

ANTONIO DO PASSO CABRAL

JURISDIÇÃO SEM DECISÃO

non liquet e consulta jurisdicional
no direito brasileiro

3^a EDIÇÃO

Revista e
atualizada

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

INTRODUÇÃO

Não é fácil desapegar e se desfazer de ideias caras que nos acompanham desde sempre. Uma delas sem dúvida é aquela que relaciona a jurisdição à decisão.

Isso se dá, em parte, pela incompreensão a respeito de temas como a cognição judicial e a aplicação das normas na sentença, mas também e sobretudo porque o conceito tradicional de jurisdição não é suficiente para as discussões do nosso tempo. Embora o que se compreende por jurisdição tenha variado ao longo dos anos, o tema encontra-se assentado em premissas que não conseguem mais responder às necessidades dos jurisdicionados na sociedade atual.

De fato, as definições de jurisdição da literatura clássica não conseguem espelhar a multifacetada gama de funções que os órgãos jurisdicionais são chamados a exercer no Estado de Direito contemporâneo. Em poucas palavras, pode-se dizer que o mundo mudou radicalmente, as funções jurisdicionais se tornaram mais complexas e sofisticadas, e algumas das características apontadas como inerentes à jurisdição não correspondem ao que o ordenamento jurídico prescreve e ao que as pessoas precisam e esperam dos juízes.¹

1 Há muito tempo vimos estudando o conceito de jurisdição, procurando reformulá-lo, à luz de novas funções jurisdicionais que os juízes vêm sendo chamados a exercer. Relatando as críticas às características tradicionais e destaque aos nossos estudos para reformular o conceito de jurisdição, FROIS, Felipe Ribeiro; OLIVEIRA, Igor Campos. *Novas perspectivas sobre o conceito de jurisdição no Brasil: transformações na teoria geral do processo?* in YARSHELL, Flávio Luiz; ZUFELATO, Camilo; FROIS, Felipe Ribeiro; VAUGHN, Gustavo Favero (org.). *50 anos da Teoria Geral do Processo: passado, presente e futuro*. Londrina: Thoth, 2024, p. 277-278 e nota 65.

E é longa a coleção de falsas impressões acerca da jurisdição. A primeira é a associação entre jurisdição e estatalidade. Afirma-se que a jurisdição é “função do Estado”, “atividade dos juízes”, ou que o Estado assumiu o “monopólio do exercício da jurisdição”,² embora seja pouco mais que evidente a existência de atividade jurisdiccional exercida por particulares.³ A ascensão dos meios alternativos e adequados de solução de controvérsias, em especial a arbitragem, tem sido o maior foco de atenção para os “equivalentes jurisdicionais”. Mas não se pode esquecer das jurisdições tradicionais, como aquelas de comunidades indígenas, que também revelam formas de solução de controvérsias não estatais, mas judiciariformes.⁴

De outro lado, no berço do processualismo científico do fim do séc. XIX e início do séc. XX, concebia-se a jurisdição como voltada exclusivamente aos interesses das partes, entendida como uma função de tutela da pretensão de direito material insatisfeita ou lesada. Uma fórmula conhecida de conceituar a jurisdição de maneira que o resultado final seja mais afeto aos interesses das partes foi a definição de Canelutti, focada na finalidade de obter “a justa composição da

-
- 2 No Brasil, por todos, REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, vol.1, 1957, p. 98; MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol.I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 62-63; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11; LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdiccional no direito processual contemporâneo*. São Paulo: Juspodivm, 2024, p. 46.
 - 3 Esse equívoco, embora ainda seja muito visualizado na doutrina, vem sendo combatido. Rosalina Freitas de Sousa reconhece a necessidade de avançar na compreensão do conceito de jurisdição, que já não pode ser visto como monopólio estatal. A autora enxerga espaços de exercício jurisdiccional, p. ex., em tribunais administrativos e órgãos de controle (agências reguladoras). SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. *Por uma função jurisdiccional adequada*. Curitiba: Appris, 2021, p. 141-148. Mitidiero alerta contra uma visão estatista das finalidades da jurisdição: MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 29-32.
 - 4 Salientamos o ponto em CABRAL, Antonio do Passo. Per un nuovo concetto di giurisdizione. in BRIGUGLIO, Antonio; MARTINO, Roberto; PANZAROLA, Andrea; SASSANI, Bruno (org.). *Studi in onore di Nicola Picardi*. Roma: Pacini, vol.1, 2016, p. 366. Na América Latina, as Constituições do Equador (art. 171), da Bolívia (art. 192) e do Peru (art. 149) reconhecem autoridade a decisões de tribunais indígenas. O tema ganhou a importante adesão de DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à Justiça Multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil*. São Paulo: Juspodivm, 2024, p. 588.

lide”⁵, compreendida esta como o conflito de interesses qualificado pela pretensão do autor e a resistência do réu.

