

**40 ANOS DA TEORIA GERAL DO PROCESSO NO BRASIL**

*Passado, presente e futuro*

© CAMILO ZUFELATO e FLÁVIO LUIZ YARSELL

ISBN 978-85-392-0207-2

*Direitos reservados desta edição por  
MALHEIROS EDITORES LTDA.*

*Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171*

*CEP 04531-940 – São Paulo – SP*

*Tel.: (11) 3078-7205 Fax: (11) 3168-5495*

*URL: [www.malheiroseditores.com.br](http://www.malheiroseditores.com.br)*

*e-mail: [malheiroseditores@terra.com.br](mailto:malheiroseditores@terra.com.br)*

*Composição*

PC Editorial Ltda.

*Capa:*

*Criação: Vânia Lúcia Amato*

*Arte: PC Editorial Ltda.*

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

11.2013

*Ao Professor CÁSSIO SCARPINELLA BUENO FILHO,  
com o reconhecimento e a gratidão dos Coordenadores,  
pelo engajamento na empreitada que resultou na presente obra.*

Alberto de (coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro*. 1ª ed. São Paulo, Quartier Latin, 2009.

SILVA NETO, Francisco da Cunha e. *O Princípio da Oralidade como Garantia Processual: um Estudo Comparado entre Brasil e Espanha*. Disponível em [http://facecla.academia.edu/FranciscoCunhaeSilvaNeto/Papers/326449/O\\_principio\\_da\\_oralidade\\_como\\_garantia\\_processual\\_um\\_estudo\\_comparado\\_entre\\_Brasil\\_e\\_Espanha](http://facecla.academia.edu/FranciscoCunhaeSilvaNeto/Papers/326449/O_principio_da_oralidade_como_garantia_processual_um_estudo_comparado_entre_Brasil_e_Espanha)" (acesso em 5.8.2012).

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes Éticos do Juiz*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987.

WATANABE, Kazuo. *A Cognição no Processo Civil*. 1ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1987.

\_\_\_\_\_. "Cultura da sentença e cultura da pacificação". In: YARSHELL, Flávio Luiz, e MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. 1ª ed. São Paulo, DPJ Editora, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz, e MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. 1ª ed. São Paulo, DPJ Editora, 2005.

## BREVES NOTAS SOBRE JURISDIÇÃO E AÇÃO

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE

Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Desembargador aposentado do TJSP – Advogado

*1. As funções do Estado. 2. Jurisdição. 3. Escopo da jurisdição e princípio da inércia. 4. Jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária. 5. Ainda sobre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária. 6. Jurisdição voluntária e administração pública de interesses privados. 7. Jurisdição voluntária e jurisdição necessária. 8. Inércia da jurisdição. 9. Ação: garantia ao devido processo constitucional. 10. Outras considerações sobre a garantia constitucional da ação. 11. Direito de ação como fenômeno processual.*

### 1. As funções do Estado

O poder político inerente ao Estado, uno, indivisível e indelegável, manifesta-se pelos órgãos destinados a desenvolver suas funções essenciais: legislativa, executiva ou administrativa e jurisdicional. O princípio da separação dos poderes estabelecido por Montesquieu consiste em conferir cada uma dessas atividades a órgãos diferentes, independentes e harmônicos entre si.<sup>1</sup> Está fundado na clássica ideia de assegurar dimensões democráticas ao Estado.<sup>2</sup>

Em síntese, para alcançar seus escopos, além de manter a paz e a harmonia social, o Estado vale-se de seu poder. Ou seja, para atingir a finalidade a que se propôs, impõe sua vontade sobre as pessoas.<sup>3</sup> Nesse

1. Cfr. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, Malheiros Editores, 36ª ed., Malheiros Editores, 2013, pp. 108-114. Sobre a visão da atividade jurisdicional como manifestação do poder estatal e a preponderância desse instituto fundamental do direito processual sobre os demais (ação, defesa e processo), v. Cândido R. Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, Malheiros Editores, 15ª ed., 2013, pp. 77-89.

2. Cfr. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Ed. RT, 2007, pp. 208-209.

3. Para análise mais completa da jurisdição na estrutura do poder estatal, cfr. Dinamarco, *A instrumentalidade*, cit., pp. 82 e ss.

sentido, desenvolve três atividades fundamentais, distintas e harmônicas entre si, já que voltadas para o mesmo fim último: legislativa, executiva ou administrativa e jurisdicional. O poder do Estado, que é uno, manifesta-se, portanto, mediante essas três funções por ele exercidas.

## 2. Jurisdição

Como visto, o poder estatal, embora uno, manifesta-se mediante o exercício de três atividades essenciais à paz social. Cada uma delas se caracteriza por visar a determinados objetivos específicos, quais sejam: criar as regras destinadas a regulamentar as relações entre as pessoas (função legislativa), proporcionar bens e serviços essenciais à vida em sociedade, como segurança, saúde, educação, transporte etc. (função executiva ou administrativa) e atuar a vontade concreta da lei sempre que tal não ocorrer por vontade dos próprios destinatários dela (função jurisdicional).

Não observada a regra de direito material em determinada situação concreta, sua imposição coercitiva não pode ser feita pelos próprios destinatários. Dizer qual a norma aplicável e atuá-la é função do Estado, exercida pelos órgãos que compõem a Jurisdição. São excepcionais os casos em que as partes estão autorizadas a defender os próprios interesses.<sup>4</sup> Existem também os chamados meios alternativos de solução de controvérsias, como a mediação e a arbitragem. A adoção de qualquer deles depende, todavia, de concordância dos sujeitos da relação material.

