

GENERALIDADES SOBRE O ESTADO DE DIREITO

Cristiane Vieira de Mello e Silva¹

Resumo:

O presente trabalho objetiva refletir sobre o Estado e sua formação, discorre sobre o Estado de Direito e Democracia e sobre a Democracia para posteriormente reunir ambos os institutos na análise do Estado Democrático de Direito à luz da atividade jurisdicional, tangenciando sobre a história da Jurisdição e ressaltando sua importância para a sociedade organizada, uma sociedade de leis e democrática.

Palavras chave: Estado, Estado de Direito, Estado Democrático de Direito, Estado Democrático, Jurisdição.

¹ Procuradora Nível IV do Município de Diadema, Especialista em Direito Civil (FMU /1994), Mestre em Direito Processual Civil (MACKENZIE/2000); Doutora em Direito do Estado (PUC/SP/2010); Professora Universitária da USCS – Universidade Municipal de São Caetano do Sul desde 1999.

SUMÁRIO

I.	DO ESTADO.....	03
1.1.	ESTADO DE DIREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO.....	06
1.2.	ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	09
II.	ATIVIDADE JURISDICIONAL.....	10
2.1.	JURISDIÇÃO.....	10
2.2.2.1.2	BREVE HISTÓRICO SOBRE A JURISDIÇÃO.....	12

DO ESTADO

Estado é termo de origem latina, significa *status*, o que quer dizer condição pessoal do indivíduo perante direitos civis e políticos.

Interessa-nos a acepção de Estado como sinônimo de sociedade politicamente organizada, sociedade civil, perfeita e complexa, assim reconhecida no século XVI, pela primeira vez em “O Príncipe” de Maquiavel, em 1513.

O significado da expressão Estado que procuramos também pode ser encontrada no tratado de Paz em Westfália, em 1648, documento que figura como um marco conceitual pois é nele que o Estado é visto como modelo de unidade política soberana, conceito que vigora até hoje, contudo, enfrenta algumas em crise face às novidades da globalização.

Interessante é consignar que muitos autores negam a existência do Estado antes do século XVII. Hoje, porém, resta claro que o Estado se caracteriza por vínculos sociais, jurídicos, políticos, relações que geram um complexo superior, autônomo.

O Estado é a macro sociedade necessária condicionante da sobrevivência das demais micro sociedades existentes no sistema social organizado.

Se uma sociedade política é dotada de características bem definidas, podemos asseverar que quatro são os elementos compõem a estrutura estatal.

Inicialmente o Estado era conceituado como a corporação de um **povo** assentada num determinado **território** e dotado de um **poder** originário de mando. Esse era o entendimento de Jellinek².

Nos dias de hoje a doutrina compreende o Estado estruturado em quatro vigas mestras:

O povo³: considerado o conjunto de pessoas que se reúnem para construir o Estado e que estabelecem um vínculo jurídico permanente, participam da formação da

² Apud Paulo Bonavides, Ciência Política, p. 56, in: Marcus Cláudio Acquaviva, Teoria Geral do Estado, p. 6.

³ Celso Ribeiro Bastos, em seu Dicionário de Direito Constitucional, p. 156, São Paulo, Saraiva, 1994, no item VIII, que versa sobre o Povo e o Estado, informa que o componente povo está sempre presente em todos os Estados e constitui-se em unidade política sobre a qual este se erige. O papel atribuído ao povo nem sempre é o mesmo nos diversos Estados. É que à parte da sua qualificação jurídica, que é um fator eminentemente nivelador, eis que perante o direito todos os cidadãos são iguais, nem se tem impedido que fatores de outra índole, portanto de quadrantes não – jurídicos, tenham vindo interferir na visão que se tenha de povo. A visão exclusivamente jurídica prevaleceu nas Relações Francesa e Americana, tendo a partir de então vigorado nos Estados filiados ao modelo democrático ocidental. Superado o período

vontade do Estado e do exercício do poder soberano. Dessa forma, sem o povo não há Estado e é para e pelo povo que o Estado se forma.

O território⁴: é um elementos material complexo, que recebe e assenta o povo suportando o governo soberano.

O governo soberano⁵: é o comando, característica fundamental do Estado. Concepção ligada ao poder, fixa limites e estabelece competências, ordena e decide sobre a vida social. Originário, o governo soberano nasce com o Estado. Exclusivo, incondicionado e coativo, o governo soberano tem por características a indivisibilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade.

inicial do liberalismo, em que se admitiam distinções entre os cidadãos conforme o seu nível capacitário ou econômico, o ato é que logo que se chegou a uma concepção eminentemente igualitária do povo, entendida como totalidade e unidade dos cidadãos, a quem era conferida a soberania. A Constituição Francesa do ano I afirmava: o povo soberano é constituído pela totalidade dos cidadãos franceses. Portanto era o povo concebido como conjunto de homens livres que agem racionalmente. Todos, em princípio, deveriam Ter idênticas faculdades de participar na formação da vontade soberana. Já vimos que isto ficou impedido pelo voto censitário e pelo voto capacitário, em que se condicionava essa participação à satisfação de certos requisitos de conhecimento e de fortuna. Legitimava-se tal postura na idéia de pensar-se que o Estado precisava acautelar o correto exercício do voto. Contudo, o progressivo alargamento do direito de voto, fruto das lutas democráticas do século passado, fez desaparecer tais disserções de tal modo que houve uma aproximação muito intensa entre o povo jurídico e o povo politicamente ativo. É o predomínio, portanto da democracia.

⁴ Sobre o território, Celso Ribeiro Bastos, pp. 204-210, afirma que é uma verdade incontestável que existe a necessidade de uma sede fixa para o ente estatal. O elemento que tem mais caracterizada a sua condição de integrante da essência do Estado é o território, ficando muito mais facilmente compreensível quando admitido como uma mera condição de existência do Estado. Na situação atual das coisas, o homem é um ser preso à Terra e, para que uma determinada ordem jurídica possa ser exclusiva num determinado espaço, ela tem necessariamente que dispor de uma parcela do globo terrestre. Nessas condições, o território é importantíssimo para que o Estado assuma sua condição, a de ser um ordenamento exclusivo numa determinada área do globo. O papel do território na conformação do Estado tem sido objeto de muita polêmica. Fundamentalmente duas correntes se formaram: uma que vê no território um elemento integrante da sua própria essência preconizadora, portanto, da impossibilidade de falar-se em Estado sem território – e uma Segunda que, sem desprezar a importância do aspecto territorial, não o eleva, contudo à condição de parte integrante, mas, na melhor das hipóteses, o vê como um pré-requisito para a existência do Estado.

