

2. DOCTRINA NACIONAL

2.1 O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS PROCEDIMENTOS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

DJANIRA MARIA RADAMÉS DE SÁ
Mestre e Doutora em Direito pela PUC/SP
Professora de Direito Processual Civil
Coordenadora do Curso de Direito da UNIMINAS em Uberlândia
Membro do IBDP e do IAMG

SUMÁRIO: 1. A intervenção do Ministério Público nos procedimentos de jurisdição voluntária. 2. As propostas legislativas. 3. A natureza jurídica da denominada jurisdição voluntária. 4. Possível solução para o problema.

1. A Intervenção do Ministério Público nos Procedimentos de Jurisdição Voluntária

Consoante o disposto no artigo 1.105 do Código de Processo Civil, compete ao Ministério Público, com foros de obrigatoriedade e sob pena de nulidade, a intervenção como *custos legis* nos procedimentos de jurisdição voluntária. Trata-se, aqui, de atividade necessária, inafastável, marcada pela inquisitorialidade em face de disposição legal expressa, reveladora da presença do interesse público determinante da intervenção ministerial. Em razão da opção legislativa de vincular a eficácia da natureza dos atos receptícios, probatórios, declaratórios, constitutivos, executórios e tutelares¹ à chancela do Poder Judiciário, o interesse público a tutelar nos procedimentos de jurisdição voluntária é presumido *juris et de jure* (NERY JÚNIOR, 1987), descabendo a ilação de que, nos procedimentos de jurisdição voluntária, poderia o Ministério Público interpretar a regra do art. 1.105 conjuntamente com a do art. 82, III, e, discricionariamente, decidir-se pela presença do interesse público a proteger. Uma vez posta a exigência legal expressa para as hipóteses de jurisdição voluntária, cabe ao Ministério Público fiscalizar a observância da lei, exercendo função institucional voltada para o controle dos atos e negócios jurídicos que interessam de forma direta ao Estado. Cuida-se, então, de obrigatoriedade, não comportando a dicção do art. 1.105 do CPC conjecturas em sentido diverso da imposição legal. Cabe ao Ministério Público a discricionariedade na avaliação da presença de interesse público na causa exclusivamente em face do disposto no art. 82, III, do CPC, norma de encerramento que confia ao *Parquet* a aferição da necessidade de sua intervenção, sempre em consonância com o entendimento do juiz da causa a esse respeito.

¹ A classificação dos atos de jurisdição voluntária é de Greco (2003).

2. As Propostas Legislativas

Proposta de alteração legislativa em trâmite no Congresso Nacional, no entanto, aponta para significativa alteração da disciplina normativa regulamentadora da atividade do Ministério Público nos chamados procedimentos de jurisdição voluntária.

Invocada como motivação, a inexistência de razões de ordem jurídica, lógica ou prática, que justifiquem o processamento em juízo de atos de disposição de bens realizados entre pessoas capazes, encaminhou o Poder Executivo ao Congresso Nacional, como parte do chamado *Pacote Republicano*, o Projeto de Lei nº. 4.725/2004, dispondo sobre o afastamento do Poder Judiciário da realização de separações consensuais, divórcios consensuais e inventários de bens e respectivas partilhas que envolvam interessados capazes e concordes. Retirada do Poder Judiciário, a integração estatal a esses atos *inter volentes* de natureza constitutiva passa a situar-se na órbita da responsabilidade notarial, cabendo ao tabelião a lavratura da escritura, eliminada a presença do Ministério Público como fiscal da regularidade jurídica do ato de integração.

Projeto apensado pelo Deputado Léo Alcântara (PSDB/CE) amplia o objeto da separação e do divórcio, permitindo seu processamento por lavratura de escritura mesmo existindo filhos menores, nela se dispondo sobre guarda e alimentos. Emenda aditiva do Deputado Vicente Arruda (PSDB/CE) remete às mesmas vias extrajudiciais todas as hipóteses de realização de atos *inter volentes* de natureza receptícia previstos na Seção X, Cap. II, Título único, do Livro III do CPC.