O não cumprimento espontâneo da norma pode ocorrer por duas razões. Uma delas é a resistência. Embora admissível a submissão voluntária das partes à vontade da lei, isso não ocorre por divergência entre os integrantes da relação substancial quanto à norma a ser aplicada, verificando-se a situação que Carnelutti denominou “lide”. Em outras situações, todavia, mesmo que desejassem acatar a regra de direito material e sujeitar-se à sua eficácia, não poderiam fazê-lo, dando origem aos chamados “processos necessários”, em que a aplicação da norma somente pode ocorrer mediante a atividade jurisdicional do Estado. No âmbito penal, por exemplo, ainda que o suposto autor de um delito aceite espontaneamente a imposição da pena privativa de liberdade pelo Estado, tal só será possível após regular processo jurisdicional, com

4. Humberto Theodoro Júnior lembra a legítima defesa (CC, art. 188, inciso I), a apreensão do objeto sujeito a penhor legal (CC, arts. 1.467 a 1.472) e o desforço imediato no esbulho possessório (CC, art. 1.210, § 1º) (*Curso de direito processual civil*, vol. I, 44ª ed., Forense, p. 38).

exercício da acusação e da defesa. A vedação deixou de ser absoluta com a adoção da transação penal, que não comporta, todavia, pena de prisão. Pode haver ainda a substituição por penas restritivas de direitos ou multas (Lei 9.099, de 26.9.1995, arts. 72-76).

Na esfera civil, fenômeno análogo verifica-se com a demanda anulatória de casamento, cujo processo é imprescindível, ainda que as partes estejam de acordo quanto a esse resultado (CC, art. 1.549). Na vigência do Código anterior, a defesa do vínculo era obrigatória, impondo-se a participação do curador (CC de 1916, art. 222). Essa regra não mais subsiste no sistema atual.

Jurisdição é, pois, uma das atividades fundamentais desenvolvidas pelo Estado. Ao impor coercitivamente as regras criadas pelo legislador, fazendo com que elas sejam observadas, o juiz elimina as crises verificadas no plano do direito material. Em consequência, põe fim a lides, ou seja, a conflitos de interesses qualificados por pretensões resistidas.<sup>5</sup>

Assim, como a finalidade do direito – *ordenar a convivência social e compor os eventuais conflitos que possam surgir entre os homens* – pode não ser alcançada apenas com a edição de normas de conduta, pois os destinatários podem não observá-las espontaneamente, muitas vezes será necessário individualizar, declarar e fazer com que essas regras sejam cumpridas de forma coercitiva. A jurisdição é a atividade estatal destinada a garantir a eficácia prática do ordenamento jurídico.<sup>6</sup>

5. Segundo Cândido R. Dinamarco, jurisdição deve ser conceituada como “função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos” (*Instituições de direito processual civil*, vol. I, Malheiros Editores, 2013, p. 315). No mesmo sentido, Corrado Ferri observa que o juiz, no exercício do poder coercitivo a ele conferido pela lei, profere decisões aptas à realização do conteúdo do direito (cfr. *Lezione sul processo civile*, obra escrita em conjunto com Luigi Paolo Comoglio e Michele Taruffo, Bologna, Il mulino, 1995, p. 89; v. tb. Cássio Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 238; Luiz Guilherme Marinoni, *Manual do processo de conhecimento*, São Paulo, Ed. RT, 2ª ed., p. 36). Realizar o conteúdo do direito significa, evidentemente, obter o efeito concreto previsto pelo legislador substancial para a situação da vida submetida à atividade jurisdicional do Estado. Essa concepção compreende não apenas o aspecto declaratório (dizer o direito), como também o coercitivo (atuá-lo, seja mediante sub-rogação, seja por outro meio). Para estudo da evolução da concepção de jurisdição a partir do direito romano, cfr. Ovídio Baptista da Silva, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, Ed. RT, 1996, pp. 25 e ss., e *Jurisdição, direito material e processo*, Forense, 2008, pp. 263 e ss.

6. Liebman, *Manuale*, p. 4; cfr. tb. Micheli, *Corso*, vol. I, p. 4; Fazzalari, *Istituzioni*, p. 95; Couture, *Fundamentos*, p. 44; Edson Prata, *RBDP*, p. 52. Não se pode

O ideal seria que os destinatários da regra jurídica a acatassem voluntariamente. Como isso nem sempre ocorre, necessário se faz que a jurisdição, "che si presenta come complemento dell'attività legislativa",<sup>7</sup> garanta a obrigatoriedade da norma.

Como já observado anteriormente, a não observância espontânea da norma pode ocorrer por duas razões. Em uma das hipóteses, as partes poderiam atuá-la, mas não o fazem, verificando-se a situação que Carnelutti denominou de "lide". Na outra, dá-se a impossibilidade de atuação espontânea do direito material pelos próprios destinatários. São situações em que, mesmo se desejassem, eles não poderiam fazê-lo. Surge então fenômeno denominado *jurisdição necessária*. Nesses casos, em que a aplicação da norma somente pode ocorrer mediante a atividade jurisdicional do Estado, o processo torna-se o único meio de atuação do direito material.<sup>8</sup>

### 3. Escopo da jurisdição e princípio da inércia

Não obstante o objetivo principal da jurisdição seja a atuação da vontade do direito material,<sup>9</sup> o exercício dessa atividade estatal depende da iniciativa da parte interessada. Vigora, pois, no sistema processual brasileiro o princípio da inércia da jurisdição.<sup>10</sup>

A impossibilidade de atuação *ex officio* representa *solução essencialmente política*. Optou-se por conferir ao titular do direito substancial

negar, porém, que a concepção dessa função é eminentemente relativa. Nos ordenamentos onde vigora o sistema da legalidade, o juiz se limita a aplicar a lei. Mas se o direito se revela apenas para o caso concreto, a função do juiz é criadora do direito (cfr. Calamandrei, ob. cit., pp. 34-36).

