

JOSÉ DE MOURA ROCHA

SÔBRE AS DIFICULDADES  
DOS ESTUDOS DA  
JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

F  
341.468  
R672 A

RECIFE  
1964



JOSÉ DE MOURA ROCHA

SÔBRE AS DIFICULDADES  
DOS ESTUDOS DA  
JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

SEPARATA DA REVISTA DA ORDEM  
DOS ADVOGADOS DE PERNAMBUCO

*A Assembleia de Direito da ODP  
oferece gratificação.*

*Recife, 10/1/68.*

RECIFE  
1964

Ac: 401533

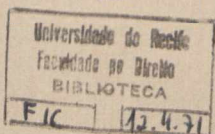
Reg.: 8952524

ex.1

Para

Minha espôsa, pelo 30 de junho de 1964;  
minha mãe;

meus filhos: Maria do Carmo,  
José Márcio,  
Maria da Conceição,  
Maria do Rocio,  
José Elias.



Aos bachareis de 1964 da Faculdade de  
Direito da Universidade do Recife.

## SÔBRE AS DIFICULDADES DOS ESTUDOS DA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

*José de Moura Rocha*

(Livre docente da Fac. de Direito da  
Universidade do Recife)

### I — NOÇÕES GERAIS; CLASSIFICAÇÕES.

1 — **Luiz Loreto** ao tratar da "Teoria Integral do Processo Civil" (1) acentua que para se alcançar resultados positivos nos estudos processuais, faz-se mistér um estudo sem tréguas dos pesquisadores que, solucionando um problema, de pronto têm frente a si, outros problemas exigindo de igual maneira, novos estudos sempre "com fé nos resultados e carinho na situação investigadora. Na verdade :

"Quando l'una paglia è tritta,  
quando la sua semenza è già riporta,  
a batter l'altra dolce amor m'imita."

*riporta  
imita*

(Dante, Paradiso, XIII, 34).

O renomado mestre venezuelano refere-se, genericamente, aos diversos assuntos processuais e, ao tratarem dêles os processualistas deparam-se com problemas que, mal resolvidos ou mesmo mal equacionados, geram outros tantos problemas a exigir cuidadosa e severa reformulação além das pesquisas quase sempre obrigatórias nas novas e contínuas tentativas de êxito, de soluções.

2 — Entre os temas mais insistentemente considerados pelos estudiosos do processo civil, encontramos o da jurisdição voluntária ocupando posição de especial relêvo. Insistentemente considerado, dissemos, porque é dêstes temas que, quando da sua consideração, não só apresenta controvérsias, dúvidas, dificuldades — pelos tempos afora e a enfrentar os pro-

---

1 — *Luiz Loreto* — La sentencia de "declaración de simple o de mera certeza" in: *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*, pg. 411.

cessualistas —, como também porque há sempre um “rinnovato interesse” suscitante, modernamente, de “una serie di pagine assai pregevoli” no dizer de **Ello Fazzalari**. (2)

Choques de teorias, posições doutrinárias várias, correlações com momentos políticos, econômicos, sociais... são razões concorrentes, igualmente, para dificultar o estudo da jurisdição voluntária. A indagação exigida sobre todos os problemas e aspectos que concernem à jurisdição voluntária, tornam-no dos mais difíceis.

Contudo, acreditamos ser o estudo de sua natureza, o ponto alto das pesquisas que envolvem o tema que ventilamos. (3) Sem precisá-la devidamente e com exatidão, estaremos sempre face ao problema de apontar a qual jurisdição pertence este ou aquele procedimento: se pertence à jurisdição contenciosa, se pertence à jurisdição voluntária. Eloquente depoimento encontramos em **Sentis Melendo** (4): “... claro que seria muito mais, se soubéssemos com certeza, com exatidão, com precisão, em que se diferencia um e outro tipo de jurisdição, e onde começa uma e acaba outra. De todas as maneiras, e ainda que este conhecimento não seja perfeito, a atribuição de um ou de outro tipo pode ter conseqüências importantes. Não constitui nenhuma confissão atrevida nem descarada o dizer que eu não sei com clareza o que é a jurisdição voluntária. Muitos dos que não o confessam, e até dão definições em seus livros, fazem-no porque não se detiveram a pensar no problema. O certo é que nem Chiovenda cujo conceito de jurisdição tanto ajuda a resolver tantos problemas nem mesmo no capítulo que dedica especialmente a distinguir uma e outra espécie de jurisdição, logrou a ansiada clareza”.

Complementando as palavras de **Sentis Melendo** devemos acrescentar uma outra característica dos estudos sobre a jurisdição voluntária. Será o espírito polêmico dominado, não poucas vezes, pela vivacidade e sobrepondo-se a inúmeras noções fundamentais além de deixar para um plano secundário os problemas mais diretamente ligados à jurisdição voluntária o que é altamente prejudicial ao seu estudo. Assim, bem justa é a surpresa de **Elio Fazzalari** ante o “rinnovato interesse” a que acima nos referimos seguindo-se aos decênios passados sem estudos “maiores e mais aprofundadas indagações” justificantes do pensamento de **Oecker** de ser a jurisdição voluntária merecedora de tratamento de madrastra. Não será de surpreender, assim, o encontrarmos em **L. Spiegel**: “a Jurisdição Voluntária, o nobile officium iuditis, não costuma ser objeto da ciência processual; a quem buscasse na literatura ou nas audiências judiciais infor-

---

2 — **Elio Fazzalari** — La giurisdizione volontaria, pg. 1.

3 — **José de Moura Rocha** — Da natureza da jurisdição voluntária (em preparação).

4 — **S. Sentis Melendo** — El derecho procesal civil, 1.º vol. pg. 360.

mações sobre os fenômenos da vida jurídica, sairia com a impressão de que o procedimento extra-litigioso possui uma importância bem inferior à do processo civil". (5)

3 — Não bastando tôdas estas dificuldades e razões, surge o problema de colocar a jurisdição voluntária entre as distintas funções do Estado o que nos pode levar a ampliar o conceito de jurisdição a um ponto onde não mais pudéssemos distinguir jurisdição e administração. Evidente que tal não deve acontecer pois, além de inexato seria ilógico: as duas funções seriam a mesma cousa muito embora fôsem denominadas com formas distintas de conformidade com os órgãos que as exercesse. (6)

Paralelamente ainda há de se considerar a própria evolução da jurisdição, em sentido lato, através dos séculos. Isto porque não se pode negar, de nenhuma maneira, a referida evolução da mesma maneira que evoluem as instituições políticas, sociais, jurídicas, etc. Tôdas estão fadadas a se transformarem conforme sejam as influências daqueles múltiplos fatores que envolvem o todo social. Se consideramos a jurisdição e a administração sob este ângulo, vamos encontrá-las aproximando-se a ponto de quase se confundirem ou afastando-se, digamos, quase a polos contrários.

