

Simplificação dos procedimentos de jurisdição voluntária

Inexigibilidade de advogado

Caroline Angélica Rabêlo de Souza*

A ordem jurídica estabelecida no Estado brasileiro a partir da Constituição de 1988 busca a realização do Estado Democrático de Direito, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹.

Nesse sentido, faz-se necessária a criação de mecanismos que possibilitem maior acesso aos órgãos judiciários ou mesmo administrativos a fim de que o desígnio constitucional se efetive.

Partindo da perspectiva de realização da norma constitucional, surge a proposta de simplificação dos procedimentos de jurisdição voluntária por meio da inexigibilidade de advogado legalmente habilitado para iniciá-los e impulsioná-los, possibilitando o acesso a um maior número de usuários dos serviços públicos: os cidadãos. A exemplo do que ocorre nos Juizados Especiais, na Justiça do Trabalho e nos *habeas corpus*.

Ou, ainda, da consideração da atividade do magistrado como agente público administrativo a quem a lei confere a prerrogativa de analisar os procedimentos em questão. Ou mesmo da consideração do Ministério Público como substituto processual nestes casos, tudo mediante autorização legal.

A jurisdição pode ser definida como a função estatal que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei, mediante a substituição pela atividade dos órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, quer para afirmar a existência da vontade da lei, quer para torná-la praticamente efetiva, segundo Chiovenda².

Passa a existir jurisdição na medida em que o Estado monopoliza a aplicação da justiça, tomando-a formalmente para si, ainda que, na prática, o exercício da jurisdição possa ter sido, no princípio, atribuído a indivíduos que não eram agentes estatais permanentes.

Entendida como função do Estado, a jurisdição goza de autonomia e independência.

A jurisdição contenciosa é a jurisdição própria ou verdadeira e tem como características a ação, a lide, o processo e o contraditório (ou sua possibilidade). Presume-se que haja um litígio que origina um processo e que produz a coisa julgada. Nessa atividade, o juiz compõe os litígios entre as partes.

Nelson Nery³, comentando o art. 1º do CPC, afirma que:

A função jurisdicional tem por escopo a pacificação social, de sorte que a solução dos conflitos é o objeto primeiro da jurisdição. O CPC estabelece regras de jurisdição contenciosa (CPC, 1º ao 1.102), ao mesmo tempo que regula a jurisdição voluntária (CPC, 1.103 ao 1210). O termo *contenciosa* está aqui para distinguir-se da expressão *voluntária*.

A jurisdição contenciosa “tem por objetivo a composição e solução de um litígio”, na lição de Marcos Afonso Borges⁴. Esse objetivo é alcançado mediante a aplicação da lei, em atividade na qual “o juiz outorga a um ou a outro dos litigantes o bem da vida disputado, e os efeitos da sentença adquirem, definitivamente, imutabilidade em frente às partes e seus sucessores (autoridade da coisa julgada material)”, nas palavras de Athos Gusmão Carneiro⁵.

Há quem defenda que a expressão jurisdição contenciosa é pleonástica ou redundante, já que a própria idéia de jurisdição induz à idéia de contenda, de lide, litígio. Nesse sentido, seria mais apropriado o emprego da denominação *jurisdição propriamente dita ou jurisdição em si mesma*.

Para Humberto Theodoro Júnior⁶ lide ou litígio é “um conflito de interesse qualificado por uma pretensão resistida”. E mais, “interesse é ‘posição favorável para a satisfação de uma necessidade’ assumida por uma das partes e pretensão, a exigência de uma parte de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio”. Já os bens da vida são “as coisas ou valores necessários ou úteis à sobrevivência do homem, bem como a seu aprimoramento”.

* Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC/BA) e pós-graduada em Direito Civil pela União Pioneira de Integração Social (UPI/DF). Servidora do TJDF, cedida para a Justiça Federal - Subseção Judiciária de Itabuna/BA. Endereço eletrônico: carolabelo1@uol.com.br

Na jurisdição contenciosa há um bem da vida em disputa gerando o conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida, no qual as partes buscam a subordinação do interesse adverso ao seu.

A jurisdição voluntária se dá quando, de acordo com Athos Gusmão Carneiro⁷ “a ordem jurídica deixa a critério dos particulares regularem, uns em face dos outros, suas relações, livremente criando, modificando ou extinguindo direitos e obrigações recíprocas”.