Com o advento do publicismo processual, passou-se a defender uma concepção diversa, fundada em interesses estatais, públicos, que comumente eram descritos como prevalentes àqueles de tutela do direito das partes. A proteção às situações jurídicas processuais das partes era uma consequência *indireta* da aplicação da lei (o direito objetivo) ao caso. Nesse sentido, foi clássico o conceito de Chiovenda de jurisdição como revelação da vontade concreta da lei instrumentalizada pelo juiz, mediante provocação das partes.⁶ Mesmo quando se reconhecia que a tutela dos direitos subjetivos era um importante escopo da jurisdição, essa atividade era entremeada a outras, em uma visão impregnada de estatalismo.⁷

Outros autores simplesmente uniam as duas concepções: jurisdição seria a atividade do Estado que, no aplicar a regra do direito objetivo, tinha como finalidade a justa composição da lide.

Todo esse debate fez com que o conceito de jurisdição ficasse imerso na contraposição maniqueísta entre publicismo e privatismo. Na atualidade, porém, encontra-se em grande medida superada essa dicotomia. Admitir que a tutela de situações jurídicas subjetivas seja um escopo da jurisdição não significa um retorno ao privatismo romano, tampouco leva a uma eliminação do Estado, cuja presença na relação processual é insuprimível. No processo, os interesses públicos e privados devem conviver harmonicamente, não podendo ser vistos como mutuamente excludentes.

Por outro lado, qualquer que seja a ênfase que se atribua à jurisdição – tanto no viés da aplicação do ordenamento objetivo ao

-
- 5 CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, vol.2, 1930, p. 4, 102-103.
 - 6 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, reimpressão, 1965, p. 291-301. Em certa medida, foi conceito incorporado por LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, vol. I, 1955, p. 10. Até hoje, em estudos sobre a jurisdição, vemos ecos desse conceito: LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional no direito processual contemporâneo*. São Paulo: Juspodivm, 2024, p. 45-46.
 - 7 Assis, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 95.

caso, quanto na vertente da justa composição da lide –, a tentativa de diferenciar a função jurisdicional de outras funções estatais, sobretudo a administração pública, apresenta outro problemático obstáculo ao desenvolvimento do conceito contemporâneo de jurisdição.

É que, subjacente à discussão, forjou-se uma imagem da atividade jurisdicional que se projeta até hoje: a ideia de que a jurisdição atua apenas *retrospectivamente*, reagindo às lesões a direitos *si et in quantum* solicitada pelo interessado. A jurisdição responderia a pretensões específicas, julgando um conflito já existente, pela produção de uma norma individual cuja eficácia ficaria restrita às partes. Qualquer atuação que pretendesse normatização mais geral ou que se orientasse para a prevenção – não a resolução – de conflitos deveria ser cometida ao Legislativo ou ao Executivo.⁸

Nessa ordem de ideias, esquece-se que o Estado assume, no mundo contemporâneo, características muito diferentes daquelas que marcavam a atividade estatal no início do séc. XX. Ao invés de ser um mero sancionador de comportamentos pretéritos, o Estado passou a ser indutor de condutas em sociedade, atuando *prospectivamente* com vistas a fomentar, estimular comportamentos desejados. E essa atuação também se espera do juiz no exercício da função jurisdicional. Na atualidade, entende-se que o magistrado pode induzir condutas, exercendo as prerrogativas de diálogo em contraditório, ou que lance mão de incentivos premiais. Os juízes podem também cooperar entre si, unindo-se para atingirem objetivos convergentes orientados por finalidades alinhadas.

Destaque especial deve ser dado para a função nomofilática da atividade jurisdicional, que sobressai na formação de precedentes e na estabilização da jurisprudência (arts. 926 e 927 do CPC). O Judiciário atua criando padrões normativos,⁹ *rationes decidendi* aplicáveis não apenas no caso em que formados, mas universalizáveis para outros casos

8 Ou ainda que exercida por juízes, seria compreendida como função de natureza administrativa, com os casos de jurisdição voluntária. Nessa visão antiga, por todos CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, vol.2, 1930, p. 102-103.