⁵ Cumpre-nos anotar que J.J.Gomes Canotilho utiliza em sua obra Direito Constitucional e Constituição, p.84, o termo soberania no texto e poder em nota de rodapé nº 10. Informa que a soberania, em termos gerais e no sentido moderno, traduz-se num poder supremo no plano interno e num poder independente no plano internacional. Se articularmos a dimensão constitucional interna com a dimensão internacional do Estado poderemos recortar os elementos consitutivos deste: (1) poder político de comando; (2) que tem como destinatários os cidadãos nacionais (povo – sujeitos do soberano e destinatários da soberania); (3) reunidos num determinado território. A soberania no plano interno (soberania interna) traduzir-se-ia no monopólio de edição do Direito Positivo pelo Estado e no monopólio da coação física legítima para impor a efectividade das suas regulações e dos seus comandos. Neste contexto se afirma também o carácter originário da soberania, pois o Estado não precisa recolher o fundamento das suas normas noutras normas jurídicas. A soberania internacional (termo que muitos internacionalistas afastam preferindo o conceito de independência) é, por natureza, relativa (existe sempre o alter ego soberano de outro Estado), mas significa, ainda assim, a igualdade soberana dos Estados que não reconhecem qualquer poder superior acima deles (*superiorem nom recognoscem*).

Não podemos olvidar o último elemento, a finalidade⁶: asseveramos que toda instituição organizada possui um escopo. O Estado visa ao bem comum, ou seja, criar condições para que haja desenvolvimento pleno da personalidade humana (do povo) em seu território através do governo soberano.

Concluindo, segundo Canotilho, o Estado é forma histórica de organização jurídica do poder, dotada de qualidades de poder soberano que a distinguem de outros poderes e organizações sociais⁷.

Conceituado o Estado, passemos ao observar que Estado e Direito são duas realidades distintas mas que se completam como verificaremos a seguir.

⁶ Os autores divergem sobre o último elemento por nós apresentado: finalidade, contudo, não podemos negar uma finalidade específica à uma organização, seja ela pública ou privada. Em nota de rodapé, José Afonso da Silva, em sua obra citada, p. 40, analisa a questão apresentada. Detalhada o autor que a doutrina distingue três elementos constitutivos do Estado: território, população e governo. Certos autores, como Alexandre Gropalli, admitem outro elemento – a finalidade (cf. Doutrina do Estado, pp. 123 e ss) Parece-nos cabível a consideração da finalidade, concebido o Estado como uma entidade de fins precisos e determinados: regular globalmente em todos os seus aspectos, a vida social de dada comunidade (cf. Giorgio Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale*, p. 10), visando a realização do bem comum. O Estado é, assim, uma ordenação que tem por fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um determinado território (cf. Balladore Pallieri, op. Cit, p. 14), destacando, na definição, os quatro elementos constitutivos, entre os quais o termo ordenação dá a idéia de poder institucinalizado, governo constitucional. Cf. também Dalmo de Abreu Dallari, op. Cit., pp. 64-104.

⁷ J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição..

1.1. DO ESTADO DE DIREITO E DA DEMOCRACIA

O Estado cria e aplica o Direito, consolida um poder supremo que não pode ser exercido de maneira absoluta, sob pena de corromper a ordem social, afastando as liberdades individuais, o que vem sendo demonstrado pela própria história das civilizações. Estado e Direito, duas realidades diferentes que se completam formando o Estado de Direito.

Rechtsstaat é a expressão alemã que designa Estado de Direito. Aparece no início do século XIX e significa estado da razão, normatiza a defesa, a ordem e a segurança pública dos cidadãos.

A origem do Estado de Direito repousa em um conceito liberal, fixa sua estrutura na existência de um estado moderno e observa, na íntegra, o ordenamento jurídico.

O Estado de Direito é grande conquista da sociedade pois preservar a liberdade, é instituição organizada que se sujeita às próprias leis que cria, impedindo a interferência indiscriminada e ilimitada da instituição maior, o que colocaria em risco as liberdades individuais.

No Estado de Direito, o próprio ente estatal cria as regras e exige sua observância conferindo os instrumentos jurídicos de garantia aos sujeitos de direitos.

O Estado de Direito exige submissão ao império e generalidade da lei, com observância do princípio da separação de poderes, consagrando a independência e a harmonia dos poderes governamentais, enunciando os direitos e as garantias individuais, discriminados no art. 5.º da Lei Maior.

O Estado de Direito está totalmente vinculado aos conceitos de sociedade, direito, liberdade e segurança jurídica e, por esse que concordamos com a apreciação de Carlos Ari Sundfeld⁸ sobre o tema:

Assim, definimos Estado de Direito como o criado e regulado por uma Constituição (isto é por uma norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os

⁸ 45 Carlos Ari Sundfeld, Fundamentos de Direito Público, pp. 39-40.

cidadãos, sendo titulares de direitos possam opô-los ao próprio Estado.

O Estado de Direito é ideia que foi evoluindo historicamente com o homem e a sociedade. Pautava-se, inicialmente, pelo respeito à lei por parte do poder executivo. Hoje, estende-se esse raciocínio esperando o respeito a todo o ordenamento jurídico, não só à Lei mas também, a todos os princípios que orientam e respaldam a sociedade organizada. Importante lembrar que os princípios jurídicos também integram o ordenamento legal, circunstância que Lúcia Valle Figueiredo⁹ também defende.

Canotilho¹⁰ afirma que ao estabelecer *um estado de direito a Constituição visa conformar suas estruturas de poder político e a organização da sociedade segundo a medida do direito... O direito compreende-se como um meio de ordenação racional, vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece regras e medidas, prescreve formas e procedimentos e cria instituições.*

O mesmo autor continua, afirmando que o estado de direito é um estado constitucional. Pressupõe a existência de uma Constituição que sirva-valendo e vigorando de ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos.

Com essa asserção, o autor consagra a supremacia da Constituição, que deve respeitar as garantias e a efetivação dos direitos e liberdades individuais nacionais, elemento vinculante e que consagra a segurança jurídica.

Podemos diferenciar a de liberdade advinda do Estado de Direito e aquela originada do Estado Democrático.

A liberdade proveniente do Estado de Direito decorre da liberdade negativa, no entender de Canotilho liberdade de defesa, liberdade de distanciação do Estado, de fazer o que o Estado determina, o que o governo das leis determina, não o governo dos homens. A liberdade decorrente da democracia possui um perfil pró ativo e coletivo de participação do poder e, para tanto, imperioso discorrer sobre o tema: democracia.

Etimologicamente, democracia é o governo do povo, ou da maioria. Concebida inicialmente como forma de governo ou organização da sociedade, hoje é entendida

⁹ Op. Cit. Pp. 39-40.

