



AINDA A POLÊMICA SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE A "JURISDIÇÃO CONTENCIOSA" E A "JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA" ESPÉCIES DE UM MESMO GÊNERO OU ENTIDADES SUBSTANCIALMENTE DISTINTAS?

Revista de Processo | vol. 198/2011 | p. 13 - 50 | Ago / 2011
Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 2 | p. 543 - 579 | Out / 2011
DTR\2011\2316

Humberto Theodoro Júnior

Doutor em Direito. Professor Titular aposentado da Faculdade de Direito da UFMG. Membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e da International Association of Procedural Law. Desembargador aposentado do TJMG. Advogado.

Área do Direito: Processual

Resumo: Neste trabalho, o autor questiona a tradicional divisão entre jurisdição contenciosa e voluntária. Seriam mesmo duas atividades de natureza absolutamente distinta?

Palavras-chave: Jurisdição voluntária - Jurisdição contenciosa - Atividade do juiz.

Abstract: In this study the author questions the traditional division between contentious and voluntary jurisdiction. Are they really two activities of an absolutely distinct nature?

Keywords: Voluntary jurisdiction - Contentious jurisdiction - Judge's activity.

Interessa ao direito processual moderno, comprometido com a funcionalidade e efetividade da tutela jurisdicional, que a jurisdição voluntária se confunda, em natureza, com a jurisdição contenciosa? Eis a questão.

Sumário:

1. Introdução - 2. Definição clássica e tentativa de redefinição de jurisdição - 3. A doutrina de Cândido Dinamarco - 4. A jurisdição na ótica constitucional - 5. Jurisdição e direito de ação na ordem constitucional. Reflexos sobre a configuração da jurisdição contenciosa e da jurisdição voluntária - 6. Uma visão da doutrina italiana de grande precisão e atualidade - 7. A visão da jurisdição voluntária pelo direito positivo espanhol - 8. Jurisdição voluntária e coisa julgada - 9. Conclusões

1. Introdução

Depois que, nos primórdios da segunda metade do século XX, duas obras monumentais se debruçaram, no direito processual civil brasileiro, sobre a pesquisa e a definição da natureza da denominada "jurisdição voluntária" (atividade desempenhada pelo Poder Judiciário sem o pressuposto da litigiosidade), e o fizeram para evidenciar, com maestria, que "jurisdição contenciosa" (ou, simplesmente, "jurisdição") e "jurisdição voluntária" eram duas realidades técnicas e práticas distintas, que só se aproximavam do ponto de vista subjetivo-funcional (por serem ambas desempenhadas pelo mesmo órgão público) (refiro-me às monografias dedicadas ao tema por Lopes da Costa¹ e Frederico Marques);² depois que, na mesma época, o principal e mais respeitado curso de direito processual civil seguiu a mesma doutrina, com amplo acatamento universitário³ (refiro-me ao clássico "Primeiras Linhas" de Amaral Santos),⁴ imaginava-se que a especulação em torno de antigas controvérsias estrangeiras não mais viria repercutir em nosso direito processual civil. Sentia-se que a ideia dominante na doutrina nacional era a de que o tema entre nós, estava assentado e as divergências superadas.

No entanto, para surpresa de muitos, o pretexto de revisitar o conceito de jurisdição,



sob o impulso dos novos ventos que a conduziram para a busca de novos escopos, além dos puramente jurídicos (como os políticos e os sociais), surgiu e tem se desenvolvido, aqui e na Europa, uma corrente cuja pretensão doutrinária se bate pela ampliação e unificação do conceito de jurisdição, de modo a nele incluir tanto a contenciosa como a voluntária.

Para que tal se tornasse defensável, é claro que outra definição haveria de ser dada ao fenômeno jurídico da jurisdição já que historicamente esta surgiu e se consolidou em torno da pacificação de situações conflituosas, e não de situações individuais tuteladas unilateralmente, sem o pressuposto da preexistência de um litígio a ser composto impositivamente pelo Estado, como em regra se passa nas hipóteses de atuação da imprópriamente denominada "jurisdição voluntária".⁵

Nunca é pouco recordar que a atividade jurisdicional surgiu de permeio entre a atividade legislativa e a administrativa, objetivando o Estado impor a observância do direito que ele mesmo instituiu e que, à falta de espontâneo cumprimento, haverá de ser feito atuar por meio da autoridade pública, sempre que necessário. À base, pois, da ideia de jurisdição situa-se o problema da ocorrência de ausência de "espontâneo cumprimento" do direito,⁶ causador do litígio, ou do conflito de interesses entre partes antagônicas. É para resolver esse conflito, aplicando a vontade concreta da lei, que atua a jurisdição, fazendo prevalecer o "interesse que realmente for tutelado pelo direito objetivo", mediante ato de autoridade.⁷

Assim sendo, imprópria é a própria denominação daquilo que se costuma qualificar de "jurisdição voluntária", cujo exercício não pressupõe descumprimento voluntário do direito e se desenvolve como ato de realização de função atribuída a um serviço público, que tanto pode ser desempenhado por órgão judicial como da administração ordinária.⁸

Dessa forma, por mais que se intente igualar em natureza as "duas espécies" de jurisdição, não é possível negar a substancial diferença entre a prestação judicial realizada no processo contencioso e aquela alcançada no procedimento de jurisdição voluntária. Tampouco se pode igualar em conteúdo e força (autoridade) os provimentos emitidos num e noutro. Nem se pode imaginar que a definitividade e a retratabilidade dos efeitos sejam as mesmas diante dos resultados práticos da jurisdição contenciosa e da jurisdição voluntária.⁹

Daí porque mesmo aqueles que modernamente se batem pela identidade de natureza entre as duas "espécies" de jurisdição, acabam concluindo que tal debate "mais interessa ao plano acadêmico do que ao plano prático".¹⁰

2. Definição clássica e tentativa de redefinição de jurisdição

A jurisdição, na história dos povos civilizados, surgiu da necessidade de evitar os inconvenientes da justiça privada (justiça pelas próprias mãos ou forças do titular do direito subjetivo violado ou ameaçado), de sorte que a assunção do monopólio da pacificação dos conflitos pelo Poder Público adveio do incontestável inconveniente da autotutela aliado ao escopo de fazer com que as leis editadas pelo Estado fossem realmente acatadas pelos destinatários.

Como as normas legais devem, primariamente, ser acatadas e cumpridas, sem a interferência autoritária da Justiça Pública, a tutela jurisdicional a cargo do Poder Judiciário opera em caráter secundário, ou seja, apenas quando o direito material entra em crise de atuação prática. Substituindo a vontade dos conflitantes, o órgão judicial, no processo, faz a opção de conduta que seja conforme à ordem jurídica e que deva ser observada pelos contendores. E o faz como deliberação impositiva, emanada do Poder Público, em caráter final e definitivo, provocando a cessação da crise (litígio) causadora da instalação do processo judicial, em termos não mais suscetíveis de mutações e rediscussões nos limites do objeto litigioso deduzido em juízo.



Como o Estado, no desempenho do monopólio da justiça, tem não só o poder de resolver os conflitos jurídicos que lhe são submetidos pelos litigantes, mas também o dever de compô-los adequadamente, o que lhe toca no desempenho da jurisdição é uma função (poder-dever), a que corresponde um direito subjetivo público do destinatário da tutela jurisdicional assegurada pela Constituição (art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3)) (direito de ação).

Sem dúvida, a jurisdição corresponde a uma emanção de poder do Estado. Mas não é suficiente encará-la apenas desse ângulo, já que sua compreensão completa só ocorre quando se entrevê também o direito daqueles que podem exigir o exercício do poder pelo Estado. É dessa perspectiva que se prefere conceituar a jurisdição como função estatal.¹¹ Nossa propositura de definição é, pois, aquela que trata a jurisdição como "a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida"¹² (entendida a lei não em sentido estrito, mas no sentido amplo de todo o ordenamento jurídico formador do complexo normativo a que todos se acham sujeitos dentro do Estado de Direito).

Critica-se o entendimento porque reduziria a função jurisdicional à mera reprodução da lei diante do caso concreto, quando, modernamente, o que cabe à jurisdição é aplicar o direito e não somente a lei.¹³ Mas o que a jurisdição aplica, na composição do litígio, além do que se deduz dos enunciados legais são princípios gerais presentes no sistema e os princípios constitucionais superiores a toda e qualquer regra ordinária ou infraconstitucional. O Estado, sendo de direito, assenta-se sobre a garantia fundamental de que ninguém será obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5.º, III, da CF/1988 (LGL\1988\3)).

O que evoluiu, no Estado Democrático de Direito, não foi o princípio da sujeição de todos à lei, mas foi a compreensão do que se deva entender por lei. Lei hoje não é sinônimo de enunciado legal, mas de direito, dentro do qual figuram as regras, os princípios gerais e os princípios constitucionais; de modo que a lei do caso concreto que prevalece no provimento jurisdicional é a norma extraída pelo órgão judicial daquilo que existe no seio do ordenamento e que leva em conta todas as forças normativas atuantes dentro do sistema. Portanto, a clássica definição de jurisdição não tem de mudar em essência; bastando compreender-se na dicção tradicional de lei o sentido de direito. Isto porque, na tutela jurisdicional não poderá prevalecer jamais uma solução que não seja apoiada no sistema normativo constitucionalmente consagrado. A solução justa prestigiada pelo processo do Estado Democrático de Direito pode não se filiar à literalidade do enunciado de uma lei comum, mas sempre estará sujeita a se conformar com os princípios e regras constitucionais, que são todos eles normas e, portanto, lei em sentido lato.

Assume, pois, o feitiço de um mero capricho acadêmico a afirmação de que está superado o conceito clássico de jurisdição porque não é a lei, mas o direito que se realiza por meio da prestação jurisdicional, se lei em sentido lato, não quer dizer outra coisa senão direito.¹⁴

Critica-se também a clássica visão de compromisso com a coisa julgada, que seria atributo da jurisdição contenciosa, e que faltaria na jurisdição voluntária, por duas razões: há prestações de jurisdição contenciosa que não fazem coisa julgada e decisões de procedimento de jurisdição voluntária que a fazem. O raciocínio é equívoco. O que se enfoca não é a eventualidade de um caso ou outro isolado da generalidade, como a coisa julgada formada quando, por exemplo, se contesta a venda judicial para extinção do condomínio sobre coisa individual (procedimento de jurisdição voluntária), ou quando o juiz extingue o processo contencioso, sem resolver o mérito da causa. É claro que, tramitando um procedimento de jurisdição voluntária sob o comando de um órgão judicial apto a decidir também as questões litigiosas, se dentro de um procedimento originariamente não contencioso nasce uma controvérsia caracterizadora de um litígio, instaurado estará um conflito que haverá de ser composto por provimento dotado de todas as características da jurisdição contenciosa. O procedimento terá nascido sob o signo da não contenciosidade e, portanto, com todas as características da jurisdição



voluntária, mas terá transmudado sua natureza para a de um pleito contencioso. Como o órgão atuante é um só, é perfeitamente possível a continuidade do procedimento administrativo já agora com o feito jurisdicional contencioso.¹⁵

Não há, outrossim, nenhuma contradição em o juiz proferir uma decisão extintiva do processo sem a aptidão para fazer coisa julgada material e dar por inviável a prestação jurisdicional pleiteada. O processo nasceu com o fito ou destino de procurar a solução definitiva do conflito de direito material, daí sua natureza jurisdicional. Se faltou, a meio caminho, pressuposto ou requisito de procedibilidade para alcançar-se o provimento de mérito, foi um acidente de percurso que determinou essa solução anômala do processo. É claro que o juiz estava no desempenho da jurisdição (contenciosa) quando se deparou com o embaraço incontornável que o impediu de chegar à meta do processo contencioso. O encerramento prematuro demonstra o fracasso do intento com que se instalou o processo, mas não lhe afeta a natureza jurídica fixada em razão da função para cujo desempenho a atividade do Poder Judiciário fora demandada (a de resolver o mérito da causa).