9 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018, *passim*.

análogos.¹⁰ Os precedentes judiciais, como fonte de norma, são levados em consideração na tomada de conduta das pessoas, e representam a consagração de uma abordagem da jurisdição voltada para o futuro (*future-oriented*), frontalmente contrária à lógica tradicional de retratar a atividade jurisdicional como uma reação puramente retrospectiva.

Lembremos ainda os procedimentos (indubitavelmente jurisdicionais) em que a atividade dos juízes se exerce num grau mais intenso de abstração em relação ao caso.¹¹ São formas de jurisdição “objetiva” em que a finalidade principal é a criação de modelos decisórios para uniformizar a solução de questões comuns a vários processos. Os processos-piloto, como os incidentes de resolução de casos repetitivos, fornecem exemplos muito atuais dessa crescente faceta do exercício da jurisdição.

Ademais, lembre-se outra característica da jurisdição frequentemente invocada na doutrina: a substitutividade.¹² O Estado-juiz proíbe a autotutela, e diante do conflito não resolvido trazido para sua decisão, substituiria a vontade dos litigantes pela sua. Afinal, a sentença não é um mero parecer, e contém um ato volitivo. Nessa lógica, toda vez que a atividade judiciária se desenrolasse diante de partes que estivessem concordantes, não seria considerada jurisdicional. Em razão dessa prolapada característica de substitutividade da jurisdição, alguns tipos de funções judiciais eram definidos como atividades administrativas, exercidas apenas anomalmente pelos juízes. Foi o que ocorreu, durante muito tempo, com a jurisdição voluntária.

Trata-se, com a devida vênia, de mais uma pressuposição data-da e que não tem cabimento em um contexto de fomento do Estado à autocomposição, em que cada vez mais aumentam os espaços onde a vontade dos litigantes é suficiente para a produção de efeitos

10 OST, François. Le rôle du juge: vers de nouvelles loyautés? *Rassegna Forense*, n.3-4, 2013, p. 696-697; MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, vol.37, n.206, abr., 2012, p. 61-77.

11 Como observou SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. in *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 437-438.

12 LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional no direito processual contemporâneo*. São Paulo: Juspodivm, 2024, p. 58.

jurídicos. O sistema processual brasileiro, aliás, passou a incentivar que o juiz se engaje nessa atividade, estimulando as partes a buscarem soluções autocompositivas (art. 3º, § 2º, art. 139, V, ambos do CPC). No mesmo sentido, é crescente a autonomia das partes em definir até mesmo as regras do procedimento a ser aplicado pelo juiz (arts. 190 e 200 do CPC). Os acordos ou convenções processuais, que vêm cada vez mais sendo popularizados e adotados na praxe, são expressão do autorregramento da vontade em conexão próxima com a aplicação da lei pelo juiz. Autocomposição e heterocomposição se unem cada vez mais na solução dos conflitos, não sendo correto imaginar que a jurisdição só atua frente ao dissenso. Portanto, nem sempre o magistrado substituirá sua vontade à dos litigantes, e ainda assim haverá exercício de atividade jurisdicional.

Outra característica da jurisdição comumente apontada na doutrina tradicional é sua natureza declaratória. Entende-se que os direitos preexistiriam à sentença, que não teria nenhum caráter criativo; a atividade do juiz seria limitada a revelar a existência de direitos no ordenamento objetivo.¹³

No entanto, os debates mais contemporâneos na teoria do direito e na teoria das normas já nos esclareceram que a atividade jurisdicional não é apenas declarativa de um sentido prévio que a norma já possuísse. A jurisdição é também criativa em alguma medida, construindo ou reconstruindo (atribuindo) o sentido da norma no próprio procedimento de sua interpretação e aplicação.

Além disso, reconhecer a evidente utilidade e importância dos procedimentos jurisdicionais declarativos ou certificativos de direitos não impede que se reconheçam interesses legítimos em solicitar ao Judiciário providências outras, completamente diferentes da lógica adjudicativa. Por vezes, a atividade jurisdicional servirá exatamente para que a parte saiba se tem ou não direito. Lembremos os procedimentos probatórios autônomos *ante causam* (tão estudados

13 Essa concepção é baseada no dualismo do ordenamento jurídico. Já aqueles defensores do monismo, imaginavam que os direitos eram efetivamente criados pela sentença. Antes da sentença, existiriam apenas *interesses* materiais. Perdido nesse debate entre monismo e dualismo, o conceito de jurisdição ficava um refém das repercussões possíveis que a adoção de uma ou outra premissa.