¹⁰ .JJ. Gomes Canotilho, op. cit. pp. 237-249.

como elemento de liberação face às coações autoritárias, instrumento de segurança, vínculo entre o povo e o poder.

Essa noção existe desde a Grécia antiga. Exige a democracia uma participação não exauriente na formação das instituições representativas do Estado, sendo instrumento de realização dos valores essenciais da convivência humana.

No entender de José Afonso da Silva ¹¹ a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo em proveito do povo.

Popularmente a democracia é conhecida como sendo o governo do povo, pelo povo e para o povo, conceito que devemos a Lincoln¹². Instrumento para a realização dos principais valores que orientam o homem, a democracia exige a observância da vontade da maioria para a designação de seus agentes governamentais.

Respalda-se a democracia em dois princípios básicos: o da soberania popular, considerada única fonte de poder legítimo e o da vontade popular, através da participação direta ou indireta do povo no poder.

Não podemos esquecer seus fundamentos básicos, os princípios da igualdade e da liberdade, valores democráticos essenciais que apontam para a realização dos direitos fundamentais do homem, concretizando a justiça social, resguardando e consagrando a Segurança Jurídica.

A democracia procura fazer coincidir as ideias dos governantes e dos governados, para a realização dos direitos fundamentais do homem. Trata-se de um procedimento dinâmico para possibilitar a participação crítica dos cidadãos no processo político, visando à qualidade de vida, ao bem-estar, e à modernização nos vários segmentos sociais.

A democracia é elemento constitutivo do Estado de Direito, mas com ele não se confunde, completa-o. O liame entre a democracia e o Estado de Direito submete a declaração do poder às leis criadas por esse mesmo poder que o limita. Só assim podemos falar em Estado Democrático de Direito assunto a ser abordado a seguir.

¹¹ José Afonso da Silva, op. Cit, p. 112.

¹² Idem, op. Cit. P. 119.

1.2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Nem sempre um Estado de Direito é democrático. Muito embora o Estado de Direito controle o poder, e tente proteger os direitos individuais, não garante necessariamente a participação dos destinatários em seu exercício de forma participativa e democrática. Só é Democrático de Direito o Estado em que o povo, destinatário do poder político, participa de modo regular, baseado na sua livre convicção, do exercício desse poder.

O nosso Estado Brasileiro é um Estado Democrático de Direito. Segundo a Constituição Federal, admite a participação dos cidadãos na realidade política do país, sujeitando todos à obediência das leis, conforme arts. 1.º, 2.º e 5.º II, da Constituição Federal¹³.

Consagramos o princípio da soberania popular, aceitamos a vontade do povo na formação da vontade política, conforme o parágrafo único do art. 1.º da Constituição Federal Brasileira¹⁴. Com essa opção tentamos afastar as diferenças entre governantes e governados. Além dessa providência, a lei consagra outros instrumentos para efetivar o Estado Democrático de Direito em nosso sistema jurídico.

Passaremos no próximo capítulo a estudar a atividade jurisdicional, que entendemos essencial ao exercício e à própria existência do Estado Democrático de Direito.

¹³ Constituição Federal de 1988: Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Art. 2º São Poderes da União, independentes harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 5º...II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹⁴ Constituição Federal de 1988: Art. 1º -[...]

Parágrafo único – Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

III. DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

1. DA JURISDIÇÃO

Temos agora que discutir essa submissão do homem à função estatal que põe termo aos conflitos de seus interesses, decidindo-os.

Centralizamos, portanto, o nosso estudo na atividade precípua do Poder Judiciário.

A atividade jurisdicional é de suma importância na ordem estatal. Ressaltemos a necessidade de provocação, pois não há jurisdição sem ação, salvo casos excepcionais previstos pela própria legislação.

Vige, atualmente, o princípio da inércia do Poder Judiciário, consubstanciado nos arts. 2.º e 262,¹⁵ do Código de Processo Civil.

Lembramos consagrados brocardos romanos *nemo iudex sine actore e ne procedat iudex ex officio*, respectivamente ninguém é juiz sem ator e não proceda o juiz de ofício.

Compete ao Poder Judiciário a função básica de julgar, o que não afasta o exercício das funções atípicas de administrar e de legislar. Contudo, sua missão primária resume-se no julgamento das causas que lhe são apresentadas pelos particulares, instituindo a ordem, resolvendo os conflitos de interesses, pacificando a sociedade.

É a atividade jurisdicional um monopólio estatal, com exclusividade conferida pela Carta Maior¹⁶ no inciso XXXV, do art. 5.º. Esse poder estatal age por intermédio de seus órgãos, juízes e tribunais, cujo trabalho somente se aperfeiçoa diante de um instrumento - garantia, também conhecido como garantia - direito que é o devido processo legal¹⁷.

¹⁵ Código de Processo Civil: Art. 2º - Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e forma legais.[...] Art. 262 – O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

¹⁶ Constituição Federal de 1988: Art. 5º -[...], inc. XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito;

¹⁷ Constituição Federal de 1988: Art. 5º -[...], inciso LIV ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

A atividade jurisdicional resulta em um exercício de substituição, pois o Judiciário avoca o poder de dizer o direito no caso concreto demonstrando a sua eficácia.

Importante é assinalar que a ação judicial se distingue pela natureza do objeto, portanto, pela sua essência, das outras duas funções estatais, pois tem preocupação diversa qual seja a de manter a ordem jurídica em vigor, a de assegurar o direito vigente, acaso ameaçado ou desrespeitado, que busca proteger e, a realização efetiva da decisão, sua consequência lógica.

A ação judicial objetiva resguardar a ordem normal do Estado – sociedade, anteriormente disposta por normas jurídicas ou constante de relações jurídicas, quando ameaçada ou já perturbada. Envolve o exercício de outra função jurisdicional, de dizer o direito dos litigantes.

Naquelas ações, legislativa e executiva, na função que se denomina administrativa, o Estado–poder pratica atos jurídicos como parte, isto é, em obra própria, espontânea, através da função pública que lhe compete, ao passo que nesta ação judicial, na função que se denomina jurisdicional, como terceiro, substituindo, de maneira eminente, através da função pública, a atividade das próprias partes, que não conseguiram, por si mesmas, harmonizar os respectivos interesses ¹⁸.

Importante é registrar que a lei veda a defesa privada ou a autotutela, salvo em casos excepcionalmente previstos pelo ordenamento jurídico ¹⁹⁵⁶. Por determinação constitucional o Estado atua no lugar do particular, conferindo, ao final do devido processo legal, a certeza jurídica.

