei⁹, lançou à publicidade a tese propondo a abolição do processo civil e sua absorção pela jurisdição voluntária. À primeira vista, um disparate, quando não fosse uma reedição sarcástica da teoria de Elias Réclus sobre a hipotética origem do Estado. Nada disto, porém, a partir de que o autor é reputado processualista, comentador da ZPO, foi magistrado de mérito indiscutível do Tribunal de

Berlim; e o órgão divulgador, uma das grandes revistas jurídicas alemãs, de conotação política. A idéia não é de causar espécie quando se tem em vista a época em que foi exposta, dominada pelo nazismo, onde predominava e se expandia o Estado forte, com sua índole de geral transformação, inclusive das velhas regras isonômicas e democráticas da postulação em juízo. Seria o retorno à arbitragem obrigatória, a que há pouco referimos. A razão fundamental dessa pretenciosa abolição do contencioso está em que, segundo Baumbach, a jurisdição voluntária, como procedimento administrativo, é mais simples e mais célere. Aí a transformação seria propícia ao regime totalitário e essencialmente administrador.

5 — Vejamos, antes da detença nas várias contestações, em que se baseia a jurisdição voluntária como fato histórico.

Depara-se no *Digesto*, 1.16.2, o seguinte fragmento recolhido de Martianus “Omnes proconsules statim quam Urbem egressit fuerint, habent iurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam”, ou seja — todos os procônsules (em geral, governadores de províncias, com exercício de judicatura), logo que saem de Roma, têm *jurisdição*, mas não contenciosa, porém *voluntária*. Prossegue o fragmento: “ut ecce, manumitti apud eos possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri”, ou seja — de forma que, ante eles, podem ser manumitidos e adotados tanto os livres quanto os escravos.

Cisma-se que aí está plantada uma interpolação dos juristas medievais da Escola de Bolonha. As interpolações, ou glosas, enxertadas no século XII, são numerosíssimas, vulnerando o *Digesto* e o *Codex*, do mesmo modo como os tribonianismos (*emblemata Triboniani*) são apontados na codificação justiniânica. Baseados em diversos métodos exploratórios, sua autenticidade é possível, mas não é provável, resultando que essas interpolações são fáceis como argumento, mas difíceis de demonstrar fora do campo das conjecturas. Nesse ponto, Bonfante é bastante expressivo: “Faz-se preciso aconselhar prudência ao usar um texto antes de dizer se, e até que ponto, deve estimar-se como interpolado”.

Então, o argumento baseado no ser ou não ser perde toda energia. Portanto, a alegada interpolação é vã conjectura, porque ninguém a pôde comprovar. E sua repetição passa a ser ociosa.

Não passa, com efeito, pela cabeça de ninguém que os romanos fossem idear uma “jurisdição voluntária” apenas para os procônsules. O título em que está inserto o fragmento citado regula a competência de tais magistrados quando atuam em sua órbita funcional, e lá estão outras tantas atribuições a eles pertinentes, em dezessete leis, algumas em triviais e exaustivas minudências, nenhuma, ao que nos conste, incomum, ou prática inusual na *Urbs*.

O que, entretanto, ressaí como precípua é já ser a jurisdição voluntária praticada, como atividade judicante, desde a instituição da pretura, no 3º século anterior à nossa era, antes atribuída aos próprios cônsules para todo o naipe de procedimentos *ficícios*, aos quais o jurista Gaio, II.24, dá o nome de *actio*, pelo fato de se desenvolverem com caráter solene e sempre ante o magistrado, o pretor, em Roma.

São *actiones*, portanto, a adoção, a emancipação, a tutela, a *vindicta* (reivindicação de liberdade de escravos), a *in iure cessio* (cessão de coisa em juízo). Todos esses procedimentos eram ação¹⁰.

O que de tudo isto resulta intuir — interpolação à parte, por ser argumento murcho — é apenas que os antigos romanos não tinham o conceito de jurisdição limitada à contenciosidade, embora essa fosse, como é, sua essência, porém a tinham extensiva a toda postulação de trato solene (e assim é o processo moderno) desenvolvido em presença do julgador.