Nunca é pouco lembrar que o acesso à justiça, embora seja universalmente assegurado, se submete a regras técnicas, sem cuja observância a tutela jurisdicional não se concretiza. Por isso, incumbe ao juiz não só a função de compor definitivamente o conflito jurídico, mas também a de verificar e controlar os requisitos técnicos para que a composição se dê validamente. Quando o juiz, portanto, extingue um processo irregularmente estabelecido, ele de fato está no desempenho da atividade jurisdicional, porque age legitimado pela preexistência de um processo de natureza contenciosa. Se a relação processual é abortada, por ato do juiz, antes de alcançar o provimento de mérito visado pela parte, a sentença que assim põe fim prematuramente ao processo não irá, de fato, produzir a coisa julgada material (fim visado pela jurisdição contenciosa). É que sem resolução do mérito da causa não há o que passar em julgado materialmente.¹⁶ A atividade judicial dentro do processo terá ficado restrita ao controle da legalidade formal do instrumento jurídico manejado pela parte, função que cumpre ao juiz exercer, previamente, em todo e qualquer procedimento contencioso. Não foi a prestação jurisdicional contenciosa que não produziu a coisa julgada material, mas a imperfeição do instrumento manejado pelo litigante que impediu o juiz de cumprir a função normal, que vem a ser a de compor o litígio por decisão de mérito capaz de se revestir da autoridade da coisa julgada, isto é, de tornar-se regra concreta imutável e indiscutível, entre as partes e o próprio poder judicante. Assim, a coisa julgada apenas formal, como eficácia preclusiva, dentro do processo extinto apenas, é consequência inevitável da falta de requisitos técnicos para que o juiz tivesse desempenhado, de maneira completa e válida, a função jurisdicional, em condições de alcançar a composição definitiva do conflito material. E se, tecnicamente, isto não se deu, é claro que a coisa julgada material não se formou, pela simples razão de que o processo, embora existente, não viveu o suficiente para atingir o estágio necessário ao pronunciamento da solução do mérito da causa. A discussão da lide em outro processo não encontrará o obstáculo da coisa julgada pela simples razão de que tal discussão sequer chegou a se consumir no procedimento extinto por ausência de requisitos técnicos de viabilização do provimento jurisdicional de mérito.

Por outro lado, quando a corrente tradicional cogita da coisa julgada como uma das metas da jurisdição contenciosa, o faz no quadro do processo de conhecimento, onde de início se estruturou a ideia fundamental de jurisdição. O que realmente se intencionava afirmar é que o resultado do processo jurisdicional era uma solução última, que nenhum outro órgão estatal, ou não, teria poderes para ignorar ou desfazer. É claro que a própria coisa julgada, fenômeno maior da estabilidade e segurança das decisões finais da jurisdição contenciosa, não importa geração de atos totalmente imunes a revisão, mas esta, quando excepcionalmente admitida, não se faz por órgãos estranhos ao Poder Judiciário. Pense-se, por exemplo, na ação rescisória e nos embargos (ou impugnação) à execução da sentença, em alguns casos, como se prevê nos arts. 485, 475-L, I, e § 1.º, 741, I, e parágrafo único, do CPC (LGL\1973\5).



A característica da jurisdição, porém, é a de buscar a definitividade, evitando não só a revisão externa, mas, se possível, até mesmo a revisão interna dentro do próprio aparelhamento jurisdicional.¹⁷

É certo que em alguns casos extraordinários, como o da tutela sumária, da tutela cautelar ou da tutela de execução pura, não se chega à formação da coisa julgada material (de eficácia externa ao processo), mas apenas à coisa julgada formal (de efeito interno, portanto). Mas não são os fenômenos episódicos que se prestam a definir a natureza da coisa, mas o objetivo essencial do instituto. O procedimento cautelar não se destina a uma meta final e autônoma dentro dos objetivos da tutela jurisdicional. Apenas instrumentalmente procura conservar bens e direitos enquanto se aguarda o provimento de mérito, para cuja utilidade e eficácia seria indispensável a conservação dos bens preservados pela tutela cautelar, cujo papel no dizer de Calamandrei é o de instrumento do instrumento, ou seja, o processo principal tutela o direito material em litígio, enquanto a medida cautelar protege e tutela a eficiência do processo principal, ou de mérito. O escopo final, portanto, é o da realização do processo principal, em boas condições de compor, de maneira justa, o conflito de direito material constante do objeto do processo principal, onde o litígio será afinal composto de maneira exaustiva e definitiva.

O mesmo se pode dizer dos procedimentos sumários, em que o legislador se afasta da meta da coisa julgada, excepcionalmente, em razão de observar, em nome da urgência, uma cognição superficial e não exauriente. A solução de mérito, capaz de alcançar a imutabilidade e indiscutibilidade, fica relegada a outro processo, a ser manejado a critério das partes, no qual a discussão e a cognição sejam amplas e exaurientes, permitindo, assim, a formação da coisa julgada material em bases mais seguras e mais justas.

A afirmativa de que a execução forçada, que é manifestação da jurisdição contenciosa, pode se ultimar sem decisão de mérito capaz de fazer coisa julgada material, também não conspira para a afirmação de que a coisa julgada não pode ser vista como a meta última da jurisdição contenciosa.

Se nem toda prestação jurisdicional contenciosa termina por um provimento revestido da autoridade da coisa julgada, o certo é que em todos eles se logra a definitividade daquilo que for praticado para pôr fim à controvérsia motivadora da invocação da prestação jurisdicional, não havendo lugar para se recorrer a organismo estranho ao Judiciário para sua revisão. E mesmo dentro do Judiciário, a resolução obtida por meio da jurisdição contenciosa, ainda que excepcionalmente sem a autoridade da res iudicata, é sempre atingida pela preclusão interna, que impede o rejuízo das questões já decididas (art. 471 do CPC (LGL\1973\5)).

O processo de execução, que sabidamente integra a jurisdição contenciosa (porque precedido de um conflito jurídico entre credor e devedor), não desagua necessariamente num provimento apto a produzir a coisa julgada material, porquanto pode se encerrar pela efetiva satisfação do credor, sem que o juiz seja convocado a sentenciar sobre ponto controvertido entre os litigantes. Mas, se surge algum questionamento sobre a obrigação de direito material representada no título executivo, é claro que sua apreciação, em embargos ou em incidente do próprio processo de execução, representará julgamento de mérito, apto, portanto, a gerar a coisa julgada material.

Mesmo quando a execução termina pelo pagamento forçado por meio de bens ou valores expropriados ao executado, esse provimento com que se põe termo ao processo executivo reveste-se de definitividade entre as partes e o terceiro que eventualmente tenha adquirido o bem expropriado judicialmente ao devedor ou responsável.

Pode-se, é verdade, questionar, em ação posterior, sobre a inexistência ou a extinção da obrigação exequenda, se a seu respeito não se questionou nem se decidiu durante o processo executivo. Sobre o tema não existirá a intangibilidade própria da coisa julgada,



o que permitirá, por exemplo, uma ação de repetição por pagamento indevido entre ex-exequente e ex-executado. O ato expropriatório executivo (a arrematação do bem penhorado por terceiro), entretanto, permanecerá íntegro, porquanto regular a alienação judicial, segundo as regras da execução forçada. A eventual ação de repetição do indébito ficará restrita à reparação dos prejuízos do devedor em face do locuplemento indevido de que se beneficiou o exequente.¹⁸

Enfim, não será o ato expropriatório executivo que será desfeito, mas o direito à repetição do indébito que o executado poderá reclamar do exequente que manejou a execução forçada com base em título que não mais representava débito atual do executado.

Vê-se, de tal sorte, que a execução forçada está credenciada a produzir coisa julgada material em seus múltiplos incidentes; e mesmo não existindo incidentes de mérito em seu curso, gera estabilidade de seu provimento final, compatível com os desígnios da jurisdição contenciosa.¹⁹

Para os que não querem ver distinção substancial entre os atos de jurisdição contenciosa e de jurisdição voluntária, nem mesmo o pressuposto da necessidade de eliminar uma lide (ou litígio) seria apanágio da prestação jurisdicional, já que as próprias partes podem resolver seus litígios por meio de autocomposição ou de expedientes extrajudiciais como a arbitragem.²⁰ O argumento, todavia, prova demais, porque a autocomposição afasta a jurisdição justamente por eliminar ou evitar a lide, sem a qual não há interesse que legitime o recurso à jurisdição. Quanto à negação do caráter jurisdicional do juízo arbitral, trata-se de argumento repudiado pelo direito positivo brasileiro e pela doutrina sobre ele já construída.²¹ Por força de lei a sentença arbitral faz coisa julgada material, é título executivo judicial e o controle admitido a cargo do Judiciário é apenas de legalidade procedimental, não lhe sendo possível rever o mérito do julgado (arts. 31, 32 e 33, Lei 9.307/1996; art. 475-N, IV, do CPC (LGL\1973\5)).

Para que a "jurisdição voluntária" se integre na "jurisdição" lato sensu, os defensores mais modernos dessa identificação excluem do conceito de jurisdição o fim de pacificar uma situação litigiosa atribuindo-lhe a função de "realizar o direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível",²² ou, "a função preponderante estatal, exercida por um órgão independente e imparcial, que atua a vontade concreta da lei na justa composição da lide ou na proteção de interesses particulares;²³ ou, reconhecendo-se a necessidade de alteração no conceito tradicional de jurisdição, para nele introduzir, também, a jurisdição voluntária, a nova conceituação deveria ser no sentido de atribuir à jurisdição a "função realizada pelo Estado, através de órgão seu investido em garantias funcionais, cuja missão é a aplicação do direito de maneira específica (autoritadamente) com impossibilidade de revisão externa".²⁴ Ou, ainda, se substitui o objetivo de compor "conflitos ou litígios" pelo de solucionar "crises jurídicas" que envolvem os direitos subjetivos.²⁵

Vê-se, pois, que no afã de assimilar a dita "jurisdição voluntária" pela "jurisdição", ora se atribui definitividade aos atos judiciais praticados nos procedimentos de jurisdição voluntária, ora se exclui do conceito geral de jurisdição o vínculo com a definitividade, ressaltando-se apenas a sua "autoritatividade".

3. A doutrina de Cândido Dinamarco

Como na perspectiva constitucional a jurisdição aparece atrelada à função soberana de tutelar direitos em conflito (isto é, direitos ameaçados ou lesados), Cândido Dinamarco, para atribuir natureza jurisdicional aos atos judiciais praticados nos procedimentos de jurisdição voluntária, amplia o próprio conceito de "conflito", sem o qual entende não se poder falar em jurisdição. Para tanto, qualifica como "conflito" a simples situação configurada quando o direito individual permanece insatisfeito enquanto não se obtém



uma solução a ser dada pelo juiz, como se passa com a homologação do acordo de separação ajustado entre os cônjuges em crise. O conflito, *in casu*, seria a crise matrimonial. Mas quem compõe essa crise são os próprios cônjuges por meio do acordo que é levado ao juiz apenas para homologação, como poderia ser levado ao registro nas notas de um tabelião. Por que haveria jurisdição no ato homologado em juízo, e não haveria no ato administrativo do tabelião?

O próprio autor, por outro lado, reconhece que no rol das medidas que a lei insere nos procedimentos de jurisdição voluntária, há diversos atos que não passam de "mera certificação feita pelo juiz (legalização de livros comerciais, aposição de visto)" ou de "pura e simples recepção e publicidade (publicação de testamento particular)". Esses atos – aduz Dinamarco – "têm realmente pura natureza administrativa (administração pública de interesses privados, realizada pelo juiz), mas não há a mínima razão ou utilidade prática ou sistemática que justifique considerá-los de jurisdição voluntária". Isto porque, em sua ótica, "não se referem a conflitos, nem lhes dão solução, nem se realizam pelas formas do processo civil. Não são atos de jurisdição voluntária" ²⁶ (grifamos).

