

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA: ATIVIDADE ADMINISTRATIVA OU JURISDICIONAL? *

SÉRGIO GILBERTO PORTO

Procurador de Justiça e Professor Universitário

Julgo apropriado — de início — questionar da mesma forma como o fez José Guilherme Merquior na primeira página de sua obra intitulada *A Natureza do Processo*. “Em que tipo de sociedade vivemos nós, habitantes deste tardio século XX?” A resposta é do próprio Merquior ao afirmar: “em mais de um”, é certo!

Evidentemente assiste razão a esse festejado intelectual — que se revela verdadeiro caso à parte na cultura contemporânea brasileira — pois os ingleses ou os norte-americanos, vivem em uma sociedade industrial e tipicamente superdesenvolvida, tendo ao alcance todos os bens que a tecnologia moderna criou e colocou à disposição do homem; ao passo que os papuas da Nova Guiné ou os aborígenes da Austrália ainda estão na cultura paleolítica. Porém nós, brasileiros, encontramos-nos longe da era paleolítica e, na maior parte do país, não perto de uma sociedade hiperdesenvolvida, todavia já há algum tempo vivemos em uma sociedade politicamente organizada, inspirada na *constatação* da separação das funções estatais de Montesquieu (*O Espírito das Leis*, UNB, 1982).

De sorte que, nossa Constituição, embora pouco estável, atribui o monopólio do poder ao Estado, o qual exerce suas funções através de poderes que, apesar de harmônicos entre si, são independentes e possuem finalidades específicas.

Nesta linha, ao Poder Executivo compete a administração da nação e é este exercido pelo Presidente da República, com o auxílio dos Ministros de Estado; ao Poder Legislativo, como seu próprio nome diz, compete legislar, criar as leis e é este exercido pelo Congresso Nacional e finalmente ao Poder Judiciário compete a árdua missão de distribuir justiça, de dizer qual o direito aplicável a este ou aquele caso e este poder — que antes de poder é dever, na medida que o próprio Estado vedou a autotutela — é exercido, de regra, pelos Tribunais e Juízes, quer estaduais, quer federais.

* Síntese de Conferência proferida na 4.ª Semana da Faculdade de Direito de Bagé, RS. Publicado originalmente na *Revista Estudos Jurídicos*, n. 38, Unisinos.

Neste momento, nos interessa — basicamente — o exercício deste poder-dever (ou dever-poder?) de ditar o direito em face do caso concreto. Assim, antes de mais nada, há de se observar que das palavras de origem latina *juris dictio*, as quais literalmente significam *dizer o direito*, surgiu a expressão *jurisdição*, a qual traduz a idéia — por pleonástica que pareça — da atividade jurisdicional do Estado-juiz.

Os estudiosos da temática; sabedores que em síntese — a expressão *jurisdição* significa *dizer o direito*, não satisfeitos com a singela definição ou representação da palavra, costumam insistir na tentativa de conceituar o que exprime o vocábulo, ou seja, traduzir em palavras a idéia existente no bojo da expressão.

Sobre tais tentativas observou Eduardo Couture que “o conceito de *jurisdição* é uma prova de fogo para os processualistas”; da mesma forma disse Piero Calamandrei “não se pode dar uma definição de *jurisdição* para todos os tempos e todos os povos”; de igual Alfredo Rocco acentuou “o conceito de *jurisdição* é ainda um problema por decidir-se pela ciência jurídica”.

Como se vê há um certo respeito, para não dizer temor, de parte de alguns doutrinadores de nomeada pelo conceito de *jurisdição*; todavia, outros arriscam uma conceituação como, p. ex., Léo Rosenberg ao dizer que “é a atividade do Estado dirigida a realização do ordenamento jurídico”, também Giuseppe Chiovenda diz que “é o poder de aplicar a lei ao caso concreto”. Outros ainda, tais como Hugo Alsina e Ramiro Podetti, também conceituam *jurisdição*, porém envolvem no conceito a idéia de litígio, elevando este à condição de elemento caracterizador da atividade jurisdicional.

