

Cândido Rangel Dinamarco

***INSTITUIÇÕES DE
DIREITO PROCESSUAL CIVIL***

VOLUME I

*8ª edição, revista e atualizada
segundo o novo Código de Processo Civil
e de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016*

 **MALHEIROS
EDITORES**

como na cominação de outra multa para o caso de não indicar bens a penhorar ou assumir alguma atitude que embarace a realização da penhora (CPC-73, art. 600, incs. II e IV, c/c art. 14, par. – CPC-15, art. 774, incs. III e V).

Título IV – OS INSTITUTOS FUNDAMENTAIS

Capítulo XII – INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL (CATEGORIAS PROCESSUAIS)

146. dos fundamentos aos institutos fundamentais. 147. jurisdição. 148. processo. 149. o objeto do processo e a lide. 150. ação e defesa. 151. demanda. 152. a jurisdição como instituto central do sistema. 153. os meios externos (provas e bens). 154. coisa julgada.

146. dos fundamentos aos institutos fundamentais

O sistema processual, apoiado nas colunas externas representadas pelos grandes fundamentos constitucionais, é em si uma estrutura que inclui suas próprias vigas mestras. Enquanto os princípios e garantias constitucionais são responsáveis por sua fixação na ordem político-jurídica como um todo, a estrutura do sistema dá-lhe corpo e sustentação interna. Assim como as normas e o conhecimento do direito civil giram em torno de certas categorias centrais (*pessoas, bens, atos jurídicos*) e também as de direito penal (crime e pena), assim também as normas processuais e a ciência do processo convergem a um centro onde está seu núcleo fundamental. É como um edifício plantado sobre as bases consistentes em seus baldrames e alicerces, mas internamente *amarrado* por suas vigas, travessas e colunas.

As grandes categorias de direito processual, que compõem e exaurem o objeto das normas processuais, são a *jurisdição*, a *ação*, a *defesa* e o *processo*. A *jurisdição* é o poder que o juiz ou o árbitro exerce para a pacificação de pessoas ou grupos e eliminação de conflitos; a *ação* é o poder de dar início ao processo e

participar dele com vista à obtenção do que pretende aquele que lhe deu início; a *defesa* é o poder de resistir, caracterizando-se como o exato contraposto da ação; o *processo* é ao mesmo tempo o conjunto de atos desses três sujeitos, o vínculo jurídico que os interliga e o método pelo qual exercem suas atividades. Tudo quanto as normas processuais disciplinam enquadra-se em algum desses quatro setores estruturais do direito processual ou cumulativamente em mais de um deles. Nada no direito processual ou em sua ciência está fora desses setores. O quadrimônio jurisdição-ação-defesa-processo constitui e exaure, portanto, o *objeto material da ciência processual* – ou seja, as realidades a que esta dedica suas investigações e suas conclusões (*supra*, n. 12).

No processo civil moderno é indispensável pensar nas categorias jurídicas que compõem o sistema (institutos processuais) a partir das premissas representadas pelos princípios e garantias. O estudo dos institutos fundamentais não prescinde do correto conhecimento dos fundamentos do sistema, residentes na Constituição Federal e no direito processual constitucional.

147. *jurisdição (infra, nn. 155-173)*

À jurisdição costuma ser atribuída uma tríplice conceituação, dizendo-se habitualmente que ela é ao mesmo tempo um *poder*, uma *função* e uma *atividade*. Na realidade, ela não é um *poder*, mas o próprio poder estatal, que é uno, enquanto exercido com os objetivos do sistema processual – assim como a legislação é o poder estatal quando exercido para criar normas, e a administração para governar. Como *função* a jurisdição caracteriza-se pelos escopos que mediante seu exercício o Estado-juiz busca realizar – notadamente o escopo social de pacificar pessoas, eliminando litígios (*supra*, nn. 58 ss.). A *atividade* jurisdicional constitui-se dos atos que o juiz realiza no processo, segundo as regras do procedimento. Também a *jurisdição arbitral* apresenta-se como um poder, uma função e uma atividade, sendo que o poder do árbitro exaure-se no exercício da jurisdição em processos de conhecimento, jamais se projetando sobre a execução.

