

## JURISDIÇÃO

Marcos Afonso Borges

### 1. CONCEITO EXATO DE JURISDIÇÃO

“ O Estado, por uma imperiosa necessidade de sua própria destinação política, obrigou-se pela organização constitucional de seus poderes e pela instituição dos órgãos de sua justiça, a prestar assistência aos particulares, em caso de ruptura do equilíbrio jurídico, a entregar sua contribuição jurisdicional, toda a vez que se verificar violação, ameaça ou possibilidade de violação das relações de direito assegurados pela lei ” (João Bonumá, *Direito Processual Civil*, vol. I, pág. 303 e 304).

Dentre as várias correntes que procuram definir o que vem a ser jurisdição, podemos destacar três: 1a.) a que entende, como Rosemberg, que a jurisdição “es la actividad del Estado dirigida a la realización del ordenamiento jurídico ” (*Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. I, pág. 45); 2a.) a que define esta função estatal, como sendo a que tem por escopo a aplicação do direito objetivo a uma pretensão de direito material, composto o litígio e declarando o direito aplicável aos fatos levados a juízo (Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, pág. 100; José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, pág. 214; Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, vol. I, pág. 60; José Manoel de Arruda Alvim Netto, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, pág. 73 e Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, pág. 81); 3a.) e aquela que entende constituir a jurisdição um poder-dever do Estado de distribuir justiça, aplicando a lei ao caso concreto (Amílcar de Castro, *Reparos sobre a Jurisdição e a Ação*, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. I, pág. 15; João Bonumá, obra e volume citados, pág. 304; Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, pág. 97).

Para nós, ela constitui um poder-dever.

Poder, porque o Estado é o titular da jurisdição, monopólio do Poder Judiciário.

Dever, porque a ele compete manter a paz e, conseqüentemente, o primado do direito objetivo, ameaçado ou violado pela lide deduzida em juízo, bem como atender à pretensão dos interessados referentes a interesses particulares sujeitos à sanção judicial.

### 1.1. ESPÉCIES DE JURISDIÇÃO

No tocante às espécies de jurisdição, a doutrina costuma distingui-las em:

a) Quanto à matéria, isto é, quanto à natureza da lide levada a juízo, em: 1o.) jurisdição penal, quando o litígio for de natureza penal; 2o.) jurisdição civil em sentido amplo, aquela que versar sobre lide qualificada por uma pretensão de natureza não punitiva; 3o.) jurisdição civil em sentido estrito, na hipótese em que a atividade jurisdicional incidir sobre litígios de natureza não penal excetuadas aquelas lides que constituem objeto de jurisdição especial, quais sejam: eleitoral, trabalhista, etc..

A jurisdição civil em sentido estrito, por seu turno, distingue-se em: contenciosa e voluntária, também chamada graciosa ou administrativa.

A primeira tem por objetivo a composição e solução de um litígio.

A segunda diz respeito a interesses não em conflito, mas que pela importância, pela gravidade e delicadeza, a lei prefere atribuir a sua tutela aos órgãos do Poder Judiciário, e não a qualquer órgão da administração.

Alguns, ainda como ensina Alcalá-Zamorra y Castillo, tendo por base "el peculiar régimen de los denominados juicios universales, articulados en tal forma que aprecen como zona intermedia o de tránsito entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria", admitem a possibilidade de uma jurisdição mista e que participe de ambas (Premisas para determinar la Indole de la Llamada Jurisdicción Voluntaria, in Revista Argentina de Derecho Procesal, 1949, pág. 288).

b) Quanto à graduação, ela pode ser: inferior e superior, quando exercida pelos juízes singulares, ou pelos juízes colegiados (tribunais).

c) E finalmente, quanto à procedência ou origem, ela se divide em: a) legal, desenvolvida pelos juízes; e b) convencional, exercida pelos árbitros. Esta última é chamada impropriamente de jurisdição, pois para que o laudo arbitral possa produzir coisa julgada, tem que ser homologado pelo juiz.