7. Calamandrei, ob. cit., p. 42. A atividade legislativa e a jurisdicional formam o que Calamandrei denomina de atividade jurídica do Estado: a primeira destinada a criar o direito; a segunda, a torná-lo efetivo ("prima la posizione e poi l'attuazione dell diritto").

8. No âmbito penal, por exemplo, ainda que o suposto autor de um delito aceite espontaneamente a imposição da pena pelo Estado, tal só será possível após regular processo jurisdicional, com exercício da acusação e da defesa. O mesmo ocorre na anulação de casamento. Daí se conclui que a jurisdição nem sempre é atividade secundária, como queria Chiovenda. Aqui, atua ela de forma primária. Cfr. Dinamarco, *Execução civil*, pp. 397-398.

9. Ao ver de Dinamarco, esse é o escopo jurídico, mas devem ser considerados outros: social e político (cfr. *A instrumentalidade*, p. 317, conclusão n. 38).

10. Há exceções, ou seja, em determinadas hipóteses o juiz tem poderes para iniciar o processo *ex officio*. Cfr. Código de Processo Civil, art. 989; Decreto-lei 227, de 28.2.67, art. 27, VI.

total liberdade de avaliar os prós e os contras da solução jurisdicional. A intromissão do Estado nessas relações, sem provocação, poderia acarretar consequências não desejadas pelos próprios interessados. Assim, num primeiro momento, cabe à parte avaliar a conveniência do recurso à jurisdição. Quanto aos direitos cuja satisfação interessa diretamente ao Estado, há órgãos especialmente destinados a obter sua efetivação em juízo. Exemplo dessa intervenção estatal está no aumento paulatino das funções do Ministério Público, que tem por missão a defesa dos interesses indisponíveis da sociedade. Na medida em que haja "publicização" de um direito material, cabe ao Ministério Público sua defesa.<sup>11</sup>

Por fim, embora o exercício da jurisdição continue condicionado à provocação da parte, mantendo-se íntegro o princípio da inércia, a legitimidade para agir, prevista no art. 6º do Código de Processo Civil, comporta exceções nas hipóteses de direito metaindividuais, solução há muito defendida por parcela da doutrina.<sup>12</sup>

Também não podem ser esquecidas as situações em que o legislador autoriza o juiz a, de ofício, conceder à parte bem da vida não pleiteado expressamente na inicial, o que não deixa de configurar exceção à inércia.<sup>13</sup>

### 4. Jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária

Embora controvertida, a compreensão da ideia de lide desenvolvida por Carnelutti auxilia sobremaneira o entendimento do real significado da atividade jurisdicional do Estado. Se determinado bem da vida é apto a satisfazer as necessidades de alguém, configura-se o fenômeno por ele denominado de interesse, ou seja, posição favorável à satisfação de uma necessidade. Nessa linha de raciocínio, se duas pessoas manifestarem

11. Cfr. a respeito, Dinamarco, *A instrumentalidade*, pp. 164-167.

12. Cfr. Barbosa Moreira, "Tendências contemporâneas", p. 201; "Notas sobre o problema da efetividade do processo", in *Temas de direito processual*, 3ª série, pp. 27-42; Dinamarco, *A instrumentalidade*, pp. 277 e ss.

13. Como exemplo, pode ser mencionado o art. 7º da Lei 8.560, de 29.12.1992, que possibilita a condenação ao pagamento de alimentos em demanda declaratória de paternidade. Também os arts. 18, 461, §§ 4º e 5º, 644 e 645, do Código de Processo Civil, são exemplos de concessão de tutela não pleiteada (cfr. José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 383; *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 375; "Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório", in José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque (Coords.), *Causa de pedir e pedido no processo civil: (questões polêmicas)*, Ed. RT, 2002, pp. 36 e ss.).

interesse pelo mesmo bem, haverá conflito. A exigência, feita por uma delas, de subordinação do interesse alheio ao próprio, recebe o nome de pretensão. Se houver concordância por parte do destinatário da pretensão, extingue-se o conflito. Já a resistência faz nascer a lide. Daí a definição desse fenômeno como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

Essa mesma situação, vista não do ponto de vista exclusivamente sociológico, mas informada por elementos jurídicos, pode ser descrita de outra forma.

O legislador, diante dos inúmeros conflitos de interesse existentes na sociedade, regulamenta aqueles considerados essenciais à convivência social, conferindo proteção a um deles em detrimento do outro. São regras abstratas, cujo conteúdo é a descrição de situações da vida, com imposição de comportamento aos destinatários. Trata-se de normas de conduta obrigatória para aqueles que se encontrarem nas situações abstratamente descritas. O titular do interesse amparado pelo legislador tem direito subjetivo, cuja satisfação deve ocorrer mediante a atuação espontânea da outra parte, em cumprimento ao que fora determinado pela regra de direito material.

A não verificação desse comportamento voluntário do destinatário da norma é fator de intranquilidade social. Gera crises no plano do direito substancial e das relações a ele submetidas. Necessário solucioná-las, impondo a observância do ordenamento jurídico violado ou ameaçado, com o consequente restabelecimento da paz social.

Como a atuação coercitiva da regra de direito material não pode ser feita pelos próprios integrantes do conflito, pois vedada a autotutela, o Estado instituiu a atividade jurisdicional, destinada a, em substituição à atividade primária dos destinatários da norma (substitutividade), impor a vontade do legislador representada pela regra de direito material aplicável ao caso concreto.

A função estatal cujo escopo é a realização do direito substancial, de forma coercitiva e em substituição àqueles que não o fizeram espontaneamente, denomina-se jurisdição contenciosa.