A recondução da jurisdição estatal ao conceito político de *poder estatal*, entendido este como *capacidade de decidir imperativamente e impor decisões*, é fator importantíssimo para o entendimento da *natureza pública do processo* e do direito processual, bem como para sua colocação entre as demais funções estatais e distinção em face de cada uma delas (legislação e administração).

O exercício da *função jurisdicional* é distribuído entre os inúmeros juízes existentes no país, mediante as técnicas e critérios inerentes à *competência*. Todos os órgãos jurisdicionais são dotados de jurisdição e esta não se divide nem se reparte – o que se reparte são as atividades jurisdicionais atribuídas a cada um deles e a serem exercidas pelo juiz que, segundo a Constituição e a lei, for definido como competente (*infra*, nn. 213 ss.). Daí conceituar-se a competência como *quantidade de jurisdição entregue ao exercício de cada juiz ou tribunal* (Liebman). Ela é também conceituada, tradicionalmente, como *medida da jurisdição*.

Não se distribui nem reparte o *poder* jurisdicional porque ele não é em si mesmo um poder, mas mera expressão do poder estatal, que em si também é uno e não se divide; nem se distribui ou reparte a *função* jurisdicional, porque esta se caracteriza pelos objetivos a realizar e todos os juízes atuam para a realização desses objetivos (*infra*, nn. 159, 164 e 249-250).

148. *processo*

A existência de *processo* em uma ordem jurídica é imposição da necessidade do serviço jurisdicional: o processo existe acima de tudo para o exercício da jurisdição, e esse é o fator de sua legitimidade social entre as instituições jurídicas do país. Na medida em que a população necessita de juízes e do serviço que lhe presta (a pacificação mediante o exercício da jurisdição), é também indispensável um *método* pelo qual esse serviço é prestado.

Como *método de trabalho*, processo é o resultado da soma de todas as disposições constitucionais e legais que delimitam e descrevem os atos que cada um dos sujeitos processuais realiza no exercício de seus poderes fundamentais, ou seja: a jurisdição pelo juiz, a ação pelo demandante e a defesa pelo réu. O conceito

de processo abrange o de *procedimento* e o de *relação jurídica processual*.

As diversas situações jurídicas que se formam no processo e nele se sucedem constituem efeitos das condutas dos três sujeitos que integram a relação jurídica processual – sendo esta composta, segundo fórmula antiga e notória, de *juiz que julgue, autor que demande e réu que se defenda* (Ord., L. III, XXX, pr.).¹ Assim é em todo o direito e não exclusivamente no processo – sabendo-se que toda obrigação, todo dever, todo direito, toda relação jurídica tem origem em fatos e por efeito de fatos transformam-se e extinguem-se (*ex facto oritur jus*). *Sujeitos do processo* são *peçoas* físicas ou jurídicas na sua condição de titulares das situações jurídicas vividas no processo – poderes, deveres, faculdades, ônus, sujeição. Como condensação integrada dessas situações, a *relação jurídica processual* é o vínculo que interliga seus titulares, ou seja, os sujeitos processuais. Os atos que realizam e atuam sobre a relação jurídica processual são *atos processuais* e fazem parte do procedimento.

149. o objeto do processo e a lide

Todo processo tem seu *objeto*, que é a *pretensão* trazida pelo demandante ao juiz, em busca de satisfação. Essa pretensão, caracterizada como expressão de uma aspiração ou desejo e acompanhada do pedido de um ato jurisdicional que a satisfaça, constituirá o alvo central das atividades de todos os sujeitos processuais e, particularmente, do provimento que o juiz emitirá ao fim. É em relação a ela que a jurisdição se exerce e a tutela jurisdicional deve ser outorgada àquele que tiver razão. Objeto do processo é o que ordinariamente se chama *mérito* e está presente em qualquer tipo ou espécie de processo – a saber, tanto no processo ou fase de conhecimento quanto no executivo, no monitório ou no cautelar.

