

SUMÁRIO

.....

INTRODUÇÃO	33
-------------------------	-----------

CAPÍTULO 1

FUNÇÕES JURISDICIONAIS NÃO DECISÓRIAS E ATIPICIDADE DOS INSTRUMENTOS DE TUTELA DOS DIREITOS	45
--	-----------

1.1. Função jurisdicional como função de julgar: o equívoco de não enxergar atividades jurisdicionais resolutivas do conflito e de natureza não decisória	45
1.2. O que é uma decisão judicial?	49
1.2.1. Crítica à insuficiência do conceito de decisão judicial na doutrina brasileira. Definições tautológicas, conceitos circulares. Contra o critério do prejuízo	49
1.2.2. Críticas preliminares à definição clássica de sentença: ato de inteligência e vontade do Estado. Autoritatividade, imperatividade e declaratividade como supostas características essenciais e distintivas	51
1.2.3. A resolutividade de questões como suposto critério. A indevida correlação entre cognição e decisão e a confusão entre os momentos de interpretação e aplicação do direito	55
1.2.4. Premissas necessárias para delinear o conceito de decisão	61
1.2.4.1. Pronunciamentos judiciais como gênero independente do conteúdo decisório	61
1.2.4.2. Separação entre interpretação e aplicação do direito. Desvinculação entre cognição e decisão	62
1.2.5. Decisão como comando aplicativo: a efetiva aplicação do direito como nota distintiva. Diferença necessária entre resolução e decisão	68
1.2.6. Diferença da manifestação opinativa para a decisória. Incidência, aplicabilidade e aplicação normativa	71

1.2.7. Origem etimológica da palavra “decisão” e sua ligação com a eliminação dos conflitos. A “paz jurídica” como finalidade da jurisdição que só se exerceria por decisões	75
1.2.8. Excurso: algumas linhas sobre a jurisdição no Estado de Direito contemporâneo	77
1.2.8.1. Jurisdição como atividade heterocompositiva orientada para a prevenção, gestão e resolução de conflitos	77
1.2.8.2. Imperatividade e função não coercitiva. Atos jurisdicionais estimulantes e o modelo de atuação da jurisdição contemporânea	81
1.2.8.3. Funções jurisdicionais resolutivas não decisórias	84
1.3. Instrumentos jurisdicionais típicos e atípicos para a atuação não adjudicativa do juiz	84
1.3.1. A atipicidade das formas de tutela jurisdicional	84
1.3.2. Fundamento normativo da atipicidade: acesso à justiça, devido processo legal e efetividade do processo	88
1.3.3. Consequências da atipicidade para compreensão da jurisdição contemporânea	89
1.3.3.1. Tipo, tipificação e tipicidade: distinção preliminar	89
1.3.3.2. As funções jurisdicionais como poderes normativos tipológicos	92
1.3.3.3. Divisão de funções estatais, competências e poderes implícitos. A correlação entre atividades atribuídas à jurisdição e os instrumentos processuais previstos no sistema jurídico para seu desempenho	94
1.3.3.4. Interpretação extensiva das regras legais que expressamente preveem técnicas processuais para o desempenho de funções estatais	97
1.3.4. Fórmula de equivalência funcional. Aplicando a atipicidade das funções jurisdicionais e dos instrumentos processuais correlatos aos tipos funcionais	99
1.4. Conclusão parcial	100

CAPÍTULO 2

Função jurisdicional de consulta e recomendações judiciais. Manifestações opinativas não cogentes do juiz

2.1. Introdução às manifestações jurisdicionais opinativas	103
2.1.1. Tipos de atos judiciais. Pronunciamentos e atos de valoração	103

