

SUMÁRIO

.....

INTRODUÇÃO	35
-------------------------	-----------

CAPÍTULO 1

FUNÇÕES JURISDICIONAIS NÃO DECISÓRIAS E ATIPICIDADE DOS INSTRUMENTOS DE TUTELA DOS DIREITOS	47
--	-----------

1.1. Função jurisdicional como função de julgar: o equívoco de não enxergar atividades jurisdicionais resolutivas do conflito e de natureza não decisória	47
1.2. O que é uma decisão judicial?	51
1.2.1. Crítica à insuficiência do conceito de decisão judicial na doutrina brasileira. Definições tautológicas, conceitos circulares. Contra o critério do prejuízo	51
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	53
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	57
1.2.4. Premissas necessárias para delinear o conceito de decisão	63
1.2.4.1. Pronunciamentos judiciais como gênero independente do conteúdo decisório	63
1.2.4.2. Separação entre interpretação e aplicação do direito. Desvinculação entre cognição e decisão	64
1.2.5. Decisão como comando aplicativo: a efetiva aplicação do direito como nota distintiva. Diferença necessária entre resolução e decisão	71
1.2.6. Diferença da manifestação opinativa para a decisória. Incidência, aplicabilidade e aplicação normativa	74

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	77
1.2.8.	Excurso: algumas linhas sobre a jurisdição no Estado de Direito contemporâneo	79
1.2.8.1.	Jurisdição como atividade heterocompositiva orientada para a prevenção, gestão e resolução de conflitos	79
1.2.8.2.	Imperatividade e função não coercitiva. Atos jurisdicionais estimulantes e o modelo de atuação da jurisdição contemporânea	84
1.2.8.3.	Funções jurisdicionais resolutivas não decisórias	87
1.3.	Instrumentos jurisdicionais típicos e atípicos para a atuação não adjudicativa do juiz	87
1.3.1.	A atipicidade das formas de tutela jurisdicional	87
1.3.2.	Fundamento normativo da atipicidade: acesso à justiça, devido processo legal e efetividade do processo	91
1.3.3.	Consequências da atipicidade para compreensão da jurisdição contemporânea	92
1.3.3.1.	Tipo, tipificação e tipicidade: distinção preliminar	92
1.3.3.2.	As funções jurisdicionais como poderes normativos tipológicos	95
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	97
1.3.3.4.	Interpretação extensiva das regras legais que expressamente preveem técnicas processuais para o desempenho de funções estatais	100
1.3.4.	Fórmula de equivalência funcional. Aplicando a atipicidade das funções jurisdicionais e dos instrumentos processuais correlatos aos tipos funcionais	102
1.4.	Conclusão parcial	103

CAPÍTULO 2

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

2.1.	Introdução às manifestações jurisdicionais opinativas	107
2.1.1.	Tipos de atos judiciais. Pronunciamentos e atos de valoração	107

2.1.2.	Espécies de pronunciamentos valorativos não decisórios: opinião, exortação, recomendação, admoestação, provocação	110
2.1.3.	Formas de expressão da opinião judicial. Modalidades oficiosas e reativas, incidentais e principais	111
2.2.	Conceito de procedimento consultivo	118
2.3.	Argumentos contrários à jurisdição consultiva na doutrina tradicional	119
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	119
2.3.2.	Consultoria jurídica não imperativa como atividade privada e parcial	121
2.3.3.	Crítica ao caráter preventivo da consulta. Risco de perda da imparcialidade por prejulgamento sobre conflito futuro	122
2.3.4.	Separação de Poderes e a potencial politização do Judiciário	124
2.3.5.	Viés de confirmação e constrangimento à modificação de entendimento em processo declarativo posterior	126
2.3.6.	Vácuo fático nos procedimentos. Déficits de informação para o juízo e de participação no processo	127
2.3.7.	Avaliações dos argumentos contrários. Necessidade de retomada do debate na doutrina a partir de outras premissas	128
2.4.	Breves notas de direito estrangeiro	130
2.5.	Procedimentos consultivos públicos previstos na legislação brasileira ...	139
2.5.1.	A consulta à administração pública. Consulta fiscal. Consultas ao TCU, à CVM, ao Cade e ao CNMP	139
2.5.2.	A função consultiva da Justiça Eleitoral. Previsão normativa, utilidade e escopo	141
2.5.2.1.	Posição da doutrina e da jurisprudência tradicionais: natureza não jurisdicional da consulta eleitoral	143
2.5.2.2.	Pressupostos de cabimento da consulta eleitoral	144
2.5.2.3.	Eficácia e estabilidade processual da resposta à consulta eleitoral. A questão da vinculatividade	146
2.5.3.	Consultas formuladas ao Conselho Nacional de Justiça	148
2.5.4.	Consultas formuladas ao juiz pelos titulares de concessão das serventias extrajudiciais: o procedimento de dúvida nos cartórios ...	149
2.6.	Função jurisdicional consultiva no direito contemporâneo	150