Certeza jurídica que decorre do bom exercício da atividade jurisdicional visto que o órgão do Poder Judiciário não pode furtar-se a pronunciar o direito¹, sendo obrigado a aplicá-lo, consoante o princípio *iura novit curia*.

¹⁸ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Princípios Gerais de Direito Administrativo, p.35.

¹⁹ Arts. 160, 502, 516, 558, 772, 776, 1199, 1279, 1519 e 1520 do Código Civil; Art. 301 do Código de Processo Penal, Arts. 24 e 25 do Código Penal.

2. BREVE HISTÓRICO SOBRE A JURISDIÇÃO

Apresentamos no início deste trabalho uma citação²⁰ que bem demonstra a utilização da força bruta para a resolução de questões que envolvessem seus interesses. A essa atividade em que há preponderância da força bruta na solução dos conflitos de interesses chamamos hoje de autotutela²¹.

Temos agora que discutir essa submissão do homem à função estatal que põe termo aos conflitos de interesses, decidindo-os.

Diante da evolução da sociedade, salientamos neste tópico o progresso do instrumento de controle social, o Direito, e registramos algumas noções gerais inclusive conceituando o fenômeno da Jurisdição.

Partimos da ausência do Estado. Desta forma não há falar em Jurisdição como forma do exercício da soberania, muito menos em normas gerais e abstratas controladoras da conduta humana na coletividade.

Assente essa consideração de ordem geral, deparamo-nos com um sistema primitivo de solucionar contendas: a autotutela.

Dessa disposição inferimos os traços característicos deste regime que, no diapasão dos autores da obra *Teoria Geral do Processo*²². A precariedade deste sistema reside na inexistência de um juiz distinto das partes, e a imposição da decisão por um dos interessados, o mais forte sobre o mais fraco.

Uma questão basilar deve ser reconhecida: frente a autotutela não há qualquer declaração ou reconhecimento de existência ou não do direito reclamado.

Adotamos, assim, a postura de Marcelo Abelha²³ ao afirmar que há lógica na estruturação da autotutela, instituto que decorre da ausência de um poder julgador. Em assim sendo, só restava ao homem a sobreposição de interesses sendo que a vontade do mais forte acabava por se sobrepor a vontade dos mais fracos.

²⁰ Vide páginas 3.4

²¹ Vicente Greco Filho, *in* *Questões de Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva, 1997, informa que autotutela é o sistema de solução de conflitos em que a pessoa afirma o seu direito e faz valer sua pretensão com as próprias forças.

²² *Teoria Geral do Processo*, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, 12ª ed., p.22, São Paulo, Malheiros, 1996.

²³ *Elementos de Direito Processual Civil*, p.96, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

No diapasão do mesmo autor²⁴, até se pode dizer que, mesmo enquanto não existente o Estado - juiz, era possível a pacificação dos litígios entre os indivíduos, já que – ainda que de forma violenta – os conflitos eram pacificados. Aliás é cediço que nos primórdios da civilização humana não existiam meios eficazes de proteção ao direito, senão a chamada *manus injectio* (*manus militari*), ou seja, o emprego da força para garantir a proteção de um interesse ou direito. Existia, pois, a figura da autotutela onde cada um defendia à força a sua pretensão. A insegurança era muito grande, pois bastava ser menos forte para se sentir ameaçado na perda de seu bem da vida. (g.n.)

Anotamos esta última frase que muito bem expressa a importância do tema que ora desenvolvemos: a segurança nas reações jurídicas.

Na verdade a satisfação da autotutela decorre exclusivamente da força, conduta arbitrária que impele a realização da pretensão da parte mais forte.

Diante da autotutela, a segurança se perdia, pois frente à força poderia haver a utilização da contra - força, propiciando a retomada ilegítima, também pela força do bem da vida.

Não havia, portanto, diante da autotutela qualquer garantia ao patrimônio dos contendores no que tange ao bem da vida discutido.

Ademais, deve ser ressaltado que esta modalidade arcaica de defesa de interesses está quase que totalmente afastada dos padrões sociais humanos.

Modernamente resta a autotutela tipificada criminalmente em nosso direito pátrio como exercício arbitrário das próprias razões. Prevista no art. 345, do Código Penal, é admitida como forma de exceção, ou seja, somente quando a lei expressamente assim a permitir.

Nesse sentido, temos como exemplos a legítima defesa, o estado de necessidade, o desforço imediato, entre outros.

Frente a fragilidade do sistema amparado pela autotutela, o homem passou a trabalhar outros fenômenos, chegando à autocomposição. No entanto, este sistema também se apresenta precário.

Fazemos essa asserção pois o êxito da autocomposição, em suas modalidades, sujeitava-se à vontade de uma das partes ou de ambos os interessados litigantes.

²⁴ Elementos de Direito Processual Civil, p.96, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

Nesse sentido, verificamos que o homem passou a trabalhar concomitantemente com três sistemas de autocomposição no decorrer da evolução de sistemas de controles sociais:

- a) a desistência, que consiste na renúncia à pretensão;
- b) a submissão, pautada também na renúncia, mas não à pretensão que redundaria na desistência já mencionada, mas à resistência oferecida à pretensão;
- c) e por fim, a transação que exige concessões recíprocas entre os litigantes.

Anotamos que todas as formas de autocomposição mencionadas são consideradas parciais pela doutrina dominante e ainda, de duvidosa eficácia visto que limitam-se a fixar a existência ou não do direito, contudo, o cumprimento da decisão naqueles tempos iniciais, continuava dependendo da imposição da solução violenta e parcial²⁵.

Verificamos portanto que tanto a autotutela como a autocomposição coexistiram harmonicamente durante um determinado período da sociedade, sem que uma viesse acarretar a exclusão da outra.

Assim como a autotutela, a autocomposição como forma de solução de contendas e controle social, também se apresenta imperfeita, isto porque resta respaldada na vontade e atividade de uma das partes ou de ambas para que produza algum êxito.

Há que se reconhecer que a autocomposição se limitava a fixar a existência ou não do direito, contudo, não tinha o condão de propiciar a exigência do cumprimento do direito reconhecido ou não. Apesar desta situação, novamente enfocamos a autotutela, complementando a autocomposição. Após a solução parcial e pacífica decorrente da autocomposição, impunha-se a forma violenta e coativa de satisfação dos interesses em litígio, a autotutela.

Advertimos, novamente que não há exclusão de um sistema por outro na graduação histórico – evolutiva referente à eliminação de conflitos existentes na vida em sociedade. Forçoso é concluir a coexistência quase que harmônica da autotutela e autocomposição.