Estas razões tôdas não escaparam aos estudiosos. Assim, a **Micheli** não passou despercebido o perigo de haver uma limitação de estudo da jurisdição voluntária, aos princípios gerais, consequência natural, normal da maneira de como se estudava a jurisdição voluntária. São palavras suas: (7) "È sempre stato, infatti, insito nella stessa materia della g. vol., il soffermarsi esclusivamente sui principi generali, senza vagliare poi la rispondenza degli stessi alla concreta deduzione delle conseguenze pratiche, nascente dalla applicazione della legge".

A estranheza de **Alcalá Zamora** (8) poderá ser compreendida: "a insípida passagem de Marciano, vencendo terras e mares, tenha prevalecido através dos tempos". E, depois de nos mandar buscar entre os romanos, as origens da jurisdição voluntária, refere-se ao seu conteúdo "heterogêneo" e acentua a variedade extrema "en contenido y en tramitación" para

---

5 — in: *Frederico Marques* — Ensaio sobre a jurisdição voluntária, pg. 173.

6 — Cfr. *David Lascano* — "Jurisdicción y proceso", in: *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*, pg. 377.

7 — *Gian Antonio Micheli* — "Prospettive critiche in tema di giurisdizione volontaria". in: *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, 2.º vol. pg. 379.

8 — *Niceto Alcalá Zamora* — "Premisas para determinar la indole de la llamada jurisdicción voluntaria". in: *Studi in onore di Enrico Redenti*, 1.º vol. pg. 12 e ss.

acentuar : "Essa diversidade faz de tal maneira difícil extrair a característica essencial e comum a todos êles (refere-se aos autores) para definir a jurisdição voluntária que, como é sabido, processualistas eminentes se contentam com o assinalar-lhe o âmbito que reconheça o direito Positivo". Exemplifique-se com **Rosenberg**, **Hellweg**, **Wolff**, entre outros.

4 — Para **Rosenberg** <sup>(9)</sup>, por exemplo, as diferenciações entre as duas espécies de jurisdição não podem, primeiramente, ser extraídas do nome. Na verdade, o "litígio" do processo civil não pressupõe contenda e a jurisdição voluntária serve, não poucas vezes, à solução de contendas.

Em segundo lugar, também é errônea a concepção segundo a qual, a jurisdição voluntária serve para a criação de direitos e a contenciosa serviria para a solução do direito existente.

Em sendo assim, "a diferenciação só pode ter êxito **SÔBRE A BASE DO DIREITO VIGENTE**. Êste, por motivos de conveniências em interesse de uma solução mais sensível e rápida, em atenção a uma maior quantidade de interessados e outras considerações semelhantes, tem remetido com freqüência, assuntos ao procedimento de jurisdição voluntária que também sucedem em forma igual ou semelhante no procedimento de jurisdição contenciosa, e, à inversa, tem remetido assuntos à jurisdição contenciosa que também poderiam ser resolvidos na voluntária". Seria, destarte, conclusão de **Rosenberg** : "Segundo isto, parece impossível assinalar no direito vigente uma razão de diferenciação material entre a jurisdição contenciosa e a jurisdição voluntária. Tão pouco é necessária porque a lei, mediante a remessa de assunto de tutela, de herança, de registro, etc. tem destacado que êste assunto é subtraído à via processual".

Conforme veremos adiante, a matéria concernente à jurisdição voluntária, no direito alemão, é objeto de legislação especial.

Autores outros, como por exemplo, **Calamandrei** <sup>(10)</sup> no direito italiano, apresenta para distinguir as duas espécies de jurisdição, razões de ordem diversa : "A jurisdição voluntária ainda quando exercida por juizes, distingue-se praticamente da verdadeira jurisdição também pela diversidade dos procedimentos mediante os quais a mesma se exerce (O C.P.C. fala de "Procedimentos em Câmara de Conselho" art. 737 e ss; mas a mesma expressão de "jurisdição voluntária" não lhe é desconhecida, art. 801)".

Por sua vez, **Prieto Castro** <sup>(11)</sup> lembra que a expressão voluntária é

---

9 — **L. Rosenberg** — Tratado de derecho procesal civil. 1.º vol. pg. 74.

10 — **P. Calamandrei** — Instituciones de derecho procesal civil, según el nuevo código. pag. 115.

11 — **Prieto Castro** — "Concepto de jurisdiccion voluntária". in: Cuestiones de derecho procesal civil. pg. 637.

“ocasional” se não expressa, por si, “que seu objeto fundamental seja crear e desenvolver relações jurídicas”. E quanto ao objeto, ainda distingue **Prieto Castro** a jurisdição voluntária da contenciosa porque o objeto da primeira é “a proteção e a conservação de ditas relações privadas, ainda que, está claro, esta delimitação não aparece de toda exata por causa da existência de matérias que não se encaixam abertamente em nenhuma das duas, por exemplo, o procedimento para a interdição e, segundo autores, o processo por editos públicos”.

Entre nós, **Pontes de Miranda** <sup>12)</sup> doutrina: “O verdadeiro critério discriminativo é o que PRETENDEM as partes. Porque daí resulta tudo o mais”.

Dezenas de autores poderíamos juntar aos indicados para constatar as variedades de orientação, de doutrina, de interpretação.

Completando a caracterização dos estudos sobre a jurisdição voluntária, patenteia-se a ausência de unanimidade mesmo no que diz respeito às noções primeiras ou fundamentais do assunto e, até mesmo, na falta de uma sistematização metodológica. A maneira de como tem sido encarados os vários problemas da teoria geral a par de noções próprias ao tema da jurisdição voluntária, não exaurem, em absoluto, as dúvidas nem as controvérsias.

Daí a necessidade, lembra **Fazzalari** <sup>(13)</sup> de serem preparados vastos esquemas que possam sistematizar a jurisdição voluntária da mesma maneira de como acontece com outras atividades. Estabelecer-se-á, então, ser a jurisdição voluntária “non una categoria autonoma, ed entrambi questi compiti presuppongono l’analisi del dati positivi più semplici, molte volte difficili ad reccogliere e depurare”.

5 — As poucas concordâncias encontradas entre os autores não nos impede dizer com **Alcalá Zamora** <sup>(14)</sup>: “pocas vezes uma construção jurídica, de existência plurissecular e plurinacional, como a que nos ocupa, HABRA DESCANSADO SOBRE CIMIENTO TAN DELEZÑABLE...”

**De Marine** <sup>(15)</sup> lembra-nos algumas. Ao tratar da doutrina italiana escreve: “uma certa concordância no julgar a jurisdição voluntária como uma atividade substancialmente administrativa desenvolvida sob formas judiciais” existiu entre os autores italianos. Estes discordavam entre si quanto aos critérios discriminativos das duas espécies de jurisdição. Já entre os alemães, persistia a doutrina de se considerar as duas jurisdições

---

12 — **Pontes de Miranda** — in: *Frederico Marques*, op. cit. pg. 72.