Por não parecer correta a afirmação de que o conceito de *jurisdição* esteja diretamente relacionado com o de *coisa julgada material*, excluo — ao menos neste momento — estas conceituações e prefiro ficar com as mais singelas que vêem na *jurisdição* simplesmente uma atividade do Estado, delegada ao Judiciário, que visa a aplicação da lei ao caso concreto ou, em outras palavras, o poder-dever de fazer a lei atuar no caso concreto.

Pelo exposto se verifica que as dificuldades da doutrina começam a surgir no momento em que a atuação da lei se divide em uma forma contenciosa (com litígio) e uma forma voluntária (sem litígio), ou seja, nas chamadas *jurisdição contenciosa* e *jurisdição voluntária* (que para Francisco de Paula Baptista se chama *jurisdição administrativa*).

Assim, apenas com o fito de aclarar definições já firmadas, permito-me ao arrojo de esclarecer inicialmente o conceito de *jurisdição contenciosa* e após partir para análise da *jurisdição voluntária*.

De maneira que, podemos afirmar que *jurisdição contenciosa* é a atividade jurisdicional que visa a aplicação da lei, com a finalidade de eliminar um litígio, um conflito de interesses, vale dizer: em face do litígio o juiz, fazendo a lei atuar no caso concreto, outorga a um ou outro dos litigantes o bem da vida disputado.

E a jurisdição voluntária? Bastaria apenas eliminar o litígio, para a caracterização da atividade jurisdicional voluntária? Bom seria se todos assim pensassem. Porém, neste particular, certos estudiosos, por não admitirem que o juiz exerça a jurisdição sem solucionar um conflito de interesses, travam verdadeira guerra contra a atividade jurisdicional voluntária, no sentido de afastá-la — a todo custo — do âmbito da jurisdição e colocá-la no âmbito da administração, equiparando-a à atividade desenvolvida pelo administrador público, ou seja, ao ato do Prefeito, do Governador etc.

E aqui reside o ponto controvertido de nossa exposição.

A chamada jurisdição voluntária será uma atividade tipicamente jurisdicional, ou na verdade, se constitui em uma atividade administrativa que, como diz Alfredo Buzaid na Exposição de Motivos do Código, “apenas por larga tradição histórica”, coube ao juiz, já que este, nestes casos, estaria a administrar interesses privados?

A respeitável doutrina majoritária tem entendido — é verdade — que a chamada jurisdição voluntária não é nem jurisdição e nem é voluntária, visto que o ato praticado pelo Juiz, nestes casos, é tipicamente administrativo e não é voluntário porque o interessado não comparece espontaneamente perante o Judiciário, mas sim porque a lei impõe que este assim proceda com a finalidade de dar eficácia e validade ao seu ato, por exemplo, na solicitação de um alvará para venda de um bem de menor ou no pedido para homologação de separação consensual.

Note-se, ainda, que os corifeus da doutrina administrativa sustentam também que a mera circunstância de serem determinados atos praticados por juizes, não dá a estes a condição de jurisdicionais, mas no máximo de judiciais, pois o que ocorre no ato de jurisdição voluntária é apenas um negócio jurídico com participação do magistrado.

Dentre outros, destacam-se na defesa desta tese José Manuel Arruda Alvim que assevera: “a jurisdição voluntária é verdadeira anomalia no quadro sistemático das funções estatais”; bem assim Celso Agrícola Barbi ao sustentar que: “A doutrina moderna predominante no Brasil reconhece que, do ponto de vista científico, somente é jurisdição a chamada jurisdição contenciosa, pois a tradicionalmente demonimada jurisdição voluntária não é nem jurisdição, nem voluntária”. Dentre nós, gaúchos, destacamos na mesma linha de pensamento Athos Gusmão Carneiro em sua obra “Jurisdição e Competência”.