Diversas são as características de outra atividade, também desenvolvida pelos integrantes do Poder Judiciário, que se convencionou chamar de jurisdição voluntária ou graciosa. Desde logo, todavia, pode-se afirmar que o juiz, nos processos de jurisdição voluntária, não exerce função tipicamente jurisdicional, pois se limita a conferir eficácia a acordo de vontades, sem substituir a atividade das partes, que já atuaram espontaneamente a norma de direito material. A intervenção judicial

não se destina a solucionar litígio, que não existe, mas simplesmente a possibilitar que determinado ato jurídico bilateral possa produzir efeitos. Por isso, prevalece o entendimento de que a jurisdição voluntária não configura atividade tipicamente jurisdicional. Trata-se de administração pública de interesses privados conferida ao Poder Judiciário.

De qualquer modo, tanto no exercício da jurisdição contenciosa, quanto da voluntária, o juiz busca a pacificação social. Daí por que prestigiado doutrinador, coautor da obra homenageada nesta coletânea, considera de certa forma irrelevantes as diferenças entre tais atividades conferidas à jurisdição. Em seu entender, ambas estariam compreendidas no escopo social dessa função estatal.<sup>14</sup>

Não obstante a identidade do escopo social, do ponto de vista jurídico não se confundem jurisdição contenciosa e voluntária. E a distinção pode ter consequências práticas. O cabimento de ação rescisória (art. 485) ou homologatória (art. 486), por exemplo, depende fundamentalmente da natureza da atividade exercida pelo juiz.<sup>15</sup>

##### 5. Ainda sobre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária

Como visto a atividade jurisdicional do Estado age substitutivamente, ou seja, substitui as partes que não atuaram de maneira espontânea a regra de direito material. Seu escopo imediato, também denominado jurídico, é manter a integridade do ordenamento substancial violado ou ameaçado. A doutrina faz referência, ainda, aos escopos social e político dessa função estatal. Trata-se da denominada jurisdição contenciosa, regulada nos arts. 1º a 1.102 do CPC.

Já a jurisdição voluntária (arts. 1.103 a 1.210 do CPC), porque ausentes esses elementos conceituais, não configura atividade tipicamente jurisdicional. Nem seria voluntária, pois somente atua mediante provocação.

Sustentam alguns, todavia, ser jurisdicional a função desenvolvida no exercício da também chamada jurisdição graciosa, pois o magistrado

14. Cfr. Cândido Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*, p. 315-319

15. O tema é objeto de controvérsia na doutrina e na jurisprudência. Segundo orientação já adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, se houve mera homologação de reconhecimento jurídico do pedido, cabível a ação anulatória, pois a finalidade é desconstituir o próprio ato de vontade. A previsão do art. 485, inciso VIII, incide tão somente nas hipóteses em que a transação, o reconhecimento ou a renúncia forem adotados como fundamento da decisão judicial, proferida em jurisdição contenciosa (REsp 13.102-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Athon Carneiro, j. 2.2.1993, DJU 8.3.1993).

tutela interesses privados insatisfeitos, atuando o direito objetivo ao caso concreto, de forma imparcial, sem satisfazer interesses próprios e indiferente quanto ao resultado produzido. A atividade do juiz seria necessária à eficácia da norma material.

Há quem considere a jurisdição voluntária atividade substancialmente diversa da jurisdicional e da administrativa, ou seja, uma categoria distinta que reúne determinadas características comuns aos atos estatais em geral.

Prevalece o entendimento, todavia, de que jurisdição voluntária é atividade administrativa, exercida por órgãos jurisdicionais. O legislador entregou à proteção do Estado determinados interesses privados, que são relevantes também para ele, impondo-se a cooperação de um órgão público para controlá-los. O simples fato de tal atividade ser atribuída ao juiz não é suficiente para torná-la jurisdicional.

Daí a definição de jurisdição voluntária como “administração pública de direito privado”. Tende ela a constituir relações novas, enquanto a contenciosa realiza relações já existentes. Nesta, o Estado providencia para que a relação atinja sua finalidade prática mediante atuação coercitiva da regra substancial. Intervém o órgão estatal no meio de dois contendores.

Na jurisdição voluntária, pressupõe-se uma relação jurídica que, por si só, com a simples declaração de vontade das partes, não poderia formar-se; para tanto, exige-se a intervenção de um elemento extrínseco – o Estado – que analisa sua conveniência e legalidade, exercendo função análoga à do tabelião que intervém em determinados atos jurídicos. O Estado-juiz coopera para a formação de uma relação jurídica, agindo junto ao particular interessado.

Já na jurisdição contenciosa, o juiz age frente a duas partes, estranho aos interesses em conflito. Este pode existir na jurisdição voluntária e faltar na contenciosa. Mas, nesta, ao impor coercitivamente a norma, o julgador realiza o interesse da parte em lugar dela, visto que vedada a autodefesa; se existir conflito, prevalecerá o interesse amparado pelo Direito. Na voluntária, o juiz ajuda a parte a realizar seu interesse, eventualmente em contraste com outros, da melhor maneira possível.

#### 6. *Jurisdição voluntária e administração pública de interesses privados*

Verifica-se, na jurisdição voluntária, a atribuição de determinada função a órgãos constituídos legalmente para exercer outra, substancial-

mente diversa. Os atos de jurisdição voluntária são administrativos em razão da finalidade e dos efeitos. O campo de sua atuação é exatamente aquele onde o Estado, limitando a autonomia dos cidadãos, intervém para conceder ou não determinados efeitos à vontade daqueles. É a chamada “administração pública de interesses privados”.