Mas é de se observar que os protestos e interpelações, regulados proceduralmente pelo Código de Processo Civil (LGL\1973\5), também podem ser praticados pelos ofícios de protestos e de registro de títulos e documentos, alcançando os mesmos efeitos tanto pelas vias judiciais como pelas administrativas. Seriam de naturezas diversas os protestos realizados sob a forma do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) e aqueles regulados pela lei própria dos ofícios administrativos? A se adotar a teoria de Dinamarco, ter-se-iam duas espécies de jurisdição voluntária reguladas pelas leis processuais: uma que teria a natureza jurisdicional e outra que seria puramente administrativa. Isto, porém, só aumentaria a complexidade do tema, visto que nem a lei nem a doutrina conseguem apontar homoganeamente os procedimentos que haverão de ser tratados como "administrativos" e "não administrativos", dentro do elenco de medidas imputadas à jurisdição voluntária. Afinal, quando haverá, e quando não haverá, a "crise" que torna jurisdicional a atividade não contenciosa do juiz?

O importante é que a doutrina de Cândido Dinamarco é fiel à tradição de que não se pode falar em jurisdição sem vinculá-la à solução de conflito jurídico. ²⁷

4. A jurisdição na ótica constitucional

A jurisdição é um fenômeno ligado ao poder estatal, a que corresponde um direito de todos, que é o de exigir do Estado que exercite o poder jurisdicional, sempre que necessário. Por isso é que se define a jurisdição como função (poder-dever) e não apenas como poder. Nessa perspectiva não é no direito infraconstitucional, mas na própria Constituição que se deve buscar a identificação do que seja a função jurisdicional, distinguindo-a, em essência, das demais funções soberanas do Estado (isto é, a legislativa e a administrativa).

A propósito, logo em seu segundo artigo a Constituição define como sendo Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Portanto, nossa Carta Magna (LGL\1988\3) consagra o "princípio da divisão de poderes", como critério fundamental do Estado Democrático de Direito. Dentro dessa sistemática básica, Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário "são expressões com duplo sentido: exprimem, a um só tempo, as funções legislativa, executiva e jurisdicional e os órgãos que as exercem." ²⁸

O poder estatal, como emanção de soberania política e social, é uno, indivisível e indelegável, mas não pode se concentrar nas mãos de um só órgão. Não é, entretanto, o próprio poder que se divide, são as funções dele emanadas que são atribuídas a organismos distintos. Quando, pois, se fala no texto constitucional de tripartição dos poderes soberanos do Estado, o que se partilha, realmente, são as funções fundamentais da soberania, não a própria soberania (poder único e supremo).



Os órgãos a que a Constituição atribui as funções soberanas do Estado (isto é, "o exercício do poder político, cujo conjunto se denomina 'governo' ou 'órgãos governamentais'") são aqueles encarregados das funções legislativa, executiva e jurisdicional. Esclarece José Afonso da Silva:

"A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas 'leis'. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal. Por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e função administrativa, com três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos, a fim de dirimir conflitos de interesse".²⁹

Na ordem constitucional, a divisão de Poderes, ou mais precisamente, de funções inerentes ao Poder, se funda (a) na especialização funcional ("cada órgão é especializado no exercício de uma função") e (b) na independência orgânica (cada órgão deve ser "efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação").³⁰

5. Jurisdição e direito de ação na ordem constitucional. Reflexos sobre a configuração da jurisdição contenciosa e da jurisdição voluntária

Toda construção do direito processual moderno se edificou sobre o tripé jurisdição, ação e processo, de sorte que, circularmente, jurisdição e ação, a um só tempo, são causa e efeito recíprocos, operando em torno da crise jurídica de convivência social, enquanto o processo é o meio ou método de enfrentar e solucionar essa mesma crise, por obra da função jurisdicional, (manifestação de poder) cuja atuação depende sempre da provocação oriunda do exercício da ação (direito à tutela jurisdicional), só praticável segundo a disciplina do processo judicial.

A obra dos engenheiros (com destaque para Wach, Bülow e Chiovenda) dessa construção magnífica deita seus alicerces na teoria do direito de ação concebida como algo autônomo e diverso do direito material conflituoso, mas tendente, diante da crise de lesão ou ameaça por esse enfrentado, a proporcionar-lhe, por meio do poder jurisdicional, uma tutela efetiva e adequada, assegurando ao respectivo titular, uma vez regularmente reconhecido como tal, medida concreta apta a lhe dar, quanto possível praticamente "tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire alla stregua della legge sostanziale (...)".³¹ É justamente o que já ensinava a antiga e sempre lembrada lição de Chiovenda.³²

Explica Proto Pisani que a garantia de um processo justo, prometido pela Constituição, haverá de resultar numa tutela que leve em conta as categorias dos direitos substanciais e, em particular, as específicas modalidades de violação que esses direitos possam sofrer, de maneira que quaisquer que sejam a modalidade e o conteúdo da tutela jurisdicional (posta em movimento pelo exercício do direito de ação) haverá sempre de ser efetiva, no sentido chiovendiano há pouco lembrado.³³

Ora, se jurisdição e ação são fenômenos ligados ao exercício do Poder Público, é na Constituição que se haverá de investigar o respectivo objeto, e, conseqüentemente, o conceito da função soberana que lhe corresponde. É, então, no direito fundamental garantido no art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3) que iremos localizar o conteúdo da função e do direito que lhe corresponde, em tema de jurisdição e ação. E o que ali se prevê é que nenhuma lesão ou ameaça a direito será subtraída da apreciação do Judiciário.

Claro, portanto, que a crise jurídica cuja solução a Constituição atribuir ao Poder Judiciário é justamente aquela representada pela litigiosidade (ou seja, a que se



configura quando um direito subjetivo, ou uma situação jurídica concreta é violada ou ameaçada). Isto, obviamente, não impede que o legislador infraconstitucional venha a instituir situações secundárias ou eventuais em que aos juízes se confie, por deliberação política, tarefas não jurisdicionais, como, v.g., as de alistamento eleitoral, as de provimento de ofícios notariais e controle das dúvidas surgidas na execução dos atos de registro público, e, em geral, o multifário e complexo universo das medidas predominantemente administrativas que formam o elenco dos procedimentos ditos de "jurisdição voluntária".³⁴

Mas, não será em relação a atribuições secundárias e eventuais que se revelará a natureza da função de um poder soberano, mas daquilo que não lhe pode faltar, daquilo que na tripartição da soberania é necessário para compreender a essência institucional de cada uma das funções em que a soberania se divide e se manifesta, dentro da partilha traçada pela Constituição.

É nesse sentido que a doutrina aponta para uma noção de uma "função jurisdicional necessária" e outra "não necessária". Com efeito, ao lado da área em que atuam as "funções jurisdicionais constitucionalmente necessárias", há uma outra em que as funções confiadas ao Judiciário não são necessárias ao desempenho da função soberana que a Constituição lhe afeta.

Observa Proto Pisani que nessa área "não necessária" surgem "funções ulteriores" à da "tutela jurisdicional dos direitos", as quais o legislador ordinário poderia legitimamente atribuir, em sua discricionariedade, aos poderes privados ou às autoridades administrativas. É o que se dá, na exemplificação de Proto Pisani, acerca da oportunidade de por em prática a administração dos interesses dos menores e incapazes; de conceder a autorização para funcionamento de certas pessoas jurídicas; de realizar a liquidação do patrimônio de algumas empresas; de proceder à nomeação e remoção de representantes legais de menores ou incapazes, à venda coativa de bens etc. Todos esses atos, como muitos outros, podem ser, indiferentemente, objeto de atribuição legal seja ao juiz seja a órgãos da administração.³⁵ Daí porque não se prestam a caracterizar a essência da jurisdição, dentro da partilha constitucional dos poderes soberanos do Estado.

Prova de que não figuram necessariamente na área de definição da atividade jurisdicional, é que, sem violar a atribuição constitucional contida na partilha dos poderes soberanos estatais, muitas medidas que no passado figuravam no rol dos procedimentos ditos de jurisdição voluntária têm migrado para a competência de órgãos administrativos, sem qualquer eiva de inconstitucionalidade. Veja-se, para exemplificar, a permissão para que a consignação em pagamento se processe extrajudicialmente (art. 334 do CC/2002 (LGL\2002\400); art. 890, § 1.º, do CPC (LGL\1973\5)); para que o Oficial do Registro de Imóvel promova a notificação do promissário comprador, relativamente a negociação de imóveis loteados, constituindo-o em mora e cancelando o registro do respectivo contrato, sem depender de decisão judicial alguma (art. 32 da Lei 6.766/1979); também da mesma forma se procede administrativamente, através do Oficial do Registro de Imóveis, para se obter o cumprimento do compromisso de compra e venda, quando o promitente vendedor não providencia a outorga da escritura definitiva, depois de ter sido pago o preço integral da promessa (art. 27 da Lei 6.766/1979); iguais procedimentos administrativos a cargo do Oficial de Registro de Imóveis são autorizados tanto no inadimplemento como no cumprimento do contrato de financiamento imobiliário sob garantia de alienação fiduciária (arts. 25, 26 e 27 da Lei 9.514/1997); também a venda forçada do imóvel hipotecado por meio de contrato de financiamento do Sistema Financeiro de Habitação pode ser promovida sem processo judicial, por iniciativa da instituição financeira (arts. 31 e 32 do Dec.-lei 70/1966); a separação e o divórcio consensuais (art. 1.124-A do CPC (LGL\1973\5)), assim como a partilha amigável tanto podem ser processados em juízo como administrativamente por meio de ato notarial etc. O que, de fato, se nota no direito moderno é, na verdade, uma tendência acentuada a processar administrativamente tanto o cumprimento como a resolução de diversos contratos e a desconstituição de situações jurídicas, antes



administradas pelo Poder Judiciário, afastando a necessidade da interferência judicial.³⁶

Ora, me parece inconcebível que algo que se exclua livremente de uma função, sem quebra ou perda de sua essência, possa ser havido como integrante de sua própria natureza. Como imaginar que uma mesma dissolução de casamento ou uma mesma partilha patrimonial ora seja jurisdicional porque processada em juízo, ora seja administrativa porque realizada por notário. O que se me afigura é que a natureza do ato sempre foi a mesma e continuou inalterada, quer quando dirigida pelo juiz quer quando orientada pelo tabelião.

Por isso, os atos da espécie, que o legislador, a seu bel prazer, inclui na dita jurisdição voluntária, ou dela exclui por pura opção política, não pertencem substancialmente à natureza da jurisdição concebida e regulada pela Constituição.

Na ordem constitucional, a justiça foi expressamente concebida como a prestadora da função jurisdicional necessária para tutelar os direitos lesados ou ameaçados de lesão, de maneira que, não cabem no seu âmbito institucional simples atos de tutela de interesses privados, quando isto tanto possa se fazer, com legitimidade, pelos juízes como pelos agentes estatais administrativos.

A área em que atua a jurisdição "constitucionalmente necessária" nada tem que ver com aquilo que às vezes se atribui administrativamente aos juízes, pois aquela "coincide com a área da jurisdição tradicionalmente denominada como contenciosa".³⁷ Assim, na base do processo, por meio do qual atua a jurisdição, nos moldes constitucionais, está sempre "um conflito de interesses", do qual decorre a pretensão deduzida em juízo, que, por sua vez revelará o litígio a ser composto pelo provimento jurisdicional. "Constituindo o conflito de interesses a base do processo civil, não há processo civil [vale dizer: não há jurisdição, acrescentamos] onde não haja conflito de interesses".³⁸ Por isso, conclui José Lebre de Freitas,³⁹ "se situa fora do processo civil a categoria dos processos de jurisdição voluntária, ainda quando estes são reguladores no Código de Processo Civil (LGL\1973\5)". É que, segundo o processualista lusitano, "os processos de jurisdição voluntária visam a prossecução de interesses não organizados em conflito". Às vezes, aduz o mesmo autor, se intenta apenas perseguir "o interesse de uma pessoa determinada, sem que outro qualquer seja considerado (exemplo: interdição, reunião do conselho de família, autorização judicial, curadoria provisória dos bens do ausente, verificação da gravidez) ou ainda que o interesse de outra pessoa deva ser considerado, mas só num plano secundário (regulação do poder paternal); e outros há em que se intenta prosseguir os interesses solidários de duas ou mais pessoas (por exemplo: divórcio por mútuo consentimento, notificação para preferência)".