13 — **Elio Fazzalari** — Op. cit. pg. 5.

14 — **Niceto Alcalá Zamora** — Op. cit. pg. 5.

16 — **Carlo de Marini** — “Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria”, in: *Riv. di Diritto Proc. Civile*, ano 1954, n.º 4, pg. 255.

como ramos da jurisdição civil. Mas, recentemente, ante as novas orientações italiana e alemã verifica-se a afirmação, na Itália, da natureza plenamente jurisdicional de tal atividade, "GENUS autonomo accanto a giurisdizione e amministrazione; mentre in Germania incominciano a prender corpo teoria amministrativische..."

Temo-nos referido, anteriormente, a controvérsias, dificuldades, dúvidas a se sucederem no estudo da jurisdição voluntária. O progresso da ciência processual que poderia e deveria até, ser elemento decisivo para a solução de todas estas situações surgidas ao sabor dos estudos e das pesquisas, paradoxalmente surge como elemento, digamos, quase que negativo. Mas, que se entende este caráter "negativo" de maneira exata. Melhor diríamos, talvez, caráter próprio a retardar os estudos ou as soluções concernentes à jurisdição voluntária.

Onde encontramos este retardamento? Nas verdadeiras alterações na ciência processual a se refletirem diretamente sobre os estudos da jurisdição voluntária. **Enrico Allorio** <sup>(16)</sup> refere-se a êle e assinala: **Cappelletti** contestando que a coisa julgada constitui "il segno" da jurisdicionalidade, **Carnelutti** negando o império da coisa julgada em todo um inteiro setor do processo e "precisamente o processo penal"; **Minoli** que "accorda ad atti, che io non ritengo possano chiamarsi giurisdizionale, e che non mi sembra però rigorosamente differenziarsi della cosa giudicata in senso proprio, di cui quegli atti sono privi". Não importa que algumas destas alterações propostas tenham sido postas de lado pelos seus próprios autores.

Bem difícil sistematizar o tema jurisdição voluntária; precisar as suas origens e determinar a sua evolução; distingui-la de espécie outras de jurisdição; enquadrá-la dentro dos princípios gerais do processo. Surgirão as tentativas de classificações a par das novas tentativas de explicações.

6 — Para sair-se da barafunda gerada pela jurisdição voluntária, **Alcalá Zamora** <sup>(17)</sup> sugere que se diferencie três grupos de procedimentos:

1.º) aquêles que, de maneira preventiva, preparatória ou cautelar possuem eventualidades processuais, mesmo sem surgir, em definitivo, o processo.

2.º) aquêles que, à margem de toda perspectiva processual, tem por objeto oferecer maiores garantias na tramitação de expediente tais como na autorização, na homologação, etc.

3.º) aquêles que, devido a vantagens várias, podem ter o julgador substituído por notários, oficiais do registro civil ou de propriedade, corretores de comércio, etc.

16 — **Enrico Allorio** — "Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione volontaria". in: *Problemi di diritto*, 2.º vol. pg. 58.

17 — **Niceto Alcalá Zamora** — *Op. cit.* pag. 14.

Seguindo-se o pensamento de **Zamora** e considerando os métodos de opiniões quanto a natureza da jurisdição voluntária teremos :

1.º) concepções apriorísticas e nacionalistas. Deve-se considerar aí :

- a) etiquetas fixas;
- b) aspectos repressivo e preventivo;
- c) carácter constitutivo;
- d) legislação de cada país.

2.º) litígios baseados em diferenças insuficientes ou secundárias. Ter-se-á presente as diferenças procedimentais.

3.º) tese administrativista.

Finalmente, conforme denominou o seu próprio autor : o "caminho para solução" onde se há de considerar os aspectos seguintes :

a — pressupostos

- 1 — litígio
- 2 — negócio

b — atividade

- 1 — extraprocessual
- 2 — jurisdicional
- 3 — de causa julgada.

c — definição.

Se **Alcalá Zamora**, além de classificar apresenta caminhos para solucionar o problema da jurisdição voluntária, o mesmo não acontece com os demais autores. Em geral, limitam-se ao primeiro aspecto, isto é, ao classificar. Neste sentido temos **Baur** <sup>(18)</sup> agrupando as orientações no estudo da jurisdição voluntária em quatro grupos :

a — Zwecktheorien (consideram o fim) que se subdivide em três ramos encabeçados por :

- 1 — **Wach**
- 2 — **R. Schmidt** e **Goldschmidt**
- 3 — **Hellweg**.

b — Objekttheorien (consideram o objeto)

c — Mitteltheorien (consideram o meio)

d — positivistisch Theorien quando se há de considerar dois aspectos :

---

18 — **Fritz Baur** — *Freiwillige Gerichtsbarkeit*. 1.º vol. pg. 27 e ss.



1 — positivo

2 — negativo

**Baur** procura nestes quatro grupos, as delimitações das duas espécies de jurisdição.

**Allorio** <sup>(19)</sup> não apresenta uma classificação propriamente dita. Limita-se a indicar Teorias :

a — administração pública de direito privado (**Micheli**)

b — negociabilidade (**De Martino**)

c — prevenção da lide (**Carnelutti**)

d — interesse geral que dá razão à tutela em presença de uma situação de fato (**Satta**)

Partindo da orientação de **Allorio** poderíamos acrescentar, além da teoria do mesmo, a jurisdição voluntária

e — como um genus autónomo (**Fazzalari**).

Outras tentativas de classificações poderiam ser apontadas. **Corradino Caluori**, **Antonio Visco**, entre tantos outros, também sugerem classificações. <sup>(20)</sup>

Interessante notar que há um critério dominante nas classificações. É o da nacionalidade. Parece que as fronteiras da jurisdição voluntária continuam fechadas. Apesar das indicações bibliográficas, os autores estrangeiros são postos de lado como no caso, por exemplo, das classificações de **Allorio**, **Baur**.

Não são poucas as tentativas de classificações que encontramos para estudar a jurisdição voluntária. As causas das profundas divergências que se encontram entre elas são das mais variadas e profundas e a sua origem talvez esteja no fato de tratar-se, a jurisdição voluntária, conforme **Visco** <sup>(21)</sup> : "...di materia, quanto mai incerta e discussa, nella sua funzione, nella sua finalit , e perfino nella sua denominazione. Infatti il termino stesso di "giurisdizione volontaria"   improprio e si riporta etimologicamente ad un concetto romano superato".