Embora existam afirmações contundentes, como retro-reproduzidas, a verdade é que sempre houve divergência doutrinária, fato este que fez o sempre brilhante Enrico Alorio asseverar “deve-se definir o instituto com base em seus efeitos, portanto, se resulta coisa julgada é jurisdição, se não resulta não é”. Acompanha a linha administrativa também monografistas de relevo, tais como José Frederico Marques e Ângelo Jannuzi. Afora os autores nominados, creio oportuno registrar a simpática posição de Finzi de Barbora, o qual sustenta em articulado denominado *Le impugnazioni*

de *decreto di affiliazione* que a jurisdição voluntária é uma atividade mista, eis que, substancialmente administrativa e formalmente jurisdicional.

Todavia, certo é que, até o presente momento, a doutrina não adquiriu foros de certeza em torno da temática, sendo portanto absolutamente pertinente o debate, mormente no Brasil onde os dois estudos monográficos que dispomos assumem posições opostas, consoante nos demonstram as obras de José Frederico Marques e de Edson Prata, o primeiro propugnando pela administratividade dos atos, ao passo que o segundo sustenta a jurisdicionalidade dos mesmos.

Deste emaranhado de manifestações, certas afirmações impressionam e, dentre estas, julgo conveniente destacar a advertência de Froncham: "os administrativistas não tomaram parte no monólogo conduzido apenas pelos processualistas, a fim de poderem explicar o que é ato administrativo, pois se lhes fosse dado ensejo de participarem da controvérsia, provavelmente se arquivaria a legendária tese administrativa sobre a jurisdição voluntária". Da mesma forma, creio oportuna a observação de Edson Prata, quando diz que os estudiosos ao afirmarem que os atos de Jurisdição voluntária, na verdade, são atos de administração, ficam por demais preocupados em demonstrar a não jurisdicionalidade destes atos que se esquecem de verificar a possibilidade jurídica de tais atos se adaptarem no conceito de ato administrativo.

Não estaria neste particular o segredo da discussão? Creio que sim. Portanto, penso ser da maior importância a distinção entre ato administrativo e jurisdicional.

Com tal fim, procurei recolher aqui e ali, na doutrina, as principais diferenças entre a atividade administrativa e a atividade jurisdicional, postas pelos doutos no assunto, do que resultou o seguinte elenco:

ATIVIDADE JURISDICIONAL

1. depende de iniciativa da parte;
2. o juiz faz atuar a lei;
3. pressupõe uma lide, pois existem partes com interesses conflitantes;
4. é uma atividade substitutiva;
5. há um processo;
6. resulta coisa julgada material;
7. presença de um terceiro imparcial (*terzietà*);
8. satisfaz interesse de outro;

ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

1. normalmente não depende de qualquer requerimento;
2. o administrador age conforme a lei;
3. não pressupõe uma lide, pois existem apenas interessados;
4. é uma atividade originária;
5. há simplesmente um procedimento;
6. não resulta coisa julgada material;
7. não há terceiro imparcial;
8. satisfaz interesse próprio.

Com base nestas diferenças, a principal corrente doutrinária tem sustentado que a jurisdição voluntária não é uma atividade tipicamente juris-

dicional, porque nela não se encontram as características pertinentes a tal atividade, as quais estariam presentes tão-somente na jurisdição contenciosa e que afora este fato, em se comparando a atividade contenciosa com a voluntária encontraremos as seguintes divergências: a) haveria diversidade de escopo entre a jurisdição contenciosa e a voluntária, pois enquanto a primeira tem caráter repressivo, a segunda tem caráter preventivo; b) enquanto a jurisdição contenciosa é uma atividade declarativa de direitos, a voluntária se destina a formação de atos e negócios jurídicos, tendo, portanto, função constitutiva, estranha à natureza da jurisdição; c) na jurisdição voluntária não há litígio, nem contraditório, portanto não existem partes, mas apenas interessados, ao passo que na contenciosa existem partes, litígio e contraditório; d) os atos de jurisdição voluntária não produzem coisa julgada material, ao passo que os atos de jurisdição contenciosa produzem coisa julgada material; e) finalmente que a jurisdição voluntária seria simples administração pública de interesses privados.