Daí Lebre de Freitas extrai a irrespondível conclusão de que:

"A submissão destes casos [de jurisdição voluntária] resulta de se ter considerado necessária uma cuidadosa avaliação dos interesses particulares [não litigiosos] em jogo, que o juiz, melhor do que uma entidade administrativa, está em condições de assegurar. Mas a actividade judicial assim desenvolvida não corresponde ao exercício da função jurisdicional. Trata-se antes do exercício duma função administrativa. Respeitando esta a situações anómalas, entendeu-se, por considerações de política legislativa, não dever ser desempenhada por notário, um conservador ou outra entidade administrativa; mas não deixa por isso de, ao lado da actividade do notário ou do conservador, ser englobada por alguns autores na categoria geral da administração pública de direitos privados".⁴⁰

Se, enfim, se focaliza a história do direito processual e principalmente, o sistema constitucional da partilha do poder estatal, "a primeira característica da jurisdição – ressaltada por Fazzalari – consiste em que as 'medidas jurisdicionais' têm como pressuposto o 'ilícito', mais precipuamente a (consumada ou atualmente ameaçada) violação de um dever substancial, ou seja, já imposto pela lei substancial".⁴¹

Inevitável, destarte, a conclusão de que não havendo conflito de interesses a dirimir nos



procedimentos administrativos desenvolvidos em juízo, "rigorosamente, a chamada jurisdição voluntária não constitui uma jurisdição só a jurisdição contenciosa sendo jurisdição em sentido próprio" (grifo do original).⁴²

Ausente o pressuposto do conflito de interesses e, conseqüentemente, do requisito de partes contrapostas diante da pretensão à medida de jurisdição voluntária, o único elemento que a aproxima dos provimentos de jurisdição contenciosa é o seu processamento perante o mesmo órgão estatal. Mas, é óbvio que a só referência ao sujeito das duas atividades não tem o poder de preencher o vale que as divide, do ponto de vista substancial.⁴³ Dir-se-á que a prestação realizada através da jurisdição voluntária observa o mesmo regime processual de contraditório, sentença e recurso previsto para a atividade da jurisdição contenciosa, pelo que merece ser qualificada também como prestação jurisdicional.⁴⁴ Ora, o contraditório, segundo a Constituição não é apanágio do processo jurisdicional, devendo ser observado também nos procedimentos puramente administrativos (art. 5.º, LV, da CF/1988 (LGL\1988\3)). Por outro lado, o mecanismo procedimental sujeito a decisões e recursos hierárquicos é observado tradicionalmente no seio da Administração, que chega até a instituir órgãos de estrutura destinada a especificamente julgar conflitos internos e externos envolvendo interesses do serviço público e de particulares que deles dependam. Pense-se nos Tribunais de Contas, nos Conselhos de Contribuintes, nos órgãos recursais da Previdência Social, nos Conselhos Tutelares da Infância, nos órgãos de proteção ao meio ambiente, ou de controle da livre concorrência, nas Agências Reguladoras dos Serviços Públicos delegados à exploração privada etc. Em todos esses organismos genuinamente administrativos, e em inúmeros outros, se formam, desenvolvem, instruem e julgam procedimentos, sob regime de contraditório e de impugnação recursal perante órgãos hierarquicamente superiores, sem que, de maneira alguma, se possa pensar em qualificá-los como procedimentos jurisdicionais. É lógico, portanto, que a presença de estrutura processual, de julgamento e de recurso hierárquico não muda a natureza do procedimento que envolve sujeitos e objeto vinculados à Administração, e que por isso mesmo só pode ser qualificado de procedimento administrativo.

É de se observar, ainda, que sob o rótulo de jurisdição voluntária os Códigos e leis processuais extravagantes costumam arrolar os mais dispares provimentos, desde atos de mera documentação (protestos, notificações), de simples presença (hasta pública, assembleias de credores ou de condôminos), de pura autorização, até atos de constituição jurídica (interdição de incapaz, nomeação de tutor, curador) ou de integração eficaz de negócios convencionados entre interessados não litigantes (homologação de divórcio ou separação consensuais, de acordos em torno de questões não figurantes em processo contencioso) ou, ainda, de controle de atos notariais ou registrais.⁴⁵ Basta esta diversidade caótica de temas e tarefas para se concluir que nem mesmo internamente é possível encontrar identidade substancial capaz de unificar a natureza do complexo universo de atos judiciais reunidos sob a denominação de "jurisdição voluntária". O que, porém, é certo é a impossibilidade de tratar a todos como representativos de conflitos de interesses que devam ser pacificados por verdadeiros provimentos jurisdicionais.

Dir-se-á que às vezes alguns procedimentos da espécie podem ensejar controvérsias que exigirão debate e solução sob regime de contraditório igual ao dos procedimentos contenciosos. Mas, se sobreviver tal conflito, a consequência será a mudança de natureza do feito, que deixará de ser administrativo para tornar-se contencioso. Aquilo que se iniciara sem o pressuposto da litigiosidade, fora supervenientemente por ela contagiado. Como o órgão judicante detém tanto a função administrativa como a jurisdicional, nada o impede de assumir esta última, mudando o rumo do procedimento para propiciar um acerto da lide incidental nos termos próprios da jurisdição contenciosa. É o que se passa, por exemplo, quando o pai requer autorização para vender imóvel do filho menor e a mãe comparece ao processo para impugnar a pretensão; ou quando o interdito contrata advogado para contestar o cabimento da medida; ou, ainda, quando o pedido de alienação do bem indivisível é contestado por um dos condôminos, para negar sua indivisibilidade. Todos esses procedimentos



independem de prévio litígio para justificar sua instauração em juízo, mas eventualmente podem degenerar em disputa contenciosa superveniente.⁴⁶

Por outro lado, se algum procedimento é incluído no Código entre os contenciosos, quando na verdade não é precedido de litígio algum; ou se algum outro é inserido pela lei entre os de jurisdição voluntária, quando em realidade pressupõe prévia disputa entre antagonistas, nem por isso a natureza da coisa estará comprometida, nem poderá ser desprezada. Prevalecerá o enquadramento ditado pela substância da tutela a ser desempenhada pelo órgão judicial. Se é à solução de um conflito que o procedimento se destina será ele tratado como de jurisdição contenciosa; se inexistente conflito a compor, será jurisdição voluntária aquela desempenhada pelo juiz, pouco importando a sede em que o procedimento tenha sido colocado dentro do Código de Processo Civil (LGL\1973\5).

6. Uma visão da doutrina italiana de grande precisão e atualidade

Há os que incluem a jurisdição dita voluntária no mesmo terreno da jurisdição contenciosa, a pretexto de que, no Estado Democrático dos tempos de hoje, a presença do Estado desenvolveria papel voltado para objetivos sociais e políticos ignorados ou não valorizados primórdios do Estado republicano liberal. Desse modo a tutela de interesses e direitos, mesmo não envolvidos em litígio, haveria de ser vista como integrante da missão constitucional do Estado moderno. Consequentemente, a jurisdição os acobertaria, para cumprir os fins sociais, políticos e propriamente jurídicos, perseguidos, como algo essencial à atividade do Estado, onde quer que o seu poder deva se manifestar.⁴⁷

Assim pensando, para Marinoni e Mitidiero, a atividade do Poder Judiciário "deve ser levada a efeito na dimensão da Constituição", sempre "tendo por objetivo realizar a justiça do caso concreto", seja ele "litigioso" ou "não litigioso".⁴⁸ De tal sorte, mesmo reconhecendo que nos procedimentos de jurisdição voluntária "não há litígio entre os interessados na obtenção da tutela jurisdicional" e sem embargo de não existir "partes", mas apenas "interessados", os autores insistem em que "na jurisdição voluntária há jurisdição".⁴⁹

Ora, não há dúvida de que, no moderno Estado Democrático de Direito, todos os três poderes têm o encargo de atuar perseguindo as metas sociais, políticas e jurídicas programadas pela Constituição. Isto, contudo, não importa anular a divisão de poderes (rectius: de funções soberanas), dado relevantíssimo de demarcação e controle das áreas de atuação específica de cada um deles. Ou seja: todos os poderes soberanos realizam as metas sociais, políticas e jurídicas, limitando-se, porém, a fazê-lo dentro da esfera de atividade que caracteriza o quinhão de soberania que se atribuiu a cada um. Dessa maneira, o Executivo pratica a administração e, ao fazê-lo, orienta-se pelos critérios que melhor atendam às metas políticas, sociais e jurídicas da Constituição; de igual modo, o Legislativo edita as normas jurídicas, atribuindo-lhes conteúdo que corresponda àquelas mesmas metas; e, também, o Judiciário soluciona os conflitos que lhes são submetidos, pronunciando decisões e praticando atos processuais, sempre inspirados naqueles princípios e normas que a Constituição previu para orientar a missão do governo em suas diversas funções soberanas.

Não é, pois, pela invasão de área de outro poder que cada um deles se desincumbe dos escopos gerais do Estado. É no desempenho daquilo que é específico da própria área de atuação que cada Poder haverá de cumprir o programa geral da Constituição no plano das metas sociais, políticas e jurídicas.

Portanto, se a Constituição atribui ao Judiciário a tutela dos direitos contra lesões ou ameaças (art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3)), é nessa tutela que, constitucionalmente, se exercitará a função soberana denominada jurisdição. Não há necessidade alguma de ampliar a área de atuação da jurisdição para que ao Judiciário se reconheça o compromisso com as metas sociais, políticas e jurídicas idealizadas pela



Constituição. Se a lei ordinária, confere a órgãos da justiça alguma tarefa tutelar que, por natureza, poderia legitimamente ser desempenhada por órgão administrativo, o certo é que isto se deve apenas a opção de liberdade e conveniência político-legislativa. A inclusão ou exclusão de semelhantes atribuições não amplia nem reduz a esfera de poder soberanamente atribuída à justiça, a qual necessariamente lhe pertence como essência funcional. Essa função necessária e fundamental, que não pode ser alterada senão pela própria Constituição, por isso mesmo, terá de ser a base da conceituação do que vem a ser jurisdição, dentro da estrutura estatal de poder.