A expressão “jurisdição voluntária” teve sua origem no Direito Romano, de fonte atribuída a Marciano no Digesto. É também chamada por muitos de jurisdição graciosa.

Filiando-se à corrente que entende a jurisdição voluntária como atividade administrativa, é possível dizer, tal qual Nelson Nery⁸:

Sem discutir a natureza jurídica da denominada jurisdição voluntária, tem-se entendido, conforme a doutrina dominante, ser ela atividade judiciária de administração pública de interesses privados. Há, portanto, interesses privados que, em virtude de opção legislativa, comportam fiscalização pelo poder público, tendo em vista a relevância que apresentam para a sociedade” e ainda sobre os princípios fundamentais da jurisdição voluntária que “são diferentes dos que inspiram a jurisdição contenciosa, tendo em vista a própria natureza peculiar da administração pública de interesses privados. A relação jurídica que se forma entre os interessados é *unilateral*, pois aqui não se trata de decidir litígio, mas sim de dar-lhes assistência protetiva. O juiz integra o ato ou negócio jurídico privado, homologando-o, autorizando-o, aprovando-o. Esta é uma das razões que impedem seja ele, a um só tempo participe integrado do negócio jurídico privado e fiscal da lei.

Nesses procedimentos, além dos aspectos até aqui analisados, não há que se falar em requerente e requerido, mas apenas em interessados. Não havendo também o fenômeno da revelia e, tampouco, prazos peremptórios, bem como a permissão para a atuação de ofício do juiz.

Por outro lado, há participação necessária do Ministério Público como *custus legis*, e assim também participação voluntária na qualidade de substituto processual, já que lhe é dado iniciar os procedimentos de jurisdição voluntária, segundo os arts. 1.104 e 1.105 do Código de Processo Civil:

Art. 1.104 O procedimento terá início por provocação do interessado ou do Ministério Público, cabendo-lhe formular o pedido em requerimento dirigido ao juiz, devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial.

Art. 1.105 Serão citados, sob pena de nulidade, todos os interessados, bem como o Ministério Público.

De se ressaltar também a necessidade de chamada a Fazenda Pública quando seus interesses estiverem envolvidos, nesse sentido é o art. 1.108 do CPC:

Art. 1.108 A Fazenda Pública será sempre ouvida nos casos em que tiver interesse.

A sentença proferida nos procedimentos de jurisdição voluntária tem caráter constitutivo, positivo ou negativo. Ou seja, dada uma relação fática e após a análise pelo órgão julgador tem-se a constituição ou desconstituição de um vínculo jurídico. Pode ainda ter caráter declaratório, mas nunca condenatório. Ainda quanto à sentença, mais uma vez se observam características que aproximam a atividade do juiz da atividade administrativa, haja vista o preceito do art. 1.109 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 1.109 O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente e oportuna.

Perceba-se aí a utilização de termos *oportunidade* e *conveniência*, inegavelmente ligados à atividade administrativa do Estado. Em se considerando a atividade do juiz nos procedimentos de jurisdição voluntária dotados de natureza administrativa, pode-se mesmo afirmar que o ato daí decorrente, embora seja formalmente uma sentença reveste-se de característica de ato administrativo discricionário.

Há também a autorização para que o juiz decida por equidade, é o que diz Nelson Nery⁹ analisando o dispositivo legal:

Somente nos casos expressos em lei o juiz pode decidir por equidade (CPC 127). Em todos os procedimentos de jurisdição voluntária, há autorização legal para o juiz assim proceder (CPC 1.109). A lei processual concede ao juiz a oportunidade de aplicação de equidade ao arrepio da *legalidade estrita*, podendo decidir escorado na conveniência e oportunidade, critérios próprios do poder disci-

cionário, portanto inquisitorial, bem como de acordo com o bem comum (Nery, RP 46/14).

O art. 1.107 do Código de Processo Civil reforça essa afirmação:

Art. 1.107 Os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de qualquer prova.

A esse respeito Nelson Nery¹⁰ anota:

Na jurisdição voluntária não existem prazos peremptórios nem revelia, devendo o juiz proceder à instrução probatória de ofício, mesmo contra a vontade dos interessados, já que incide em plenitude o princípio da investigação de ofício em contraposição ao princípio dispositivo.