Conhecidíssima doutrina sustenta que o objeto do processo seria representado pela *lide* – sendo esta o *conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida* (Carnelutti). Tal conceito, conquanto preciso e inegavelmente útil, não merece receber todo o destaque que em passado relativamente recente lhe dava a dou-

1. *Judicium est actum trium personarum, judicis, actoris, rei.*

trina brasileira, porque nem sempre o processo e o exercício da jurisdição dependem da existência de uma *lide*; toda a teoria desta gira em torno dos conflitos relacionados com bens e direitos disponíveis, especialmente no campo do direito das obrigações, não sendo de fácil aplicação aos conflitos regidos pelo direito público ou referentes a direitos indisponíveis. O Código de Processo Civil anterior apoiava-se firmemente no instituto da *lide* e sua Exposição de Motivos dizia expressamente que *o mérito é a lide*, além de valer-se desse conceito na disciplina de muitos institutos. O atual estatuto também emprega com alguma frequência o vocábulo *lide* mas sem aquele compromisso com a teoria que instala esta ao centro do sistema, como seu polo metodológico fundamental.

150. ação e defesa

Ação é costumeiramente definida como *direito ou poder de exigir o provimento jurisdicional final* ou, especificamente no processo ou fase de conhecimento, como o poder de exigir a sentença que julgue o *mérito* da causa ou ainda *direito à sentença de mérito*. Julgar o mérito é decidir a *pretensão trazida pelo autor* em busca de tutela jurisdicional – pela procedência ou improcedência. Ter ação não significa, por si só, ter direito à sentença favorável, mas direito à sentença de mérito *tout court* (ou seja, independentemente de essa sentença ser favorável ou desfavorável àquele que pelo exercício da ação a postula no processo). Tanto atende ao direito de ação a sentença que acolhe a pretensão do autor, dando-lhe tutela jurisdicional, como a que a rejeita, tutelando o réu. A ação é exercida mediante um ato de iniciativa do processo (demanda, petição inicial) e por uma série de atos de participação ao longo de todo o procedimento.

A ação é conceituada como *direito abstrato de agir*, na afirmação de que sua existência e seu exercício prescindem, ou *abstraem*, da existência do direito subjetivo alegado pelo autor. As teorias *concretistas*, ao sustentarem que a ação seria direito à sentença favorável, associavam sua existência à desse direito.

Defesa é o *contraposto negativo* do poder de ação, ou uma visão especular desta – ou seja, ela é o conjunto de poderes e facul-

dades que permitem ao demandado opor-se à pretensão do autor, pleiteando sua rejeição. O direito de defesa é exercido mediante todos os atos permitidos ao réu no processo destinados a trazer elementos ao juiz e convencê-lo a não conceder a tutela pedida pelo adversário.

Postas assim, *ação e defesa* têm muito em comum e são poderes situados rigorosamente no mesmo plano, considerada a essencial igualdade das partes no processo. No mesmo nível constitucional em que está a garantia *da ação* (Const., art. 5º, inc. XXXV) também estão outras garantias que, destinando-se a todos os sujeitos processuais, têm o efeito de dar pesos equivalentes à ação e à defesa (isonomia das partes, contraditório, ampla defesa – v. esp. art. 5º, inc. LV). A ação e a defesa, tanto quanto a jurisdição, exercem-se no processo, e a oferta de oportunidades equilibradas para o exercício de ambas constitui exigência do devido processo legal, preordenada à produção da tutela jurisdicional a quem efetivamente tiver razão (*processo justo e equo* – *supra*, nn. 50 e 53).