É dentro dessa perspectiva que se invoca o ensinamento de três processualistas de incontestável autoridade na doutrina processual italiana, autores das "Lezioni" de processo civil amplamente acatadas em seu país de origem e também entre nós. Trata-se dos Professores Luigi Paolo Comoglio (da Universidade Católica de Milão), Corrado Ferri e Michele Tarufo (ambos da Universidade de Pavia). Eis como, em linhas gerais, essa doutrina conceitua a jurisdição e dela distingue a denominada jurisdição voluntária (ainda que a considere espécie da atividade jurisdicional, mas apenas porque se desenvolve "diante de um juiz da magistratura ordinária"):⁵⁰

a) pela garantia de acesso à justiça, qualquer pessoa, pública ou privada, afirmando-se titular de um direito subjetivo que tenha sido contestado por outrem, ou que intente exercitar um direito subjetivo e tenha sido impedido pelo comportamento de outrem, pode pedir ao juiz ordinário que proporcione, por um procedimento e nas formas processuais adequadas, a tutela jurisdicional do referido direito;⁵¹

b) a função jurisdicional, por meio da qual um juiz, terceiro imparcial a respeito às envolvidas na controvérsia, consiste em aplicar a norma jurídica substancial por ele considerada adequada a solucioná-la. Dessa forma, "a função jurisdicional se apresenta como atividade de resolução de conflitos ou controvérsias entre pessoas, mediante a aplicação em via judicial de normas substanciais destinadas a regular o caso controvertido";⁵²

c) na função jurisdicional, além da definição da controvérsia, em caráter definitivo e indiscutível (coisa julgada), inclui-se a execução forçada, cuja tarefa consiste em fazer atuar e realizar em via coativa, com emprego efetivo do poder coercitivo por órgãos do Estado, sob direção judicial, "o conteúdo do direito previamente acertado";⁵³

d) sob o rótulo de "jurisdição voluntária", atribuem-se também aos juízes ordinários (aqueles a que cabe a jurisdição contenciosa) alguns atos de "simples administração", atos que, às vezes, tanto podem ser confiados a juiz como a órgão não jurisdicional (por exemplo, ofícios da administração pública) ou a oficiais públicos em exercício de atividade privada (exemplo: tabeliães). A nomenclatura "jurisdição voluntária", portanto, reputa-se jurisdição apenas formalmente (porque exercida por juízes), permanecendo, no entanto, atividade "substancialmente administrativa", já que confiada a órgão judicial tão só por exigência garantística. Não passa, dessa maneira, de uma "administração pública" de determinadas matérias do direito privado, se bem que exercida por órgãos judiciários";⁵⁴

e) a diversidade das funções exercitadas pelos juízes numa e noutra "espécie" de jurisdição pode ser delineadas em três perspectivas:

(i) do ponto de vista funcional, a jurisdição "contenciosa" opera na tutela jurisdicional dos direitos para fazê-los atuar, em contraditório, entre as partes em litígio, por meio de provimentos definitivos, tendentes à coisa julgada; já a "voluntária" visa, predominantemente, a tutelar, sem qualquer contraposição dialética entre partes divergentes, e, por isso, sem predisposição à coisa julgada, situações subjetivas de menor relevo (exemplo: expectativas jurídicas ou interesses legítimos de direito privado, que o ordenamento jurídico, não obstante, considera mercedores de tutela);

(ii) do ponto de vista objetivo, enquanto a jurisdição "contenciosa" acerta, constitui ou condena, segundo a modalidade dos provimentos adotáveis para a tutela dos direitos, a



jurisdição "voluntária" tem quase sempre um efeito constitutivo direto, intervindo imediatamente para integrar ou aperfeiçoar, por meio de ato autorizativo, a hipótese genética de determinado status pessoal ou familiar, de determinados poderes ou de certas pessoas jurídicas (pense-se na adoção de menores, na separação consensual entre cônjuges, nos atos que cabem aos genitores e tutores, na inscrição da sociedade anônima no registro das empresas);⁵⁵

(iii) do ponto de vista estrutural, enquanto a jurisdição "contenciosa", no seu esquema típico, se desenvolve em função de obter a definitividade da coisa julgada, a jurisdição "voluntária" não aspira a atuar "uma certeza irretratável", nem se mostra idônea a gerar a coisa julgada, já que se funda sobre "pressupostos diametralmente antitéticos" (quais sejam; a modificabilidade e a revogabilidade dos provimentos; art. 742 do CPC (LGL\1973\5) italiano; acrescentamos: arts. 486 e 1.111 do CPC (LGL\1973\5) brasileiro);⁵⁶

f) essas distinções "coordenam-se e harmonizam-se, sem dificuldade aparente, no plano constitucional, donde se extrairá a conclusão de que:

(i) "a jurisdição contenciosa deve ser sempre considerada como constitucionalmente necessária", já que a tutela aos direitos ameaçados ou lesados terá sempre que ser realizada pelo processo justo, vale dizer, por um juízo em sentido próprio, submetido às garantias do contraditório e tendente a desaguar em julgado vinculante (coisa julgada);

(ii) em sentido contrário, a jurisdição voluntária representa uma função jurisdicional constitucionalmente não necessária – porquanto "pode ser, ou não ser, atribuída aos juízes ordinários, segundo a discricção do legislador" –; já que:

– "não tem por objeto, senão em casos excepcionais, a atuação e a tutela dos direitos em senso lato";

– "realiza, fora dos verdadeiros 'contrastes' entre partes contrapostas, atividade prevalentemente administrativa, a proteção de expectativas ou de interesses legítimos de direito privado, embora qualificados de relevância pública";

– "não pressupõe, como tal, um 'juízo' e uma 'audiência' em sentido técnico, nem tampouco implica a formação de qualquer coisa julgada (formal ou substancial), mas prevê procedimentos simplificados e sumários (que se desenvolvem, na linguagem dos velhos Códigos, fora de audiência), cuja característica é a de concluir-se com provimentos modificáveis ou revogáveis (e portanto instáveis), de per si incapazes de aspirar à certeza própria de um julgado definitivo"⁵⁷ (isto é, uma certeza tipificadora da coisa julgada, como aquela formada ordinariamente no processo dominado pela jurisdição "contenciosa").⁵⁸

7. A visão da jurisdição voluntária pelo direito positivo espanhol

Um posicionamento claro acerca da distinção entre a jurisdição contenciosa e a voluntária encontra-se na legislação processual civil espanhola: "Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite, la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas" (art. 1.811 da LEC/1881, mantido em vigor pela LEC/2000). É, pois, a inexistência de litígio que compõe o traço diferencial, no direito espanhol, entre a jurisdição voluntária e a contenciosa, como aliás, prevalece na doutrina dominante no direito comparado. Entre nós, merece ser lembrada, no mesmo sentido, a clássica lição de Amaral Santos:

"Em todos esses casos [casos de jurisdição voluntária], os interesses sujeitos à administração dos órgãos judiciários não estão em conflito com interesses de outrem. Quer dizer que esses órgãos os conhecem não para compor conflitos, mas para tutelá-los, protegendo os respectivos titulares. Esse é o objeto da jurisdição voluntária: tutelar interesses não em conflito, protegendo os respectivos interessados. Por outras



palavras, pode-se conceituar jurisdição voluntária como administração de interesses privados pelos órgãos jurisdicionais.

Assim, não são conflitos de interesses, mas interesses não em conflito que constituem objeto da jurisdição voluntária. Essa jurisdição não versa sobre conflitos, muito menos sobre litígios".⁵⁹

Segundo o Código espanhol (LEC), a contraposição entre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária se dá exatamente nos termos preconizados por Amaral Santos para o direito brasileiro. Ou seja, as matérias integrantes da atividade denominada jurisdição voluntária são, por critérios políticos e de oportunidade, atribuídas aos órgãos judiciais, "sem que isto signifique que, em sua atuação, se desenvolvam ou exerçam atividade jurisdicional, nem que detenham a exclusividade dos respectivos assuntos, visto que, em determinados casos a intervenção será feita pelos notários, registradores ou os cônsules".⁶⁰

Discute-se, na Espanha, se a natureza da jurisdição voluntária seria a jurisdicional ou a administrativa. O principal obstáculo oposto à natureza jurisdicional é o fato de que as medidas judiciais da espécie não produzem a coisa julgada material. Daí que, para o setor majoritário da doutrina: "La jurisdicción voluntaria no es verdadera jurisdicción sino actividad administrativa realizada por el Juez en su condición de funcionario público, de ahí que, para ciertos autores (Prieto-Castro, Gimeno Gamarra) convenga más la denominación de 'administración pública de derecho privado' en cuanto que el objeto de dicha actividad está integrado por relaciones de derecho privado".⁶¹

Nos mais diversos e díspares atos que o juiz pratica sob o rótulo de jurisdição voluntária, uma coisa é certa: os órgãos judiciais são órgãos estatais que atuam ora cumprindo funções administrativas ora funções jurisdicionais. "Determinar quando atuam de uma ou outra forma exige atentar para a essência mesma da instituição".⁶²

O que se localiza, portanto, no cerne da função jurisdicional é o pressuposto da controvérsia a dirimir, de sorte que a função administrativa desempenhada pelo Juiz sob a denominada jurisdição voluntária consiste em cumprir normas de direito privado, por meio de atos quase sempre de efeito constitutivo, consistente em criar, modificar ou suprimir estados ou relações jurídica civis ou comerciais, sem que exista controvérsia a seu respeito.⁶³

Atentando, pois, para a essência da jurisdição, segundo os fins institucionais do Poder Judiciário, é apenas na resolução de conflitos que se pode reconhecer a função constitucional necessariamente confiada aos órgãos jurisdicionais (art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3)). A denominada jurisdição voluntária não é tarefa necessária ou obrigatória dos agentes do Poder Judiciário, que a assumem por delegação infraconstitucional, como poderia ocorrer com qualquer agente da administração pública. Portanto, jurisdição contenciosa é na verdade a jurisdição necessária constitucionalmente, e a jurisdição voluntária é pura atividade administrativa eventualmente exercitada por juiz.

A orientação que prevalece na visão doutrinária espanhola é a mesma observada em Portugal: rigorosamente apenas a jurisdição contenciosa constitui a jurisdição em sentido institucional, o mesmo não ocorrendo com a dita jurisdição voluntária.⁶⁴

8. Jurisdição voluntária e coisa julgada

Já se demonstrou que a coisa julgada, em sentido material, é um fenômeno típico da jurisdição contenciosa e que se mostra estranho à jurisdição voluntária, justamente pela inexistência nos procedimentos desta de partes conflitantes, entre as quais a força da res iudicata pudesse ser oposta.

Embora não haja espaço na maioria dos procedimentos de jurisdição voluntária para se cogitar da indiscutibilidade e imutabilidade da sentença (até porque quase sempre nem



juízo existirá [exemplo: protesto, notificação, interpelação, justificação, coleta antecipada de prova, abertura e registro de testamento, arrecadação de bens de ausente ou de coisas vagas, emancipação, extinção de usufruto e de fideicomisso, sub-rogação]), Fredie Didier nega seja a coisa julgada uma característica exclusiva do processo contencioso e afirma ser possível detectá-la também em alguns procedimentos de jurisdição voluntária. Para demonstrar o acerto de sua afirmação, invoca o exemplo do acordo extrajudicial (autocomposição praticada pelos próprios interessados), que ora se apresenta como título executivo judicial, ora não, a depender da intervenção do juiz no negócio (contrato) das partes.

Observa que, nessa conjuntura, o acordo por si só se apresenta como título executivo, mas na categoria de título executivo extrajudicial (art. 585, II, do CPC (LGL\1973\5)), desde que satisfeitos os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação ajustada na transação (art. 586 do CPC (LGL\1973\5)). Sendo, porém, submetido, por meio de procedimento de jurisdição voluntária, à homologação do juiz, transforma-se, sem passar por procedimento contencioso, em título executivo judicial (art. 475-N, V, do CPC (LGL\1973\5)). A presença da coisa julgada material, segundo o aludido processualista, seria demonstrada in casu pelo fato de que na execução do acordo homologado em juízo não teria o devedor como discutir a substância do negócio jurídico, ficando restrita a sua defesa às matérias oponíveis à sentença condenatória (art. 475-L do CPC (LGL\1973\5)). Ou seja: o acordo homologado seria substancialmente indiscutível tanto quanto uma condenação proferida em processo contencioso.

Entretanto, não é bem assim que se passam as coisas. Se é verdade que o negócio jurídico das partes se torna título executivo judicial pelo só efeito da homologação em juízo, não é correto que seja submetido ao regime da coisa julgada material. Tanto isto não se dá que o art. 486 prevê um regime de rescisão para a espécie distinto daquele traçado para as sentenças de mérito pronunciadas em processo contencioso. Para estas, em homenagem à coisa julgada material, a rescisão só pode ser alcançada pelo casuismo estreito da ação rescisória (art. 485 do CPC (LGL\1973\5)). Já para os casos de jurisdição voluntária, em que a sentença é meramente homologatória, a rescindibilidade segue o regime comum aplicável aos "atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil" (art. 486 do CPC (LGL\1973\5)). A jurisprudência é tranquila, na exegese do dispositivo em tela, em reconhecer que a coisa julgada não atinge o acordo avençado entre as partes, a não ser quando a sentença, para homologá-lo, tenha penetrado no exame do conflito que o precedeu, ou seja, isto somente se dará se a sentença contiver pronunciamento judicial sobre o litígio. Do contrário, "a ação cabível para atacar sentença homologatória de transação é a ação anulatória, e não a rescisória.⁶⁵ Ou seja: "A ação ordinária anulatória, prevista no art. 486 do CPC (LGL\1973\5), é a sede própria para a invalidação de acordo homologado judicialmente, oportunidade em que poderão ser discutidos os vícios do ato objeto da anulação";⁶⁶

Que sentido, portanto, tem a qualificação de título executivo judicial atribuído pelo Código de Processo Civil (LGL\1973\5) ao acordo extrajudicial homologado em juízo? Trata-se apenas de um efeito formal, que acelera e reforça a força executiva do título, impedindo a suscitação, dentro do procedimento do cumprimento de sentença, de matérias estranhas ao rol do art. 475-L do CPC (LGL\1973\5). A restrição, porém, vigora apenas internamente no campo da impugnação ou embargos à execução. Fora, do processo executivo, ao devedor será lícito recorrer à ação ordinária para invalidar ou rescindir o acordo homologado, nos termos do art. 486 do CPC (LGL\1973\5), desde que possa demonstrar vícios, invalidades ou inadimplementos ligados ao próprio conteúdo do negócio jurídico (i.e. da transação).