(...)

Há diferença entre a inquisitorialidade, característica da jurisdição voluntária, e o poder dado ao juiz pelo CPC, 130, de determinar, de ofício, a realização de prova e indeferir as inúteis. O CPC, 130, deve ser entendido em consonância com o CPC, 125, 330 e 1.107. O poder dado ao juiz na jurisdição contenciosa, de determinar *ex officio*, realização de prova, encontra limitação no princípio dispositivo e no da igualdade das partes (Arruda Alvim, CPCC, V, 214 e ss.). Na jurisdição voluntária incide o princípio oficial em toda sua extensão. O juiz, independentemente do requerimento dos interessados, deve determinar a realização de prova *ex officio*. Aqui não há ônus da prova, há faculdade de provar.

Observe-se que o próprio texto legal dá a indicação de serem os procedimentos de jurisdição voluntária muito mais, senão totalmente, de natureza administrativa do que judicial. O que não fere a tripartição dos poderes, já que ao Poder Judiciário é dado atuar como agente público administrativo.

Considerados todos esses aspectos, a questão que se coloca é a da exigibilidade de participação do advogado nos procedimentos de jurisdição voluntária.

É bem verdade que a atividade postulatória é privativa de advogado legalmente habilitado. Mas é também verdade que já existem procedimentos em que sua participação é dispensável.

O CPC define em seu art. 7º a capacidade processual:

Art. 7º Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo.

Já no art. 36 está a definição da capacidade postulatória, quase sempre privativa de advogado:

Art. 36 A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.

Nelson Nery anota a esse respeito¹¹:

A capacidade processual não se confunde com a capacidade postulatória, que é a aptidão que se tem para procurar em juízo. O profissional regularmente inscrito no quadro da OAB tem capacidade postulatória (CPC, 36; EOAB, 8º, 1º ss). Também o membro do MP tem capacidade postulatória tanto no processo penal quanto no processo civil, para ajuizar ação penal e ACP (CF 129 III; CPC 81; LACP 5º; CDC 82 I; ECA 210 I). No juizado de pequenas causas há dispensa da capacidade postulatória para o ajuizamento da pretensão (LPC 9º *caput*), sendo exigível apenas para subscrever eventual recurso (LPC 41 § 2º). Na justiça do trabalho o empregado pode reclamar pessoalmente, sem necessidade de advogado (CLT 791 *caput*). Também não se exige capacidade postulatória para a impetração de HC (CPP 654 *caput*; EOAB 1º § 1º). Em MS, as informações devem ser prestadas pessoalmente pela autoridade coatora, que é a parte passiva legítima, não se admitindo sejam subscreitas somente por procurador (RF 302/164; Meireles, MS, 42).

Acompanhando a *mens legis* das exceções legais para a exclusividade da capacidade postulatória, tem-se que, não havendo litígio ou, em outras palavras, havendo a possibilidade de composição consensual, voluntária, é permitido às partes ingressarem em juízo sem a participação necessária do advogado. Assim também nos casos de reconhecida hipossuficiência ou de perigo às liberdades, como se percebe no acesso à justiça do trabalho e nos casos de impetração de *habeas corpus*.

Conforme definido anteriormente, nos procedimentos de jurisdição voluntária, não há que se falar em conflitos de interesses, mas apenas em tutela estatal a interesses privados considerados por lei merecedores de fiscalização pelo agente público; as ações são sempre dotadas de natureza consensual.

É público que o acesso aos profissionais do direito, ainda que garantido por lei, é dispendioso, tornando-se, desse modo, inacessível a uma parcela considerável da população. Ou, de outra forma, acarretando acúmulo

de trabalho às Defensorias Públicas e demais serviços de Assistência Judicial gratuita e se constituindo em verdadeiro obstáculo ao acesso ao Poder Judiciário.

Perceba-se que esta dificuldade pode ser entendida como contrária aos princípios constitucionais do livre acesso, desde que atendidas as exigências legais, e mesmo o da democracia. A existência do Estado Democrático de Direito requer sejam minimizados os entraves impostos aos cidadãos para a realização dos seus direitos.

Outrossim, segundo Gonçalves¹², “a instrumentalidade técnica do processo está em que ele se constitui na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos”. Nisto incluídas as formas de acesso ao Poder Judiciário.