A garantia constitucional *da ação* (Const., art. 5º, inc. XXXV) não impede que a lei imponha requisitos para a efetiva e individualizada existência desse direito em casos concretos. Trata-se das *condições da ação*, que, segundo conhecida doutrina (Liebman) e seu reflexo no atual Código de Processo Civil, são o interesse de agir e a legitimidade *ad causam*. Elas figuram entre os *pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito*, ao lado de outros requisitos postos pela lei e pelo sistema (como, v.g., o próprio exercício da ação pela propositura da demanda inicial, a capacidade das partes, a regularidade do procedimento *etc.*). A falta de uma das condições da ação caracteriza-se como *carência de ação*, que tem por consequência a negativa do julgamento do mérito e a extinção do processo sem esse julgamento (art. 485, inc. VI). A doutrina moderna tende a considerar todos os pressupostos do julgamento de mérito englobadamente, renunciando em parte à clássica distinção entre condições da ação e pressupostos processuais. O novo Código de Processo Civil não emprega sequer uma vez a locução *condições da ação*, mas esta continua sendo uma categoria processual de primeira grandeza, envolvendo o interesse de agir e a legitimidade *ad causam*, dos quais cuida o Código.

151. *demanda*

O ato inicial de comparecimento a juízo com uma pretensão chama-se *demanda*. Demandar é pedir, postular. Demanda é um ato e não se confunde com a petição inicial, que é somente sua expressão material e não passa de um papel escrito. Também não se confunde com a *ação*, que é um direito, ou poder. Não é correto dizer que se propõe uma *ação*, mas uma *demanda*: é esta que se considera *proposta*, ou seja, posta diante do juiz à espera de satisfação. Por isso, embora seja correto falar em *condições da ação*, como requisitos sem os quais não há o direito ao provimento a ser emitido pelo juiz (sentença de mérito), é preferível falar em *elementos constitutivos da demanda*, não da ação. São eles os fatores que, em cada demanda concretamente considerada, dão-lhe individualidade própria e a distinguem das demais (daí, *identificadores* segundo a linguagem mais comum na doutrina); esses fatores são as *partes*, a *causa de pedir* e o *pedido*.

É importantíssima na doutrina e na prática do processo a consideração dos elementos que constituem e dão corpo a cada demanda. Eles delimitam a possibilidade de tutela jurisdicional, não sendo lícito ao juiz dispor para quem não seja parte no processo, ou com fundamento em fato não alegado pelo demandante, ou em relação a um objeto não pedido – ou seja, não lhe sendo permitido decidir fora ou além dos limites das partes, da causa de pedir e do pedido, conforme postos na demanda inicial (art. 141).

152. *a jurisdição como instituto central do sistema*

O que motiva pessoas a terem a iniciativa do processo é sempre algum estado de *insatisfação*, para o qual pedem remédio ao demandar. A jurisdição é exercida para dar remédio a insatisfações, definindo situações e terminando por atribuir o bem controvertido a quem tiver razão (bem material ou imaterial, conforme o caso). Quem concede a tutela a uma das partes (precisamente, àquela que tiver razão) é o juiz ou o árbitro, fazendo-o no exercício da *jurisdição* e sempre mediante o processo. Daí falar-se em tutela *jurisdicional* e daí também a percepção de que é a jurisdição que

opera como ponte entre uma insatisfação e um remédio, produzindo os *resultados* necessários à convivência social.

A exigência de uma provocação para que a jurisdição possa ser exercida, sendo *inertes* os órgãos que a exercem (princípio da demanda ou da iniciativa de parte), leva parte significativa da doutrina a privilegiar a *ação* como tema central entre os institutos fundamentais do direito processual. Esse posicionamento, que é continuação de longa tradição privatista vinda dos romanos com sua *actio*, consiste substancialmente em pensar todo o sistema como um *processo civil do autor*, o que é metodologicamente desaconselhável e eticamente inconveniente. Reconhece-se que a racional liberação dos caminhos da ação é uma exigência democrática inerente à garantia do controle jurisdicional e do acesso à justiça, mas também o são na mesma medida as franquias da *defesa* – porque ambas as partes têm igual direito aos resultados justos do processo, não se sabendo de início qual está amparada de razão e qual não está. O processo não é institucionalmente destinado à satisfação das aspirações *do autor*, sendo lícito também *ao réu* esperar pela tutela jurisdicional – que obterá se sua posição estiver amparada pelo direito material (*supra*, n. 49 – *contra o processo civil do autor*). Sequer politicamente se legitima portanto o privilégio metodológico tradicionalmente conferido à ação. Ela e a defesa são importantes garantias outorgadas aos litigantes, mas *ambas convergem à jurisdição* e são exercidas para preparar o correto exercício desta. O resultado do processo é obra *da jurisdição*.