Finalmente vejamos o prof. **Lopes da Costa** <sup>(22)</sup> ao classificar os doutrinadores da jurisdição voluntária em tr s grupos :

---

19 — **Enrico Allorio** — Saggio polemico sulla "giurisdizione" volontaria. in: Problemi di diritto, 2.  vol. pg. 12.

20 — **Corradino Caluori** — Giurisdizione volontaria, pg. 7; **Antonio Visco** — I Procedimenti di giurisdizione volontaria. pg. 3 e ss.

21 — **Antonio Visco** — Op. cit. pg. 3.

22 — **Lopes da Costa** — A administração pública e a ordem jurídica privada. Pg. 55 e ss.

- a) Num primeiro grupo os autores que “acham insolúvel o problema”.
- b) Num segundo grupo “os que apontam um critério positivo” e
- c) Num terceiro grupo os que se “decidem por critério negativo”.

Desenvolvendo a classificação apresentada pelo ilustre professor mineiro, teremos uma idéia bastante ampla de como é encarada a jurisdição voluntária pelos processualistas. Não importa, por outro lado, as divergências que, porventura, venham a surgir.

Muito embora achemos que os dois últimos grupos não correspondem à realidade dos estudos processuais, não nos podemos furtar em admitir o primeiro como representativo de um ceticismo que existiu, por muito tempo, e ainda perdura em nossos dias.

Entre os autores que acham o problema da jurisdição voluntária insolúvel estão, entre outros **Josefs** para quem ninguém “pode dizer se este ou aquele feito pertence à jurisdição voluntária, mas, apenas que ele assim o entende”; **W Kisch** é outro autor que pode ser enquadrado neste grupo. Para ele, a jurisdição voluntária no direito alemão “compreende um número considerável de negócios de natureza mais diversa e fins diferentes que apenas se podem agrupar sob um ponto de vista sistematizador”. Acrescente-se, ainda : **Weissmann, Calda, Andrioli**.

Conforme já ficou salientado, **Lopes da Costa** além de apresentar aqueles autores que acham ser insolúvel o problema da jurisdição voluntária, apresenta os que se agrupam em critérios “positivos” e “negativos” para explicarem a jurisdição voluntária. Há, na opinião do renomado processualista, uma simplificação do problema quando se busca equacioná-lo em termos de ser a jurisdição voluntária judicial ou administrativa. E, não nos resta dúvida, de inteiro cabimento da alegação de **Lopes da Costa** e isto porque não se pode prescindir dos fins, meios, objeto, natureza da jurisdição voluntária em particular, e da jurisdição em geral o que não se conseguirá na pura e simples consideração do aspecto de ser a jurisdição voluntária, judicial ou administrativa. Tal seria, apenas, uma faceta do problema.

Consideremos, pois, o que o professor mineiro engloba nos critérios “positivo” e “negativo”.

Sob a epígrafe “positivo” reúne **Lopes da Costa** :

a — o critério “que tem como sinal estar o processo assim, como de jurisdição voluntária, classificado em lei”. O exemplo maior é a legislação especial alemã que “poderia apenas ter valor prático. Não interessa à doutrina, nem à jurisprudência”.

b — o critério “da atitude das partes”. Lembra **Lopes da Costa** que na jurisdição voluntária “as partes, de comum acôrdo, procuram o juiz para um mesmo fim, um mesmo resultado”. Mas, lembra o nosso autor: “...na jurisdição contenciosa nem sempre há dissidência”.

c — o critério pelo qual “a jurisdição voluntária tem função preventiva contra futuras lesões de direito”. Comenta o autor: “o critério é equívoco, pois na jurisdição contenciosa há as ações preventivas ou cautelares”.

d — o critério segundo o qual “a função jurisdicional se destina a declarar a existência do direito e realizá-lo, se necessário”. A que acrescenta: “Na jurisdição voluntária, se procura algo de novo. Tende-se à criação de relações jurídicas”. Entre os que assim pensam, assinala: **Wach, Chiovenda, Lent**.

e — o critério de ser a “jurisdição voluntária o processo atribuído aos juizes especiais dessa jurisdição”. Mistér, no caso, que exista uma separação de classes na magistratura.

Vistos os critérios “positivos”, passemos aos “negativos”.

a — Na lei, a palavra ação é sinal negativo da existência da jurisdição voluntária. “Em verdade, a jurisdição contenciosa pressupõe a preexistência de um direito a declarar...” Ademais, “Na ação, uma parte (autor) pretende a satisfação de um direito seu contra a outra (réu), ou em face dela”. Dentro deste raciocínio **Lopes da Costa** apresenta o primeiro critério “negativo” e ajunta que, calcando-se no direito positivo, não tem “valor decisivo para a doutrina pura”.

b — Calca-se na existência da ação. E o “direito de ação pressupõe uma situação de fato não conforme o direito”.

Conforme a “existência da ação”, quando da instauração “de um processo Ex-officio é sinal infalível de jurisdição voluntária. Na contenciosa, processo algum por essa forma, se inicia”. A esta altura cumpre apresentar a conclusão alcançada por **Lopes da Costa**: “Como se vê dos critérios acima expostos, o problema da distinção entre a jurisdição chamada voluntária e a contenciosa é o mesmo da verificação da função específica do poder judiciário e da administração pública”.

## II — TERMINOLOGIA; LEGISLAÇÃO; DOCTRINA.

7 — Especificamente, a primeira dificuldade que se nos apresenta ao estudarmos a jurisdição voluntária, concerne à sua própria terminologia.

**Alcalá Zamora** <sup>(23)</sup> em seu conhecido e apreciado estudo “Premisas para precisar la indole de la llamada jurisdiccion voluntaria”, depois de considerar as dificuldades externas e as dificuldades internas, oferecidas pelo tema, ao tratar do NOMBRE INADECUADO acentua: “pero que el insipido pasage de Marciano, ya sea autentico o interpolado, haya resistido

---

23 — Niceto Alcalá Zamora — Op. cit. pg. 20.

las inclemencias del tiempo, engendrado numerosas teorías y creado dificultades sin fin, es algo que debiera producir estupor, ya que no posa de insinuar una distinción, sin fijarle un solo rasgo o atributo. Mas de el arranca el nombre, que ha prevalecido contra vientos y mares”.

Não existem palavras em qualquer estudo sobre a jurisdição voluntária que apresente o problema da terminologia sua, com tintas tão veementes e exatas.

Na verdade, a expressão mesma de jurisdição provoca dificuldades na compreensão do instituto e isto porque a mesma expressão deixa antever tratar-se de uma verdadeira jurisdição dependendo, conforme lembra ainda **Alcalá Zamora** “o seu exercício da vontade das partes ou do juiz”. Mas, tal não acontece muito embora a palavra jurisdição quando acompanhada do termo voluntária terá significado diverso de quando estiver isolada ou acompanhada de qualificativos como: civil, penal, administrativo, etc.