Nesse ponto, Wetter¹¹ é suficientemente claro ao doutrinar que se chama *iurisdictio* “em sentido largo, indistintamente todas as atribuições judiciárias do magistrado”, e a seguir: “Distinguem-se uma jurisdição contenciosa (*contentiosa*) e uma jurisdição voluntária (*voluntaria*), a primeira consistente em conhecer de uma contestação. A segunda, aquela que o magistrado exerce em justiça, p. ex., decidir sobre uma adoção, uma emancipação, a libertação de um escravo, a nomeação de um tutor ou curador, a homologação da alienação de bem pupilar”.

Sabidamente para os que leram no direito romano é que a função do magistrado *cum imperium*, o pretor, se traduzia no trinômio *do — dico — addico*. A diferença entre as jurisdições contenciosa e voluntária, naquele direito histórico, é que nessa última não havia *addictio*, por falta da coisa a atribuir a um dos disputantes, e sim a declaração de um direito, que resultava das duas primeiras partes do trinômio: *do* (dou a ação) e *dico* (julgo por sentença).

6 — A função específica de aplicar as leis quem a dá ao Judiciário é o Estado, e não chega a ser função exclusiva daquele Poder, porque nenhum dos Poderes detém esse exclusivismo. Basta consultar o título “Da Organização dos Poderes” da Constituição Federal para ter a evidência que, tanto quanto legisla, o Legislador também administra e *julga*; tanto quanto administra, o Executivo legisla e *julga*; e tanto quanto julga, o Judiciário legisla e administra¹².

A jurisdição é do Estado, e assim o entende o Direito Internacional. Jurisdicionados são todos os que estão sob a tutela do Estado. E é esse Estado

que distribui, por meio da lei, a tarefa correspondente a cada um dos poderes que o compõem.

Com respeito à função inerente do Poder de julgar, sensato é o magistério de Edson Prata¹³, ao escrever que “a finalidade da jurisdição é dupla; a de prevenir a ocorrência da lide e a de compor as lides decorrentes”.

A jurisdição contenciosa, lecionam Rafael de Pina e Castillo Larrañaga¹⁴, entende sempre com uma atividade em relação a um conflito de interesses; a voluntária não supõe essa oposição, senão a necessidade de documentar, tutelar e garantir uma especial situação jurídica.

Não importa se a lei confere a departamentos administrativos ou a órgãos judiciários tal ou qual tarefa, eis que *lex imperat non docet*, a ela importando tão-somente ditar o preceito, sem ter necessidade de justificar o motivo que a fez editar. Esse motivo se esvai em sua fase de elaboração.

Daí vem que a matéria da jurisdição voluntária é imprecisa e mutável de legislação para legislação, dependente que é do arbítrio do legislador, variando de país a país, quando não de momento a momento¹⁵.

Examinando a diversidade de acomodação das matérias que nuns países são atribuídas à jurisdição voluntária, noutros à atividade meramente administrativa e ainda noutros à jurisdição contenciosa, o Prof. Moura Rocha¹⁶, catedrático da Faculdade de Direito do Recife, nota a prevalência de um só critério: a nacionalidade; e ironiza: “parece que as fronteiras da jurisdição voluntária continuam fechadas”.

7 — Desfiando o rol de objeções levantadas contra a jurisdição voluntária, a contradição, no aspecto formal, concentra-se no próprio *nomem iuris*. Raciocina-se: não é *jurisdição*, pelo motivo já exposto da falta de contenciosidade; e não é *voluntária*, porque toda matéria que lhe pertine, resultando, como resulta, de um comando da lei, deixa de ser espontânea para tornar-se obrigação, e quando não seja uma obrigação coercitiva, em princípio, é uma obrigação comportamental e em regra acauteladora do próprio interessado.