Ademais, esse quadro hoje ainda se apresenta intacto mas muito limitado. Não podemos negar a sobrevivência de resquícios de ambas, autotutela e autocomposição, nos dias atuais, entretanto, ambas devidamente regradadas.

²⁵ Teoria Geral do Processo, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, 12ª ed., p. 22, São Paulo, Malheiros, 1996.

Um longo percurso histórico decorreu até chegarmos à Jurisdição, consubstanciada em um Estado – Juiz, interveniente na ordem privada quando provocado.

Antes, porém, não alcançamos a ideia da Jurisdição como se apresenta nos dias atuais, passamos ainda por outros estágios de progressão.

Continuando o contexto evolutivo dos sistemas de eliminação dos conflitos ocorrentes na vida em sociedade, passaremos a estudar a arbitragem.

O homem racional vislumbrou a necessidade de modificar o mecanismo de controle de solução dos litígios. Averigou que a autotutela não efetivava a satisfação tanto almejada pela sociedade.

Nesse ínterim de evolução paulatina chega o homem a autocomposição, através da renúncia à pretensão, da submissão e da transação e não totalmente eficazes.

No caminho evolutivo e, diante dos males dos sistemas já citados, depara-se a sociedade com a arbitragem facultativa. Instituto que de forma alguma excluiu do plano social a autotutela e a autocomposição como meios de solução dos conflitos de interesses.

Por meio da arbitragem e, diante de um conflito de interesses qualificado os próprios contendores passaram a eleger terceiro, desinteressado e imparcial, para dizer o direito ao caso concreto.

É a arbitragem uma forma de solução amigável e imparcial pois os árbitros, pessoas escolhidas pelas partes, geralmente sacerdotes, anciãos, pessoas de confiança dos contendores para resolução dos conflitos utilizavam-se da experiência de vida, histórica ou cultural respeitada no contexto social - local.

Julgamos oportuno anotar, ainda, que a arbitragem pode ser dividida em duas espécies:

O primeiro sistema arbitral de controle de litígios fundamenta-se na arbitragem facultativa, elemento que reforça a ideia de que o juiz surgiu antes do legislador²⁶.

Diante da ineficiência dos regimes acima enfocados (autotutela e autocomposição), no trilhar histórico do avanço das formas de controle social, registramos a opção, a faculdade de as partes se sujeitarem a uma solução amigável e

²⁶ Teoria Geral do Processo, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, 12ª ed., p. 22, São Paulo, Malheiros, 1996.

imparcial, realizada através de um árbitro, pessoa de confiança dos contendores e que passaria a interferir diretamente no litígio solucionando – o.

Entretanto, a solução em pauta, decorrente da arbitragem facultativa apresenta a mesma limitação já estudada quando tratamos da autocomposição.

Irrelevante, destarte, a declaração de existência ou inexistência do direito pelo árbitro facultativo face a negativa ao cumprimento da decisão por um dos litigantes.

Reitera-se, aqui, a observação já feita quanto a presença da autotutela para complementar a atividade do árbitro, visto que carecedora de coatividade.

Somente com o fortalecimento do Estado exsurge a arbitragem obrigatória, modalidade arbitral que substitui a autotutela e arbitragem facultativa.

Esclareça-se, por oportuno, que com a criação do Estado urge a necessidade de criação de regras gerais e abstratas, vinculadoras da conduta humana para afastar julgamentos arbitrários ou subjetivos.

Neste momento, surge o legislador, e o Estado, fortalecido e organizado juridicamente passa a definir condutas e a exigir submissão do homem aos modelos legais criados, impondo autoritativamente uma solução para os conflitos de interesses²⁷.

Passamos dessa forma da justiça privada, para a justiça pública e a essa atividade em que os representantes do Estado examinam as contendas, pretensões e resolvem os conflitos chama-se Jurisdição.

No início, essa função soberana, estatal, foi exercida pelos monarcas em regime absoluto ou, então era atuada por seus delegados. Registram os historiadores a arbitrariedade marcante da época. Havia uma mescla entre a observância de leis costumeiras e a arbitrariedade monárquica. Tudo dependia da formação da estrutura social e da fase histórica em que enquadrados tais estruturas.

Hoje Jurisdição é pura expressão da soberania estatal, mas também passou por um processo evolutivo.

Os juízes, representantes do Poder Judiciário, uma vez provocados, agem em substituição às partes que não podem agir pelas próprias mãos. Já anotamos a regra, ou seja a vedação à autotutela, principalmente porque seus traços característicos fundamentais²⁸ não mais se integram com a estrutura da sociedade moderna.

²⁷ Teoria Geral do Processo, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, 12ª ed., p. 23, São Paulo, Malheiros, 1996.

²⁸ Teoria Geral do Processo, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, 12ª ed., p. 21, São Paulo, Malheiros, 1996.

Foi a arbitragem facultativa um avanço no caminho percorrido pelo homem na solução dos conflitos de interesses. Os particulares passam a aceitar a interferência de um terceiro estranho e aparentemente concordam em se submeterem e aceitarem a decisão dessa pessoa.

A arbitragem a facultativa antecedeu a arbitragem obrigatória, modelo atual adotado na maioria das sociedades estruturadas.

Voltamos a ressaltar que esta trajetória foi árdua, e não límpida, despojada de momentos de retrocesso e estagnações.

Assim, podemos passar a estudar a arbitragem obrigatória. A solução das contendas foi repassada para terceiro desprovido de qualquer interesse direto sobre o objeto litigado, mas admitindo-se a interferência da manifestação do poder estatal na seara privada.

O interesse deste terceiro imparcial está fulcrada na pacificação social, e na aplicação do bem comum, embasada no princípio da legalidade.

A evolução acima exposta não possui fases nitidamente demarcadas. Sem marcos divisórios acompanhou a evolução do homem vivendo em sociedade e ainda hoje apresenta-se dessa forma, sendo certo que há predominância da atividade exercitada pelo Poder Judiciário e o controle das demais situações pelo próprio ente estatal através da atividade normativa.

Verificamos nos ensinamentos de Djanira Maria Radamés de Sá que a jurisdição é função jurisdicional exercida quando faltam a obediência à lei e a resolução pacífica dos conflitos gerados por essa desobediência ²⁹.

Gradativamente houve a evolução das ideias já apresentadas sobre a formação do Estado e do Estado Democrático de Direito e soberania estatal.

Hoje em dia verificamos a Jurisdição como uma das expressões do Estado soberano.

Passemos portanto a conceituar a Jurisdição.

Segundo Galeno Lacerda ³⁰, jurisdição é a atividade pela qual o Estado com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito em

²⁹ Teoria Geral do Processo Civil – a lide e sua resolução, São Paulo, Saraiva, 1998.