2.1.2.	Espécies de pronunciamentos valorativos não decisórios: opinião, exortação, recomendação, admoestação, provocação	106
2.1.3.	Formas de expressão da opinião judicial. Modalidades oficiosas e reativas, incidentais e principais	107
2.2.	Conceito de procedimento consultivo	114
2.3.	Argumentos contrários à jurisdição consultiva na doutrina tradicional	115
2.3.1.	A visão que ligava a jurisdição a uma lide concreta e à adjudicação de direitos. Inviabilidade de exercício de poder jurisdicional sobre provocações hipotéticas ou especulativas	115
2.3.2.	Consultoria jurídica não imperativa como atividade privada e parcial	117
2.3.3.	Crítica ao caráter preventivo da consulta. Risco de perda da imparcialidade por prejulgamento sobre conflito futuro	118
2.3.4.	Separação de Poderes e a potencial politização do Judiciário	120
2.3.5.	Viés de confirmação e constrangimento à modificação de entendimento em processo declarativo posterior	122
2.3.6.	Vácuo fático nos procedimentos. Défcits de informação para o juízo e de participação no processo	123
2.3.7.	Avaliações dos argumentos contrários. Necessidade de retomada do debate na doutrina a partir de outras premissas	124
2.4.	Breves notas de direito estrangeiro	126
2.5.	Procedimentos consultivos públicos previstos na legislação brasileira ...	134
2.5.1.	A consulta à administração pública. Consulta fiscal. Consultas ao TCU, à CVM, ao Cade e ao CNMP	134
2.5.2.	A função consultiva da Justiça Eleitoral. Previsão normativa, utilidade e escopo	136
2.5.2.1.	Posição da doutrina e da jurisprudência tradicionais: natureza não jurisdicional da consulta eleitoral	138
2.5.2.2.	Pressupostos de cabimento da consulta eleitoral	139
2.5.2.3.	Eficácia e estabilidade processual da resposta à consulta eleitoral. A questão da vinculatividade	141
2.5.3.	Consultas formuladas ao Conselho Nacional de Justiça	143
2.5.4.	Consultas formuladas ao juiz pelos titulares de concessão das serventias extrajudiciais: o procedimento de dúvida nos cartórios ...	144
2.6.	Função jurisdicional consultiva no direito contemporâneo	145

2.6.1. Fundamento normativo para o cabimento da consulta jurisdiccional: o art. 30 da LINDB. Direito do jurisdicionado e dever judicial de resposta opinativa	145
2.6.2. Finalidades das manifestações opinativas não cogentes para o jurisdicionado	148
2.6.2.1. Segurança jurídica e proteção das expectativas de incidência normativa. Orientação de comportamento e nomotropismo	148
2.6.2.2. Prevenção de conflitos	152
2.6.2.3. Resolução de disputas sem imposição de força. Fortalecimento de articulações dialogais e coordenação de atividades judiciárias	153
2.6.2.4. As funções da jurisdição opinativa nos meios adequados de solução de disputas: arbitragem não vinculativa (<i>non-binding arbitration</i>) e recomendações dos comitês de solução de disputas (<i>dispute review boards</i>)	155
2.6.3. Papel e função da jurisdição consultiva no sistema processual	159
2.6.3.1. Estratégia processual pré-contenciosa. O problema dos custos das pretensões de incerta procedência	160
2.6.3.2. Proximidade funcional com a produção antecipada de provas, mas para questões de direito	162
2.6.4. Natureza jurídica: jurisdição voluntária ou jurisdição contenciosa	162
2.6.5. Objeto da consulta: questões jurídicas. Inviabilidade de consulta a respeito de fatos. Analogia possível com a tutela declaratória. Possibilidade de consulta sobre a (in)constitucionalidade de uma norma	163
2.6.6. Competência da primeira instância. Hipóteses excepcionais de competência originária. Reunião de consultas para apreciação conjunta	169
2.6.7. Interesse processual	173
2.6.8. Legitimidade para agir e capacidade de estar em juízo	175
2.6.8.1. Legitimidade e capacidade nas consultas formuladas por particulares	175
2.6.8.2. Consulta formulada por magistrado. Possibilidade de substituição de juiz-consultor por cooperação judiciária. Previsão normativa na Resolução n. 350/2020 do CNJ	178
2.6.9. Observância do procedimento comum do CPC	186
2.6.10. Formalidades da postulação	187