O insigne Héctor Fix Zamudio¹⁷, expressão de primeira grandeza do direito mexicano, é cáustico ao assinalar que o nome “jurisdição voluntária” constitui um equívoco que vem resistindo vitoriosamente de classificação, e se manteve incólume apesar do anátema de fogo com que o têm ferreteado os mais doutos processualistas de nosso tempo, nomeadamente Chiovenda e Ugo Rocco.

As denominações outras — jurisdição honorária, graciosa e administrativa — perdem vantagem em face daquela que “se não é bastante expressiva, tampouco é incorreta”, segundo observa Carnelutti¹⁸, a partir de que, ainda

expressão do mestre italiano, “pode ser voluntário o processo cautelar e o declaratório”.

A denominação “jurisdição honorária” chegaria ser um plágio, porque, ressuscitando o direito pretório da *ordo iudiciorum privatorum*, não guarda a menor relação com a tarefa de aplicar, *adiuvandi, supplendi vel corrigendi*, o direito já arcaizado das Doze Tábuas, e que tinha precisamente tal tratamento no direito romano.

“Graciosa” é a expressão consagrada no direito francês para a jurisdição voluntária. Lá está, no Code de Procedure Civil, o capítulo sobre “Les régles propes à la matière gracieuse” (arts. 25 ss.) e a seção sobre “La demande en matière gracieuse” (arts. 60 ss.).

É no primeiro desses dispositivos que vem definida do modo mais claro a jurisdição voluntária, *verbis*: “O juiz decide em matéria graciosa quando, na ausência de litígio, lhe é presente uma demanda em face da qual a lei exige, em razão da natureza da causa, ou da qualidade do requerente, que ela seja submetida a sua competência”.

Da mesma forma, o primitivo Código processual brasileiro (1939), na única alusão feita à matéria em estudo, art. 53, nomeia-a “jurisdição meramente graciosa”.

Registre-se também que denominações outras têm sido sugeridas, entre elas “processo voluntário” que Carnelutti propôs e ele próprio depois refugou, e que está presente no art. 5(12) do Código Processual Civil para a província de Buenos Aires.

O nome “jurisdição administrativa” tampouco prosperou; já porque é de todo aleatória a classificação da matéria dessa jurisdição, já pela colidência com o contencioso administrativo, que é também processual e é também jurisdição *lato sensu*.

Como quer que seja, o nome jurisdição voluntária, na expressão de Alcalá-Zamora, “tem permanecido contra ventos e mares”.

O próprio Código de Processo italiano, que absorveu a aversão de seus egrégios teóricos, Chiovenda, Calamandrei, os Rocco, Redenti, evitou empregar a expressão “jurisdição voluntária” para reunir a matéria de índole não contenciosa¹⁹, mas não se pôde esquivar dessa denominação ao estabelecer regras quanto aos “Provvedimenti stranieri di *volontaria giurisdizione*” (art. 801). Não nacionalizou o instituto, mas rendeu apreço ao nome mais vulgarizado.

8 — No aspecto substancial, a inexistência do *contencioso*, como já mencionado, é onde está o núcleo de mais resistência dos impugnadores da jurisdição voluntária.

Frederico Marques²⁰ doutrina que a função jurisdicional pressupõe litígio; portanto é secundária.

Segundo Calamandrei²¹, “Carnelutti exumou essa concepção (a bicefalia jurisdicional) da doutrina e da prática do direito italiano medieval, que situava na contenciosidade o critério distintivo entre a jurisdição verdadeira e própria e a chamada jurisdição voluntária”.

É de notar que todas as arremetidas contra a jurisdição voluntária concentram-se no ato da postulação em juízo e na conseqüente citação que se tornou válida, o que lhe confere o caráter secundário. Se não há a quem citar, não há litígio, portanto não há jurisdição, presumindo-se o que é jurisdicional pela evidência de haver contenda.

Mas o litígio no processo civil — lição de José de Moura Rocha²², não pressupõe contenda, e a jurisdição voluntária serve, não poucas vezes, à solução de contendas.