## 1.2. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

No que diz respeito à jurisdição voluntária, existe enorme divergência entre os doutrinadores.

Uns entendem não tratar-se de jurisdição propriamente dita, configurando-se função meramente administrativa.

Outros vêem nela verdadeira atividade jurisdicional.

Por outro lado, digladiam-se os estudiosos, quer de uma quer de outra corrente, sobre os traços, ou critérios diferenciativos entre ela e a contenciosa.

Senão vejamos:

A primeira corrente, que é a majoritária, partindo dos ensinamentos de Mortara e Alcalá-Zamora y Castillo, afirma que a jurisdição voluntária nem é jurisdição, nem é voluntária (Comentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile, vol. II, pág. 28, nota I).

“No es jurisdicción, porque en la variadísima lista de negocios que la integran será difícil encontrar alguno que satisfaga fines jurisdiccionales en estricto sentido; y mucho menos es voluntaria, porque con frecuencia la intervención judicial resulta para los interesados en promoverla tan necesaria o más que en la jurisdicción contenciosa, en la que, al menos cuando se trata de procesos civiles dispositivos, a diferencia de los inquisitorios, las partes pueden eludir el juicio, ponerle término o sustituirlo por medios autocompositivos y hasta autodefensivos” Alcalá-Zamora (Artigo e revista citados, pág. 290).

Esse entendimento é também esposado por José Frederico Marques, e Alfredo Araújo Lopes da Costa (Respectivamente: Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária e Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada) que, como a maioria, afirmam ainda que, “a jurisdição voluntária é atividade administrativa que o Judiciário exerce para a tutela de direitos subjetivos. Filia-se a jurisdição voluntária à denominada administração do direito privado, ou tutela administrativa de direitos privados”, ou ainda como a denominou Zanobini, administração pública de direitos privados. “Como o Estado restringe, em alguns casos, o *ius dispositivum* dos particulares no que tange a interesses relacionados com o Direito de Família, diz-se que existe, aí, administração pública dos direitos subjetivos, uma vez que essas restrições se operam através da intervenção de órgãos estatais em negócios jurídicos de natureza privada”.

“A venda de um bem móvel é feita sem a intervenção de qualquer órgão estatal. Todavia, para melhor garantir o direito de propriedade sobre bens imóveis, exige a lei que a venda destes se realize através de escritura pública e se formalize posteriormente pela transcrição no registro imobiliário. Tanto o notário que lavra a escritura como o oficial de registro que a transcreve são órgãos do Poder Público intervindo em negócio jurídico de natureza privada”.

“Hipóteses há, no entanto, em que essa administração de interesses privados tem como órgão estatal o Poder Judiciário. Em venda de bem imóvel de incapaz, não basta a escritura pública e a transcrição, traduzirem a tutela administrativa do Estado; imprescindível é, para que se efetue a venda, prévia autorização do Judiciário. E nisto consiste a jurisdição voluntária: ela é verdadeira administração judicial de direitos privados, porquanto o Estado, para a tutela administrativa destes, atua através do juiz”.

“Pode-se, pois, definir a jurisdição voluntária como atividade administrativa do Poder Judiciário destinada a tutelar direitos individuais em determinados negócios jurídicos, segundo previsão taxativa da lei” (José Frederico Marques, Manual de Direito Processual Civil, vol. I, págs. 78 e 79).

A essa concepção administrativista têm sido opostas sérias objeções pelos defensores da segunda corrente, conforme anota José Olímpio de Castro Filho, destacando-se dentre eles Micheli, para quem o processo voluntário pertence à jurisdição e não à administração, e Carlo Maria de Marini, ao salientar que, “via de regra, na jurisdição, seja contenciosa seja voluntária, há tutela de interesses privados, enquanto na administração domina a tutela de interesse público, de tal sorte que na jurisdição, seja contenciosa seja voluntária, se trata sempre de tutelar e garantir um interesse privado protegido pela ordem jurídica e que de outra forma permaneceria insatisfeito” (José Olímpio de Castro Filho, Comentários ao Código de Processo Civil, pág. 15 e 16).