na doutrina mundial e agora incorporados ao Código de Processo Civil de 2015), que possuem como uma de suas finalidades evitar o litígio pela revelação dos fatos (art. 381, III, do CPC). Como imaginar que um procedimento de pura constatação fática se enquadre plenamente em alguns dos conceitos de jurisdição tradicionais?¹⁴

Essa obsessão pela atividade adjudicativa é fruto da também da associação da função judicial com apenas uma das formas de resolução do conflito: a decisão imperativa. A pressuposição tradicional é de que função principal do juiz é julgar, aplicar o direito para decidir o conflito, distribuindo os bens e interesses disputados entre as partes. Mas ao pensar que só se resolve conflito decidindo, a doutrina ou simplesmente ignora funções jurisdicionais não decisórias (manifestações opinativas e valorativas sem adjudicação), ou lhes atribui natureza diversa (funções *judiciais* consideradas *não jurisdicionais*).

Essa premissa é visível em vários pontos da teoria processual. Primeiramente, nos estudos acerca do conceito de jurisdição e da natureza e espécies de funções jurisdicionais, concebia-se a jurisdição ora como atividade de aplicação da lei ou de resolução da lide, mas sempre pensando que lhe compete julgar o caso e definir a quem cabe o direito. Por outro lado, na teoria dos atos processuais, sempre se estudou a sentença como o ato processual mais importante, o que revelava, expressamente ou nas entrelinhas, a inclinação de pensar o ápice da atividade judicial na tarefa de julgar. Judicial e judicante, aliás, são adjetivos constantemente tomados como sinônimos.

Entretanto, o plexo de atividades judiciais compreende diversas funções, para cuja implementação os magistrados lançam mão de técnicas processuais variadas. Algumas respondem a anseios instrumentais, sobretudo em relação a atividades-meio; outras se relacionam à resolução da disputa. Porém, dentre as técnicas processuais resolutivas dos conflitos, há aquelas que de fato são decisórias, buscando resolver o conflito distribuindo bens e direitos, mas há outras técnicas não adjudicativas.

14 Chamamos atenção para essas insuficiências do conceito de jurisdição em CABRAL, Antonio do Passo. Per un nuovo concetto di giurisdizione. in BRIGUGLIO, Antonio; MARTINO, Roberto; PANZAROLA, Andrea; SASSANI, Bruno (org.). *Studi in onore di Nicola Picardi*. Roma: Pacini, vol.1, 2016, p. 370-372 (também publicado na Revista da Faculdade Mineira de Direito, vol. 18, 2015).

Em resumo, *técnicas resolutivas do conflito podem ser não decisórias*, mas ainda assim representarem funções de natureza jurisdicional.

Partindo-se dessa premissa, urge admitir que resolver o conflito pode passar por não decidi-lo. Resolver a disputa pode, p. ex., compreender incentivos à autocomposição, e essa atividade corresponde aos interesses públicos de realização de uma justiça mais próxima do jurisdicionado.¹⁵ Em muitos conflitos, juiz passou a ser menos um decisor que um gestor da atividade dos sujeitos envolvidos, um catalisador das alternativas de solução.¹⁶

Jurisdição pode ainda representar uma postura do juiz de engajar-se em arranjos consensuais cooperativos, ou utilizar formas de estímulo e dissuasão comportamental externadas por manifestações opinativas sem qualquer decisão. São atividades voltadas não só para a resolução de conflitos já existentes, mas também para a prevenção de disputas futuras.¹⁷

Portanto, se resolver o conflito não significa necessariamente julgar, é possível haver jurisdição sem decisão. E é esse o mote do presente trabalho. Estudar alguns aspectos dessa “nova” jurisdição que se manifesta por formas, técnicas e atividades não decisórias.

Na impossibilidade de esgotar o tema, nosso principal foco será abordar duas maneiras de o Judiciário responder à provocação dos interessados, com escopo resolutivo do conflito, mas sem necessariamente julgá-lo. De um lado, analisaremos o cabimento e as

15 PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 9: “L’esperienza - sia del processo civile che del processo penale - mostra, d’altra parte, un giudice che oggi decide sempre meno, media e contratta sempre più, assume su di sé un ‘ruolo promozionale’ e giunge a svolgere una funzione di indirizzo politico, in senso lato”.

16 OST, François. *Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur: trois modèles de justice*. in GÉRARD, Philippe; OST, François; VAN DER KERCHOVE, Michel (dir.). *Fonction de juger et pouvoir judiciaire: Transformations et déplacements*. Bruxelas: Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 1983, p. 1-70; RESNIK, Judith. *Failing Faith: adjudicatory procedure in decline*. *University of Chicago Law Review*, vol.53, 1986, p. 523; OST, François. *Jupiter, Hercule, Hermès: Trois modèles du juge*. in BOURETZ, Pierre (dir.). *La force du droit*. Paris: Esprit, 1991, p. 241-272.