Com efeito, quem busca, com o respaldo legal, a afirmação de certeza de um direito que presume seu, está pedindo ao Estado a prestação jurisdicional, que não se limita, nem nunca se limitou, a só dirimir litígio, mas também a declarar um direito, a acautelar um interesse, a executar um julgado. Parte daí, ser menos veraz o entendimento segundo o qual a jurisdição, no campo da processualística, é unicamente adequada à solução do direito consolidado e não serve ao direito a consolidar.

Com a incisividade que é marca inconfundível de seus estudos, José da Silva Pacheco²³ fala sem evasivas: “Manifestamos a nossa repulsa à tese, aliás desfundamentada e somente repetida, de que a atividade jurisdicional pressupõe a existência da contenciosidade”. E prossegue com a mesma ênfase o acatado jurista: “Os que procuram distinguir aquilo que não é distinguido, ou cuja distinção lógica não tenha interesse, vêm somente provar, com seu esforço, que apenas tentam justificar com o brilho de sua argumentação uma distinção logística inexistente.”

9 — Inverdadeira, com a obsequiosa vênia dos doutos contranitentes da jurisdição voluntária, é a afirmação enfática quanto a que nela não há ação, nem processo, nem partes.

A jurisdição exercita-se pela ação, e a própria afirmação clássica, emanada do jurisconsulto Celsus (D. 44.7.51) — “actio nihil aliud est” (a ação não é) “quam ius persecuendi in iudicio quod sibi debetur” (mais do que o direito de perseguir aquilo que nos é devido), que é como nos traduzem quando estudamos direito romano — desfaz dúvida quanto à dinamização do direito, ou à liberação de energia do seu estado virtual, por meio da ação.

Note-se que a expressão ‘persequendi’ (de *persequeri*) ali está no sentido de seguir sem cessar, buscar, realizar, e não apenas de brigar ou contender com alguém. Por sua vez, ‘debetur’ (de *debere*) não autoriza o sentido vulgar de dever algo a alguém, mas uma obrigação abstrata, que pode decorrer de um preceito legal, e que, por ser latente, é cumprida na eventualidade de seu objetivo. Daí resulta o moderno conceito de ação: — “afirmação formal (so-lene) de um direito, a fim de ser reconhecido em Justiça”.

Em consequência, *ação* não se confunde com pleito, litígio, questão ou querela. E muito menos com processo. Todas essas figuras expressam coisa diversa. Ação é a faculdade assegurada ao indivíduo de estar em pretório para exorar os subsídios judiciais. Litígio ou lide, ou ainda questão ou querela, é a demanda em si, o *stare in iudicio*, na palavra de Paula Baptista²⁴, e, no ensinamento de Carnelutti, o conflito de interesses qualificados pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. E processo é a formalização da pretensão, a qual, por sua vez, outra coisa não é que a auto-atribuição de um direito, por alguém invocado para obter a tutela judicial.

Na jurisdição voluntária há ação, mas não há litígio, nem lide, nem questão; a menos que, no desenrolar da instância, se caracterize como contenciosa. Note-se também que nem toda pretensão (de *praetendere*, na acepção de interpor, invocar) qualifica litígio.

Cristalino, portanto, é o ensinamento de Marcos Afonso Borges²⁵: “Entendemos que na jurisdição voluntária há *jurisdição, ação e processo*” (grifos enfáticos no original).

Falamos há pouco que, em juízo, o simples pedido feito em nível voluntário pode perder sua qualidade de não contencioso, convindo aduzir que para casos que tais abrem-se dois caminhos a seguir: o primeiro será reverter a jurisdição, tornando contencioso o processo, mediante o ingresso de parte adversa; o outro será prosseguir com o processo voluntário até seu deslinde, com a decisão apenas *terminativa*, ou sem apreciação do mérito, assim facultando ao interessado voltar a juízo em caráter contencioso.