Não se defende aqui que a presença do advogado seja dispensável ou obstáculo a este acesso como regra. Mas que há procedimentos — e note-se que nem existe a presença do termo processo em sentido próprio — em que, dada a simplicidade do direito argüido ou da natureza do próprio procedimento, ou ainda as características das partes envolvidas, exigir a participação deste profissional como condição *sine qua non* torna a uma parcela importante dos usuários difícil o acesso à justiça.

Por outro lado, não se propõe a exclusão da atuação dos advogados nos procedimentos de jurisdição voluntária. A exemplo do que ocorre nas demais exceções legais, este profissional pode subscrever o pedido e acompanhar o desenvolvimento da ação se as partes assim desejarem; apenas a obrigatoriedade dessa participação é que deixa de existir.

Apenas, visando obedecer à ordem constitucional vigente e aos valores nela inseridos, bem como à instrumentalidade do processo e sua natureza de instrumento para a efetivação da tutela estatal e a exemplo de outras hipóteses permissivas, sugere-se que a participação do advogado legalmente habilitado seja voluntária, sendo permitido às partes ingressar em juízo em nome próprio.

Por todo o exposto é que se propõe a inexigibilidade do advogado para a propositura dos procedimentos de jurisdição voluntária. Mas, para isto, é preciso que o Poder Judiciário esteja pronto a receber essas

demandas. Seria necessária, portanto, a modificação de procedimentos adotados diuturnamente para alcançar os propósitos aqui defendidos.

A primeira modificação pertinente para a implementação do que se propõe é a alteração do texto da lei processual civil autorizando o ingresso dos procedimentos de jurisdição voluntária sem a subscrição por profissional habilitado.

Nesse caso, o art. 36 do Código de Processo Civil poderia incluir nas exceções à exclusividade da capacidade postulatória tais procedimentos, recebendo a seguinte redação:

Art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver, e, ainda, nos procedimentos de jurisdição voluntária (o grifo é meu, com a alteração sugerida).

Ainda nesse sentido, tal autorização poderia ser expressa no art. 1.104 do mesmo diploma legal, que passaria a ser expresso dessa maneira:

Art. 1.104. O procedimento terá início por provocação do interessado, que poderá postular em juízo sem representação de profissional legalmente habilitado, ou do Ministério Público, cabendo-lhes formular pedido em requerimento dirigido ao juiz, devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial. (O grifo é meu, com a alteração sugerida.)

Observe-se que a alteração legal serviria para consolidar o meio de acesso aqui defendido, mas não é condição *sine qua non* para tanto.

Isto porque, da leitura do texto legal, quando diz que “o procedimento terá início por provocação do interessado (...) cabendo-lhes formular pedido em requerimento dirigido ao juiz” (o grifo é meu), pode-se depreender daí que não existe o emprego do termo petição e tem-se margem para a interpretação segundo a qual o próprio interessado pode se dirigir à autoridade judiciária.

Assim, apenas uma nova interpretação da lei seria suficiente para garantir o ingresso, nos procedimentos de jurisdição voluntária, pelos interessados agindo em nome próprio. Basta, para tanto, que os órgãos judiciários reconheçam na tutela prestada nestes proce-

dimentos o caráter administrativo para que a participação do advogado deixe de ser obrigatória.

Outro caminho que se apresenta e que está em conformidade com a lei é o acesso por intermédio do Ministério Público. De se salientar o relevante papel que este órgão tem desempenhado na defesa dos interesses coletivos. Aqui, mais uma vez, abre-se na via legal a possibilidade de o Ministério Público subscrever o pedido, prescindindo da participação de advogado. Nesse sentido é o art. 1.104 do Código de Processo Civil:

Art. 1.104. O procedimento terá início por provocação do interessado *ou do Ministério Público*, cabendo-lhes formular pedido em requerimento dirigido ao juiz, devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial. (O grifo é meu.)

Nelson Nery¹³ indica ainda a possibilidade de início do procedimento por iniciativa do próprio juiz, de ofício:

Aqui não há lugar para aplicação ampla do princípio da demanda, nem para o princípio dispositivo, podendo ser iniciado o procedimento a requerimento da parte, do MP ou mesmo *ex officio*, ainda que não haja esta previsão em sentido expresso no CPC, 1103 (Nery, RP, 46/11). São exemplos disso o CPC, 1113, 1129, 1142, 1160, 1171, 1190 (Mendonça Lima, *Coment RT*, 35; Pontes de Miranda, *Coment* (1973), XVI, p. 18).