³⁰ Apud Jurisdição e Competência, 6ª ed., p. 4, nota de rodapé nº 2, São Paulo, Saraiva, 1995.

concreto, considerando também como atividade jurisdicional a decisão das questões ao longo do processo.

Jurisdição é segundo Athos Gusmão Carneiro, o poder (e o dever) de declarar a lei que incidiu e aplicá-la, coativa e contenciosamente, aos casos concretos ³¹.

No apanágio de Luiz Rodrigues Wambier, jurisdição é, portanto, no âmbito do processo civil, a função que consiste, primordialmente, em resolver os conflitos que a ela sejam apresentados pelas pessoas naturais ou jurídicas (e também pelos entes despersonalizados, tais como o espólio, a massa falida e o condomínio), em lugar dos interessados, por meio da aplicação de uma solução prevista pelo sistema jurídico. Por solução do sistema, entendemos aquela prevista pela função normatizadora do Direito, esta consistente em regular a apropriação dos bens da vida pelas pessoas, mediante o uso de um sistema de comandos coativos ou sancionatórios, de sorte que seja possível alcançar soluções compatíveis com a necessidade de manutenção da paz social ³².

Athos Gusmão Carneiro, analisando a conceituação sobredita, inicia seu estudo verificando a eficácia vinculativa plena, pois a sentença de mérito faz coisa julgada entre as partes, i.e., a eficácia da sentença, ao conceder ou denegar à parte o bem da vida objeto do litígio, reveste-se do caráter definitividade, vinculando as partes (e seus sucessores) para sempre.

Continua Athos Gusmão Carneiro em nota de rodapé informando que a coisa julgada goza, inclusive, da tutela constitucional, e só pode ser desfeita por ação específica para tal fim, a ação rescisória(CF, art. 5.º, XXXVI; CPC, art. 485).

A jurisdição é o mecanismo adotado pelas sociedades como forma de controlar os conflitos de interesses é a atividade jurisdicional, coexistindo, e como meio alternativo na solução dos litígios, em nossa sociedade, também dispomos da arbitragem facultativa, prevista hoje em nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Esta última possui natureza facultativa, contudo, nem por isso deixa de ser considerada atividade jurisdicional, pois sua decisão é chamada sentença, conforme o artigo 23 e produz entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

³¹ Jurisdição e Competência, 6ª ed., p. 5, São Paulo, Saraiva, 1995.

³² Curso Avançado de Processo Civil, vol.1 – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, 2ª ed., São paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

Segundo José Frederico Marques, jurisdição pressupõe, sempre, uma situação contenciosa anterior e é exercida pela aplicação do direito objetivo em relação a uma pretensão (Instituições, cit., v. 1, n.º 120)

Na verdade Jurisdição é segundo Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco³³,

... uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada)..

... a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é a manifestação do poder estatal, conceituando como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação dos conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo.

E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).

De caráter eminentemente substitutivo, busca atuar o direito apresentando como características básicas a lide, a inércia e a definitividade, neste último elemento encontramos o objeto maior de nosso estudo.

Passamos assim a conceituar a Jurisdição tipicamente contenciosa.

A lide se apresenta como ponto de referência para o exercício da atividade jurisdicional. Diante do conflito de interesses a parte deduz sua pretensão frente ao ente Estatal, pedindo um provimento, uma tutela.

É o conflito de interesses que faz com que o interessado dirija-se e peça a interferência do órgão estatal na relação de direito privado. A partir desse momento legitima-se a substituição por parte do Estado - Administração.

Pois bem, falamos em lide, como premissa básica de atuação da Jurisdição, especificamente da Jurisdição contenciosa.

A insatisfação gerada pela lide faz com que o particular tenha interesse na promoção do Direito de Ação, motiva a instauração de um processo.

³³ Teoria Geral do Processo, 12ª ed., p.129, São Paulo, Malheiros, 1996.

Nesse momento, podemos passar a refletir sobre a Jurisdição contenciosa e voluntária, utilizando-nos da orientação apresentada pelo nosso Código de processo Civil Brasileiro, em seu art. 1.º, pois ao assim disciplinar, consagrou a existência da questionada Jurisdição Voluntária.

Conforme já estudamos, o objetivo primordial da Jurisdição, na modalidade contenciosa, é a aplicação da lei ao caso concreto eliminando o litígio decorrente do conflito de interesses.

Não podemos deixar de ressaltar o fato de ser a coisa julgada material um atributo específico da jurisdição ³⁴.

Os interesses humanos são muitos. O legislador observa a sociedade com olhos críticos e legisla sobre situações de maior relevância para o desenvolvimento da estrutura organizada.

Através da jurisdição contenciosa, busca-se a pacificação social. O mesmo objetivo espera-se da Jurisdição voluntária também, afastando eventuais incertezas ou situações que se apresentem socialmente conflituosas, disciplinando sobre a interdição, os impedimentos e publicidade dos casamentos, a constituição de uma sociedade mercantil ou associação, entre outros assuntos que possam de certa forma repercutir na sociedade estruturada, gerando consequências relevantes ao mundo jurídico.

Há, no entanto, atos jurídicos que são tipicamente privados, mas que ainda assim geram face a sua relevância exigem uma regulamentação específica. Transcendem, pois, a esfera de interesses individual.

Ensinam-nos os autores de obra Teoria Geral do Processo ³⁵. Já no Direito Romano falava-se em Jurisdição voluntária.

Marcelo Abelha Rodrigues ³⁶ confirma o entendimento supra em sua obra descrevendo que:

... a fase da ordo privatorum iudicium do direito romano agregava o período das legis actionis e o formulario. Por sua vez, o período das ações da lei possuía um procedimento peculiar que se bipartia em duas fases distintas: in iure e in iudicio. A primeira caracterizava-se por ser estritamente formalista, onde se pronunciava um necessário ritual de palavras e atos simbólicos perante o praetor. A sua função era secundária, estando presente apenas para dar cunho de juridicidade e autenticidade ao início da relação jurídica processual. Já na

³⁴ Athos Gusmão Carneiro, Jurisdição e Competência, 6ª ed., p. 32/37, São Paulo, Saraiva, 1995.

³⁵ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco.

³⁶ Elementos de Direito Processual Civil, p.113, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

Segunda fase, uma vez reconhecido o conflito perante o pretor, deveriam as partes produzir provas perante um juiz que julgaria o vencedor do duelo (rectius = conflito).