Dos caminhos apontados, a jurisprudência francesa segue o da conversão do processo voluntário em contencioso. É o que se observa de dois acórdãos relativamente recentes. O primeiro, relacionado com a retificação de estado civil, assenta que — “l’opposition du ministère public à une requête en rectification d’état civil confère à la procédure une caractèrè contentieux”. O outro, em torno da homologação de troca de regime matrimonial, conclui que — “l’exercice de la tierce opposition contre la decision d’homologation donne à l’instance um caractèrè contentieux²⁶. Idêntica é a via adotada pelo direito mexicano, cujo Código processual (para o Direito Federal e Territórios) dispõe,

no art. 896, *fine*, que, quando houver oposição legítima, “se substanciará el pleito conforme a los trâmites establecidos para el juicio que corresponda”. É, sem dúvida, a solução que, embasada na economia processual, reduz o gravame para o interessado na prestação judicial.

10 — Conceituação imprópria, em que lamentavelmente incorreu Chiovenda²⁷ e ainda incorrem respeitáveis juristas, é a que nega na jurisdição voluntária a presença de *partes*. Doutrina esse gênio estupendo da processualística que “o caráter da jurisdição voluntária não é a ausência de contraditório, mas a ausência de duas partes”. Raciocina, então, que essa palavra traz a idéia de pessoas em posição antagônica.

Não é apenas o instituto em exame que tem merecido tal argumentação. Já assim foram tachados o *habeas corpus* e, por conseqüência, o mandado de segurança. Ações sem réu...

Rebatendo a inexistência de partes na jurisdição voluntária, Pontes de Miranda²⁸, considera a negativa como “evidente absurdo”, uma vez que “a relação processual é entre o autor, ou autores, e o Estado”. Há, com efeito, um interesse do Estado no acautelamento do virtual direito cujo reconhecimento por ele é atribuído ao poder judicante; e assim, porque o interesse do Estado é difuso e abrangente de todo o direito, seja materializado na violação ou no irreconhecimento, seja também abstrato ou potencializado apenas, pois todo esse interesse emana da preservação da ordem jurídica.

11 — A intransigência dos negativistas da jurisdição voluntária faz ponto na imutabilidade do julgado, ou seja a carência dos efeitos da *res iudicata*. “A chamada jurisdição voluntária é, em nosso conceito, *procedimento*, sentença o eminente Couture. Não é processo, porquanto não aponta ao final a coisa julgada²⁹.”

Recita o art. 1.111 do nosso estatuto processual que “a sentença (na jurisdição voluntária) poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes”.

Não há, em verdade, ausência dos efeitos da coisa julgada, uma vez que, permanecendo as coisas no estado em que se fixou a sentença (*rebus sic stantibus*), ela é imodificável, no mesmo processo e também em qualquer outro, o que configura a coisa julgada *material*).

Além do mais, aquilo que Calamandrei³⁰ considera “uma espécie de pedra de toque para por à prova as decisões genuinamente jurisdicionais”, é contestado por Mauro Cappelletti, para quem a coisa julgada não é o selo da jurisdicionalidade.

O efeito da *res iudicata* nas decisões tomadas em jurisdição voluntária vai ao arbítrio do legislador. É recentíssimo o Projeto de Código Procesal

General para a República da Costa Rica, elaborado por sua Corte Suprema com a contribuição de duas dezenas de renomados processualistas internacionais, inclusive da Alemanha e Itália³¹, cujo art. 95 confere autoridade de coisa julgada “ao resolvido em ‘jurisdição contenciosa’, depois de quatro anos, se dentro de dois anos não forem objeto de *recurso de revocatória*” (correspondente à nossa ação rescisória).

O que não custa reconhecer é que o conservantismo está cedendo à evidência. O próprio Couture³², que, como vimos, mantém-se na teoria conservadora sobre a jurisdição voluntária, reconhece que “a coisa julgada é uma exigência política e não propriamente jurídica; não é razão natural, senão exigência política”.

12 — A objeção quanto à inexistência de sentença e recurso em feito de jurisdição voluntária é tão débil que bem poderia ser ignorada. Em todo caso, basta lembrar que, pondo termo no processo, nem sempre o juiz decide o *mérito* da causa (CPC, art. 182, § 1º), considerado o mérito como atributo do juízo contencioso; mas nem por isso sua decisão deixa de ser sentença. Se não é decisão interlocutória nem despacho, ambos por não porem termo no processo, então o ato do juiz nessa jurisdição é sentença, e como tal apelável.