A opção *de lege ferenda* revela a constatação de que os atos para os quais, tradicionalmente, exige-se a atividade do Poder Judiciário não são estritamente jurisdicionais, mas administrativos, cabendo sua prática a agentes da Administração, no caso o notariado. A solução, no entanto, merece mais acurada reflexão no sentido de perquirir se, dos órgãos administrativos, seria o notariado aquele afeto à função que se lhe atribui.

Encontrar a resposta para tal indagação implica analisar, primeiramente, se as atividades de jurisdição voluntária têm natureza jurisdicional ou administrativa para, em seguida, e somente na hipótese de constatar-se a natureza administrativa da atividade, adequar seu exercício à função respectiva.

3. A Natureza Jurídica da Denominada Jurisdição Voluntária

A polêmica em torno da natureza jurídica da jurisdição voluntária é secular, digladiando-se, nesse período, tanto no Brasil quanto alhures, doutrinadores de igual envergadura científica defendendo, um grupo, sua natureza administrativa e, outro, sua índole jurisdicional.

A opção legislativa brasileira foi alocar os procedimentos de jurisdição voluntária no corpo normativo do sistema processual civil voltado à tutela dos interesses individuais, deixando clara sua definição como jurisdicional, pelo menos do ponto de vista da dicção legal.

Mudança de perspectiva aponta, no entanto, para a *desjurisdicionalização* de, pelo menos, alguns desses procedimentos, não sendo suficiente, contudo, a simples escolha do legislador para legitimar-lhe a feição.

Já em 1954, Marini alertava para a necessidade de precisar os reais contornos dos procedimentos abrigados sob a denominação *jurisdição voluntária*, afirmando que: “*La più grande incertezza regna in dotrina non solo sulla natura della volontaria giurisdizione, ma anche sul suoi confini.*” (MARINI, 1954, p. 268).

Tais limites somente podem ser encontrados, segundo lição de Allorio (apud MARQUES, 2000, p. 16), na sistemática geral das atividades do Estado, dependente também da análise do conteúdo das atividades rotuladas de jurisdição voluntária a tarefa de precisar sua natureza jurídica.

Atribui-se tradicionalmente ao Poder Judiciário a função integradora dos atos e negócios jurídicos praticados *inter volentes* sob a justificativa da necessidade da tutela estatal em face da relevância do interesse público presente.

Para início da análise, idéia da qual não se pode afastar é a de que todos os poderes do Estado são exercidos em razão do interesse público. Um dos postulados do moderno Estado Democrático de Direito e pressuposto insubstituível de seu regular funcionamento, resolve-se o princípio da separação dos poderes na premissa da encarnação de funções distintas em órgãos distintos, todos voltados à promoção e à realização do interesse público. Verdade teórica da ciência do Estado, como indica Kelsen (1934, p. 333), erigem-se a separação orgânica dos poderes e a identidade entre os órgãos e suas funções específicas como indispensáveis à organização estatal. No Estado Democrático de Direito, as três funções materiais de criação, execução e aplicação da norma jurídica devem ser exercidas pelos órgãos que as expressam, visando o conjunto sempre ao interesse público de acordo com os ditames constitucionais.

Porém, como adverte Marques (2000, p. 33), “[...] a divisão de poderes não é operação que se realize sem deixar restos”, o que remete à idéia de que a necessária harmonização dos poderes implica geração da possibilidade de interferências funcionais limitadas, responsáveis pela existência de zonas intermediárias nas quais se situam as funções estatais anômalas, ou seja, funções próprias de determinado Poder do Estado sendo exercidas por outro. A atual disciplina constitucional brasileira traz como exemplos dessas interferências toleráveis o exercício de funções administrativas² e jurisdicionais³ pelo Poder Legislativo, de funções legislativas⁴ pelo Poder Executivo e de funções administrativas⁵ e legislativas⁶ pelo Poder Judiciário. Implica o exercício de tais funções estatais anômalas respeito aos limites precisos e justificáveis de inter-

2 Gestão administrativa das Casas do Congresso Nacional.

3 Processo de *impeachment*.

4 Edição de atos normativos como Medidas Provisórias e Decretos.

5 Gestão administrativa e disciplinar dos órgãos e membros do Poder Judiciário.

6 Edição de atos normativos internos, tais como Regimentos Internos dos Tribunais.

ferência, importando seu desbordamento em usurpação de poder.