Contudo, vencendo “ventos e mares” a expressão prevalece apesar do próprio Carnelutti haver proposto a sua substituição para “processo voluntário” proposta esta que o seu próprio autor negaria, mais tarde, validade.

Ao fazer a tentativa de substituição, apresentou **Carnelutti** considerações de alto valor. Escrevia ele, então (24): “Verosimilmente el nombre de jurisdicción voluntaria deriva de que el juez no decide entre litigantes, e en consecuencia contra uno de ellos (contra volentem), sino frente a uno solo que le pide su decisión (adversus colentem); en este sentido, la denominación si no es bastante expresiva, tampoco es incorrecta y incluso la causa de la dificultad de encontrar una mejor debe mantenerse, extendida a la jurisdicción al proceso, porque puede ser voluntario no solo el proceso jurisdiccional, sino tambien el proceso ejecutivo y incluso tambien el proceso cautelar”.

Propondo a expressão processo voluntário, **Carnelutti**, na opinião de **Alcalá Zamora** (25), admitiu uma ampliação. Aí estaria incluída a falência. Sobre o tema voltaremos adiante. Continuando, **Alcalá Zamora** ainda acentua que além da referida ampliação, implica o pensamento carneluttiano numa substituição do jurisdiccional pelo processual como qualificativo do valor genérico que acompanha a função e o ofício.

A expressão processo voluntário não prevaleceu, dissemos. Referindo-se ao assunto, ainda **Alcalá Zamora** escreve: “Y cuando en las Instituciones prescinde del proceso sin litigio, el adjetivo “improprio” se transfiere, aunque con reservas, al “proceso” voluntario. Ello confirma que el preten-

---

24 — *Francisco Carnelutti* — *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, pg. 46.

25 — *Niceto Alcalá Zamora* — *Reforma del enjuiciamiento civil cubano*. in: *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, pg. 124.

dito "proceso" voluntario no lo es en rigor. Ademais, ¿a que hablar de proceso en sentido **formal**, cuando disponemos del término Procedimiento? a que confundir tipos de proceso y formas de procedimientos?"

Exemplifica o tratado autor lembrando o caso da falência no direito espanhol. É, aí, um juízo universal, um procedimento do processo civil, ou seja, um elemento de jurisdição voluntária que se movimenta devido a dois princípios: o da OFICIALIDADE e o da INICIATIVA DAS PARTES. Contrariamente, **Carnelutti** afirma que a falência é um **processo voluntário** e isto porque o devedor QUER CUMPRIR, MAS NÃO PODE, diferenciando-se, assim, do processo executivo no qual, o devedor PODE, mas não QUER CUMPRIR".

Outras considerações que devemos lembrar e que versam sobre o processo voluntário, são as de **David Lascano** (26). São por demais interessantes e nos contentamos na sua apresentação, sem quaisquer comentários. Escrevia o pranteado processualista: "Com efeito, em doutrina, fala-se de "processo de conciliação", de "processo cautelar", de "processo arbitral", nenhum dos quais é de essência jurisdicional, obstante desenvolverem-se os primeiros, como os demais chamados "voluntários", em campo estritamente judicial, e de constituírem alguns dêles, meios juridicamente idôneos para compor a litis". Prossequindo: "É que o fato de formar-se e desenvolver-se o processo sem intervenção do órgão da justiça, nem o de servir ao propósito de resolver um conflito de interesses regulado pelo direito, dão por si sós caráter jurisdicional. Esse caráter tem unicamente o processo contencioso, compreendido o de execução, porque é neles que se manifesta a atividade específica do Estado, denominada jurisdição".

Mais propriamente sobre o processo voluntário, são ensinamentos seus: (27) Após lembrar que a conclusão que alcançara em "Jurisdicción y competencia" no sentido de ser o conhecimento da jurisdição indispensável para "compreender conceitualmente e em toda a sua integridade o direito processual" para acrescentar que chegou a fazer tal afirmativa "depois de observar o processo e de comprovar que êle adquiriu relevância na ciência jurídica, só enquanto se forma em razão de se requerer e de se prestar a função jurisdicional que exerce o Estado para resolver os conflitos de interesses resultados entre os particulares", conclui: "Essa função é, em definitivo, o conteúdo substancial do dito ramo do direito, ainda que ela tome seu nome de fenômeno que considera e não da atividade que produz".

Ante toda a importância conferida à jurisdição, com justeza, **Lascano** prossegue e trata do processo voluntário: "De ordinário, o processo desenvolve a atividade jurisdicional do Estado, e tudo faz pensar que êste foi

---

26 — *David Lascano* — Op. cit. pg. 371.

27 — *David Lascano* — Op. cit. pg. 371.

o único destino e princípio; mas hoje, como é sabido, serve também a outros fins. Daí que, ao lado do processo contencioso, ou seja, do propriamente jurisdiccional, tenha existido outro, o "processo voluntário", mais conhecido com o nome de jurisdição voluntária, que, desde logo, busca outros propósitos que o da composição da lide. Devido a esta variação, explicável por uma série de circunstâncias que não é o caso indicar, o processo tem, no campo judicial uma relevância aparente maior que a própria jurisdição que lhe deu origem".

8 — Um nome prevalecendo contra ventos e mares... Não poderia haver mais feliz expressão que esta de **Alcalá Zamora** para indicar toda a complexidade que encara nos ao considerar a jurisdição voluntária. Apesar de tudo há unanimidade dos autores quanto a expressão apesar das dificuldades apontadas por **Alcalá Zamora** ou devido à falta de melhor nome conforme salienta **Carnelutti**, ou, conjuntamente, devido a ambas as motivações.

Continua-se a falar em jurisdição voluntária, muito embora a expressão venha sempre precedida de adjetivo que lhe nega o caráter de jurisdição, propriamente dita.

Encontramos na doutrina alemã: DIE SOGENNANTE FREIWILLIGE GERICHTSBARKEIT; entre os franceses: JURISDICTION GRACIEUSE ou VOLONTAIRE; entre os italianos: LA COSÌ DETTA GIURISDIZIONE VOLONTARIA; entre os espanhóis: LA LLAMADA JURISDICCION VOLUNTARIA. Na língua portuguesa: JURISDIÇÃO VOLUNTARIA (por vezes: gratuita, graciosa, honorária...)

Fato interessante a ser salientado é a presença de Sogennante, la così detta; la llamada que indicam uma aceitação, digamos prática, talvez pelos motivos já apontados, mas não indicam a sua verdadeira significação. Justas e precisas são as palavras de **Alcalá Zamora** (28): "Y sin embargo, pese a sua notoria impropriedad, el nombre subsiste y resiste, por el lastri de la tradicion, tan fuerte en el campo, y, acaso mas, porque la variedad extrema de los procedimientos que lo componen y la insuficiencia de las teorías puestas en circulacion para explicarla, dificultan la indispensable convergência de pareceres, que lleva a cabo el cambio".