Taxativos, nesse ponto, são o Código mexicano para o Distrito Federal (art. 898) e o estatuto pátrio. *De lege ferenda*, o citado Projeto costarriquenho prevê apelação para a sentença proferida no “não contencioso”. E aqui está o art. 1.110 do nosso CPC.

13 — Para fecho de tão nutrido rol de argumentações negativas, insiste-se que a atividade desenvolvida pelo juiz na jurisdição voluntária é de mero caráter administrativo; segundo Calamandrei³³, em obediência a razões históricas e práticas.

O argumento só prosperaria se prevalecesse a teoria de que a jurisdição é peculiaridade do processo contencioso, a ele circunscrito, e não um instrumento da soberania.

Ora, nem na recuada história de Roma, na fase do procedimento formulário escrito, a *iurisdictio* foi de tal modo restrita, e tanto já observamos.

É difícil sustentar a tese do juiz com função administrativa na decisão sobre interesse privado, e a tendência é pela afirmativa de que a jurisdição voluntária “é verdadeira e própria jurisdição³⁴”.

A resistência em continuar considerando função administrativa a jurisdição em causa resulta da dificuldade em encontrar-se a logicidade temática na estruturação desse setor jurisdicional; em estabelecer quais os atos de interesse

privado que, guardando certa coerência entre si, devem ser praticados na esfera administrativa (função executiva) ou na dependência judicial (função judicante).

Se bem que seja antiga a noção de jurisdição voluntária, registra Carne-lutti³⁵, “a tentativa de descobrir toda a sua extensão é bem mais recente, e recentíssima a de definir positivamente sua função”. Prossegue: “Conquanto a fórmula do processo contencioso se mostre com suficiente clareza, não ocorre o mesmo no procedimento voluntário”.

Couture³⁶ tem opinião semelhante: “A linha limítrofe entre os processos voluntário, administrativo e jurisdicionais resulta cada dia mais difícil de traçar no direito moderno”.

Uma classificação de tal ordem não obedece nem tem por que obedecer a parâmetro certo, nem sequer merece o nome de classificação, como ajuntamento de semelhantes, porque fica ao líbido do legislador, e se critério há nessa junção de situações jurídicas heterogêneas, o que prevalece é a ótica da complexidade e potencialidade dessas situações, a exigirem mais acurado exame e mais rigoroso controle.

A alienação de bens de menores e interditos ou a declaração de ausência, como por exemplo, não são atos que possam ser declarados *ictu oculi* por um notário, do mesmo modo como os registros de nascimento e óbito, por serem atos de ordem pública e menor complexidade, dispensam a chancela judicial. Mas, esses mesmos atos não podem ter o tratamento exclusivamente privado que cerca a compra e venda de coisa móvel, simplesmente concertada entre particulares e sem prévia interferência formal do Estado.

Seria, com efeito, supinamente temerário que a separação conjugal, a execução dos testamentos, a arrecadação da herança jacente e dos bens do ausente, a remoção e dispensa do tutor, etc., que, na lei brasileira integram o rol dos atos dependentes do Poder judicante (CPC, art. 1103 *et passim*), fossem deixados, com os desdobramentos que ocasionalmente ocorrem, em mãos de servidores públicos sem a necessária perspicácia do juiz togado.

É precisamente mirando esses episódicos e não raros desdobramentos que nosso Código processual (art. 1109) libera o juiz de “observar critério de legalidade escrita podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente e oportuna³⁷”, ou, como expressa o Código mexicano (art. 897), “sem sujeição estrita aos termos e formas estabelecidos com respeito à jurisdição contenciosa”, cautelas certamente sorvidas do Código processual francês, em seu art. 27, *in fine*.