O efeito desejado pela parte somente poderá ocorrer após a verificação, pelo Estado, de seus pressupostos e de sua conveniência. Essa administração pode ser efetuada por órgãos não jurisdicionais (intervenção do oficial do Registro Civil na constituição da relação matrimonial). Mas pode ser que, por conveniência prática ou tradição, tal função seja atribuída ao juiz. Nada mais é, portanto, que a administração pública de direito privado exercida por órgãos jurisdicionais. Frederico Marques pondera que o Juiz, quando exerce as funções de jurisdição voluntária, não atua com o intuito de fazer observar a ordem jurídica, mas para possibilitar que uma relação possa constituir-se ou modificar-se. Com essa atividade, ele integra o negócio jurídico, assegurando a observância dos preceitos legais que o regem.

O escopo de atuação dos órgãos jurisdicionais, em casos de jurisdição voluntária, não é o de garantir a observância do direito, mas o de proporcionar, da melhor forma possível e *nos limites do direito*, a satisfação dos interesses existentes na relação jurídica.

#### 7. *Jurisdição voluntária e jurisdição necessária*

Embora, em alguns casos, seja fácil a distinção entre os atos de jurisdição voluntária e os tipicamente jurisdicionais, há hipóteses que se situam naquela situação intermediária, limítrofe entre uma atividade e outra, tornando-se difícil a identificação.

Imagine-se qualquer uma das situações em que a atividade jurisdicional seja necessária, mesmo que as partes estejam dispostas a, espontaneamente, atuar na vontade concreta da lei: anulação de casamento, por exemplo. Os cônjuges poderiam, verificada uma das hipóteses legais, por termo à relação jurídica sem a participação do juiz, desde que houvesse acordo de vontades. Também poderia a lei atribuir a função de verificar o pressuposto da dissolução a outros órgãos, não pertencentes ao Judiciário.

A situação assemelha-se àquelas de jurisdição voluntária, para as quais a colaboração do Estado é imprescindível à constituição dos efeitos jurídicos desejados pelas partes.

Segundo Calamandrei, a única diferença entre os atos jurisdicionais constitutivos e os de jurisdição voluntária é que os efeitos daqueles são consequência de *prévio acerto*, com o qual o juiz reconhece a ausência de circunstâncias de fato, necessárias a que incida determinada norma primária. Na anulação de casamento, p. ex., reconhece-se a falta de um dos requisitos expressamente exigidos para sua validade. O fenômeno também pode ser descrito de outra forma. Na jurisdição necessária, o juiz reconhece haver subsunção de determinado fato da vida a uma regra abstrata, por força da qual a relação deve ser desconstituída ou declarada inexistente. Essa nova situação é efeito direto da decisão judicial, não da vontade das partes, como ocorre na jurisdição voluntária. Está, pois, no efeito constitutivo do ato jurisdicional, presente também na jurisdição necessária, a diferença entre uma e outra.

Conclui-se, assim, que a diferença entre a jurisdição voluntária e os chamados processos constitutivos necessários encontra-se na natureza da função exercida pelo juiz.

Na jurisdição voluntária ele confere ou não eficácia a um acordo de vontades. Na sentença constitutiva há o reconhecimento de que determinado dispositivo legal deve ser aplicado. Eventual acordo entre as partes é irrelevante aqui. Prevalece a verdadeira finalidade da jurisdição, que é garantir a observância do ordenamento jurídico.

A atuação do juiz nos processos de jurisdição voluntária não visa à garantia do direito objetivo, mas à satisfação dos interesses privados, nos limites do direito. Essa função integra a atividade social do Estado, não a jurídica: o direito não constitui escopo seu, mas meio para atingir outros fins. É atribuição típica do poder executivo.

O oficial do registro civil intervém na constituição do casamento apenas para verificar se o acordo de vontades está apto a produzir os efeitos dele decorrentes. Na atividade jurisdicional necessária há o reconhecimento de que determinado dispositivo legal deve ser aplicado, independentemente da existência de acordo entre as partes.

Está presente nesta última o escopo da atividade jurisdicional, qual seja a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, com o que se alcança a paz social. Para tanto, o juiz *substitui* as partes na atuação da vontade concreta da lei.

Na jurisdição voluntária, o juiz reconhece aptidão para produzir efeitos jurídicos a um acordo de vontades. A sentença constitutiva implica a atuação coercitiva de dispositivo legal pelo juiz, em substituição à atividade primária das partes, sendo absolutamente irrelevante que estas

estejam ou não de acordo com a incidência. Prevalece aqui o escopo da jurisdição, que é a garantia do ordenamento jurídico.

Nos processos de jurisdição voluntária, o juiz não tem por objetivo imediato a observância da lei. Sua finalidade é analisar a vontade dos requerentes e verificar se estes observaram a lei. Esta é apenas um meio para se atingir um objetivo: o efeito desejado pelas partes. Na jurisdição típica, eventual intenção dos interessados em determinado resultado é irrelevante, pois prevalece o escopo dessa atividade estatal: a atuação da lei e a manutenção do ordenamento jurídico. Tanto que, se, ao analisar petição de separação amigável (jurisdição voluntária), o juiz concluir que o acordo contraria determinada norma cogente, não o homologará. Estivesse ele no exercício de sua função típica, importaria coercitivamente a regra prevista para aquela situação fática. Isso ocorre porque, na jurisdição voluntária, ao contrário da contenciosa, não atua ele *substitutivamente*.

A diferença entre jurisdição contenciosa e voluntária é minimizada por Cândido Dinamarco, em razão da postura metodológica por ele proposta, que deixa em segundo plano a visão interna do sistema processual, para considerá-lo

“a partir de um ângulo externo, no contexto da ordem jurídica e política da nação e a partir da clara definição de seus objetivos. Assim é que, convergindo as atividades processuais do juiz, como atos de positividade do poder em casos concretos (*cases and controversies*), a certos objetivos localizados no plano social e político, ao observador distante elas se situam num compartimento só e têm um só significado social e político” (*A instrumentalidade do processo*, p. 176).