No sentido da identidade entre jurisdição contenciosa e voluntária também Salvatore Satta e Rafael de Pina e José Castillo Larrañaga (Respectivamente: Diritto Processuale Civile, pág. 652 e segs. e Instituciones de Derecho Procesal Civil, pág. 69).

Entre os nacionais, Amílcar de Castro é taxativo ao apreçoar que a jurisdição é uma e una (Assim entende, também, Hernando Devis Echandia, Nociones Generales de Derecho Procesal, pág. 33 a 97).

Segundo ele a jurisdição não varia de natureza. “Todas as vezes que a autoridade jurisdicional possa e deva fazer o que está proibido aos jurisdicionados, encontra-se a mesma jurisdição, nada importa que o assunto seja penal, ou civil; não tenha havido

defesa; seja esta, ou aquela, a forma do processo; com, ou sem lide; seja ou não a sentença dotada do efeito de coisa julgada substancial; ou deva o próprio requerente, que não foi vencido, pagar as custas”.

“Numa palavra: a jurisdição, como poder de julgar, é função unitária. Tem sempre a mesma forma; a mesma natureza; e precisamente por isso, a não ser como expressão figurada, é indivisível pela essência do dividendo”.

“Quando tradicionalmente se repete que a jurisdição é civil, ou penal; e que a civil pode ser contenciosa, ou voluntária, o que é penal, ou civil, contencioso, ou voluntário, não é a jurisdição, mas o procedimento que se desenvolve perante a autoridade jurisdicional. A matéria civil, ou penal, o litígio, ou a falta de litígio não caracterizam a jurisdição; são característicos dos processos, ou procedimentos, pelos quais a jurisdição se exerce” (Estudo e revista citados, págs. 15, 16 e 17).

### 1.3. CRITÉRIOS DIFERENCIATIVOS ENTRE JURISDIÇÃO CONTENCIOSA E VOLUNTÁRIA

Os juízos diferenciativos entre a jurisdição voluntária e contenciosa são também vários.

Segundo Wach e Chiovenda, a jurisdição voluntária tem fim constitutivo, ou seja, os seus atos objetivam sempre a constituição de estados jurídicos novos, ou, ao menos desenvolver relações jurídicas existentes. Já a jurisdição dita contenciosa visa a atuação de relações existentes (Respectivamente: Manual de Derecho Procesal Civil, vol. I, pág. 83 e segs. e Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, pág. 19).

Para Goldschmidt, a jurisdição voluntária se distingue da contenciosa no sentido de que aquela é preventiva e realiza uma função de polícia jurídica, ao passo que esta é de repressão ou de justiça compensativa (Derecho Procesal Civil, pág. 126).

No entender de Carnelutti, a jurisdição contenciosa visa a composição da lide ao contrário da voluntária, cujo fim é prevenir o litígio, estando esta, com relação à contenciosa, na mesma relação que a higiene com relação à cura das enfermidades (Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano, pág. 42 e 43).

No sentir de Hernando Devis Echandia, as diferenças entre as duas espécies de jurisdição se deve estabelecer tomando por base vários critérios:

“a) Por la posición que las partes ocupan en la relación jurídico-procesal, pues al paso que en la voluntaria los interesados que inician en juicio persiguen deter-

minados efectos jurídico-materiales para ellos mismos, en la contenciosa los demandantes buscan producir efectos jurídico-materiales obligatorios para determinados demandados.

b) Por la posición del juez al dictar sentencia, pues mientras en la contenciosa el juez decide entre los litigantes (*inter nolentes* o *contra volentem* o *inter invites*), en la voluntaria en cambio, se pronuncia solo respecto de los interesados (*inter volentes* e *provolentibus*); sin que en la contenciosa el fallo deba ser siempre a favor de una parte y en contra de otras, porque puede satisfacer a ambas.