A simples leitura desses dispositivos faz intuir que, oficiando em processos da espécie, o juiz não é apenas um chancelador do ato jurídico. À ótica limitada ao instante do ajuizamento do pedido pelo interessado, ele, o juiz, evidentemente não é um solucionador de conflitos. Mas no curso desses processos, vezes sem conta, surgem casos que lhe compete deslindar apontando a solução justa, em nome da lei e no interesse público, além de seu ato decisório revestir-se de presunção *iuris et de iure* e não apenas *iuris tantum*, como o que resulta das intervenções tabeliãs.

14 — Menos do que com o propósito de inovar, visto como todos os contra-argumentos a prol da jurisdição voluntária têm sido exaustivamente expostos por provectoros doutrinadores, porém apenas para firmar posição pessoal, ousamos concluir:

I — O conceito da *jurisdição*, limitado de antanho à função judicante, modernamente se ampliou como elemento inerente à soberania do Estado.

II — A *jurisdição voluntária*, com este nome, era conhecida no direito romano, a partir da instituição da pretura (século III a.C.), a qual absorveu dos cônsules a função de julgar, quer em face de relação jurídica, quer em face de situação jurídica.

III — Decidir sobre casos contenciosos não é a única função do poder judicante, porque há ações, na expressão do termo, que não resultam de litígios; assim, as cautelares, as declaratórias e as que se desenvolvem à revelia. Quem o diz é Chiovenda.

IV — *Ação* não pressupõe litígio, a partir de sua definição clássica; nem *processo* é atinente apenas aos feitos litigiosos.

V — Improcede dizer que na jurisdição voluntária não há *partes* processuais. Em muitos procedimentos não contenciosos, o Ministério Público tem presença obrigatória, em nome do Estado, logo, o Estado é parte nessa espécie de jurisdição.

VI — Os efeitos da *coisa julgada* formal e material fazem-se sentir em jurisdição voluntária, desde que permanecendo imodificada a situação que deu base à sentença (*rebus sic stantibus*). Basta saber se esta é a regra ou a exceção. Não titubeamos em afirmar que a imutabilidade é a regra.

VII — A decisão tomada em jurisdição voluntária é *sentença*, uma vez que não pode ser classificada como decisão interlocutória nem como despacho, pois se limitam a esses três os atos de ofício do juiz.

VIII — Oficiando na jurisdição voluntária, o juiz não é um mero chancelador da situação jurídica que sobe à sua decisão, e para isso é liberado da obediência aos critérios de legalidade escrita exigida em face do procedimento contencioso.

NOTAS

1. Pontes de Miranda, F.C. "Comentários ao Código de Processo Civil". 5ª ed., p. I/81, Forense, ed. Rio de Janeiro, 1997.
2. Boumá, João. "Direito Processual Civil", p. I/304. Saraiva, ed. São Paulo, 1946.
3. Carnelutti, Francisco. "Instituciones del nuevo Proceso Civil italiano", p. 43. Trad. de Jaime Guasp. Bosch, ed. Barcelona, 1942.
4. Carnelutti, op. cit., p. 42.
5. Echandia, Fernando Deves, in Revista de Derecho Procesal, ano 4, nºs 1-3, p. 69. Bogotá.
6. Carnelutti, op. cit., p. 42.
7. Sentis Melendo, Santiago. "El Derecho Procesal Civil", p. I/360.
8. Arruda Alvim. "Manual de Direito Processual Civil". 7ª ed., p. I/219. Edit. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2001.
9. Calamandrei, Piero. "Estudios sobre el Proceso Civil", p. 343. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Edit. Bibliografica Argentina. Buenos Aires, 1945.
10. As opiniões que emitimos sobre o elemento histórico são abonadas, *inter alia*, pelos doutrinadores: Accarias, C. "Précis de Droit Romain", p. I/223. F. Pichon, ed. Paris, 1896. // Bonfante, Pietro. "Historia del Derecho Romano", p. I/170. Trad. de Santa Cruz Tejeiro. Rev. de Derecho Privado, ed. Madrid, 1944. // Bonjean Georges. "Explication méthodique des Institutes de Justinien", p. I/152. A. Durant, ed. Paris, 1878. // Cornil, Georges. "Ancien Droit Romain. La problème des origines", p. 135. Bruylant, ed. Bruxelas, 1930. // Giffard, A-E. "Précis de Droit Romain", 4ª ed., p. I/89, Dalloz, ed. Paris, 1952. // Girard, Paul Frédéric. "Textes de Droit Romain — Institutes de Gaius". Rousseau, ed. Paris, 1903.
11. Wetter, P. van. "Pandectes contenant l'histoire du Droit Romain", p. I/323. Librairie Générale de Droit. ed.. Paris, 1909.
12. Cf. Constituição Federal, arts. 52 (I, II e XIV); 61 § 1º; 84 (III); 99 § 2º; 236 § 1º.
13. Prata, Edson. "Direito Processual Civil", p. 10. Edit. Vitória. Uberaba, 1980.
14. De Pina, Rafael, e Castillo Larrañaga, José. "Derecho Procesal Civil". 8ª ed., p. 68. Porrúa, ed. México, 1969.
15. Lascand, David. "Jurisdicción y Proceso", cit. por Molina Gonzales, Héctor. "Actuales orientaciones sobre el concepto de Jurisdicción", in Rev. de Derecho Procesal, nº 69. México, 1974.
16. Moura Rocha, José de. "Estudos sobre Processo Civil". Cap. "Sobre as dificuldades dos estudos da Jurisdição Voluntária", p. 302. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 1969.
17. Fix Zamudio, Héctor. "Breves reflexiones sobre la reglamentación de la Jurisdicción voluntaria", in El Foro. 4ª época, nº 40. México, 1963.