17 CABRAL, Antonio do Passo. *Per un nuovo concetto di giurisdizione*. in BRIGUGLIO, Antonio; MARTINO, Roberto; PANZAROLA, Andrea; SASSANI, Bruno (org.). *Studi in onore di Nicola Picardi*. Roma: Pacini, vol.1, 2016, p. 368-369.

potencialidades da jurisdição consultiva, de recomendações judiciais e outras formas de opinião não decisória. Em outra perspectiva, veremos se é admissível que se encerre o processo sem pronúncia de mérito, no que podem ser consideradas hipóteses permitidas de *non liquet*.

Neste trabalho, pretendemos comprovar basicamente as seguintes teses:

1) que decisão judicial caracteriza-se pela efetiva aplicação do direito ao caso. Não são decisões os pronunciamentos que se limitam a conhecer os fatos e interpretar o direito, ainda que resolvendo questões no plano lógico, sem aplicar as normas jurídicas à situação concreta;

2) que as funções jurisdicionais contemporâneas são poderes normativos tipológicos (por vezes comuns a outras atividades estatais), e as técnicas processuais que se estabelecem para seu desempenho são atípicas. Assim, os juízes podem lançar mão de instrumentos previstos expressamente em lei para a atuação de outros agentes públicos que exerçam funções equivalentes (do mesmo tipo);

3) que o sistema jurídico brasileiro prevê o exercício de jurisdição por meio de manifestações opinativas do juiz, atos de natureza não impositiva mas orientados para a prevenção, gestão e resolução de conflitos. Dentre esses, são cabíveis a jurisdição consultiva e as recomendações judiciais;

4) que, em alguns casos de dúvida fática ou jurídica, ao magistrado é permitido encerrar o processo sem julgamento de mérito (decisão de *non liquet*), e ainda assim responder de maneira a resolver os conflitos de acordo com o ordenamento jurídico.

Estrutura do trabalho. Metodologia

O trabalho é composto de três capítulos.

O primeiro capítulo tem por escopo fixar importantes premissas acerca do conceito de decisão judicial, da atipicidade das formas de tutela jurisdicional e da interpretação dos instrumentos legais colocados à disposição dos juízes para seu exercício.

Queremos deixar assentada a ideia de que só há decisão judicial quando a atividade jurisdicional efetivamente aplica normas

jurídicas ao caso, mas a jurisdição não se exerce apenas por atos decisórios, podendo assumir outras formas não imperativas.

Além disso, queremos fixar a premissa de que as funções jurisdicionais são poderes normativos tipológicos, que podem ser atribuídas a mais de um Poder estatal, mas ainda assim agrupadas em tipos comuns pelas funções que visam a desempenhar. Essa organização tipológica permitirá atrair a aplicação, pelos juízes, de técnicas processuais autorizadas pelo sistema jurídico, mas previstas para a atividade de outros agentes estatais, desde que adequadas e eficazes para o exercício de funções equivalentes.

O cap. 2, por sua vez, abordará uma interessante nova forma de atuação judicial não decisória: as manifestações opinativas, em especial a jurisdição consultiva e as recomendações judiciais.

Tentaremos demonstrar que existe fundamento normativo para a jurisdição consultiva no Brasil, e que todos os argumentos invocados em alguns sistemas jurídicos estrangeiros contra o exercício deste tipo de função pelo Judiciário não se aplicam ao ordenamento jurídico brasileiro. Estudaremos as finalidades da consulta jurisdicional e o papel estratégico que pode cumprir no sistema.

Para a instrumentalização do procedimento da consulta, tentaremos testar a aplicação do procedimento previsto no CPC, dissertando sobre legitimidade, competência, formalidades da postulação e da resposta, possibilidades de autocomposição e tutela provisória, recursos cabíveis, participação dos sujeitos, produção de prova, custos e muitas outras questões. O objetivo dessa análise é tão somente mostrar como a consulta jurisdicional pode ser implementada independentemente de regulamentação adicional.

No cap. 3, abordaremos outra possibilidade de exercício da jurisdição sem prolação de decisão. Tentaremos demonstrar que, ao contrário do entendimento corriqueiramente invocado na doutrina e externado na jurisprudência, em determinadas hipóteses é permitido ao juiz, quando tiver dúvidas fáticas ou jurídicas, deixar de decidir o mérito, pronunciando o *non liquet*. Queremos desfazer as premissas sobre as quais foi estruturada a clássica vedação do *non liquet*, mostrando que existem casos em que o sistema jurídico atual admite uma não decisão sobre o mérito, e que esta pode revelar-se a melhor forma de gerir e resolver o conflito.