Mesmo com o advento do período formulário, eminentemente oral e mais célere, que viria a ser o substituto das legis actiones, este permaneceu vivo, ainda utilizado, porém para uma finalidade diversa daquela para a qual fora criado. Tratava-se de utilizá-lo como procedimento para a administração pública de interesses privados: a jurisdição voluntária. Gaius nos dá a exata noção da sua nova finalidade; na iure in cessio, assim se procede: em presença do magistrado do povo romano ou do governador da província, aquele a quem a coisa é cedida, segurando-a, diz: este homem é meu, por direito quirritário. Em seguida, o pretor interroga o cedente, perguntando-lhe se contesta a reivindicação. Se este responde negativamente ou guarda silêncio, a coisa é adjudicada ao outro

Portanto, pode-se perceber que a utilização do procedimento inicial da legis actio visava apenas revestir de solenidade um determinado ato jurídico privado: cessão de direito, emancipação, adoção, etc. Ora, como salienta João Monteiro, os actos que, como adiante se verá constituem a jurisdição graciosa ou administrativa, nem se compreendiam na verdadeira jurisdição. A faculdade de os praticar provinha de lei especial, ou de uma constituição imperial; não pertencia, porém, ao magistrado 'em razão do officio.

Entretanto, a própria utilização do procedimento inicial das legis actiones com a finalidade de dar cunho judiciário àqueles interesses privados teve de evoluir em direção a se dar maior operatividade a tal procedimento. Para isso, não mais se exigia que todos os procedimentos fossem realizados perante o magistrado, bastando que os fizessem perante as pessoas determinadas pela lei, como os cônsules e pro cônsules e, posteriormente, diante de tabeliães (anotamos no presente momento a nota de n.º 37 do mesmo autor – Originariamente, essa administração pública dos direitos privados era exercida em parte por órgãos judiciários e em parte por órgãos legislativos.

No direito romano antigo, a transferência da propriedade, quando não se realizava mediante a traditio, tinha de ser feita através de um processo ficto: a in iure cessio. No direito romano clássico, por outro lado, o testamento era completado com leis especiais dos comícios, enquanto que, ao tempo da monarquia absoluta, o restricto imperial, servia muitas vezes, para constituir direitos novos não regulados nas leis então em vigor José Frederico Marques, Instituições..., vol. I, p. 254)

Por tudo isso, pela amostra histórica, percebe-se que o nome jurisdição voluntária é um equívoco, verdadeira *contradictio in terminis*. Credita-se a utilização pioneira e sua difusão a partir do texto de Marciano, que teria colocado que (...) os pro cônsules, logo transponham os limites de Roma, têm jurisdição, não contenciosa, mas voluntária podendo perante eles fazer-se manumissão de homens livres ou de escravos e adoções.

Em primeiro lugar, presta-se a confusões, pois o termo jurisdição não está ali empregado em seu sentido próprio e estrito, mas no significado geral de administração

da justiça. Depois, porque aquela voluntariedade não pode se referir nem ao juiz e nem à parte. Ao juiz, porque sua atividade não é livre, mas, salvo os casos de atuação *ex officio*, uma vez provocado, é obrigado a agir. À parte, porque também na jurisdição contenciosa, excetuadas as *provocationes ad agendum*, é voluntário o ingresso do autor em juízo.

Há uma nota neste texto, a de n.º 39, que traduz um pensamento de Frederico Marques³⁷ que lembra que não são todos os atos de administração pública de interesses privados que se constituem como jurisdição voluntária. Só podem assim ser chamados aqueles em que o juiz for o órgão público interveniente.

Atualmente, a tutela e a administração pública dos interesses e direitos privados está atribuída: a) a órgãos judiciários; b) a órgãos administrativos dependentes de autoridade judiciária, ou órgãos de foro judicial, conforme linguagem corrente entre os praxistas; c) órgãos administrativos não dependentes do Poder Judiciário.

Os atos submetidos à apreciação do Poder judiciário, na administração pública dos interesses privados, constituem os denominados atos de jurisdição voluntária, que é atividade secundária da magistratura incluída entre os atos de função judiciária em sentido estrito.

Os demais atos, apesar do que em contrário ensinam alguns autores, não se incluem na jurisdição voluntária, visto que lhes falta o caráter subjetivo de ato judiciário

Através da Jurisdição Voluntária impõe-se uma limitação legal imposta à conduta dos particulares no que tange aos princípios da autonomia e liberdade, isso porque a matéria objeto regulamentada passa a ser de interesse da coletividade.

Para tanto, o legislador, sob a mesma ótica crítica, impõe a participação do órgão público para que sejam estes atos jurídicos, de interesse coletivo, considerados válidos.

Correntes majoritárias em nosso direito positivo questionam a existência e pertinência da Jurisdição Voluntária, pois na verdade, este fenômeno apresenta uma estrutura diferenciada conhecida como administração pública de interesses privados. Assim, o próprio Código de Processo Civil bem como os doutrinadores brasileiros conceituam a Jurisdição Voluntária.

³⁷ Instituições, vol. I, p. 254/255

Poderíamos afirmar que a Jurisdição Voluntária, ou graciosa, é terminologia que vem do Direito Romano equipara-se a uma atividade administrativa exercitada por integrantes do órgão do Poder judiciário.

Atividade que não objetiva a aplicação do Direito ao caso concreto, a Jurisdição Voluntária não apresenta como elemento marcante a substitutividade, característica básica da atividade jurisdicional, e mais, não pressupõe para o seu exercício a pré-existência de uma lide. Na verdade, poderíamos até inseri-la no escopo fundamental do Poder Judiciário de manter a ordem jurídica. Nesse sentido, podemos transcrever entendimento de Marcos Afonso Borges³⁸, uma vez que o Estado retirou do indivíduo não somente o direito individual de fazer justiça pelas próprias mãos, como também submeteu à sua apreciação a realização de direitos que, embora incontroversos, pela sua importância, necessitam da chancela judiciária, qualquer manifestação do Estado – Jurisdição a respeito constitui atividade jurisdicional.

Lopes Costa, doutrinador mineiro entende que os casos de jurisdição voluntária são na verdade negócios da justiça que não se confundem com as causas que devem ser levadas para o conhecimento do Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional³⁹, entende que o Estado colabora com o particular auxiliando-o em diversos atos da vida civil, e chama a jurisdição voluntária de cooperação jurídica⁴⁰.

Segundo o nosso diploma legal, ambas, Jurisdição Voluntária e Contenciosa são atividades judiciárias, atividades exercitadas pelo Poder Judiciário no entanto, enquanto a Jurisdição Voluntária, se dá intervolentes,

As atividades exercitadas pelo órgão do Poder Judiciário, no exercício da Jurisdição Voluntária podem ser:

- a) de atos meramente receptícios, em que o representante do Poder Judiciário é passiva, como ocorre na publicação do testamento particular;
- b) de atos de natureza certificante;
- c) de atos que constituem verdadeiros pronunciamentos do juiz, como homologações, autorizações, como no suprimento para o matrimônio, autorização para a venda de bens de menores, entre outros.