O CPC brasileiro contém regras gerais sobre o procedimento a ser adotado nos processos de jurisdição voluntária (arts. 1.103 a 1.111). Em seguida, prevê algumas situações de direito material para as quais é adequado esse procedimento (art. 1.112). Por fim, regula alguns procedimentos especiais de jurisdição voluntária (arts. 1.113 a 1.210).

### 8. Inércia da jurisdição

A tutela jurisdicional necessita ser pleiteada por quem pretenda obtê-la. Ressalvadas algumas exceções (cf. arts. 989, 1.129, 1.142, 1.160; LF, art. 162), não pode ser prestada de ofício. Depende de provocação, conforme se verifica também pelo disposto no art. 262.

Trata-se do princípio da inércia, que limita o exercício dessa parcela do poder estatal. Ao contrário do que ocorre no âmbito das funções

administrativa e legislativa, a jurisdição só age se estimulada. A atuação coercitiva da vontade concreta da lei pelo juiz somente pode ocorrer se alguém formular pedido nesse sentido. Não significa dizer que a provocação constitui o único requisito à solução judicial do conflito. Outras exigências, previstas na lei processual, devem ser cumpridas para que a eliminação do litígio possa ser alcançada. Mas a primeira e fundamental condição é a iniciativa de alguém, pois sem provocação o juiz mantém-se inerte.

A doutrina aponta algumas razões para a inércia judicial: preservar a imparcialidade do julgador, evitar intromissão não desejada do Estado nas relações de direito material, especialmente as de natureza privada, impossibilidade prática de solução estatal de todos os conflitos sociais etc.

A função jurisdicional do Estado deve ser provocada, mediante o exercício do direito de ação. A todos é conferido o poder incondicionado de retirar a jurisdição da inércia. Trata-se da garantia consuetudinária da ação, segundo a qual não se pode subtrair à apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV).

O conteúdo desse dispositivo da Constituição Federal não vem recebendo a merecida atenção da doutrina processual. A garantia constitucional da inafastabilidade da Jurisdição não assegura apenas a possibilidade de alguém dirigir-se ao juiz e apresentar determinada pretensão. É muito mais do que isso. Todos têm o direito de exigir uma resposta do Poder Judiciário, com observância do devido processo legal, tal como regulado pela própria Constituição (art. 5º, LIII, LIV, LV, LVI e LXXVIII) e por regras infraconstitucionais.

Direito ao devido processo legal significa o poder de exigir seja o pedido de tutela jurisdicional examinado em conformidade com as regras reguladoras do instrumento estatal de solução de controvérsias denominado *processo*.

Nessa linha de raciocínio, ao princípio da inércia corresponde a garantia da demanda e de acesso ao devido processo legal, que também pode ser denominado devido processo constitucional, visto que a Constituição Federal estabelece, em linhas gerais, o modelo processual brasileiro.

A ideia de devido processo legal representa garantia não apenas formal, mas também, e principalmente, substancial. Isso significa que todos têm direito não apenas ao instrumento, mas também à efetividade do resultado por ele proporcionado.

Assim, se o autor da demanda judicial demonstrar a titularidade do direito material deduzido, o processo deve assegurar-lhe tutela jurisdicional tempestiva, útil e eficaz. Assim deve ser entendida a consagrada expressão *acesso à ordem jurídica justa*.

Todos têm, independentemente de quaisquer condições pessoais, não a certeza ou a probabilidade de obter o reconhecimento de um direito, mas a possibilidade séria e real de contar com instrumentos adequados para alcançar esse objetivo. Significa, portanto, que a garantia constitucional de ação implica a existência de tutela jurisdicional adequada à proteção do direito demonstrado em sede processual.

A Constituição Federal não assegura o acesso ao Poder Judiciário apenas a quem efetivamente possui direito. Todos podem requerer a tutela jurisdicional, ainda que dela não sejam merecedores. E o que está à disposição de todos, titulares de direitos ou de meras pretensões infundadas, é o mecanismo previsto pelo legislador constitucional, por ele minuciosamente modelado, para viabilizar a tutela jurisdicional a quem efetivamente fizer jus a ela.

O sistema processual-constitucional foi construído para conferir proteção efetiva aos direitos e interesses jurídicos. Muito embora o acesso ao Poder Judiciário seja franqueado a todos, reais titulares de direitos ou detentores de simples interesses não amparados no plano material, evidentemente o mecanismo está direcionado para a satisfação daquele que efetivamente merece a tutela jurisdicional.

Para produzir resultado prático, dotado de utilidade e realmente capaz de solucionar o litígio, a tutela jurisdicional depende não só da existência de sistema adequado de princípios relacionados ao processo em si, mas também da regulamentação adequada dos deveres e garantias daqueles a quem foram incumbidas sua condução e direção.

A Constituição procura estabelecer, pois, o processo justo, ou seja, o instrumento que a sociedade politicamente organizada entende necessário para assegurar adequada via de acesso à solução jurisdicional dos litígios.

Daí a existência, no sistema processual, de mecanismos, como as tutelas cautelar e antecipada, destinados a abrandar o sério problema decorrente da morosidade dos processos, muitas vezes causada por fatores cuja eliminação está fora do alcance do processualista.

A inafastabilidade do Poder Judiciário não pode representar garantia formal de exercício da ação. É preciso oferecer condições reais para a utilização desse instrumento, sempre que necessário. De nada adianta

assegurar contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, duração razoável do processo, se a garantia de acesso ao processo não for efetiva, ou seja, não possibilitar realmente a todos meios suficientes para superar eventuais óbices existentes ao pleno exercício dos direitos em juízo.