Afora o fato de parecer indiscutível que a jurisdição voluntária, no mínimo, dispõe da quase totalidade das características da atividade jurisdicional, ou seja, ela depende de iniciativa do interessado, o juiz faz atuar a lei, é uma atividade substitutiva, satisfaz interesse de outro e conta com a presença de um terceiro imparcial, também não conta esta com as seguintes características exigíveis para os atos administrativos: não dependência de iniciativa do interessado, ser atividade originária e satisfazer interesse próprio. Independentemente desta constatação registre-se que, segundo Ovídio Araújo Baptista da Silva, os argumentos expedidos pelos administrativistas têm sido respondidos vantajosamente pelos que defendem a jurisdicionalidade dos atos de jurisdição voluntária, afirmação que retrata absoluta verdade, como veremos: 1.º *argumento* — a jurisdição voluntária não seria verdadeira jurisdição por ter caráter preventivo e não repressivo; tal argumento não prospera, na medida que se verifica que as sentenças cautelares e também as meramente declaratórias têm caráter nitidamente preventivo e não se discute sobre a jurisdicionalidade destas. 2.º *argumento* — diz respeito ao caráter constitutivo e não declarativo de direitos que se encontra na jurisdição voluntária. Esta posição, especialmente defendida por Wach é muito repetida, está totalmente superada, eis que, é dada de ciência que a jurisdição além de declarar, pode igualmente constituir novos estados jurídicos e estão aí as sentenças constitutivas (ação de estado e nulidade em geral) a demonstrar a veracidade da afirmação. 3.º *argumento* — sustentam que inexistem partes, por inexistir litígio; existindo, portanto, apenas interessados. Para bem compreender esta argumentação inicialmente é indeclinável que se tenha uma perfeita idéia do conceito de parte, pois se parte é apenas o elemento integrante de um conflito jurídico de interesses, poderemos, realmente, afirmar que inexistem partes, fato que, de resto, apenas demonstra a ausência de litígio, o que efetivamente ocorre por ser a jurisdição — justamente — voluntária.

Todavia, se considerarmos parte aquele que participa da relação processual, parece não haver óbice em se afirmar que na jurisdição voluntária também existem partes. 4.º. *argumento* — seria uma atividade administrativa por não produzir coisa julgada material, elemento caracterizador da verdadeira atividade jurisdicional. Tal sustentação, com a devida vênia, é insubsistente, na medida que inúmeros casos de jurisdição contenciosa não produzem coisa julgada material, tais como, por exemplo, as sentenças proferidas em processo cautelar. 5.º. *argumento* — seria simples administração de interesses privados, pois não há, em verdade, aplicação de sanção ou atividade declarativa de direitos. Efetivamente não há — nos casos de jurisdição voluntária — aplicação de sanção ou atividade declarativa de direitos, todavia certo é que o juiz age como terceiro imparcial (*terzietà*, na expressão de Mauro Cappelletti), fazendo atuar o direito objetivo, tal qual na jurisdição contenciosa.

Assim, respondidos os argumentos, não há como deixar de acolher a tese de que a jurisdição voluntária se constitui em atividade tipicamente jurisdicional, especialmente pela presença de um “*terzietà*”, aliás o que, no Brasil também é sustentado por Hélio Tornaghi ao dizer que aquilo que realmente caracteriza a jurisdição é o fato de ser atividade de terceiro, de alguém estranho, de agir o juiz em causa alheia, enquanto a administração age em causa própria, pelo que, resta apenas, acolher integralmente a lição de Sérgio Bermudes ao sustentar que “a jurisdição atua com dupla finalidade: a de prevenir a ocorrência de lides e a de compor lides ocorrentes: na primeira hipótese através da jurisdição voluntária, na segunda através da jurisdição contenciosa”.