A Constituição Federal atribuiu ao Poder Judiciário, como função material típica, aquela afeta à aplicação da norma jurídica ao caso concreto, função essa decorrente da inafastabilidade de seu controle sobre a lesão ou a ameaça de lesão a interesse protegido pelo ordenamento jurídico. A função desse Poder, portanto, é a jurisdicional, pressupondo sua atividade a existência da lide, que faz nascer o direito de ação e, com ele, o direito ao processo, cujo desenvolvimento, com a presença da parte à qual se atribui a perpetração da lesão ou da ameaça leva ao pronunciamento jurisdicional. Qualquer outra atividade atribuída ao Poder Judiciário que destoe desse contorno não é, portanto, jurisdicional, mas judiciária.

Nesse passo, torna-se fundamental para realização do objetivo de determinar a natureza jurídica da assim chamada jurisdição voluntária, a análise do conteúdo dos atos e negócios jurídicos submetidos à sua disciplina e, para tanto, vale-se ainda uma vez da preciosa classificação desenvolvida por Greco (2003), que agrupa os procedimentos por suas características e os classifica como receptícios, probatórios, declaratórios, constitutivos, executórios e exclusivamente tutelares.

Receptícios são os procedimentos que envolvem a autoridade estatal para a finalidade de receber e documentar a declaração dos interessados, deles sendo exemplos os protestos, notificações e interpelações, a rubrica de balanços e de livros obrigatórios. Por procedimentos probatórios entendam-se os que se desenvolvem perante a autoridade judiciária com a finalidade de produção de provas de fatos determinados para que, assim conservadas, possam ser eventualmente utilizadas em futuros processos, deles sendo exemplificativos a produção antecipada de provas e a justificação. Em face dos procedimentos rotulados como declaratórios o juiz limita-se a verificar a concorrência de todos os pressupostos legais, declarando, em caso positivo, a sua plena eficácia. Nessa categoria contam-se a extinção de usufruto e de fideicomisso, o registro de testamento e a posse em nome de nascituro. Determinados atos e negócios jurídicos da vida privada das pessoas subordinam-se à autorização, à aprovação ou à homologação judicial para que possam produzir efeitos. São dessa espécie a emancipação, a sub-rogação de gravames ou de bens inalienáveis, o arrendamento ou alienação de bens dotais e de incapazes, a locação e administração da coisa comum, a separação e o divórcio consensuais, a interdição, a especialização da hipoteca legal, a aprovação dos estatutos das fundações, a homologação da transação extrajudicial, o arrolamento sumário e a homologação do penhor legal, cuja integração se dá por meio de procedimentos constitutivos. Procedimentos nos quais a atividade do juiz é eminentemente prática, preponderando a realização de atos que modificam o mundo exterior são os executórios, tais como as alienações judiciais e a arrecadação, seja da herança jacente ou vacante, de bens do ausente ou das coisas vagas. Restam, por fim, os procedimentos exclusivamente tutelares, pelos quais o juiz investe alguém no exercício de uma função administrativa ou protetiva de interesses de outrem, como no caso da nomeação ou remoção de tutores ou curadores.

Em todos os casos listados sobreleva, inegavelmente, o interesse público em que a realização dos atos ou negócios jurídicos se dê com a inafastável assistência estatal, mas, embora a escolha legislativa tenha recaído sobre o Poder Judiciário para o exercício dessa atividade assistencial, é de ver-se que inexistindo nessas hipóteses qualquer espaço para a realização da atividade jurisdicional, função material típica atribuída a esse Poder do Estado, encontra-se o Poder Judiciário, na espécie, desenvolvendo função anômala que, por meramente judiciária, seria atribuível à esfera administrativa do Estado.