Disto decorre que o requerimento das partes dirigido ao juiz seja suficiente para provocar sua atuação *ex officio* no sentido de iniciar e impulsionar os procedimentos de jurisdição voluntária. Não se trata de petição, mas de requerimento ou documento, peça informativa, suficiente para dar início ao impulso oficial pelo magistrado.

Excetuando-se a hipótese de ingresso via Ministério Público, seja porque a lei ou sua inteligência admita o impulso inicial pela parte, seja admitindo-se uma sua capacidade postulatória, seja considerando este requerimento apenas como condição para provocar a atuação de ofício do juízo, é mister que, não sendo possível por qualquer razão aos interessados formular o pedido, ou reduzi-lo a termo, existam serventuários da justiça aptos a fazer as devidas reduções.

Em outras palavras, a exemplo do que ocorre nos Juizados Especiais e na Justiça do Trabalho, faz-se ne-

cessária a disponibilização de servidores da Justiça que formalizem os pedidos trazidos pelas partes para levar à apreciação judicial.

Desta maneira, os procedimentos de jurisdição voluntária se iniciariam com requerimento formulado pelas próprias partes por escrito ou oralmente diante de serventuário qualificado para reduzir a termo as alegações e os pedidos. Ou mediante petição assinada por profissional legalmente habilitado para tanto. Ou ainda por iniciativa do Ministério Público.

Note-se que a participação do advogado não está excluída, mas apenas deixa de ser necessária para iniciar e impulsionar o procedimento.

Afora o modo de ingresso, os demais atos continuariam sendo praticados sem alteração de qualquer espécie ou natureza.

Admitir que estes procedimentos sejam dotados de caráter administrativo possibilita a atuação de ofício do juiz, mediante mero requerimento da parte. Ou ainda, viabiliza aos interessados iniciarem e impulsionarem tais feitos. Ou mesmo como uma terceira via, permite que o Ministério Público seja acionado como substituto processual, hipótese permitida por lei.

De toda sorte, qualquer dessas possibilidades permite que o acesso se dê mesmo quando as partes não possam ou não queiram se utilizar dos serviços de advogados legalmente habilitados. Não que a atuação desses profissionais não seja relevante. Apenas se reconhece que a exigência de sua atuação inviabiliza a uma parcela considerável da população o acesso à prestação do serviço público. Em sendo, portanto, prescindível sua participação é forçoso admitir esta circunstância em benefício das partes envolvidas ou, em última análise, da garantia dos princípios constitucionais.

Notas

¹ Constituição Federal, art. 5º, XXXV.

² CHIOVENDA. *Istituzioni di diritto processuale civile*, tradução de J. Guimarães Menegale: Instituições de direito processual civil, São Paulo, Saraiva, 1969, vol. II, n. 137 a 140, pp. 3 a 14.

³ NERY JÚNIOR, Nelson *et* Rosa Maria Andrade Nery. *Código de processo civil e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 207.

⁴ BORGES, Marcos Afonso. *Jurisdição Voluntária. Direito processual civil*. Conferências, p. 211.

⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*, p. 32.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 35.

⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão Ob. Cit., p. 33.

⁸ NERY JÚNIOR, Nelson et Rosa Maria Andrade Nery. *Código de processo civil e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 908.

⁹ NERY JÚNIOR, Nelson et Rosa Maria Andrade Nery. Ob. cit, p. 911.

¹⁰ *Idem*, p. 910.

¹¹ NERY JÚNIOR, Nelson et Rosa Maria Andrade Nery. Ob. cit., p. 227/228.

¹² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Ob. cit.*, p. 171.

¹³ NERY JÚNIOR, Nelson et Rosa Maria Andrade Nery. Ob. cit., p. 908.

Referências bibliográficas

BORGES, Marcos Afonso. *Jurisdição voluntária. Direito processual civil. Conferências. Revista de Processo. Vol. 11-12*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 4 ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.

CHIOVENDA. *Istituzioni di diritto processuale civile*, tradução de J. Guimarães Menegale: *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1969.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

NERY JÚNIOR, Nelson; Rosa Maria Andrade Nery. *Código de processo civil e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.