9 — O problema da terminologia não para aí. Não é somente a expressão jurisdição voluntária que é usada. Muitos outros termos ou expressões encontramos para designá-la. Acima apontamos a Jurisdiction gracieuse, expressão francesa equivalente a Jurisdiction volontaire; e na língua portuguesa: jurisdição gratuita, graciosa, honorária...

**Baur** (29) aponta, na Alemanha: EXTRAJUDICIEN, AUSSERSTREIT-

---

28 — Niceto Alcalá Zamora — Op. cit. pg. 34 e notas.

29 — Fritz Baur — Op. cit. pg. 2.

SACHEN, AUSSERSTREITIGEN VERFAHREN, RECHTSPOLIZEI, etc. e são expressões suas: "war sich aber darueber, was nun das Wesen diesen Gerichtsbarkeit ausmache ebenso in unklaren, wie dies heute der Fall ist". Tomando uma das apontadas expressões, RECHTSPOLIZEI, por exemplo, encontramos no Diccionario del Derecho Comparado: "Rechtspolizeigesetz, nome antiquado substituído pelo de Freiwilligebarkeit, era muito usado em Baden, compreendendo, assim mesmo, a atividade notarial". (30)

Tecidas estas considerações quanto a terminologia da jurisdição voluntária bem indicativas do campo correio em que nos encontramos, passemos a considerar a jurisdição voluntária ante a legislação.

10 — Como se não bastasse a questão da terminologia, lembra **Alcalá Zamora** (31): "a ela se soma a desorientação legislativa do que seja a jurisdição voluntária".

Igualmente **Sentis Melendo** (32). Após tecer considerações acerca do pensamento de David Lascano salienta quanto ao acerto do pensar do saudoso processualista argentino ante a imprecisão e variabilidade da matéria. São palavras suas: "forçado é, pois, que accitemos com David Lascano que "a matéria da jurisdição voluntária é imprecisa e variável; depende do arbítrio do legislador. Daí que varia de país em país e de momento a momento". Assim, **Kisch** (33) ao tratar da pretensão de se obter uma distinção conceitual entre as duas espécies de jurisdição, lembrava: "Acêrca dos limites, pois, decide, unicamente o direito privado positivo no momento. O que este considera como do processo é jurisdição contenciosa, todo o restante é jurisdição voluntária".

Normalmente não há legislação especial regulando a jurisdição voluntária. O Código de Processo Civil Português reserva livro especial ao assunto. Na Alemanha encontramos texto especial, a RECHTSGESETZ UEBER DIE AUSGELEGENHEITEN DER FREIWILLIGE GERICHTSBARKEIT (F.G.G.) distinto do ZIVILPROZESSORDNUNG (Z.P.O.).

A F.G.G. de 17/5/1895 constitui-se, lembra **Wiefels** (34) "Die Rechtsgrundlagen der freiwillige Gerichtsbarkeit". Todavia, cumpre salientar a existência de matéria própria à jurisdição voluntária encontrando-se em diplomas legais outros. Por exemplo, no B.C.B. diploma legal nacional alemão que é. Ainda há a acrescentar as Landsgesetze que em 1945 ainda poder-se-ia apontar várias.

---

30 — A. Quintano y J. Heilpern — Diccionario de derecho comparado. verbete: Rechtspolizei.

31 — Niceto Alcalá Zamora — Op. cit. pg. 9.

32 — S. Sentis Melendo — Op. cit. pg. 362.

33 — W. Kisch — Elementos de derecho procesal civil, pg. 39.

34 — J. Wiefels — Freiwillige Gerichtsbarkeit. pg. 7 e ss.

Na verdade, as variações legislativas são das mais diversas. Estudando as legislações espanhola e alemã salienta **Alcalá Zamora** <sup>(35)</sup> que estas duas legislações representam os dois extremos das tendências que buscam precisar ONDE se encontram as matérias concernentes às duas espécies de jurisdição.

Acima indicamos ONDE se encontram as matérias concernentes à jurisdição voluntária na legislação alemã. Vejamos na espanhola. Em nota de **Prieto Castro** à tradução do D'rito processual civil de **Kisch** <sup>(36)</sup> encontramos: "O conteúdo da jurisdição voluntária em Espanha é de difícil determinação. Em último lugar decide o direito positivo, que não está na lei de enjuiciamiento civil, mas no código civil — que reformou esta — e em outras leis (por exemplo, a de Registro Civil). Não obstante aparecer muito obscuros os limites entre jurisdição contenciosa (processo em sentido restrito) e voluntária, é duvidosa a exatidão do critério da L.E.C. quando na delimitação..."

Como legislação a ser colocado num meio termo, entre as duas tendências apontadas, pode-se indicar a legislação do Vaticano.

O Código de Procedimientos civiles do México dedica todo o 15.º capítulo à jurisdição voluntária.

Entre nós, no Código de Processo Civil, no art. 53 encontramos referência à jurisdição "meramente graciosa"; no art. 288 nos deparamos com "...processos de jurisdição voluntária e graciosa..." Como distinguir a jurisdição voluntária, da graciosa e, ainda, da meramente graciosa? Creemos que nem na legislação nem na doutrina tal seria possível. Os exemplos apresentados são bastantes para indicar a confusão reinante no campo da jurisdição voluntária no campo legislativo.

II — Finalmente vejamos as dificuldades do estudo da jurisdição voluntário no que concerne à doutrina. Como nos aspectos anteriores nos contentaremos com traços rápidos e sóbrios apontar as dificuldades decorrentes da situação doutrinária atual do tema que ora nos ocupa.

Não consideraremos a natureza da jurisdição voluntária (ver nota 3) nem descereamos a considerações mais profundas.

A questão primeira a ser considerada é quanto ao caráter jurisdicional da jurisdição voluntária. **Alcalá Zamora** <sup>(37)</sup> lembra três caminhos possibilitantes de determinar uma conclusão. Parece-nos, contudo, que nenhum deles satisfaz.

O primeiro consiste em "valer-se da palavra jurisdição em sentido lato

---

35 — *Niceto Alcalá Zamora* — Op. cit. pg. 9.

36 — *Prieto Castro* — Notas à tradução dos *Elementos de derecho procesal civil* de Kisch. pg. 24.

37 — *Niceto Alcalá Zamora* — Op. cit. pg. 15 e ss.