Exigem os procedimentos de jurisdição voluntária, unicamente, a assistência do Estado para a chancela dos atos e negócios jurídicos *inter volentes*, afastado, *ipso facto*, o exercício da função jurisdicional por não se contar a assistência entre as atividades tipicamente jurisdicionais, o que torna imperiosa a adoção de posicionamento conducente à conclusão de que a impropriamente denominada jurisdição voluntária não é jurisdição.

Ainda assim, subsiste na doutrina teoria defensora da determinação da natureza jurisdicional da jurisdição voluntária. Na esteira do pensamento de Gian Antonio Michelli, parcela de doutrinadores em todo o mundo advoga a tese de que a justiça não se limita à jurisdição propriamente dita, mas abrange também a jurisdição voluntária, que serve, pelas suas comprovações autênticas, homologações e atos de controle, à manutenção da ordem jurídica, para o que se tornam indispensáveis a independência e a imparcialidade do juiz. Pautam-se, assim, por um critério teleológico, atribuindo ao Poder Judiciário a inafastabilidade do controle da regularidade de certos atos e negócios jurídicos privados. No Brasil, a teoria encontra eco, principalmente, na doutrina de Edson Prata, Costa Machado, Leonardo Greco, Ovídio Baptista da Silva, José Maria Tesheiner.

No entanto, o critério a ser adotado para a exata configuração da natureza jurídica da jurisdição voluntária deve ser ontológico, ligado à sua natureza funcional.

Adotando posicionamentos expostos por Zanzuchi, Segni e Liebman na doutrina italiana, esclarece Frederico Marques (2000, p. 70) que, quando o Estado intervém, através do juiz, para realizar as funções da jurisdição voluntária, não atua com o objetivo de fazer atuar a ordem jurídica, nem para dirimir litígio ou pretensão, sendo, assim, materialmente administrativa e somente do ponto de vista subjetivo, uma atividade judiciária, nunca jurisdicional, no que lhe assiste inteira razão.

Desafia a necessidade da tutela jurisdicional por parte do Poder Judiciário a existência de incerteza quanto a uma relação jurídica, seja por lesão, seja por ameaça de lesão. Na jurisdição voluntária, ao contrário, a intervenção do juiz torna-se necessária, por imperativo legal, para que uma relação jurídica possa constituir-se ou modificar-se, o que configura uma assistência protetiva. Nela, o juiz não pratica atos materialmente jurisdicionais, mas somente cuida, nos limites e condições estabelecidos pela lei, do

interesse público na administração dos interesses privados. Trata-se, assim, de atividade secundária do Poder Judiciário a qual nem sequer tangencia sua função primordial, devendo-se classificá-la como materialmente administrativa, não jurisdicional. Chamando o Estado a si a responsabilidade de fiscalizar e administrar interesses privados que considera de alta relevância, estabelece o interesse público como *ratio essendi* de sua intervenção, só se podendo creditar a uma opção legislativa o fato de atribuir ao Poder Judiciário essa função anômala, estranha à sua função principal de restauração da norma jurídica em face da lesão ou da ameaça de lesão.

Assim também Liebman (1954, p. 14) entendia com acerto:

Dalla giurisdizione vera e propria deve distinguersi la giurisdizione volontaria, complesso di attribuzioni accessorie degli organi giurisdizionali ordinari, che non rientrano nella loro funzione tipica ed appartengono piuttosto alla funzione amministrativa, di cui costituiscono un ramo particolare.

Apesar de haver-se inspirado na doutrina liebmaniana a codificação processual civil brasileira de 1973, optou o legislador por nela alocar os procedimentos de jurisdição voluntária, o que importou em sua *jurisdicionalização*, apesar da advertência contida na Exposição de Motivos de que o fazia por razões de tradição e conveniência.