Enfim, o certo é que "inadmite-se o uso de ação rescisória contra a sentença meramente homologatória de transação, pois tal decisão é apenas equiparada, quanto aos efeitos, à sentença de mérito, sem aptidão para produzir coisa julgada material, própria da verdadeira jurisdição, estando sujeita, somente, a ação anulatória dos atos jurídicos em geral nos moldes do art. 486 do CPC (LGL\1973\5)".⁶⁷



Diante, pois, da jurisdição voluntária, em matéria de homologação de acordo das partes, a exegese jurisprudencial é, corretamente, fixada no sentido da inocorrência da coisa julgada material. Configura-se, dessa maneira, que a intervenção do juiz se dá apenas para atribuir maior eficácia executiva ao negócio jurídico, criado e aperfeiçoado pelas próprias partes, e não para engendrar-lhe a intangibilidade própria da coisa julgada material.

É o que se passa não apenas quanto ao negócio das partes homologado pelo juiz, mas com todos os atos, negócios ou contratos que os interessados ultimam sob autorização judicial emitida nos procedimentos de jurisdição voluntária. A intervenção judicial integrativa ou autorizativa não altera a natureza negocial e privada desses atos, e não os afasta, nos casos de vícios ou nulidades, do regime de resolução dos atos jurídicos em geral, previstos nas leis civis (art. 486 do CPC (LGL\1973\5)).

Ainda no afã de atestar a ocorrência de coisa julgada na sentença pronunciada em alguns procedimentos (já que muitos deles se cumprem e encerram sem sentença alguma), costuma-se invocar a regra do art. 1.111 do CPC (LGL\1973\5), que impediria de tê-la como "instável, revogável ou modificável a qualquer momento e sob qualquer circunstância", uma vez que aquele dispositivo somente permitiria tais alterações quando ocorressem fatos supervenientes capazes de justificar um rejuízo, o que, ainda assim, haveria de se dar "sem prejuízo dos efeitos já produzidos".⁶⁸ Isto corresponderia ao regime da coisa julgada estatuído no processo contencioso para ser observado sempre que a sentença se referir a obrigação continuativa, cuja eficácia perdura após o julgamento da causa dentro do princípio *rebus sic stantibus* (art. 471, I, CPC (LGL\1973\5)).⁶⁹

Acontece que o art. 1.111 do CPC (LGL\1973\5), tal como o art. 471, I, do CPC (LGL\1973\5), não cuidam de rescindibilidade de sentença recoberta pela coisa julgada material, mas apenas de ação revisional. Esta, sim, pressupõe superveniência de fato novo, que funcionará como causa petendi para justificar um novo julgamento, o qual não afetará os efeitos já produzidos pela sentença transitada em julgado, pois enfrentará apenas o efeito que as circunstâncias posteriores vieram a produzir sobre o relacionamento jurídico material existente entre as partes. A eficácia da revisão é endereçada para o futuro (*ex nunc*).

Já a ação rescisória, prevista para as sentenças de mérito transitadas em julgado, não se prende aos eventos ulteriores ao provimento jurisdicional definitivo. Volta-se contra vícios detectados diretamente no conteúdo do próprio decisório (hipóteses arroladas em *numerus clausus* pelo art. 485 do CPC (LGL\1973\5)), mesmo quando se trate de obrigação de prestações continuativas (a eficácia sempre retroativa é *ex tunc*). Não se pode, de maneira alguma, confundir ação de revisão com ação de rescisão.

Liebman esclarece, com adequação, que a revisão da situação jurídica continuativa fundada em fato superveniente não representa rescisão ou anulação da sentença transitada em julgado, mas apreciação de nova situação jurídica, distinta daquela que antes fora acertada em juízo, assumindo a autoridade da coisa julgada. O exame a que se procede na ação revisional, por isso mesmo, não colide com a coisa julgada, precisamente por versar sobre outro objeto jurídico, que somente surgiu no mundo jurídico, após a sentença originária.⁷⁰ O que se altera não é a sentença, mas sim a relação jurídica decidida no processo que, por sua natureza, e pela variabilidade de seus elementos pode sofrer múltiplas modificações e até extinguir-se, depois da sentença passada em julgado. Apreciar, portanto, o novo estado da relação jurídica continuativa nenhum obstáculo encontra na coisa julgada formada antes da sua inovação.

Com efeito, para se pensar em coisa julgada e em conflito a seu respeito é necessário que a nova ação seja idêntica à anterior, o que somente acontece quando nas duas ações confrontadas ocorra identidade de partes, de pedido e de causa de pedir (art. 301, §§ 1.º e 2.º, do CPC (LGL\1973\5)), o que definitivamente não ocorre nas ações revisionais autorizadas pelos arts. 471, I, e 1.111 do CPC (LGL\1973\5).



Enfim, o fato de o art. 1.111 do CPC (LGL\1973\5) admitir a ação de revisão do decidido na jurisdição voluntária somente com fundamento em fato superveniente não permite a conclusão de que o negócio autorizado ou praticado em decorrência daquela jurisdição se revista da indiscutibilidade própria da coisa julgada material. O art. 1.111 do CPC (LGL\1973\5), por não cuidar de anulação ou rescisão, deixa essas hipóteses sob a regência do art. 486 do CPC (LGL\1973\5).

Vale dizer: os atos judiciais (e respectivos efeitos) praticados em procedimento de jurisdição voluntária não se revestem de coisa julgada material e são rescindíveis "como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil" (art. 486 do CPC (LGL\1973\5)).

Mas não se pode deixar de observar que os procedimentos de jurisdição voluntária, embora se instaurem sempre sem a preexistência de um litígio,⁷¹ podem, em alguns casos, desviar, por incidente de percurso, para uma crise de litigiosidade. A partir do momento em que o requerimento do promovente encontra resistência de algum cointeressado, o procedimento iniciado administrativamente se tornará contencioso,⁷² e a sentença que afinal der solução a esse conflito incidental será, sem dúvida, uma sentença de mérito. Fará coisa julgada material e somente a ação rescisória poderá desconstituí-la (art. 485 do CPC (LGL\1973\5)).

Como não há lugar para afirmar sempre a presença da coisa julgada nos procedimentos de jurisdição voluntária, afirma-se que a verdadeira e universal característica da jurisdição seria a definitividade de seus provimentos, já que não seriam suscetíveis de revisão externa, isto é, de revisão por ato de outro poder estatal.⁷³ Só ao Poder Judiciário seria conferida autoridade para, no processo, pronunciar decisões definitivas, sem possibilidade de alteração por obra de outro Poder. Assim, tanto os atos judiciais da jurisdição contenciosa como da jurisdição voluntária teriam a mesma definitividade, já que nenhum agente de outro Poder teria competência para invalidá-los ou revê-los.

Ora, se a última palavra se reserva institucionalmente ao Poder Judiciário, isto se explica pela própria função constitucional que lhe foi atribuída, qual seja a de resolver todas as crises que envolvam lesões ou ameaças a direito. Como tais crises eventualmente podem decorrer de atos de agentes do Poder Judiciário, quando tal ocorre, a última palavra de pacificação haverá de ser pronunciada pelo próprio Poder Judiciário. Mas nem se diga que só ao Poder Judiciário cabe controlar atos dos outros Poderes, e que somente os atos dos órgãos judiciários ficariam imunes ao controle externo. Também no Legislativo e na Administração há atos não suscetíveis de controle externo e sobre os quais ao próprio Poder Judiciário não é permitido o reexame. Pense-se nos atos interna corporis na atuação do Poder Legislativo, e no mérito do ato da Administração Pública, terrenos nos quais o Poder Judiciário abstém-se de intrometer.

9. Conclusões

Não é ciência, mas simples capricho acadêmico, o esforço desenvolvido para chegar a resultado conceitual que não importa alteração alguma nos efeitos anteriormente detectados para os fenômenos analisados. Sendo impossível identificar o objeto e os fins da tutela prestada por meio da chamada "jurisdição voluntária" com os da verdadeira "jurisdição" (isto é, da jurisdição dita "contenciosa"), não merece estímulo, a nosso ver, o movimento em prol da unificação do conceito de "jurisdição", de modo a fazê-lo compreender, indistintamente, a "contenciosa" e a "voluntária".

Se uma jurisdição é necessária na ordem constitucional de separação dos poderes soberanos do Estado (a "contenciosa") e outra não é necessária para a função tutelar atribuída à justiça de que o poder se acha institucionalmente encarregado (a "voluntária"),⁷⁴ como definir a jurisdição, nela inserindo papel meramente acidental, que tanto pode ser desempenhado por órgão judicial como por órgão administrativo?

Se funcional e objetivamente as atividades desempenhadas no âmbito da jurisdição voluntária não são necessárias ao cumprimento das atividades fundamentalmente



reservadas ao Poder Judiciário, e não são iguais às "necessárias", isto é, as que correspondem à jurisdição contenciosa, impossível atribuir a ambas uma só e mesma natureza. Ademais, que proveito prático, ou mesmo teórico, se pode esperar da absorção da jurisdição voluntária pelo conceito único de jurisdição, se, com tal conceito, não se logrará homogeneidade para o procedimento, o objetivo e a eficácia das tutelas prestadas nas duas "espécies" de jurisdição? O esforço teórico terá sido improdutivo e, por isso mesmo, sem relevância científica.

A constatação inevitável é de que, pela própria complexidade e diversidade das medidas que se podem tomar sob o nomen iuris de "jurisdição voluntária", sempre houve muita dificuldade de generalizar aquilo que constituiria a sua substância; e, conseqüentemente, confusa e incerta tem sido a missão dos que se empenham a traçar os seus limites. Muito mais seguro é conceituar a jurisdição, segundo a função necessária que a Constituição lhe destina, sem dúvida ligada à solução de conflitos (litígios), e deixar para a noção de "jurisdição voluntária" tudo aquilo que, sem a presença da contenciosidade, é apenas acidentalmente atribuído aos órgãos jurisdicionais, num plano predominantemente administrativo.

Não há como pensar, num universo de conteúdo tão variado e complexo, que a atividade da jurisdição contenciosa e a da jurisdição voluntária sejam espécies de um só gênero, quando tudo conspira a evidenciar que se trata de dois gêneros distintos de atividade.⁷⁵ A só coincidência subjetiva do órgão que as exerce não tem o poder de anular a diversidade essencial de objeto e finalidade.