2.6.10.1. Ausência de formulação de pretensão. Conversão da consulta em processo declarativo contencioso	187
2.6.10.2. Referibilidade à situação jurídica concreta e determinada. Importância da narrativa para indicação de possíveis interessados e controle de questões processuais	189
2.6.11. Indeferimento liminar da consulta por razões formais: falta de precisão da narrativa ou falta de interesse processual. Inadmissibilidade pela pendência de outros procedimentos de natureza declarativa	194
2.6.12. Efeitos da admissibilidade. Interrupção de prescrição e suspensão de procedimentos correlatos. Fluência de juro em matéria tributária	196
2.6.13. Impossibilidade de tutela provisória	197
2.6.14. Oportunidades de reação e participação dos interessados. Intervenção de terceiros	198
2.6.15. Limitações à instrução probatória	200
2.6.16. Resposta à consulta. Dever de fundamentação. A similitude entre a comunicação da opinião e da decisão como forma de aumentar a aceitação do resultado	201
2.6.17. Eficácia da consulta. <i>Res interpretata</i> . Vinculatividade relativa (para o Judiciário). Função probatória	205
2.6.18. Recursos e meios de impugnação. Cabimento dos embargos de declaração. Não cabimento da remessa necessária	211
2.6.19. Estabilidade da resposta à consulta. Ausência de coisa julgada. Modificabilidade do entendimento externado. Regras de transição	213
2.6.20. Custos do procedimento de consulta	217
2.6.21. Autocomposição. Negócios jurídicos processuais. Negócio de certificação. Transação	218
2.7. Interações entre a consulta e processos com pretensões declarativas ...	220
2.7.1. Aproximação funcional e diferenças entre consulta jurisdicional e ação declaratória	220
2.7.2. Existência de prevenção no ajuizamento de processos contenciosos declarativos posteriores	221
2.8. Recomendações judiciais como mecanismo não decisório de solução de conflitos	222
2.8.1. Recomendações como manifestações judiciais não imperativas. Diferenças da recomendação para a resposta à consulta	222

2.8.2. Características e efeitos das recomendações judiciais	224
2.8.3. Fundamento normativo. A atipicidade das formas de tutela jurisdicional e a aplicabilidade das normas preventivas da recomendação para o Ministério Público	228
2.8.4. Formalidades da recomendação jurisdicional	228
2.8.5. Utilidade prática da recomendação. Exemplos brasileiros	230
2.9. Conclusão do capítulo	232

CAPÍTULO 3

QUANDO NÃO DECIDIR É RESOLVER O CONFLITO: PERMISSÃO DO *NON LIQUET* NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

235

3.1. Primeira aproximação ao conceito de <i>non liquet</i>	235
3.2. A evolução do <i>non liquet</i> da Antiguidade aos dias atuais	236
3.2.1. A possibilidade de o juiz deixar o pedido sem julgamento no direito romano	237
3.2.2. O curioso hiato entre a Baixa Idade Média e o Renascimento. A compreensão racionalista da completude do ordenamento jurídico e ausência de lacunas na lei	244
3.2.3. A virada histórica na compreensão do tema: posituação da proibição de <i>non liquet</i> nas grandes codificações europeias	250
3.2.4. Base legislativa da proibição do <i>non liquet</i> no direito brasileiro: normas de sobredireito e regras processuais	253
3.2.5. A extensão do <i>non liquet</i> à hipótese de inesclearescibilidade fática	256
3.3. Conceito e função da proibição de <i>non liquet</i> na atualidade	258
3.3.1. Rejeitando a associação do <i>non liquet</i> a uma “não decisão”	258
3.3.2. A inadmissibilidade ou extinção do processo por aspectos formais: hipótese diversa do <i>non liquet</i>	259
3.3.3. Função do <i>non liquet</i> como regra operativa ou de fechamento do sistema jurídico processual	260
3.4. Fundamentos teórico-normativos para justificação dogmática da proibição do <i>non liquet</i>	265
3.4.1. A indeclinabilidade como característica da jurisdição. Recusa em julgar como negativa de prestar a função jurisdicional	266
3.4.2. A regra da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CR/88)	268