³⁸ Teoria Geral do Direito Processual Civil – A lide e sua resolução, Djanira Maria Radamés de Sá, São Paulo, Saraiva, 1998.

³⁹ Lopes Costa, Manual elementar de direito processual civil, atualizado por Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 456.

⁴⁰ Ibid.

Não há falar em lide na Jurisdição Voluntária. Há na verdade um negócio jurídico ou um ato ou ainda providência jurídica a ser efetivada pela Administração Pública na pessoa do Juiz – Administração.

Portanto, não há falar em relação jurídico processual e somente em procedimento, mesmo essa terminologia passa a ser questionada, pois o procedimento em pauta não exterioriza a atividade judicial, visto que sua natureza é meramente administrativa, e não essencialmente judicial.

Dessa forma, não há como entendermos possível o exercício do direito de ação, pois não há contraposição entre as partes, sem lide não há definição de direitos, realização dos mesmos ou garantias, não se objetiva uma tutela jurisdicional frente a um contraditório.

Ademais, a legalidade estrita não ampara esse procedimento, visto que o juiz pode vir a agir com uma certa discricionariedade, por critérios de conveniência e oportunidade.

A Coisa Julgada, no caso da jurisdição contenciosa aparece como sendo um traço marcante e distintivo da jurisdição contenciosa e voluntária.

No caso específico a Jurisdição Voluntária adota um perfil diferenciado. Ausente a eficácia da coisa julgada material nos procedimentos de jurisdição voluntária. Apresentam-se as decisões em procedimentos de jurisdição voluntária com a cláusula *rebus sic stantibus* o que permite sua modificação a qualquer momento, dependendo das circunstâncias que envolvam a situação em pauta.

Apresentam-se os interessados ao procedimento, não em situações antagônicas. Provocam uma controvérsia e não exatamente uma lide. Não seria apropriado falar-se em ação, pois esta descreve uma atividade tipicamente jurisdicional e não meramente administrativa como no caso em tela. Por fim, não há falar em coisa julgada, pois este fenômeno se aplica à atividade jurisdicional.

Em face da própria peculiaridade do perfil que apresenta, questionam os estudiosos a nomenclatura utilizada para a denominação deste instituto que acabamos de abordar: jurisdição voluntária. Trata-se exatamente de jurisdição?

Carlos Henrique Perpétuo Braga, apresenta um posicionamento interessante frente a essa matéria. Entende o doutrinador mencionado que mais lógico seria e muito mais benéfico traria a todo o sistema judicial se a chancela oficial dos negócios e atos jurídicos de natureza privada coubesse ao Ministério Público, este sim, órgão

fiscalizador por natureza, definição legal e vocação, deixando aos órgãos do Poder Judiciário o cumprimento de sua missão na composição de lides⁴¹.

Temos pois que concluir, que a atividade jurisdicional é na verdade elemento que reforça a segurança do cidadão. É segurança explicitada em sentido lato, englobando os elementos segurança e certeza. Fazemos essa asserção, pois a através da atividade jurisdicional descrita no texto maior, conhecemos a possibilidade de segurança conferida pelo Estado para a resolução dos conflitos sociais. Com a plena aplicação da atividade jurisdicional provocada pelo particular interessado, em seu resultado, advém a coisa julgada, decisão da qual não caiba mais recurso algum.

⁴¹ Carlos Henrique Perpétuo Braga, Da imprestabilidade da atividade do juiz na jurisdição voluntária, RCDUFU 18/277.

BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva.

ALVIN, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ATTARDI, Aldo. *Diritto Processuale Civile*. Italia: Dott. Antonio Milani, 1994.

AZAMBUJA, Carmen. Rumo a uma nova Coisa Julgada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. Rio de Janeiro: Globo, 1996.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Elementos de Direito Administrativo.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo – influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____ Poderes Instrutórios do Juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política, São Paulo: Saraiva, 1995.

BRANCATO, Ricardo Teixeira. Instituições de Direito Público e de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 1995.

BUARQUE DE HOLANDA, Aurélio Ferreira. Novo Dicionário Aurélio. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

CALMON DE PASSOS, JJ. Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. Limites Objetivos da Coisa Julgada. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra – Portugal: Almedina, 1998.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CARVALHO, Milton Paulo de. Do pedido no processo civil. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Brookseller, 1998.

CINTRA. Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____ Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, 10 anos de uma Constituição, São Paulo: Celso Bastos, 1998.

Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____ Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____ O conceito da norma jurídica como problemática de essência. São Paulo: Saraiva, 1996.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado, São Paulo: Saraiva, 1998.

_____ Curso de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950.

DOURADO DE GUSMÃO, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1998.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Forense Universitária. 1994.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, ABELHA Marcelo, ANDRADE NERY, Rosa Maria. Direito Processual Ambiental Brasileiro. Belo Horizonte. Del Rey, 1996.

GARCIA, Maria. O devido processo legal e o direito de permanecer calado. A tortura. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 103 – julho-setembro de 1997.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1993.

GIDI, Antonio. A dimensão política do Direito de Ação. Coisa Julgada e Litispêndência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRECCO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1997.

GUSMÃO CARNEIRO, Athos. Jurisdição e Competência. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada [notas relativas ao direito brasileiro vigente Ada Pellegrini Grinover]. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido Processo Legal. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

- LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MACEDO, Alexander dos Santos. *Da Querela Nullitatis*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1998.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994.
- MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MONTELEONE, Girolamo. *Diritto Processuale Civile*. Italia: Dott. Antonio Milani, 1995.
- MONTORO, André Franco. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NEVES, Celso. *Contribuição ao Estudo da Coisa Julgada*. Dissertação de Concurso à Cátedra de Direito Judiciário Civil Da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1970.
- NORONHA, Carlos Silveira. *Sentença Civil – Perfil Histórico – dogmático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- NOGUEIRA, Ataliba. *Lições da Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. Espanha: Ariel, 1994.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil (análise e atualização)*. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____ *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1995.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

RODRIGUEZ ROSSI, Ernesto. *Cosa Juzgada*. Argentina: Ediar, 1974.

SANTOS, Andrés de la Oliva. *Sobre la cosa juzgada*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____ Sentença e Coisa Julgada. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Curso de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Segurança Jurídica e Jurisprudência. São Paulo: LTr, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari Fundamentos de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. v.1, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TUSSI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de . Lições de história do Processo Civil Romano. Revista dos Tribunais, 1996.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação Civil Pública. São Paulo: Atlas, 1999.