Em síntese, razão relevante não há para se afastar dos conceitos consagrados pela doutrina tradicional, segundo os quais:

a) "La funzione giurisdizionale si presenta quindi come attività di risoluzione di conflitti o controversie tra soggetti mediante l'applicazione in via giudiziale di norme sostanziali destinate a regolare la fattispecie controversa";⁷⁶ nessa função necessária, englobam-se os provimentos dos processos de conhecimento e as medidas práticas de realização de direito exercitáveis no processo da execução;⁷⁷ a essa função corresponde um complexo de atividades configuradoras das "funzioni giurisdizionali costituzionalmente necessarie (cioè che il legislatore ordinario non può non attribuire al giudice)".⁷⁸ Os juízes foram, fundamentalmente, instituídos para exercício daquilo que necessariamente a Constituição lhes confiou (e que outra coisa não é que a solução de situação conflituosa); atribuições diversas e ocasionais instituídas pelo legislador ordinário, portanto, não podem influir na conceituação da função jurisdicional típica;

b) Função qualificada como "jurisdição voluntária" é aquela (a cargo do Judiciário) "não necessária constitucionalmente", distinta da que corresponde a resolução de situações conflituosas, e que, portanto, "il legislatore ordinario potrebbe legittimamente rimettere, nella sua discrezionalità, anche in toto ai poteri privati o alla potestà amministrativa";⁷⁹ sua existência, pela própria eventualidade com que ocorre, não tem relevância para conceituação da função essencial do Poder Judiciário.

c) não há razão teórica ou prática para se afastar da tradicional conceituação firmada pela doutrina e jurisprudência dominante no Brasil: "A 'jurisdição voluntária' distingue-se da contenciosa por algumas características, a saber: na voluntária não há ação, mas pedido; não há processo, mas apenas procedimento; não há partes, mas interessados; não produz coisa julgada, nem há lide".⁸⁰ "Na jurisdição voluntária, como afirmado anteriormente, o magistrado se apresenta na condição de representante do Poder Judiciário, como verdadeiro administrador, levando-nos a concluir que a função jurisdicional na espécie voluntária aproxima-se de outra função estatal, como tal da executiva ou administrativa".⁸¹

d) Logo, uma última e conclusiva ponderação se impõe: ao invés de confundir as duas supostas "espécies" de jurisdição, forçando-as a uma identidade funcional inexistente, é de todo preferível tratá-las como entidades distintas, em forma e substância, para bem



realçar a essência de cada uma delas, e assim propiciar melhor compreensão e mais útil avaliação das respectivas funções, tanto na ordem técnica como prática.

1 Lopes da Costa, Alfredo de Araújo. A administração pública e ordem jurídica privada (jurisdição voluntária). Belo Horizonte: Bernardo Alvares, 1961.

2 Marques, José Frederico. Ensaio sobre a jurisdição voluntária. São Paulo: Saraiva, 1959.

3 Cintra, Antonio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. n. 80, p. 169-170. Os autores, embora reconhecendo que o pensamento dominante na doutrina tradicional não atribui natureza jurisdicional à atividade desenvolvida nos procedimentos de jurisdição dita "voluntária", registram o surgimento na doutrina de vozes que a inserem na mesma natureza da jurisdição contenciosa.

4 Amaral Santos, Moacyr. Primeiras linhas de direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1962. vol. I, n. 53, p. 106-109: "Enquanto a jurisdição contenciosa visa à composição de conflitos de interesse, a voluntária versa sobre interesses não em conflito". No mesmo sentido: BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5). 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. I, n. 3, p. 10, para quem "a doutrina moderna predominante no Brasil reconhece que, do ponto de vista científico, somente é jurisdição a chamada jurisdição contenciosa, pois a tradicionalmente denominada jurisdição voluntária não é nem jurisdição, nem voluntária (p. 10) (...) os atos da jurisdição voluntária são de simples administração (...)" (n. 8, p. 12). Na mesma linha: Fux, Luiz. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 43; MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de direito processual civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. vol. I, p. 54.

5 Para Chiovenda o que distingue a jurisdição da administração é que a primeira atua substituindo a vontade alheia (isto é, a vontade das partes) enquanto a última exerce uma atividade própria imposta diretamente pela lei aos órgãos públicos. "Em outros termos, o juiz age atuando a lei [lei destinada a ser cumprida pelas partes]; administração age em conformidade com a lei [lei que deve ser cumprida pelo próprio administrador]; o administrador considera-a como norma de sua própria conduta [a lei aplicada pelo juiz regula a conduta alheia, ou seja, das partes]. E ainda: a administração é uma atividade primária ou originária; a jurisdição é uma atividade secundária ou coordenada". A administração também julga, "mas julga sobre própria atividade. Ao contrário, a jurisdição julga da atividade alheia e duma vontade de lei concernente a outrem" (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. vol. II, n. 140, p. 12).

6 Pacheco, José da Silva. Direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1976. vol. I, n. 10, p. 12.

7 Marques, José Frederico. Instituições de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. I, p. 10-11; COUTURE, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civile. Buenos Aires: Depalma, 1951. p. 4.

8 Chiovenda, Giuseppe. Op. cit., vol. II, n. 142, p. 16.

9 "Segundo o entendimento dominante, os casos de jurisdição voluntária não ensejam a utilização do processo, que é específico da jurisdição contenciosa, mas de simples procedimento, ou expediente; na jurisdição voluntária não há partes, como na contenciosa, mas apenas interessados; a decisão definitiva desses procedimentos não



alcança a força de coisa julgada material, que só pode ocorrer nas sentenças de mérito proferidas em atividade de jurisdição contenciosa. Na jurisdição voluntária predomina o princípio inquisitório, enquanto na jurisdição contenciosa prevalece o princípio dispositivo. Além dessas características diferenciais, a atividade da jurisdição voluntária tem natureza constitutiva e finalidade preventiva" (BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., vol. I, n. 9, p.13-14). No mesmo sentido: MARQUES, José Frederico. Ensaio sobre a jurisdição voluntária cit., p. 229, 300; LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. Op. cit., n. 56, 58, 115, p. 96, 98 e 149; PRATA, Edson. Jurisdição voluntária. São Paulo: Leud, 1979. p. 101 e 205.

10 Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. São Paulo: Método, 2009. n. 1.7.2, p. 26.

11 "Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio (...)" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 57). "Aquele que desempenha função tem, na realidade, deveres-poderes. Não poderes, simplesmente (...). Fácil é ver-se que a tônica reside na ideia de dever, não na de poder" (idem, p. 56).

12 Theodoro Júnior, Humberto. Curso de direito processual civil. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. I, n. 34, p. 47.

13 Oliveira, Carlos Alberto Alvaro de; Mitidiero, Daniel. Curso de processo civil. São Paulo: Atlas, 2010. vol. I, p. 126.

14 Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 266-267.

15 Observa Chiovenda que "um ato de administração, conquanto, por sua natureza, diverso do jurisdicional, pode constituir objeto de jurisdição, quando se tenha de julgar se é legítimo ou oportuno, e revogá-lo ou confirmá-lo. Desta forma, um ato de jurisdição voluntária, se impugnado, pode dar ensejo à função jurisdicional" (Chiovenda, Giuseppe. Op. cit., vol. II, n. 142, p. 20).

16 Quando se cogita da coisa julgada material, o que se tem em mira é o ato jurisdicional que objetivamente atua no acerto da demanda, cujo objeto é "um direito material feito valer no processo". De tal modo, "La sentenza, assistita dal giudicato sostanziale, ha quindi deciso in modo incontrovertibile e non più disantabile, nel merito" ("A sentença, recoberta da coisa julgada substancial, é a que decidiu de modo imutável e não mais discutível, no mérito"). Ou seja: "In generale l'efficacia che opera dando piena certezza ai rapporti giuridici è quella che caratterizza (...) le sentenze di mérito che decidono sulla domanda" (COMOGLIO, Luigi Paolo; Ferri, Corrado; Taruffo, Michele. Lezioni sul processo civile. Bologna: Il Mulino, 1995. vol. I, p. 693). A sentença que se torna imutável e indiscutível pela exaustão da via recursal, e que alcança autoridade da coisa julgada material (art. 467 do CPC (LGL\1973\5)) é, para nosso Código de Processo Civil (LGL\1973\5), a que resolve o mérito da causa, julgando total ou parcialmente a lide, e assumindo "força de lei nos limites da lide e das questões decididas" (art. 468 do CPC (LGL\1973\5)).

17 "De fato, a característica que é exclusiva da jurisdição é a aptidão para a definitividade. Só os atos jurisdicionais podem adquirir essa definitividade, que recebe o nome de coisa julgada, situação jurídica que estabiliza as relações jurídicas de modo definitivo" (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. vol. I, p. 92).



18 Fazzalari, Elio. Istituzioni di diritto processuale. 8. ed. Padova: Cedam, 1996. p. 476; Theodoro Júnior, Humberto. Curso de direito processual civil. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. II, n, 964, p. 484.

19 O processo de execução pode encerrar-se sem decisão alguma sobre questões de mérito em torno dos direitos e obrigações derivados da relação obrigacional documentada no título executivo que lhe serviu de fundamento. Não é raro, contudo, debate sobre a inexistência ou extinção do débito exequendo, com solução dada ao longo do desenvolvimento do processo executivo, sem que se tenha instaurado um processo de cognição apartado para tanto. O STJ tem admitido rescisão de sentença que extingue a execução por reconhecer a satisfação do crédito exequendo, o que configuraria decisão de "conteúdo material" (art. 794, I, do CPC (LGL\1973\5)) (STJ, REsp 238.059/RN, 6.ª T., j. 21.03.2000, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 10.04.2000, p. 144; STJ, REsp 147.735/SP, 6.ª T., j. 23.05.2000, rel. Min. Vicente Leal, DJU 12.06.2000, p. 139). A rescindibilidade, todavia, como adverte Yarshell, não se baseia na simples extinção do processo, mas depende do "objeto" do julgado e do "grau de cognição" com que a questão do pagamento ou da extinção da obrigação se deu. "Se no processo de execução não houve cognição adequada e suficiente porque (i) aí não foram deduzidas alegações defensivas ou (ii) as alegações aí apresentadas exigiam cognição incompatível com aquela possível e adequada à estrutura e fins desse processo, então, realmente, não há que se cogitar de julgamento do mérito, e, nessa medida, descarta--se a ocorrência de coisa julgada material" (YARSHELL, Flávio Luiz. Ação rescisória. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 216-217). Quer isto dizer que a extinção por pagamento ocorrido durante o curso do processo não é suficiente, por si só, para transformar em sentença de mérito a que apenas põe fim à execução (art. 794, I, do CPC (LGL\1973\5)). Para que isto ocorra é necessário que sobre o pagamento tenha havido controvérsia (questão) e que o juiz a tenha dirimido (sentença de mérito), proferindo, aí sim, julgamento de mérito, capaz de produzir sentença passível de rescisão (art. 485 do CPC (LGL\1973\5)).

20 Oliveira, Carlos Alberto Alvaro de; Mitidiero, Daniel. Op. cit., vol. I, p. 123.

21 A arbitragem não é encarada como um equivalente jurisdicional. "Entende-se que se trata de exercício de jurisdição por autoridade não estatal. Não é equivalente jurisdicional porque é jurisdição" (DIDIÉR JR., Fredie. Op. cit., p. 93). "A lei apenas reforçou, ao empregar a expressão sentença arbitral, a natureza jurisdicional da arbitragem, que já era perfeitamente intuída" (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 338, nota 3).

22 Didier Jr., Fredie. Op. cit., p. 83.

23 Greco, Leonardo. Instituições de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. I, n. 3.1, p. 65.

24 Oliveira, Carlos Alberto Alvaro de; Mitidiero, Daniel. Op. cit., vol. I, p. 130.

25 Neves, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., n.1.1, p. 4. Para o autor a "crise jurídica" nem sempre decorre de "um conflito de interesses" (p. 3), pois pode derivar de opção do legislador de "condicionar o efeito jurídico de determinadas relações jurídicas, em razão de seu objeto e (ou de seus sujeitos), à intervenção do juiz" (op. cit., n. 1.7.1.1, p. 23). Nessa linha de concepção, a "crise jurídica" compreenderia tanto o litígio como os atos privados que não podem ser praticados eficazmente sem a participação integrativa do juiz.

26 Dinamarco, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001. vol. I, n. 123, p. 316-317.



27 Idem, p. 316.

28 SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 42.

29 Idem, p. 43, com invocação de Maurice Duverger, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4. ed., vol. I, p. 150 e ss.; German José Bidart Campos, *Derecho político*. 2. ed., p. 333 e ss.; Jorge Xifras Heras. *Curso de derecho constitucional*, vol. II, p. 126 e ss.