Tais critérios, obviamente, deveriam passar ao largo da construção científica do sistema processual civil, que, voltado para a concreção de escopos não só jurídicos, como sociais, políticos e axiológicos, não pode conter corpos estranhos a seus institutos fundamentais – ação, defesa, processo e jurisdição – bastando evocar a percuciente distinção operada por Carneiro (2004, p. 43) para verificar o equívoco em que laborou o legislador de 1973.

Se à jurisdição propriamente dita, ou contenciosa, pertencem todas as características configuradoras dos institutos fundamentais, elementos essenciais à construção do sistema processual, é de ver-se que, contrariamente, nenhuma delas contribui para a determinação da chamada jurisdição voluntária como integrante da jurisdição. Tomando como base os institutos fundamentais do sistema processual, raciocine-se: a causa da jurisdição é uma *lide*, dela decorrendo, inevitavelmente, a existência de *partes contrapostas*; para a solução da lide, indispensável a iniciativa do autor por meio da *ação* exercitada em face do causador da lesão ou da ameaça de lesão, o qual integrará a relação jurídica processual opondo sua *defesa*; pela *ação* inicia-se o *processo* e provoca-se a *jurisdição*, tornando inafastável a manifestação do Poder Judiciário para a restauração do ordenamento jurídico violado por meio de decisão dotada de força de imutabilidade quando transitada em julgado. Em face da lesão ou da ameaça de lesão a direito encontram-se, assim, coerente e consistentemente presentes e interligados todos os institutos fundamentais do processo.

O mesmo, contudo, não ocorre diante da necessidade de integração, pelo Estado, de

ato ou negócio jurídico. Presente unicamente o interesse em regularizá-los conforme as exigências legais, não se configura lide alguma. Sem ela, não se pode falar em ação nem em partes contrapostas mas, simplesmente, em requerimento formalizado para buscar a concreção do ato. Inexistente a ação, inexistente também o processo que a ela cabe instaurar. E porque inexistente a lesão ou a ameaça a lesão a direito, descabe ao Poder Judiciário o exercício do poder jurisdicional para restaurar a norma jurídica violada, o que, por sua vez, não gera o efeito de tornar definitivo e imutável o comando dele derivado.

Em conclusão, não desafiam os procedimentos equivocadamente denominados de *jurisdição voluntária* a função material típica do Poder Judiciário, sendo mais apropriado chamá-los, como o faz Segni (1937, p. 393), “[...] administração pública de interesses privados”.

4. Possível Solução para o Problema

Definida pelo Estado a necessidade de fiscalizar e administrar interesses privados considerados de relevância pelo interesse público que encerram e verificada a circunstância de que, sendo administrativa, tal atividade não se encontra afeta à função primária do Poder Judiciário, é de ver-se a que órgão estatal caberia a função. Para isso, é mister analisar o elenco de qualidades exigidas do agente a ser encarregado da integração pública do ato ou do negócio privado.

Cuida-se, no terreno da impropriamente denominada jurisdição voluntária, de que a atividade estatal deva dar-se em razão da proteção ao interesse público, exigindo-se, para isso, que a integração se realize em respeito ao ordenamento jurídico, com imparcialidade e independência. A concorrência de tais requisitos, aliás, encontra-se presente na argumentação de tantos quantos defendem a tese de manutenção dos procedimentos sob a égide do Poder Judiciário. No entanto, não é este o depositário exclusivo dessas qualidades, visto que devem pautar-se pelos parâmetros da isenção em face do interesse público todos os agentes encarregados de sua proteção.

Entre todos, porém, aquele a quem a ordem constitucional brasileira elegera como tutor natural do interesse público é o Ministério Público, cabendo-lhe a função institucional de atuar, em juízo e fora dele, como representante desse interesse, seja fiscalizando o estrito cumprimento do ordenamento jurídico ou atuando como parte nas hipóteses legalmente previstas, mas sempre tendo em mira a relevância do interesse em jogo.