A metodologia utilizada em todos os capítulos inicia-se com uma exposição crítico-descritiva do “estado da arte” da doutrina e jurisprudência a respeito de cada tema focado. Quando essas ideias não corresponderem ao nosso entendimento, registraremos a divergência como modo de pavimentar o caminho para a reconstrução pretendida. Após, seguir-se-á nossa proposta de releitura dos temas analisados. Com metodologia crítico-prescritiva, tentaremos lançar as bases dogmáticas fundamentais para a ressignificação do *non liquet* e para a identificação do ambiente necessário para o desenvolvimento da função jurisdicional consultiva.

Relevância do tema e ineditismo

Os temas escolhidos para a tese são de extrema relevância. Dizem respeito à dogmática da teoria geral processo porque se relacionam a alguns dos pilares sobre os quais estruturado o direito processual: o redimensionamento das funções jurisdicionais contemporâneas, a teoria da decisão judicial, as formas não imperativas de ação e reação do Estado-juiz, instrumentos de prevenção, gestão e resolução de conflitos de natureza não decisória.

Além de relevante, o tema é absolutamente inédito. A tese trata da função jurisdicional consultiva, que não encontra abordagem em nenhuma monografia brasileira. Também remete a debates seculares, discutindo o dogma da impossibilidade de uma “não decisão”, ou uma decisão que deixe em aberto a solução do mérito. Estruturar dogmaticamente casos em que o sistema jurídico admite o *non liquet* também revela abordagem absolutamente original.

O impacto das reflexões pode ser consideravelmente intenso. Algumas das discussões enfrentadas podem permitir lançar bases para uma futura reformulação da concepção dominante sobre a natureza e função do processo civil no quadro da tutela dos direitos, sobre o conceito contemporâneo de jurisdição, as funções jurisdicionais de prevenção de conflitos, bem como a suficiência das técnicas exclusivamente decisórias para atender aos problemas que o Judiciário enfrenta atualmente.

De outro lado, é de salientar que a situação-problema identificada no trabalho não é exclusividade do Brasil. Questões teóricas e práticas acerca da admissibilidade da jurisdição consultiva, dos efeitos das manifestações opinativas dos juízes, do desenvolvimento de

formas de atuação jurisdicional de caráter condicionante, sugestivo e não impositivo, são temas que começam a aparecer na agenda dos processualistas em muitos outros países.

Portanto, a relevância e atualidade do tema, além do ineditismo do estudo, são facilmente verificáveis.

Delimitação temática

Dentro desses objetivos gerais e específicos, e das teses que se pretendem provar, cabe também delimitar e precisar *o que não será objeto* de nossa abordagem.

Um primeiro corte é a restrição da análise ao processo civil. Todas as referências ao direito internacional, administrativo, constitucional e eleitoral terão o objetivo lateral de apresentar semelhanças, extremar diferenças ou mesmo comparar parâmetros e soluções.

Por outro lado, é de ressaltar que os temas centrais do trabalho (funções jurisdicionais não decisórias, jurisdição consultiva e decisões de *non liquet*) estão ligados intimamente a muitos outros. Para lidar com as hipóteses que pretendemos abordar, é inevitável que, às vezes, sejam tangenciados vários assuntos que mereceriam um maior aprofundamento monográfico. Todavia, nosso objetivo, nas linhas que se seguirão, não será reeditar o debate das inúmeras vertentes doutrinárias sobre o conceito de jurisdição, as últimas tendências no campo das técnicas decisórias, ou ainda temas de teoria geral do direito (lacunas na lei, espaços vazios de normatização, interpretação e aplicação da norma jurídica) ou do direito público (p. ex. a separação de funções estatais). Por mais fascinantes e promissoras que fossem tais pesquisas, esse não será nosso foco principal. Deixaremos todas essas relevantes indagações para outra sede e outro momento.

Registre-se que o título e o subtítulo não foram escolhidos por acaso: ali estão agrupadas as principais propostas do trabalho. A tese buscará analisar modalidades de atuação jurisdicional, voltadas para a resolução de conflitos, mas que não usam instrumentos decisórios.

CAPÍTULO 1

.....