30 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 44.

31 Proto Pisani, Andrea. *I diritti e le tutele*. Bologna: Edizioni Scientifiche, 2008. p. 39.

32 Chiovenda, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Trad. da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. vol. I, n. 12, p. 46.

33 Proto Pisani, Andrea. Op. cit.

34 "Aquilo que torna obrigatório e exige uma demanda de jurisdição voluntária é fruto de uma opção político-legislativa, como fica claramente demonstrado com a Lei 11.441/2007, que passou a permitir o inventário, partilha, separação e divórcio pela via administrativa, desde que preenchidos os requisitos da lei. Atualmente as partes poderão optar por obter o inventário, partilha, separação e divórcio perante o cartório de registro civil das pessoas naturais [rectius: cartório de notas] ou o Poder Judiciário" (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., n. 1.7.1.1, p. 23). Indaga-se: qual a diferença de substância entre a partilha amigável lavrada nas notas do tabelião e aquela aperfeiçoada no Cartório Judicial?

35 Proto Pisani, Andrea. Op. cit., p. 727.

36 Ao contrário do que supõem alguns, a submissão à jurisdição voluntária não tem se ampliado, e sim tem sido reduzida, mercê da insuficiência crônica da Justiça estatal para dar cumprimento satisfatório a seus encargos legais, institucionais ou eventuais.

37 Proto Pisani, Andrea. Op. cit., p. 725; Comoglio, Ferri e Taruffo. *Lezioni sul processo civile*, vol. II, p. 175.

38 Freitas, José Lebre de. *Introdução ao processo civil. Conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. n. 4.4, p. 52.

39 Idem, n. 4.5, p. 53.

40 Idem, p. 53-54; Castro Mendes, João. *Direito processual civil*. Lisboa: Associação Académica, 1985. vol. I, p. 80. Anota José Lebre de Freitas que a fórmula "administração pública de direitos privados" vem de Calamandrei (1941) que a adotara do administrativista Zanobini (1918), que a herdara de Hänel (1892), também administrativista (cf. MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. Milano: Giappichelli, 1995. vol. III, p. 356 tudo citado por: FREITAS. Op. cit., p. 54, nota 24).

41 Fazzalari, Elio. Op. cit., p. 477.

42 Freitas, José Lebre de. Op. cit., p. 55, nota 29.

43 Fazzalari, Elio. Op. cit., p. 532-533, nota 26.

44 "Assim, tutelar interesses particulares sem que haja lide também é função jurisdicional, desde que exercida por órgãos e funcionários investidos das garantias



necessárias ao desempenho dessa atividade com absoluta independência e imparcialidade, exclusivamente no interesse de seus destinatários, em caráter unicamente assistencial" (GRECO, Leonardo. Op. cit., vol. I, p. 101).

45 Os procedimentos de jurisdição voluntária, segundo a doutrina, podem ser classificados em nada menos do que em seis modalidades: (a) receptícios: a atividade do juiz limita-se a registrar, documentar ou comunicar manifestações de vontade (notificações, interpelações e protestos); (b) probatórios: atividade judicial limitada à coleta de prova (justificação); (c) declaratórios: atividade limitada a declarar existência ou extinção de uma situação jurídica (extinção de usufruto, posse em nome de nascituro, confirmação de testamento particular); (d) constitutivos: criação, modificação ou extinção de situação jurídica, que dependem da concorrência da vontade do juiz, por meio de autorização, homologação, aprovação, etc. (interdição, sub-rogação de gravames, alienação de bens de incapaz, separação consensual, arrolamento, naturalização, penhor legal etc.); (e) executórios: a atividade judicial é prática capaz de modificar o mundo exterior (alienação judicial, administração da coisa comum, arrecadação de bens de ausente, de coisas vagas etc.); (f) tutelares: atos que podem ser praticados até mesmo de ofício, para proteção de incapazes desamparados (nomeação ou remoção de tutores ou curadores, exibição de testamento, procedimentos do Estatuto da Criança e do Adolescente (LGL\1990\37)) (cf. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 27-29; Didier Jr., Fredie. Op. cit., vol. I, p. 114-115).

46 Greco, Leonardo. *Instituições de processo civil cit.*, vol. I, p. 100.

47 Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 32.

48 Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Código de Processo Civil (LGL\1973\5) comentado artigo por artigo*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 95, notas 1 e 4 ao art. 1.º.

49 Marinoni; Mitidiero. Op. cit., p. 934. Na mesma linha de pensamento, Didier redefine a jurisdição para excluir o elemento que a endereçava à solução de conflitos, substituindo-o pela atividade de "reconhecer"/"efetivar"/"proteger" situações jurídicas" (DIDIER JR., Fredie. Op. cit., vol. I, p. 83). Com o mesmo objetivo de ampliar o conceito de jurisdição, Leonardo Greco mantém na sua definição inovadora a função do Judiciário de promover a "justa composição da lide" (atividade contenciosa), acrescentando, porém, a "proteção de interesses particulares" (atividade não contenciosa) também como forma de "atuar a vontade concreta da lei" por meio dos órgãos judiciais (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil cit.*, vol. I, n. 3.1, p. 64).

50 Comoglio, Luigi Paolo; Ferri, Corrado; Taruffo, Michele. Op. cit., vol. II, p. 177.

51 Idem, p. 103.

52 Idem, vol. I, p. 103-104.

53 Idem, p. 105. Na execução forçada continua a existir o pressuposto da conflituosidade da situação a ser enfrentada pelo órgão judicial, visto que, sem embargo do prévio accertamento do direito do credor, persiste sua violação pelo devedor, que não se dispõe a voluntariamente satisfazê-lo.

54 Idem, vol. II, p. 174.

55 Idem, vol. II, p. 175.

56 Idem.



57 Idem, vol. II, p. 176.

58 No direito processual brasileiro, os atos do procedimento de jurisdição voluntária são passíveis de rescisão pelas vias ordinárias como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil (CPC (LGL\1973\5), art. 486).

59 Amaral Santos, Moacyr. Primeiras linhas de direito processual civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. I, n. 53, p. 79. Conclui o autor: "(...) rigorosamente, a jurisdição voluntária não é propriamente jurisdição, que pressupõe um conflito de interesses a ser composto pelo órgão judiciário, substituindo as atividades das partes em conflito. A jurisdição voluntária se exerce para tutelar determinadas categorias de interesses, protegendo os respectivos titulares" (idem, I, p. 80).

60 Gonzáles Montes, F. Enciclopedia jurídica básica. Madrid: Cívitas, 1995. vol. III, p. 3883, verbete "Jurisdicción voluntaria".

61 Idem.

62 Idem.

63 Idem.

64 Freitas, José Lebre de. Op. cit., p. 55, nota 29.

65 STJ, REsp 9.651/SP, 3.^a T., j. 10.09.1991, rel. Min. Cláudio Santos, DJU 23.09.1991, p. 13082. No mesmo sentido: STF, RE 101.303/SP, 2.^a T., j. 11.06.1985, rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 117/219; STJ, AgRg no REsp 596.271/RS, 3.^a T., j. 20.04.2004, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 17.05.2004, p. 226; STJ, REsp 151.870/SP, 3.^a T., j. 19.05.2005, rel. Min. Antônio Pádua Ribeiro, DJU 13.06.2005, p. 287; STJ, REsp 509.793/RS, 4.^a T., j. 04.05.2006, rel. Min. Jorge Scartezini, DJU 22.05.2006, p. 204.

66 STJ, REsp 693.960/RJ, 1.^a T., j. 17.11.2005, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU 28.11.2005, p. 209.

67 TACiv/SP, AR 870.886-7, 1.^a Câm., j. 27.11.2000, rel. Juiz Correa Lima, RT 790/280. Nesse sentido: STJ, REsp 13.102/SP, 4.^a T., j. 2.2.1993, rel. Min. Athos Carneiro, Lex-STJ 47/139.

68 Neves, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., n.1.7.2.6, p. 29; Greco, Leonardo. Jurisdição voluntária moderna cit., p. 31-32; Didier Jr., Fredie. Op. cit., p. 118.

69 Para Didier Jr., "a redação do art. 1.111 do CPC (LGL\1973\5), ao contrário do que se diz comumente, ratifica a existência de coisa julgada em jurisdição voluntária, quando afirma que tais decisões somente poderão ser modificadas por fato superveniente. Se nada mudar, a decisão tem de ser respeitada" (op. cit., I, p.118). E se no provimento de jurisdição voluntária tiver ocorrido violação de lei, incapacidade, erro essencial, dolo, coação, fraude, falsidade? É claro que a anulação poderá ser perseguida, não pela via da ação rescisória (art. 485 do CPC (LGL\1973\5)), nem pela ação revisional (art. 1.111 do CPC (LGL\1973\5)), mas pela ação ordinária prevista no art. 486 do CPC (LGL\1973\5), justamente por inexistir coisa julgada material. O art. 1.111 do CPC (LGL\1973\5), enfim, não atrita com o art. 486 do CPC (LGL\1973\5), visto que cada um tem área distinta de incidência: o primeiro cuida de revisão, e o segundo, da anulação ou resolução do ato jurídico praticado ou autorizado no procedimento de jurisdição voluntária.

70 "De certo modo todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula rebus sic stantibus, enquanto a coisa julgada não impede absolutamente que se tenham em conta os fatos que intervierem sucessivamente à emanção da sentença: por exemplo, se o



devedor paga a soma devida, perde a condenação todo o seu valor. Outra coisa não acontece para os casos ora considerados, nos quais tratando-se de uma relação que se prolonga no tempo, e dizendo a decisão ser determinada pelas circunstâncias concretas do caso, a mudança deste justifica, sem mais, uma correspondente adaptação feita precedentemente, o que será uma aplicação dos princípios gerais e nenhum obstáculo encontrará na coisa julgada. Esta, pelo contrário, fará sentir toda a sua força, neste como em todos os outros casos, no excluir totalmente uma apreciação diversa do caso, enquanto permaneça inalterado" (Liebman, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. 2. ed. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 25-26).

71 Visando a solucionar conflito, o processo, qualquer que seja o procedimento adotado, será sempre contencioso.

72 "(...) atualmente a única diferença entre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária reside na ausência de controvérsia entre os interessados no que tange ao mérito da providência jurisdicional: havendo conflito, trata-se de jurisdição contenciosa; do contrário, há jurisdição voluntária" (Oliveira, Carlos Alberto Álvaro de; Mitidiero, Daniel. Op. cit., vol. I, p. 130).

73 "Se a jurisdição é função realizada pelo Estado, através de órgão seu investido em garantias funcionais, cuja missão é a aplicação do direito de maneira específica (autoritativamente) com impossibilidade de revisão externa (grifamos), não há como negar à jurisdição voluntária o caráter jurisdicional (...)" (Oliveira, Carlos Alberto Álvaro de; Mitidiero, Daniel. Op. cit., vol. I, p. 130).

74 Proto Pisani é daqueles que só consideram necessária constitucionalmente a jurisdição contenciosa (op. cit., p. 725), já que os atos da dita jurisdição voluntária tanto poderiam, a critério discricionário do legislador ordinário, ser atribuídos aos juízes, como aos agentes da administração e até mesmo à tutela privada (op. cit., p. 727). Também Comoglio, Ferri e Taruffo entendem da mesma maneira (op. cit., vol. I, p. 106).

75 Fazzalari, Elio. Op. cit., p. 532-533, nota 26.

76 Comoglio, Ferri e Taruffo. Op. cit., vol. I, p. 103-104.

77 Idem, p. 106.

78 Proto Pisani, Andrea. Op. cit., p. 725.

79 Idem, p. 727.

80 STJ, REsp 238.573/SE, 4.^a T., j. 29.08.2000, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 9.10.2000, p. 153).

81 Montenegro Filho, Misael. Op. cit., vol. I, p. 54.