é impróprio, como sinônimo de esfera de ação ou conjunto de atribuições de órgãos, entidades e funcionários de diferentes ordens, ainda que não exerçam verdadeira POTESTAD JURISDICENTE; o segundo consistiria em reduzi-la à mera COGNITIO, que sem dúvida se dá na jurisdição voluntária..." Tal amplitude levaríamos a admitir a sua existência em campo puramente administrativo e no campo legislativo. O terceiro caminho se estribaria "em aderir às teorias subjetivas acerca da jurisdição e de acordo com elas estimar que desde o momento em que os procedimentos da voluntária sem relação com a judicatura ... se convertam ipso facto em jurisdicionais"

Por que não satisfazem estes critérios ou caminhos? Porque o elemento jurisdicional está ausente na jurisdição voluntária e os conceitos a que a ela correspondem seriam, por uma parte de **atribuição** e, por outra, de **competência**.

Paralelamente há de se ter em mente razões de ordem política, social, econômica, entre outras, que determinariam o desenvolvimento dos estudos da jurisdição voluntária, ou, pelo menos, concorreriam a tal. Considerando, por exemplo, o desenvolvimento da jurisdição voluntária na Alemanha, conforme lembra **Baur** <sup>(38)</sup> temos que ele foi devido às crises internas e externas, à situação da ordem política, à perda de guerras, à depreciação monetária, etc. Tais razões foram de imensa influência e, de certo modo, decisivas não podendo ser desconsideradas vez que o reflexo jurídico determinado por todas estas causas constituiriam razões especialíssimas na sociedade e, conseqüentemente, com reflexos a exigir a reconsideração de temas de direito e, em especial, da jurisdição voluntária.

O sôpro histórico está sempre presente aos estudos do direito e especialmente daqueles capítulos onde se encontra a realização deste mesmo direito. Melhor exemplo não há que o da jurisdição mesma. A jurisdição do pretor constata o afirmado.

Se as causas apontadas por **Baur** são cabíveis à Alemanha do após guerra, considerando o problema sob prisma histórico, temos que não é possível circunscrevê-lo ao momento histórico em que vivemos. A jurisdição voluntária tem sofrido, desde os mais remotos tempos, a influência de condições que podem, perfeitamente, ser enquadradas na ordem das acima apontadas.

Não será de estranhar a busca de uma igualdade entre a "relação existente no processo civil e a "relação" existente na jurisdição voluntária. Agitava-se a primeira e dá-se novas formas à segunda. Até mesmo excessos houve e o caso de **Baumbach** é o melhor exemplo.

Idéias que se sintetizam em uma jurisdição voluntária total e apresentadas por processualista da altura de **Baumbach**; a conseqüente abolição do processo civil mesmo, tudo isto deixa-nos a meditar da importân-

cia das condições para a criação de âmbito próprio e especial para o desenvolvimento dos estudos sobre a jurisdição voluntária e, também, da maneira de como é apresentada.

Tudo indica que o motivo inspirador de **Baumbach** seria principalmente (e talvez unicamente) política. Tal, contudo, não invalida o acentuado anteriormente. Neste sentido insurgiram-se contra o seu pensamento, na Itália, **Calamandrei**, no Brasil, **Frederico Marques**. Interpretaram a orientação do processualista alemão como excesso publicista fruto da Alemanha, então nazista.

**Calamandrei** assim se manifesta (39): "O movimento encaminhado a reformar o processo civil, num sentido cada vez mais aderente a suas finalidades publicísticas, consideradas como definitivamente predominante, aparece na Alemanha como um dos aspectos da guerra aberta que uma parte da doutrina declarou contra o conceito de direito subjetivo: KAMPF WIDER DAS SUBIEKTIVE RECHT. O primeiro objeto desta luta foi a ação: a teoria da RECHTSSCHUTZANSPRUCHT, que até poucos anos predominante entre os processualistas alemães, se considera como uma concepção genial, mas superada, conciliável somente com a idéia do Estado liberal; nega-se que no Estado totalitário possam subsistir direitos subjetivos públicos, e, por conseqüente, uma ação concebida sob este perfil, chega-se absolutamente a propor a abolição do processo civil e sua total transformação em jurisdição voluntária, a redução da função jurisdicional à função de polícia, a retrocessão do direito de ação à simples faculdade de denúncia..."

Muitas páginas escreveu **Calamandrei** sobre o assunto devendo ser salientado o "Abolizione del Processo Civile?" e o momento não suporta maiores considerações sobre eles. Tenhamos presente, porém, as suas palavras: "Mas o artigo de **Baumbach**... é sobretudo interessante e notável como sintoma: porque demonstra ser... o ponto final desta carreira até a "publicização" do processo civil, que a doutrina de meio século prepara".

**Lent** (40) quando trata das "matérias genuinamente litigiosas", defendendo o princípio de que devem ser consideradas pela jurisdição no seu sentido próprio, ou seja, a jurisdição contenciosa e exercitada no processo civil, contesta as teses como a de **Baumbach**. São palavras de **Allorio** sobre o pensamento de **Lent**: "a meno che, egli dice, si condivida ancor oggi l'opinione, che non trova quasi più sostenitori, per cui il processo civile divrebbe essere abolito, e sostituito con un procedimento unitario, comprendente la giurisdizione volontaria".

---

39 — **Piero Calamandrei** — "La relatividad del concepto de accion". in: Estudios sobre el proceso civil. Pg. 157.

40 — **F. Lent** — *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, pg. 4 ss. Cfr. **Allorio** — Op. cit., pg. 96 e ss.

12 — As dificuldades próprias ao desenvolvimento dos estudos processuais na fase a que podemos denominar de pré-científica do processo civil, quase impossibilitaram esta compreensão, muito embora tentativas várias tenham tido lugar. O juiz ao aplicar o IUS EQUUM, prêso ao formalismo romano e ao individualismo conseqüente, determinaria (ante a própria natureza da jurisdição voluntária) a sua estagnação.

Modernamente o juiz deverá ser livre quanto ao IUS EQUUM. Há o princípio da impossibilidade (Unmöglichkeit — e que se refere às nulidades) a par de outras maneiras mais livres e espontâneas frente às crises das relações jurídicas, não só de direito material como de direito processual.

Tais relações jurídicas surgem ante a bilateralidade das partes, quanto a disponibilidade das mesmas partes (quanto a relação); ao objeto; à relação das partes com a sentença; a exposição oral, etc. (41)

Com êstes diversos aspectos, teremos a lei sendo dada e precisando, com a sua autoridade, a relação jurídica. Particularizando há de se considerar o juiz com importante papel qual seja o que lhe é devido pela aplicação da lei. No confronto entre juiz e partes, na jurisdição voluntária, teremos, pois, uma relação que poderá ser:

a — ou de direito material: fato — conseqüência jurídica.

b — ou de direito processual: pretensão — sentença. (42)

**Frederico Marques** (43) tratando do assunto salienta que a jurisdição voluntária traz consigo, implicitamente, a idéia de relação. Não havendo “relação” nem “pretensão”, verifica-se que a jurisdição voluntária ante a ausência de controvérsia ou de litígio, possui função especial que não pode ser considerada propriamente jurisdicional. Assim se expressando, acrescenta **Frederico Marques** que a jurisdição voluntária enquadrar-se-á entre os atos judiciais de sentido “estrito”.