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

“No fundo, no fundo,
bem lá no fundo,
a gente gostaria
de ver nossos problemas
resolvidos por decreto
a partir desta data,
aquela mûgoa sem reméδιο
é considerada nula
e sobre ela — silêncio perpétuo (...)”
(Paulo Leminski)

1.1. FUNÇÃO JURISDICIONAL COMO FUNÇÃO DE JULGAR: O EQUÍVOCO DE NÃO ENXERGAR ATIVIDADES JURISDICIONAIS RESOLUTIVAS DO CONFLITO E DE NATUREZA NÃO DECISÓRIA

A tradição do direito processual, no Brasil e no mundo, sempre compreendeu a jurisdição como uma atividade cujo cerne é o julgamento, a sentença, continente de um *dictum* imperativo que se impusesse coercitivamente às partes. A função jurisdicional era assimilada à atividade de julgar (*iudicium*); a mais nobre e significativa missão do juiz seria aquela de distribuir julgamentos.¹

1 von BÜLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885, p. 4; SCHÖNKE, Adolf. *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*. 7. ed. Karlsruhe: C.F. Müller, 1951, p. 121; CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale*. Napoli: Jovene, reimpressão, 1969, p. 390; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A ação rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934, p. 25-26; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de*

Em paralelo, o processo era pensado como mecanismo de veiculação dessa manifestação autoritativa do magistrado, que sempre se substituiria à vontade dos litigantes, impondo a decisão estatal em torno dos direitos disputados entre eles.²

A tipologia dos atos judiciais, na taxinomia da doutrina, mostra em cores vivas esse desvio. Ainda que se referindo especificamente a outros tipos de atos jurisdicionais (p. ex., atos de gestão, movimentação, ordenação, instrução, impulso, documentação, exercício do poder de polícia),³ não é incomum que o discurso da processualística

Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, vol.2, 1974, p. 36; FASCHING, Hans W. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*. 2. ed., Wien: Manz, 1990, p. 693; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 91; *Idem*, *Instituições de Direito Processual Civil*. vol.2. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 269 e nota 9; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. vol.1. t.1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 147; SASSANI, Bruno. *Lineamenti del processo civile italiano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2010, p. 113; CARVALHO, Fabiano. *Ação rescisória: decisões rescindíveis*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 61-62. Mesmo autores que têm buscado novos contornos para o conceito de jurisdição e para a configuração das funções jurisdicionais continuam apegados, ainda que implicitamente, à ideia de que ao Judiciário cabe primordialmente julgar. É o que subjaz à obra de Rosalina Freitas de Sousa. Sua proposta parte da interpretação do termo “Poder Judiciário”, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição, como “função jurisdicional”, e, portanto, o sistema inadmitte obstáculos ao acesso à jurisdição, independentemente de serem tais funções jurisdicionais exercidas pelo Judiciário ou por órgãos administrativos, por exemplo. O foco da pesquisa da autora é, portanto, deslocar a concepção orgânica de jurisdição para uma funcional. Mas, ao propor a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, os exemplos usados (contencioso administrativo forçado, exigências de conciliação ou requerimento administrativo prévios ao ajuizamento da ação) mostram que sua pesquisa ainda enfoca a jurisdição, onde quer que esteja, sobretudo na perspectiva do poder de julgar a pretensão/pedido formulado pelo autor. Confira-se SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. *Por uma função jurisdicional adequada*. Curitiba: Appris, 2021, p. 163 ss. Dentre os filósofos do direito, as mais recentes tentativas de (re)formular a teoria da decisão continuam apegadas a essa premissa. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Teoría general de las decisiones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 157, 455.

2 REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, vol.1, 1957, p. 98; vol.3, 1956, p. 19.

3 No Brasil, por todos, WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 16. ed. São Paulo: RT, vol.1, 2016, p. 404-406; CARVALHO, Fabiano. *Ação rescisória: decisões rescindíveis*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 62. No estrangeiro, confira-se MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*. 2. ed. Milano: Francesco Vallardi, vol. II, 1923, p. 773; CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, reimpressão, 1965, p. 390, 800-801; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale*

afirme que o ato jurisdicional por excelência é a sentença.⁴ A decisão judicial seria o ato do processo mais importante, numa ligação intrínseca entre a função jurisdicional e o julgamento de caráter declarativo de direitos (adjudicativo).⁵⁻⁶

Nesse cenário, o decreto sentencial sobre o mérito seria o modo normal de extinguir o processo e resolver o conflito.⁷ Não sendo caso de extinção prematura da instância por razões formais, um processo que se encerre sem decisão corresponderia a uma monstruosidade.⁸ Na concepção tradicional, era preciso que o processo terminasse com uma pronúncia cognitiva a respeito dos interesses em disputa, declarando autoritativamente a quem cabe a situação de direito material afirmada.⁹ Sentenças que se omitem em apreciar por completo os pedidos formulados são qualificadas de *citra petita*, violando os deveres de congruência da decisão em relação aos pedidos (arts. 141, 490 e 492,

di diritto processuale civile. Milano: Giuffrè, 1955, vol. I, p. 175 ss, 189; ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1964, p. 385 ss; CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 11 ed. Paris: Lexis Nexis, 2020, p. 112 ss.