18. Carnelutti, op. cit., p. 46.
19. Codice di Procedura Civile. Livro IV — Dei procedimenti speciali (art. 633 ss., e mais precisamente. Tit. II — Dei procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone, arts. 706 ss.).
20. Frederico Marques, José. “Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária”. 2ª ed., p. 53. Saraiva, ed. São Paulo, 1959.
21. Calamandrei, op. cit., p. 268.
22. Moura Rocha, op. cit., p. 296.
23. Silva Pacheco, José. “Direito Processual Civil”, p. I/250. Saraiva, ed. São Paulo, 1976.
24. Paula Baptista, Francisco de. “Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil”. 3ª ed., p. 12. Livraria Acadêmica. Pernambuco, 1872.
25. Borges, Marcos Afonso. “Jurisdição”. *In* *Ajuris*, v. 18, n. 90.
26. Arrêts de la 1er Chambre de la Court de Cassation, de 23.11.1976 e 28.10.1969, respectivamente, *in* *Dalloz*, *Nouvean Code de Procedure Civile*, p. 43. Paris, 1993.
27. Chiovenda, Giuseppe. “Instituições de Direito Processual Civil”, p. II/33. Trad. da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale. Saraiva, ed. São Paulo, 1943.
28. Pontes de Miranda, op. cit., p. XVI/7.
29. Couture, Eduardo J. “Fundamentos de Derecho Procesal Civil”. 2ª ed., p. 102. Depalma, ed. Buenos Aires, 1951.
30. Calamandrei, op. cit., p. 48.
31. Comissão Redatora: Juízes (Ministros) da Corte Suprema Ricardo Zeledón Zeledón, Sérgio Artavia Barrantes e Rodrigo Montenegro Trejos. São José da Costa Rica, 2001.
32. Couture, op. cit., p. 300.
33. Calamandrei, op. cit., p. 47.
34. De Pina, Rafael. Op. cit., p. 69 // Alfredo Buzaid, na Exposição de Motivos do Projeto de CPC, trecho I.12, escreve: “No projeto figura a jurisdição voluntária como título especial do Livro IV, porque, por larga tradição, em tais casos coube ao juiz a função de administrar os interesses privados”. Com tal afirmação, enfileira a corrente dos que entendem que o juiz exercita função administrativa na jurisdição voluntária.
35. Carnelutti, op. cit., p.43.
36. Couture, op. cit., p. 102.
37. Redação idêntica à do art. 1.410 do Código de Processo Civil de Portugal, de 1967.