c) Por los sujetos de la relación jurídico-procesal, pues en la voluntaria no existe demandado, sino simple interesado peticionario, al paso que en la contenciosa existe siempre un demandado.

d) Por el contenido de la relación jurídico-procesal al iniciarse el juicio, porque en la voluntaria se persigue dar certeza o precisión a un derecho e ciertos efectos jurídicos materiales o legalidad a un acto, sin presentarle al juez inicialmente ninguna controversia ni litigio para su solución en la sentencia, y en la contenciosa por el contrario inicialmente se le está pidiendo la solución de un litigio con el demandado, sea que se haya presentado o esté por presentarse y que existe o no desacuerdo en la solución necesaria (puede suceder que el demandado esté de acuerdo en la solución de ese litigio previo mediante las declaraciones pedidas en la demanda, o sea que acepte sus peticiones, y entonces no existe pugna ni litigio controvertido dentro del proceso, pero la presencia del litigio previo viene a ser la causa del proceso, ya que aun cuando en la solución exista acuerdo, sin tal litigio no hubiera sobrevenido el proceso como medio necesario para la solución).

e) Por los efectos de la sentencia, porque en la contenciosa lo normal es que tenga el valor de cosa juzgada. La cosa juzgada hará la sentencia inmutable, además de obligatoria. La sentencia voluntaria será obligatoria mientras no sea modificada, pero no inmutable, porque puede modificarse (con la salvedad de las que autorizan la venta o permuta de bienes de incapaces, una vez consumado tal acto) (Obra citada, pág. 97).

José Frederico Marques, por seu turno ensina que a jurisdição voluntária é "um negócio ou ato jurídico, e não como acontece na jurisdição contenciosa, uma lide ou atuação litigiosa".

"Relativamente à forma ou *modus procedendi*, a jurisdição voluntária dá origem a um procedimento tão somente e não a um processo, visto que este se origina de um situação contenciosa e é conceito correlato ao de jurisdição propriamente dita. O contraditório entre as partes é traço exterior da jurisdição contenciosa. No procedimento de jurisdição voluntária, o que pode surgir é uma controvérsia ou dissenso de

opiniões, que não se confunde com situação contenciosa ou lide, como esclarece Carnelutti. Inexistindo lide, a jurisdição voluntária é, por isso mesmo, um procedimento que se desenvolve sem partes. Alcalá-Zamorra, atentando para esses caracteres na jurisdição voluntária, mostrou que nesta não há litígio, e sim negócio, participantes em lugar de partes, pedido ao invés de ação” (Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, págs. 250 e 251).

Lopes da Costa, após analisar os vários critérios adotados e caracterizadores da jurisdição voluntária, quais sejam: a) os que acham o problema insolúvel; b) os que adotam um critério positivo; e c) os que se utilizam do critério negativo, conclui que dada a “infinita variedade dos atos administrativos não seria possível encontrar um critério positivo, mas apenas um critério negativo: o que não for nem legislação nem justiça é administração” (Obra citada, pág. 62).

Sobre a distinção das espécies de jurisdição vide ainda Edson Prata, Estudos de Direito Processual Civil, pág. 73).

Embora a maioria dos processualistas estrangeiros e pátrios a considere como administração pública de interesses privados (corrente administrativista), quer parecer-nos, *concessa venia*, que a razão está com aqueles que, com Amílcar de Castro, enquadram esta atividade como jurisdicional.

Uma vez que o Estado retirou do indivíduo, não somente o direito individual de fazer justiça pelas próprias mãos, como também submeteu à sua apreciação a realização de direitos que, embora incontroversos, pela sua importância, necessitam da chancela judiciária, qualquer manifestação do Estado Jurisdição a respeito constitui atividade jurisdicional.