- 4 Por exemplo, CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. Padova: Cedam, 1954, p. 46-47; GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. vol.1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 77, 268 ss.
- 5 Assim, por todos, TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, vol.3, 1989, p. 3, 9, 30; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. vol.3. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3-4; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6. No estrangeiro, por todos, CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 11 ed. Paris: Lexis Nexis, 2020, p. 96.
- 6 Usamos aqui o adjetivo “adjudicativo”, e o verbo “adjudicar”, mais comum na tradição do *common law*, mas que também é registrado no vernáculo, e que tem sentido de “declarar quem tem direito” ou “atribuir judicialmente a alguém um bem ou direito”.
- 7 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A ação rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934, p. 32; GRUNSKY, Wolfgang. *Grundlagen des Verfahrensrechts*. 2. ed. Bielefeld: Gieseking, 1974, p. 458.
- 8 De fato, às vezes a doutrina mais abalizada sequer cogita da hipótese de o procedimento encerrar-se sem uma pronúncia judicial. Carnelutti chega a afirmar que isso só seria cogitável em casos raros de catástrofe, que impedisse o Judiciário de funcionar. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del Nuovo Processo Civile Italiano*. 2ª ed. Roma: Il Foro Italiano, 1941, p. 404.
- 9 CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del Nuovo Processo Civile Italiano*. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1941, p. 71-72.

caput, todos do CPC);¹⁰ são decisões consideradas gravemente defeituosas, cujo vício poderia levar à pronúncia de nulidade por ofensa ao dever de manifestar-se sobre a integralidade do objeto do processo.¹¹

Essa visão ortodoxa ainda é muito presente no direito brasileiro. Mas devemos nos libertar da ideia de que o juiz deve atuar sempre imperativamente, impondo decisões e aplicando o direito ao caso. É preciso perceber que os instrumentos de tutela jurisdicional não precisam ser demonstrações de força e sanção, nem precisam sempre representar julgamentos, adjudicando direitos entre os interessados. Trata-se de admitir que o juiz pode resolver conflitos sem que tenha necessariamente decidi-los.

O exercício da jurisdição pode se desenrolar por atividades não decisórias, atos judiciais que mesmo sem adjudicar contribuem para a prevenção, gestão e resolução de conflitos, e que representam o desempenho de novas funções jurisdicionais ou pelo menos novas formas de o Judiciário prestar tutela aos direitos.¹²

Neste capítulo, queremos demonstrar que há funções jurisdicionais desempenhadas por atos não imperativos, e que não é possível

10 Na doutrina, sobre os deveres de congruência, veja-se DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol.2. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 161 ss; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, vol.2, 15. ed., 2020, p. 465-467; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª ed., 2021, p. 223-224.

11 Por todos, CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale*. Napoli: Jovene, reimpressão, 1969, p. 398; SATTÀ, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto processuale civile*. 13. ed. Padova: Cedam, 2000, p. 169-171; GRUNSKY, Wolfgang. *Grundlagen des Verfahrensrechts*. 2. ed. Bielefeld: Gieseking, 1974, p. 56-58. No Brasil, por todos, ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel de. *Manual de Direito Processual Civil*. vol.2. 12. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 665. Esta conclusão, embora disseminada, não é pacífica na doutrina. Didier Jr., Braga e Oliveira observam bem que, se o juiz se omitiu em decidir, não se pode falar em nulidade da sentença porque, se não há decisão, ela não pode ser viciada. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, vol.2, 15. ed., 2020, p. 475-478.

12 Picardi já salientava, há mais de quinze anos, a existência de funções jurisdicionais não adjudicativas: PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 9. Sobre o tema, CABRAL, Antonio do Passo. Per un nuovo concetto di giurisdizione. in BRIGUGLIO, Antonio; MARTINO, Roberto; PANZAROLA, Andrea; SASSANI, Bruno (org.). *Studi in onore di Nicola Picardi*. Roma: Pacini, vol.1, 2016, p. 368-369.