Órgão administrativo destinado ao controle dos negócios jurídicos que interessam de forma direta ao Estado, realiza o Ministério Público, destarte, uma função tutelar sobre os interesses jurídicos de ordem privada, constituindo esta a sua função, tanto do ponto de vista orgânico quanto material, podendo afirmar-se que, topicamente, encontra-se o Ministério Público na zona extrema da administração, justamente onde esta confina com a atividade jurisdicional.

Ao Ministério Público reservou a Constituição Brasileira de 1988 a característica da independência, dotando-o, para o exercício de seu *munus* público, dos critérios de oportunidade, conveniência, justiça e imparcialidade.

O questionamento inevitável, então, consistiria em saber a razão pela qual não recai a opção legislativa na responsabilização do Ministério Público pela administração pública dos interesses privados, já que não lhe faltam os requisitos para tanto e, mais que isso, sua vocação institucional volta-se, justamente, para essa assistência protetiva.

Nos chamados procedimentos de jurisdição voluntária, o juiz, independente e imparcial, utiliza-se dos critérios de conveniência, justiça e oportunidade para a necessária integração do ato ou negócio jurídico tal como determinado pela lei de regência.

Retomada a análise do conteúdo dos procedimentos de jurisdição voluntária constata-se desafiarem-nos: a) o recebimento e a documentação da declaração dos interessados; b) a produção de provas a serem posteriormente utilizadas; c) a declaração da eficácia de atos ou negócios jurídicos em face da verificação da existência de pressupostos legais; d) a constituição de situações ou relações jurídicas; e) a prática de atos executórios; f) a investidura de alguém em função administrativa ou protetiva de interesse alheio.

Nenhuma dessas atribuições escapa à órbita de atuação do Ministério Público, nem mesmo as que dizem respeito à prática de ato constitutivo, visto que o *Parquet* detém, por imperativo de ordem constitucional, a atribuição quanto ao estabelecimento de Termo de Ajustamento de Conduta, instrumento que, voltado à proteção dos interesses transindividuais, gera também eficácia constitutiva de direitos e deveres. A constatação leva, então, à interpretação sistemática de que lhe é permitido, também, praticar atos de assistência protetiva de interesses individuais relevantes, consoante o largo espectro de atuação a que corresponde sua função institucional revelada pela Constituição Federal.

Já aos notários, por não gozarem das mesmas prerrogativas constitucionais, exorbitam as funções de integração dos atos e negócios jurídicos, sendo de censurar-se a proposta legislativa de não só atribuir-lhes a responsabilidade sobre tais atos como de, sobre eles, afastar a fiscalização hoje exercida pelo Ministério Público. Aos notários poder-se-ia, quando muito, pelas próprias características de que se revestem tais atos, atribuir o recebimento e a documentação da declaração dos interessados. Os demais procedimentos de jurisdição voluntária, contudo, por exigirem a independência, que é traço ausente no Notariado, escapam à sua esfera de atuação, não se lhe podendo atribuir a responsabilidade sem grave lesão à concepção das funções estatais.

Conclui-se, então, ser o Ministério Público a instituição naturalmente vocacionada e destinada à assistência protetiva que constitui o objeto dos assim denominados procedimentos de jurisdição voluntária, sendo de lamentar-se que, se, por um lado, encaminha-se o Poder Legislativo para a adoção de um correto posicionamento quanto à sua natureza jurídica, cometa, por outro, o equívoco de atribuir a atividade a órgão

administrativo cujo perfil funcional não se revela adequado à gestão e à proteção dos interesses considerados relevantes pelo Estado.

5. Bibliografia

MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Campinas: Millennium, 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003.

KELSLEN, Hans. *Teoria general del Estado*. Barcelona: Labor, 1934.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1957.

MARINI, Carlo Maria de. Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria. *Rivista di Diritto Processuale*, 1954.

MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Campinas: Millennium, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, *Revista de Processo*, n. 46, 1987.

SEGNI, Antonio. Vb. Giurisdizione civile. In: *Nuovo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1937.