2.6.1. Fundamento normativo para o cabimento da consulta jurisdicional: o art. 30 da LINDB. Direito do jurisdicionado e dever judicial de resposta opinativa	151
2.6.2. Finalidades das manifestações opinativas não cogentes para o jurisdicionado	153
2.6.2.1. Segurança jurídica e proteção das expectativas de incidência normativa. Orientação de comportamento e nomotropismo	153
2.6.2.2. Prevenção de conflitos	157
2.6.2.3. Resolução de disputas sem imposição de força. Fortalecimento de articulações dialogais e coordenação de atividades judiciárias	158
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>)	161
2.6.3. Papel e função da jurisdição consultiva no sistema processual	165
2.6.3.1. Estratégia processual pré-contenciosa. O problema dos custos das pretensões de incerta procedência	165
2.6.3.2. Proximidade funcional com a produção antecipada de provas, mas para questões de direito	167
2.6.4. Natureza jurídica: jurisdição voluntária ou jurisdição contenciosa	168
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	169
2.6.6. Competência da primeira instância. Hipóteses excepcionais de competência originária. Reunião de consultas para apreciação conjunta	174
2.6.7. Interesse processual	179
2.6.8. Legitimidade para agir e capacidade de estar em juízo	180
2.6.8.1. Legitimidade e capacidade nas consultas formuladas por particulares	180
2.6.8.2. Consulta formulada por magistrado. Possibilidade de instituição de juiz-consultor por cooperação judiciária. Previsão normativa na Resolução n. 350/2020 do CNJ	183
2.6.9. Observância do procedimento comum do CPC	192
2.6.10. Formalidades da postulação	193

2.6.10.1. Ausência de formulação de pretensão. Conversão da consulta em processo declarativo contencioso	193
2.6.10.2. Referibilidade à situação jurídica concreta e determinada. Importância da narrativa para indicação de possíveis interessados e controle de questões processuais	195
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	200
2.6.12. Efeitos da admissibilidade. Interrupção de prescrição e suspensão de procedimentos correlatos. Fluência de juro em matéria tributária	202
2.6.13. Impossibilidade de tutela provisória	203
2.6.14. Oportunidades de reação e participação dos interessados. Intervenção de terceiros	204
2.6.15. Limitações à instrução probatória	206
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	207
2.6.17. Eficácia da consulta. <i>Res interpretata</i> . Vinculatividade relativa (para o Judiciário). Função probatória	211
2.6.18. Recursos e meios de impugnação. Cabimento dos embargos de declaração. Não cabimento da remessa necessária	217
2.6.19. Estabilidade da resposta à consulta. Ausência de coisa julgada. Modificabilidade do entendimento externado. Regras de transição	219
2.6.20. Custos do procedimento de consulta	223
2.6.21. Autocomposição. Negócios jurídicos processuais. Negócio de certificação. Transação	224
2.7. Interações entre a consulta e processos com pretensões declarativas ...	226
2.7.1. Aproximação funcional e diferenças entre consulta jurisdicional e ação declaratória	226
2.7.2. Existência de prevenção no ajuizamento de processos contenciosos declarativos posteriores	227
2.8. Recomendações judiciais como mecanismo não decisório de solução de conflitos	228
2.8.1. Recomendações como manifestações judiciais não imperativas. Diferenças da recomendação para a resposta à consulta	228