Há também os que colocam o *processo* ao centro do sistema, porque todos os poderes dos sujeitos processuais se realizam segundo as regras do processo e, portanto, tudo convergiria a ele. Tal é uma razão puramente técnica e corresponde à visão apenas técnica do sistema. O instituto *processo* é instrumento para o exercício da jurisdição, que é a mola do sistema e produtora de resultados externos na vida das pessoas.

153. os meios externos (provas e bens)

Para exercer a jurisdição de modo correto e útil o juiz precisa lançar mão de certos elementos exteriores ao processo, que cons-

tituem os *meios* sem os quais seria impossível chegar aos resultados desejados. Esses meios são os *bens* e as *fontes de prova*.

Prova é a demonstração da veracidade de uma alegação quanto aos fatos relevantes para o julgamento. No processo põem-se diante do juiz as alegações de ambas as partes e ele, sem saber previamente onde está a verdade, necessita de elementos que o autorizem a formar convicção a respeito. Esses elementos são as *fontes de prova*, consistentes em pessoas ou coisas nas quais o juiz descubra fatores capazes de lhe determinar essa convicção (fotografias de dois automóveis logo depois de um acidente, documentos assinados pelas partes *etc.*); também uma testemunha é fonte de prova, porque dela pode o juiz extrair elementos de convicção. As provas são meios particularmente relevantes no *processo ou fase de conhecimento*, que se conclui com o julgamento de uma pretensão e cujos bons resultados dependem da descoberta da verdade dos fatos; mas são relevantes também, ainda que em menor escala, para o *processo ou fase de execução*, em que o mérito não será julgado mas sempre alguns julgamentos o juiz deve fazer.

Para decidir sobre um pedido de reforço da penhora ele precisa da prova de que o bem penhorado vale menos que o necessário para a satisfação do credor (CPC, art. 874, inc. II); para deferir a adjudicação pedida por parente do executado precisa da prova da relação de parentesco entre o requerente e este (art. 876, § 5º) *etc.*

Para a efetiva satisfação do direito do credor que vem a juízo (execução forçada) o juiz exerce o poder jurisdicional sobre os *bens responsáveis*, ou seja, sobre aqueles bens que, segundo a lei, sejam aptos a produzir essa satisfação (o patrimônio do devedor responde por todas suas obrigações – art. 789). Os atos de *constrição judicial* consistem na *busca e apreensão* da coisa móvel especificamente devida, na *imissão* do sujeito na posse de bem imóvel, na *penhora* de bens suficientes para a satisfação de crédito em dinheiro, na *alienação* do bem em hasta pública *etc.* (arts. 806, § 2º, 831 *etc.*). Os atos de constrição sobre bens são realizados *preponderantemente no processo de execução* ou na fase de cumprimento de sentença, cuja função específica é propiciar a satisfação prática e não o julgamento – mas também na fase

Por outro lado, a categoria *jurisdição* abrange as espécies *jurisdição contenciosa* e *jurisdição voluntária* (ou *graciosa*), não obstante tradicionais lições no sentido de que esta não seria *nem jurisdição nem voluntária* (*infra*, n. 161) – mas os árbitros só praticam a *jurisdição contenciosa*, jamais a *voluntária*.

160. espécies da jurisdição estatal

Sendo *una* como expressão do poder estatal, que é também uno e não comporta divisões (*supra*, n. 155), a rigor a *jurisdição estatal* não seria suscetível de classificação em espécies. A própria distinção entre *jurisdição contenciosa* e *voluntária* tem por fundamento o modo mais ou menos explícito pelo qual os conflitos chegam a juízo e a solução mais ou menos direta que eles recebem por obra do juiz, sem a mínima insinuação de que se tratasse de *duas jurisdições* realmente distintas e, portanto, de *dois poderes* (*infra*, n. 161).