3.4.3. Sanções disciplinares ao magistrado que se omite em proferir julgamento. Inexistência de tipificação penal	270
3.5. Crítica à ausência de questionamento na doutrina acerca da proibição do <i>non liquet</i>	272
3.5.1. A retomada recente do debate doutrinário. “Falsos” <i>non liquet</i> identificados por alguns autores	272
3.5.2. As referências à vedação do <i>non liquet</i> na jurisprudência. Decisão isolada do Superior Tribunal de Justiça admitindo <i>non liquet</i> na liquidação de sentença	279
3.6. Possibilidade de pronúncia do <i>non liquet</i> no direito brasileiro	282
3.6.1. Primeira premissa: permissão do <i>non liquet</i> quando não houver impasse resolutivo. O “justo motivo” para recusar-se a decidir (art. 143, II, do CPC)	282
3.6.2. Segunda premissa: busca por maior racionalidade sistêmica na resolução dos conflitos. Contra decisões irracionais, proferidas em quadro de incerteza, com menor controle e subvertendo interesses favorecidos pelo ordenamento jurídico	284
3.6.3. Grupos de casos em que é permitido o <i>non liquet</i> . Diferença entre procedimentos meramente opinativos e processos de cunho declarativo	287
3.6.4. Hipóteses-tipo de <i>non liquet</i> no sistema brasileiro	290
3.6.4.1. Procedimentos não decisórios de natureza opinativa sem conflito subjacente	290
3.6.4.2. Processos adjudicativos com pretensões declarativas	291
3.6.4.2.1. Convenções processuais autorizativas do <i>non liquet</i>	292
3.6.4.2.2. Hipóteses em que é admitida autotutela de origem legal ou convencional	295
a) Conceito e evolução histórica da autotutela. Previsão no direito brasileiro	295
b) Reabilitação contemporânea da autotutela. Os <i>smart contracts</i> com supervisão ou execução submetidas à vontade unilateral de uma das partes	300
c) Viabilidade do <i>non liquet</i> em casos de autotutela permitida	305
d) Autotutela permitida como preordenação de interesses e seus impactos no processo posterior	306

e)	Requisito adicional para a pronúncia de <i>non liquet</i> neste caso: inexistência de presunção relativa em favor de uma das partes e não ser caso de inversão de ônus da prova	310
3.6.4.2.3.	Transferência de prerrogativa decisória: <i>non liquet</i> parcial ou provisório	313
a)	Identificação de outro centro decisório como melhor capacidade institucional para decidir	315
b)	Inadmissão ou desafetação por necessidade de amadurecimento do debate em procedimentos de jurisdição objetiva. Incidentes de resolução de casos repetitivos, repercussão geral no recurso extraordinário e relevância no recurso especial	320
3.7.	Arbitrariedade, desídia, negligência, transferência de externalidades, fuga de responsabilidade: os perigos de uma generalização indevida do <i>non liquet</i>	326
3.8.	Regime da decisão de <i>non liquet</i>	329
3.8.1.	Exigências de fundamentação (art. 489, § 1º, do CPC e arts. 20 e 21 da LINDB)	329
3.8.2.	Decisão sem análise de mérito. Aplicação do art. 485 do CPC	330
3.8.3.	Custos do processo em hipóteses de <i>non liquet</i> permitido	330
3.8.4.	Estabilidade da pronúncia de <i>non liquet</i> . Aplicação do art. 486, § 1º, do CPC. Possibilidade de convenção das partes para definição de outro tipo de estabilidade	332
CONCLUSÃO	335
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	339