2.8.2. Características e efeitos das recomendações judiciais	230
2.8.3. Fundamento normativo. A atipicidade das formas de tutela jurisdiccional e a aplicabilidade das normas preventivas da recomendação para o Ministério Público	234
2.8.4. Formalidades da recomendação jurisdiccional	234
2.8.5. Utilidade prática da recomendação. Exemplos brasileiros	236
2.9. Conclusão do capítulo	238

CAPÍTULO 3

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

241

3.1. Primeira aproximação ao conceito de <i>non liquet</i>	241
3.2. A evolução do <i>non liquet</i> da Antiguidade aos dias atuais	242
3.2.1. A possibilidade de o juiz deixar o pedido sem julgamento no direito romano	243
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	250
3.2.3. A virada histórica na compreensão do tema: posituação da proibição de <i>non liquet</i> nas grandes codificações europeias	256
3.2.4. Base legislativa da proibição do <i>non liquet</i> no direito brasileiro: normas de sobredireito e regras processuais	259
3.2.5. A extensão do <i>non liquet</i> à hipótese de inesclearescibilidade fática	262
3.3. Conceito e função da proibição de <i>non liquet</i> na atualidade	264
3.3.1. Rejeitando a associação do <i>non liquet</i> a uma “não decisão”	264
3.3.2. A inadmissibilidade ou extinção do processo por aspectos formais: hipótese diversa do <i>non liquet</i>	265
3.3.3. Função do <i>non liquet</i> como regra operativa ou de fechamento do sistema jurídico processual	266
3.4. Fundamentos teórico-normativos para justificação dogmática da proibição do <i>non liquet</i>	271
3.4.1. A indeclinabilidade como característica da jurisdição. Recusa em julgar como negativa de prestar a função jurisdiccional	272
3.4.2. A regra da inafastabilidade do controle jurisdiccional (art. 5º, XXXV, da CR/88)	274

3.4.3. Sanções disciplinares ao magistrado que se omite em proferir julgamento. Inexistência de tipificação penal	276
3.5. Crítica à ausência de questionamento na doutrina acerca da proibição do <i>non liquet</i>	278
3.5.1. A retomada recente do debate doutrinário. “Falsos” <i>non liquet</i> identificados por alguns autores	278
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	285
3.6. Possibilidade de pronúncia do <i>non liquet</i> no direito brasileiro	288
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)	288
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	290
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	293
3.6.4. Hipóteses-tipo de <i>non liquet</i> no sistema brasileiro	296
3.6.4.1. Procedimentos não decisórios de natureza opinativa sem conflito subjacente	296
3.6.4.2. Processos adjudicativos com pretensões declarativas	297
3.6.4.2.1. Convenções processuais autorizativas do <i>non liquet</i>	298
3.6.4.2.2. Hipóteses em que é admitida autotutela de origem legal ou convencional	301
a) Conceito e evolução histórica da autotutela. Previsão no direito brasileiro	301
b) Reabilitação contemporânea da autotutela. Os <i>smart contracts</i> com supervisão ou execução submetidas à vontade unilateral de uma das partes	307
c) Viabilidade do <i>non liquet</i> em casos de autotutela permitida	312
d) Autotutela permitida como preordenação de interesses e seus impactos no processo posterior	313

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	317
3.6.4.2.3. Transferência de prerrogativa decisória:	
<i>non liquet</i> parcial ou provisório	320
a) Identificação de outro centro decisório como melhor capacidade institucional para decidir	322
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	327
3.7. Arbitrariedade, desídia, negligência, transferência de externalidades, fuga de responsabilidade: os perigos de uma generalização indevida do <i>non liquet</i>	333
3.8. Regime da decisão de <i>non liquet</i>	336
3.8.1. Exigências de fundamentação (art. 489, § 1º, do CPC e arts. 20 e 21 da LINDB)	336
3.8.2. Decisão sem análise de mérito. Aplicação do art. 485 do CPC	337
3.8.3. Custos do processo em hipóteses de <i>non liquet</i> permitido	337
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	339
CONCLUSÃO	341
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	345