As conhecidas classificações das *espécies de jurisdição* justificam-se, apesar disso, pela utilidade didática de que são portadoras e por serem elementos úteis para o entendimento de uma série de problemas processuais, como a competência, graus de *jurisdição*, poderes decisórios mais amplos do juiz em certos casos *etc.*

Segundo o costume doutrinário tradicionalmente estabelecido classificam-se as espécies da *jurisdição*: a) *segundo o modo como o juiz se comporta diante do conflito*, em *jurisdição contenciosa* ou *voluntária*; b) *segundo a matéria*, em *jurisdição civil* e *penal*; c) *segundo a Justiça competente*, em *jurisdição comum* e *especial*; d) *segundo as fontes formais do direito* relevantes para julgar, em *jurisdição de direito* e *de equidade*; e) *segundo a posição hierárquica do órgão julgador*, em *jurisdição inferior* e *superior*.

161. jurisdição voluntária

Existem situações conflituosas em que o juiz não é chamado a dirimir diretamente o conflito mas a criar situações novas capazes de dar a desejada proteção a um dos sujeitos ou a ambos, como que *administrando* os interesses de um ou de todos. Tem-se nes-

se caso uma atividade judicial (de juizes) que tradicionalmente a doutrina inclui no quadro da *administração pública de interesses privados*. Tal atividade, que é a *jurisdição voluntária*, opor-se-ia à *jurisdição contenciosa*, na qual o conflito existente entre os sujeitos é posto diretamente diante do juiz e dele recebe solução favorável a um dos sujeitos e desfavorável ao outro. O Código de Processo Civil de 1973, ao dizer que “a *jurisdição civil, contenciosa e voluntária*, é exercida pelos juizes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece” (art. 1º), não só afirmava a existência dessas duas vertentes da *jurisdição* (*contenciosa* e *voluntária*) como também mandava que a segunda delas se exercesse segundo os atos, as formas e as garantias inerentes ao processo civil contencioso. O Código vigente não reedita tal dispositivo, provavelmente porque os autores do anteprojeto não pretendiam contemplar a *jurisdição voluntária*, mas estabelece que, “quando este Código não estabelecer procedimento especial, regem os procedimentos de *jurisdição voluntária* as disposições constantes desta Seção” (art. 719). Diante disso e havendo procedimentos a observar, estando presente o contraditório, devendo ser motivadas as decisões e sentenças ali proferidas, operando o duplo grau de *jurisdição* e prevalecendo os padrões ditados pela garantia do devido processo legal (*supra*, n. 132), o que se tem ali é autêntico exercício da *jurisdição*. No estado atual da ciência do processo a afirmação de que a *jurisdição voluntária* não é *jurisdição nem voluntária* não passa de um gracejo destoante dos conceitos hoje aceitos.

Essas características da *jurisdição voluntária* afastam a tradicional ideia de que ela não teria natureza *jurisdicional*, sendo *administração* (*administração pública de interesses privados*). Na *jurisdição voluntária* é tênue o escopo jurídico de atuar a vontade do direito, incluído entre as características da *jurisdição* e do próprio sistema processual, mas isso não basta para desfigurá-la porque o direito moderno dá primazia a outros escopos, notadamente o de solucionar conflitos para pacificar pessoas. A exclusividade do escopo jurídico da *jurisdição*, própria do período conceitual do direito processual civil mas repudiada na *processualística*

moderna (*supra*, nn. 57-58), poderia ser no passado uma válida premissa para a negação do caráter jurisdicional à jurisdição voluntária mas hoje não tem mais essa força. Em todos os casos nos quais o juiz é chamado a exercer a jurisdição voluntária existem sempre alguma *situação conflituosa* e um estado de *insatisfação* que afligem pessoas e necessitam solução. Pode ser um conflito mais ou menos aparente ou intenso, mais explícito ou menos explícito na demanda apresentada ao juiz e que ele resolverá mais diretamente ou menos – mas é sempre a realidade social de um *conflito* que leva o juiz a exercer a jurisdição voluntária, tanto quanto a contenciosa.