### 9. Ação: garantia ao devido processo constitucional

Como já observado, a doutrina não se preocupa em explicar o real conteúdo dessa garantia de acesso ao Judiciário. Parece-me importante fixá-lo, mesmo porque se trata de direito fundamental inerente à própria personalidade da pessoa.

Quando se afirma que o direito de ação é assegurado a todos, imprescindível determinar a exata extensão dessa garantia. O que pode exigir do Estado a pessoa, por ser titular desse direito? Qual o limite da atuação do legislador infraconstitucional na regulamentação da ação?

Em suma, a indagação é uma só: o que significa, efetivamente, direito constitucional de ação?

Não se trata de preocupação puramente teórica ou acadêmica. A identificação do conteúdo da garantia em questão é fundamental, pois o legislador ordinário deve adequar o sistema processual aos postulados estabelecidos em sede constitucional.

Em primeiro lugar, é possível afirmar tratar-se de um direito absolutamente atípico, pois se destina à veiculação de qualquer interesse assegurado pelo ordenamento jurídico material. Basta a afirmação da existência de um suposto direito, individual, coletivo ou difuso, para que a pessoa tenha a seu dispor o meio pelo qual poderá deduzi-lo perante o órgão jurisdicional e postular a respectiva tutela. É preciso que os operadores do direito se conscientizem de que ação não tem nome. Suficiente a identificação, no plano jurídico-material, do tipo de providência necessária à proteção do direito. Com tais dados, pleiteia-se a tutela jurisdicional adequada, mediante o exercício do direito constitucional de ação. Não se justifica a preocupação, muito comum entre os profissionais, sobre qual a ação a ser proposta, que nome atribuir-lhe. As circunstâncias inerentes ao direito material influem, muitas vezes, no tipo de processo, de procedimento ou de tutela, mas não na ação, que configura direito genérico e invariável.

Importante enfatizar que a garantia da ação está relacionada, em regra, à existência de um direito. Mas não apenas os titulares de direitos existentes podem se valer dos mecanismos estatais de solução de con-

trováveis. Para ter acesso a eles, e é esse o real significado da garantia constitucional da ação, basta alguém *afirmar* a existência de um interesse juridicamente protegido.

O problema da ação deve ser solucionado não à luz da modalidade de tutela pleiteada ou da natureza do direito substancial afirmado. Daí inexistir ação típica. A atipicidade do direito de ação vem afirmada no texto constitucional, que ampara todos os direitos, indistintamente, contra qualquer ameaça ou lesão (art. 5º, XXXV).

A partir dessa previsão, não tem mais sentido discutir sobre a diferença entre ação, abstrata ou concreta, e o direito de propor demandas. O que importa, realmente, são os problemas relacionados à efetividade das várias formas de tutela jurisdicional. A tipicidade das ações se resolve, na verdade, em tipicidade de tutelas. Estas, sim, representam o elemento variável da demanda. Ação é única, voltada à obtenção de mecanismos aptos a assegurar o direito afirmado. Não comporta adjetivações, próprias da tutela pleiteada.

Ação está relacionada ao processo e à sua estrutura. Trata-se de garantia de acesso efetivo ao meio necessário à satisfação de um interesse.

Ao afirmar que a lei não poderá subtrair à apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, o legislador constitucional estabelece, de um lado, a garantia da ação; de outro, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

A tutela constitucional da ação é fenômeno que se desvincula do problema de relacionamento entre direito e processo, para assumir significado maior.

Essa garantia estabelecida na Constituição Federal não nos assegura o reconhecimento do direito que afirmamos possuir, mas também não significa apenas o acesso livre ao Poder Judiciário. Representa o complexo de poderes constitucionais conferidos a quem necessita da intervenção estatal. É garantia de meio e de resultado, o que não significa identificação com o conteúdo variável pretendido pelos litigantes – o interesse material deduzido –, mas com o valor constante da efetividade instrumental.

A efetiva proteção ao direito afirmado não integra, obviamente, a garantia da ação. Trata-se da real existência da tutela jurídica, questão a ser analisada exclusivamente à luz das regras substanciais e antecedente ao processo.

Assegura-se a todas as pessoas o acesso ao Poder Judiciário e, consequentemente, ao meio pelo qual essa função estatal desenvolve

sua atividade. Se a jurisdição atua pelo processo e se todos têm direito à jurisdição, todos têm direito ao processo.

Mas não a qualquer processo. A Constituição também se preocupou em estabelecer as linhas fundamentais desse meio de atuação de uma de suas funções. O legislador constitucional determina os princípios e as garantias essenciais ao método utilizado pela jurisdição para solução de controvérsias, instituindo o *modelo processual brasileiro*.

O direito de ação nada mais é do que o direito ao modelo processual estabelecido na Constituição Federal.

Acesso à justiça, ou, mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do *devido processo constitucional*. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo *équico, correto, giusto*.

As garantias constitucionais do processo asseguram esse mecanismo adequado à solução das controvérsias. São garantias de meio e de resultado. Estão diretamente relacionadas não apenas aos instrumentos processuais adequados, como também a um resultado suficientemente útil e eficaz para quem necessita valer-se dessa atividade estatal. Proporcionam vias processuais aptas à resolução dos conflitos de interesses, para que a tutela jurisdicional obtida ao final do processo seja dotada de efetividade.

#### 10. Outras considerações sobre a garantia constitucional da ação

Todos têm direito de pleitear a tutela jurisdicional. Isso não significa dizer, evidentemente, esteja a tutela assegurada a todos. Somente têm direito à proteção por ela representada aqueles que, no plano do direito material, se encontrarem em situação amparada pelo ordenamento jurídico.