Visaria a jurisdição voluntária, face a existência daquela relação a que nos temos referido, a complementação de atividades privadas. O Estado complementando referida relação dá-lhe força de legitimidade possibilitando, por outro lado, a produção de efeitos jurídicos. Na verdade, esta complementação que se apresenta como autêntica intervenção judiciária, é que resultará não somente a formação ou desenvolvimento de relação jurídica (entre particulares), como também ato jurídico complexo devido a vontade do Estado complementando como afirmamos, a vontade privada. (44)

---

41 — Cfr. Baur — Op. cit. pg. 1 e ss.

42 — Cfr. Baur — Op. cit. pg. 1 e ss.

43 — *Frederico Marques* — Op. cit. pg. 129.

44 — Cfr. *Frederico Marques* — Op. cit. pg. 130 e ss.

Devido a estes elementos há de se considerar a jurisdição voluntária quanto:

- a — o seu objeto
- b — a sua qualificação.

Coloca-se a jurisdição como um dos principais pontos ao estudo do processo civil principalmente se considerarmos a impossibilidade de existência de processo com a inexistência dos chamados órgãos jurisdicionais".<sup>(45)</sup> A importância destes estudos juntar-se-ão as dificuldades inerentes aos mesmos. Considerando o processo e a ação à par com a jurisdição **Alcalá Zamora** acentua a importância destes três temas e ainda lembra que muito dista até que se consiga uma elaboração definitiva. Jogando com os verbos SER e ESTAR, quanto a jurisdição, indaga **Zamora**: Sabe mos o que É, mas onde ESTÁ?

Frente ao art. 141, § 4.º da Constituição Brasileira, **Frederico Marques**<sup>(46)</sup> apontando as três formas fundamentais pelas quais pode ser invocada a jurisdição, lembra que "a tutela declaratória está implícita no preceito citado e não pode mesmo ser surpresa quando invocada a título de defesa ou exceção". E acrescenta: "No silêncio do legislador o que se presume é que o direito de agir pode ter por objeto uma prestação jurisdicional de mera declaração".

Já **Calamandrei**<sup>(47)</sup> partindo da "tradicional relação entre o direito subjetivo e a ação, segundo a qual se faz destinada a entrar em jogo num segundo momento, como remédio do incumprido, quando e porque

---

45 — *M. T. Zanzucchi* — *Diritto processuale civile*, 1.º vol. pg. 3 e ss.

46 — *Frederico Marques* — *Op. cit.* pg. 123.

47 — *P. Calamandrei* — "La relatividad del concepto de accion". In *Estudios sobre el proceso civil*, pg. 151. Veja-se a precisão dos ensinamentos de **Calamandrei** ao tratar da jurisdição voluntária e da sentença constitutiva: "A particularidade dos atos de jurisdição voluntária contida nas sentenças constitutivas é "que se produzem com ocasião de um processo e são a continuação de uma verdadeira e própria declaração jurisdicional de certeza; mas isto não altera a sua estrutura. Isto aparece quando se considera seu comportamento ante o efeito da coisa julgada que constitui uma espécie de pedra de toque para ensaiar as decisões genuinamente jurisdicionais: com efeito, quanto as sentenças constitutivas em geral, a doutrina reconhece que a atitude para alcançar a categoria de coisa julgada é própria da declaração de certeza contida nelas, mas não se estende à execução ulterior da relação jurídica, que forma a sua característica; em particular, pois, quando as sentenças determinativas ou dispositivas, há quem, considerando o exercício de um poder discricionário como um fenómeno de natureza administrativa admitindo por exceção no campo judicial, considera que, quanto a elas, a coisa julgada tem eficácia somente RELATIVA, já que deve desaparecer ante a vontade das partes acordes em pedir nova decisão".

num primeiro momento o direito subjetivo não alcançou conseguir sua normal satisfação no espontâneo cumprimento do obrigado" que "encontra-se profundamente alterada, e até em absoluto destruída, naquelas situações de direito subjetivo, nas quais, faltando aos particulares o poder de dispor negocialmente de suas relações, estas não podem ser modificadas senão com a intervenção do juiz (sentenças constitutivas necessárias)".

As dificuldades sobre a jurisdição voluntária persistem. Além destes aspectos que apresentamos ligeiramente, outros aparecem seguindo-se uns aos outros. Todos eles alteram-se, modificam-se cada vez que olharmos a jurisdição voluntária sob prisma jurisdicional ou administrativista, se com caráter constitutivo... (48)

Não nos deteremos a tais aspectos. Contentamo-nos em apresentar "temas" que implicam em dificuldades no estudo da jurisdição voluntária. Cada um deles é um mundo na nossa ciência, mistér que sejam encarados numa efetiva e real contribuição aos estudos processuais.

Será a jurisdição voluntária uma "genuína" jurisdição? ou será uma "pscuda" jurisdição? ou será ainda, uma jurisdição "mista" ou uma jurisdição "notarial"?

---

48 — Se existe uma "função" e, paralelamente, uma "atuação", mistér precisar onde se encontra a jurisdição. Embora não nos calba discutir o problema, tenhamos em mente a impossibilidade de existência do processo com a ausência dos órgãos jurisdicionais. Então a jurisdição será um PRIUS e o processo um POSTERIUS sendo este mesmo processo um instrumento da jurisdição. Todavia, por outro lado, não pode ser negado que é através do processo que se vai conhecer os fatos aos quais se vai aplicar o direito. Então, nesta ocasião é que começa a atuar a jurisdição podendo ser concluído: quando termina o processo é que começa a jurisdição. Como se verifica, não é fácil conceituar a jurisdição e podemos dizer com Sansò ser ela: "uma atividade consistente na atuação da vontade concreto da lei, isto é, do direito objetivo". Teríamos a norma jurídica atuando unicamente ante a norma que não foi observada. Então, chegaríamos até à força no sentido de que seja observada por quem é, a norma, destinada.



F. D. R.

Doação

Getúlio Jones de Melo

3. 1. 1968

F

341.468

R 6721

1. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA  
I. Título.

Rocha, José de Moura  
AUTOR

Sobre as dificuldades dos estudos  
TÍTULO da jurisdição voluntária.

| Devolver em    | NOME DO LEITOR          |
|----------------|-------------------------|
| 1 AGO 1976     | 16.11.12.559            |
| 23.8.77        | Relatório de Jurisdição |
| 03/11/04       | Nadia Branco 4183       |
| LILIAN LOURENO | 11.11.11.11.11          |

Prove que sabe honrar os seus compromissos devolvendo com pontualidade este livro à Biblioteca.