Quando um dos quinhoeiros pede em juízo a *alienação de quinhão em coisa comum* (CPC, art. 725, inc. V), isso significa que inexistente concórdia entre ele e os demais coproprietários quanto ao modo de utilizar o bem nem o consenso em aliená-lo. Se houvesse e todos concordassem na alienação por dado preço a algum deles ou a terceiro não seria necessário processo algum: sem conflito inexistente processo e o exercício de jurisdição não tem razão de ser. No processo que então se instaura o juiz determina o valor do quinhão pelas formas adequadas e oferece a todos a *preferência* para aquisição (CC, art. 504), determinando a venda a estranho se nenhum deles a exercer. Tudo se faz em contraditório, com decisões judiciais e possibilidade de recursos, sem embargo de tratar-se de processo de jurisdição voluntária (incluído no título do Código reservado aos *procedimentos de jurisdição voluntária* – arts. 719 ss.).

Há casos em que o conflito é menos aparente e não vem deduzido como tal na demanda trazida a juízo. É o que se dá nos processos de *divórcio consensual*, de *separação judicial consensual* ou de *extinção consensual de união estável* (arts. 731 ss.), sempre motivados por uma crise do matrimônio ou de outra relação familiar e, portanto, *crise jurídica* necessitada de solução. Ali o juiz não é chamado a ditar soluções por ele próprio. Limita-se em princípio a *homologar* o acordo a que os cônjuges hajam chegado, apenas negando a homologação quando certos requisitos mínimos não houverem sido cumpridos (guarda de filhos menores e regime de visitas). De algum modo, portanto, ele sempre estará *decidindo*

e suas decisões ficam sujeitas a recurso. É inegável que, conquanto não exposto conflito algum na petição inicial do processo de separação judicial, é sempre um *conflito* que lhe dá causa. O divórcio, a separação judicial ou a extinção de união estável, quando não houver nascituros ou filhos incapazes, poderão ser obtidos sem qualquer participação jurisdicional, mediante a lavratura de *escritura pública* perante um cartório do foro extrajudicial (CPC, art. 733, *caput* e par.).

Despreocupada dos *conflitos* como núcleo justificador da atividade jurisdicional, a doutrina tradicional indica várias *espécies de jurisdição voluntária*, incluindo habitualmente entre elas certos casos de mera *certificação* feita pelo juiz (legalização de livros comerciais, aposição de *visto*) ou pura e simples *recepção e publicidade* (publicação de testamento particular). Esses atos 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*. Não se referem a *conflitos*, nem lhes dão solução nem se realizam pelas formas do processo civil. *Não são atos de jurisdição voluntária*.

Pelo aspecto teleológico o que distingue a jurisdição voluntária da contenciosa e lhe dá *alguma* dose de autonomia conceitual é sua destinação a dar tutela jurisdicional a um dos sujeitos do processo, sabendo-se de início a qual deles ela poderá ser dada e excluindo-se que a outro o seja. Isso se vê com bastante clareza no processo (de jurisdição voluntária – CPC, arts. 747 ss.) de *interdição* de pessoas sem condições físicas ou psíquicas para a administração de sua própria pessoa e bens. O direito material não atribui a quem quer que seja um suposto *direito subjetivo* à interdição de pessoas de sua família e muito menos o *direito* a exercer os encargos da curatela. Quer simplesmente, sempre a bem da pessoa incapacitada, que ela fique afastada dessa administração e tenha um curador. O processo de interdição, por isso, terminará por dar um curador à pessoa suspeita de incapacidade, se ela tiver necessidade disso; ou a manterá na plena administração de sua pessoa e bens, na hipótese contrária. De todo modo, é sempre *ao interdi-*

tando que a tutela será dispensada. Inexiste aquela abertura, coesencial aos processos de conhecimento de jurisdição contenciosa, à concessão de tutela jurisdicional a quem tomou a iniciativa do processo (demandante, autor) ou à parte oposta (demandado, réu). No processo judicial de divórcio consensual (também de jurisdição voluntária) ambos os cônjuges são tutelados mediante a homologação do acordo que hajam celebrado para o desfazimento do vínculo conjugal reputado inconveniente pelos dois.