Como a satisfação dos próprios interesses, ainda que assegurados pelas regras de direito substancial, não pode ser feita pela força, mediante o que se convencionou chamar de autotutela, resta a via estatal de solução de controvérsias, mesmo porque os meios alternativos ainda constituem exceção no sistema. Mas, diante da inércia da atividade jurisdicional, exatamente aquela incumbida de eliminar as crises verificadas no plano das relações jurídicas substanciais (CPC, artigos 2º e

262), assegura-se ao sujeito de direito a possibilidade de pleitear a tutela jurisdicional. Todos, indistintamente, podem dirigir-se ao Estado – que chamou para si a atuação coercitiva das regras materiais – para solicitar proteção a um suposto direito, cuja existência é simplesmente afirmada.

A garantia de acesso ao Judiciário – *poder*, no entender de alguns; *direito*, para outros – está prevista em sede constitucional como já visto (CF, art. 5º, XXXV) e denomina-se ação.

Vista por esse ângulo, constitui garantia de acesso ao mecanismo estatal de solução de controvérsias, denominado “processo”. Este nada mais é do que o método de trabalho regulado pelo Estado e destinado a permitir ao juiz, com a plena participação das partes, o exato conhecimento da controvérsia e a adoção dos meios aptos a eliminá-la, assegurando a satisfação do interesse juridicamente protegido.

Todos têm a possibilidade de ser *ouvidos em juízo*, ainda que o pedido, por razões formais ou substanciais, não apresente mínimas condições de ser examinado. Por mais grave que seja o vício, de natureza formal ou substancial, o direito de acesso à Jurisdição existe e deve ser assegurado. E como essa atividade estatal atua segundo determinado método – o processo – nada pode impedir o acesso a esse meio de solução das controvérsias.

#### 11. Direito de ação como fenômeno processual

A inércia da jurisdição gera a necessidade da demanda. A ação, vista por este ângulo, identifica-se muito mais com ônus do que com direito. Não se trata aqui de examinar o fenômeno da garantia de acesso ao Poder Judiciário, mas sim a necessidade de a atividade jurisdicional do Estado ser retirada da inércia mediante provocação da parte.

O poder conferido a todos de acesso à Justiça tem natureza constitucional. O princípio da demanda, contraposto da inércia da Jurisdição, é mecanismo inerente à técnica processual.

O direito de ação deve ser considerado não apenas em função do interesse da parte, mas como instituto destinado a possibilitar a atuação de função estatal, cujo objetivo é fazer cumprir o direito objetivo material.

Vislumbra-se na ação, portanto, função destinada a satisfazer antes de mais nada o interesse público da correta atuação das regras substanciais. De forma mediata ou indireta, a atividade estatal provocada pelo exercício da ação tem por escopo, como as demais funções desenvolvidas pelo Estado, a pacificação social.

Pode-se agrupar em três grandes correntes os processualistas que se preocuparam com a natureza jurídica do direito de ação, visto agora não como garantia constitucional, mas como fenômeno tipicamente processual.

Para os chamados “concretistas”, direito de ação somente existe se aquele que pleitear a tutela jurisdicional for realmente o titular do direito subjetivo pretendido.

Já para os “abstratistas”, ação é tão-somente o direito de provocar a atividade jurisdicional: é o mero direito de acesso ao órgão jurisdicional, pertencente a todas as pessoas, indistintamente.

Por fim, os adeptos da construção de Liebman, para quem a ação independe do direito material, mas é conexas com ele.

O Código de Processo Civil brasileiro filiou-se expressamente à última construção doutrinária e considera ação como o direito à obtenção de provimento sobre o caso concreto deduzido na inicial, ainda que desfavorável ao autor. Fala-se em direito à sentença de mérito, não obstante tal fórmula seja adequada apenas ao processo de conhecimento.

A ação assim concebida é instituto exclusivamente processual: é o poder de estimular a jurisdição, para que esta mantenha a integridade do ordenamento jurídico.

Para que exista a ação, portanto, é preciso haver nexo adequado entre o pedido de tutela jurisdicional e determinada situação concreta. Embora a parte tenha o poder de movimentar a máquina judiciária para atender a um interesse seu, o escopo da atividade jurisdicional é a atuação do direito objetivo, para pacificação social.

Se tal ocorrer, quer para dar razão ao autor, quer para dar razão ao réu, considera-se exercido e satisfeito o direito processual de ação.

Pode-se dizer, pois, que o titular do direito de ação tem o poder jurídico de provocar, com seu pedido, a atuação da vontade da lei a determinada situação da vida, regulada no plano substancial. Afirmar estar em situação de vantagem, porque amparado por essa norma. Mas corre o risco de obter resposta desfavorável, por entender o juiz não ser seu interesse passível de proteção.

A autonomia do direito de ação é relativa. Não se pode falar em absoluta independência de uma categoria processual em relação ao direito material, pois o direito processual não tem um fim em si mesmo. Sua finalidade é promover a realização prática do direito substancial. Embora o poder de provocar a Jurisdição esteja previsto na Constituição e seja

atribuído a todos, nem sempre o resultado dessa atuação opera efeitos no plano da realidade substancial.

O direito de ação será relevante para o sistema processual, na medida em que servir de instrumento de atuação do direito material. Visto por esse ângulo, representa fenômeno apto a possibilitar seja cumprido o escopo da atividade jurisdicional do Estado.

Jurisdição é uma das funções estatais, ao lado da legislativa e da administrativa. Tem por escopo manter a integridade do ordenamento jurídico e a paz social. Por razões práticas ou políticas, é inerte. Daí o direito de movimentá-la conferido às pessoas, tornando possível esse resultado. O poder de fazer com que o ordenamento jurídico seja atuado chama-se ação.