José Frederico Marques, invocando os ensinamentos de Alcalá-Zamora y Castillo, ensinamentos por nós focalizados, afirma que a jurisdição voluntária nem é jurisdição, nem é voluntária, e que assim sendo, não há falar-se em ação e processo, havendo na hipótese pedido (direito de petição) e mero procedimento, pois a atividade do juiz é simplesmente administrativa.

Não há dúvida de que a Jurisdição, e já o demonstramos, é o poder-dever do Estado de distribuir justiça, aplicando a lei ao caso concreto. Justiça não somente existe quando há litígio, direitos em conflito. Toda a vez que o Poder Judiciário se manifesta acerca do que lhe é levado a apreciação está fazendo justiça àqueles que lhe submeteram o problema, quer seja litigioso ou não. Isto porque, para os interessados, exemplificando, a decisão que homologa a separação consensual constitui o reconheci-

mento do direito que eles têm em se separar, e para tanto o juiz terá que aplicar a lei a este caso concreto.

Por outro lado, como adverte Couture (Fundamento del Derecho Procesal Civil.), o direito de petição é o gênero de que a ação é espécie. Quando postulamos perante os órgãos administrativos, estamos exercendo o direito constitucional de peticionar. No entanto, toda a vez que apresentamos uma pretensão ao Poder Judiciário, estamos exercitando direito de petição, espécie ação, que, consoante entendimento da doutrina, é o direito de solicitar a prestação jurisdicional. Quer seja ou não prestada esta prestação acerca de direitos litigiosos, o que se utiliza é da ação, uma vez que ela não é endereçada à parte contrária ou adversário, mas ao Estado-Juiz.

E desta forma, partindo do princípio de que a jurisdição é uma e incidível, o único caminho que ela tem para se efetivar é o processo, entendido este como o conjunto de atos praticados pelas partes ou pelos interessados e pelo juiz, objetivando a aplicação da lei.

Tanto isso é verdade que temos, com relação à jurisdição voluntária, uma série enorme de procedimentos específicos (Vide Capítulo II a XI, Título II, Livro IV do C. P. C.), procedimentos estes que constituem a exteriorização do processo, pois em todos eles, o processo tem por escopo a colheita de dados, para que o julgador possa, ao final, aplicar a lei ao caso concreto, quer seja, ou não, acerca de direitos controvertidos.

Desta forma, *permissa venia*, entendemos que na jurisdição voluntária há jurisdição, ação e processo.

## 2. ORIENTAÇÃO DO LEGISLADOR DE 1973.

O atual diploma processual civil brasileiro, dispõe, em seu artigo 1.º, que a jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juizes, em todo o território brasileiro. E no artigo 2.º, reza, outrossim, que: "Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional, senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais".

Este artigo consagra a conhecida regra, que sempre vigorou em nosso direito: *ne procedat iudex ex officio. - nemo iudex sine autore*.

É o princípio da iniciativa da parte. O juiz não pode, de ofício, dar início ao processo.

Uma vez instaurado a relação jurídica processual, o impulso pode ser da parte e também do juiz (princípio do impulso oficial).



Proposta a ação, passa o processo a ter andamento quase automático, pois o Código assina ao juiz, às partes, escrivão e demais auxiliares do juízo, prazos dentro dos quais devem praticar os atos que lhe são atribuídos por lei.

Em síntese magnífica, ensinava Pedro Batista Martins: “Partindo do suposto de que o interesse público impôs a rápida composição judicial do litígio, o Código optou pela consagração do impulso oficial”.

“À parte cabe a iniciativa de provocar a intervenção do poder judiciário — *ne procedat iudex ex officio*. Mas, desde que a tenha provocado, o processo evoluirá automaticamente, sem que às partes se reconheça o direito de obstruí-lo, salvo nos casos especialmente previstos” (Comentários aos Código de Processo Civil, vol. III, pág. 402).

É o que está expresso no artigo 262 do C. P. C.: “O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial”.

O princípio consubstanciado no artigo 2o., no entanto, sofre as restrições indicadas nos artigos 989, 1.129, 1.142, 1.149 e 1.160 do C. P. C.