Bem próximo a esse critério diferenciador chegou uma doutrina, formulada entre muitas na tentativa de conceituar a jurisdição voluntária: aquela segundo a qual o juiz atuaria *parcialmente* nesses processos – e não com imparcialidade, como na jurisdição contenciosa (Giovanni Cristofolini). Na realidade, jamais o juiz pode atuar com parcialidade, entendida esta como predisposição a julgar em favor de um dos sujeitos processuais independentemente da verdade dos fatos e da boa interpretação do direito. Na jurisdição voluntária, onde o juiz em certa medida sempre julga, o julgamento será sempre *imparcial*, ainda que o processo em si mesmo seja aparelhado a dar a tutela a determinado sujeito (como na interdição) ou a ambos (como na separação consensual). Dessa necessária *imparcialidade* inerente ao exercício da jurisdição decorre o dever judicial, mesmo em processos de jurisdição voluntária, de dar sempre uma solução aderente ao direito material, segundo os fatos concretos do caso e as provas produzidas, sem favorecimento a uma das partes em detrimento da outra.

Com essas características, jurisdição voluntária define-se como a atividade jurisdicional destinada a pacificar pessoas mediante a tutela a uma delas ou a ambas em casos de conflitos postos diante do juiz sem confronto entre possíveis direitos de uma ou de outra.

Em síntese, as características distintivas da jurisdição voluntária são essas: (a) é atividade jurisdicional e não administrativa, (b) destina-se à tutela de pessoas em casos de conflito, (c) não consiste em dirimir diretamente conflitos entre elas, (d) conseqüentemente, não são julgadas pretensões antagônicas, (e) destina-se a dar tutela a uma das partes, previamente determinada, ou a ambas, sem se colocar para o juiz a escolha entre tutelar uma delas ou a outra,

e (f) apesar disso, deve sempre ser exercida pelo juiz com inteira imparcialidade.

162. jurisdição civil ou penal

Fala-se inicialmente em *jurisdição civil* em contraposição a *jurisdição penal*, em simetria com a classificação do próprio direito processual em *direito processual civil* e *direito processual penal*. Assim como a rigor o direito processual não comporta tais adjetivações, sendo invariavelmente um conjunto de normas e princípios de direito público e tendo objeto próprio (*supra*, nn. 9-11), assim também a jurisdição não é civil ou penal, ao sabor dos fundamentos penais ou não penais das pretensões sobre as quais ela se exerce. Aceita porém a conveniência prática dessa classificação, tem-se por *jurisdição civil* a que se exerce para a solução de conflitos segundo preceitos de direito não penal: a grande extensão da área coberta por essa *espécie de jurisdição*, máxime nos sistemas em que inexiste a justiça administrativa (contencioso administrativo), põe sob a autoridade dos *juízes civis* todos os litígios fundados em direito civil, comercial, administrativo, tributário e constitucional. Inexistindo outro adjetivo que represente melhor essa abrangência da *jurisdição civil*, por essa locução entende-se a jurisdição exercida *em matéria não penal*.

A distinção entre as *jurisdições civil e penal* é levada em conta pelas leis de organização judiciária ao fixarem a competência de varas cíveis ou criminais ou ao dividirem os tribunais em seções. Não se chega porém ao ponto de, a partir da divisão estrutural de tribunais como o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Justiça de São Paulo e outros, subdividir a jurisdição civil em *jurisdição de direito público* e *jurisdição de direito privado*.

163. jurisdição comum ou especial

Tanto no âmbito da jurisdição civil quanto da penal costuma-se fazer a distinção entre *jurisdição comum* e *jurisdição especial*. Essas subclassificações têm por critério *aproximativo* a natureza das normas jurídico-substanciais com base nas quais os conflitos