

ANTONIO DO PASSO CABRAL

JURISDIÇÃO SEM DECISÃO

non liquet e consulta jurisdicional
no direito brasileiro

4ª EDIÇÃO

Revista e
atualizada

2026



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO 2

FUNÇÃO JURISDICIONAL DE CONSULTA E RECOMENDAÇÕES JUDICIAIS. MANIFESTAÇÕES OPINATIVAS NÃO COGENTES DO JUIZ

2.1. INTRODUÇÃO ÀS MANIFESTAÇÕES JURISDICIONAIS OPINATIVAS

2.1.1. Tipos de atos judiciais. Pronunciamentos e atos de valoração

Os atos jurídicos praticados pelo juiz (atos judiciais) têm características variadas e natureza muito diversa, ora no exercício de funções jurisdicionais, às vezes refletindo atos de natureza administrativa.¹

Dentre os atos jurisdicionais, uma subcategoria dos atos judiciais engloba as manifestações ou pronunciamentos. Os pronunciamentos podem ser meramente descritivos, mas podem também representar “atos de fala”, condutas que se realizam por meio da linguagem.² De fato, pronunciar pode significar uma mera descrição ou transmissão de informações constatadas (que podem ser verificadas por um teste de validade verdadeiro-falso). Mas um pronunciamento pode revelar também uma forma de agir sobre o interlocutor,

1 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. vol. II. t. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1325.

2 De fato, a linguagem é o meio pelo qual a realidade é representada, transmitida e comunicada no processo, não apenas pelas alegações das partes, mas também pelas manifestações judiciais. Sobre o tema, VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 60 ss.

quando chamado de “enunciado performativo”, que pela pronúncia realiza uma ação (condenar, absolver, determinar, anunciar, alertar etc.).³

Como se percebe, ao contrário do que se costuma professar, os pronunciamentos judiciais nem sempre são decisórios. Às vezes o magistrado limita-se a instruir, esclarecer, questionar, dentre muitas outras espécies de manifestações. Sem pretensão de exaustão, podemos citar inúmeros exemplos previstos em lei. Há atos de comunicação com a finalidade de notificar as partes de atos processuais praticados ou por praticar no próprio processo (citação, intimações, arts. 236 a 283 do CPC); outros atos são informativos ou exortativos, para permitir que pessoas, órgãos e entidades pratiquem atos na sua esfera de atribuições (art. 77 § 6º; 134 § 1º; 139, X; 158, 234 §§ 3º e 5º, 468 § 1º; 741 § 2º; 979 § 1º; 982 § 1º; 985 § 2º; 1.018 § 1º; 1.019, I, 1.037 § 1º; 1.037 § 12, II; 1.040, IV, todos do CPC; art. 8º, I, da Lei nº 13.300/16). Há ainda atos constatativos ou investigativos (de coleta de prova) como a inquirição e oitiva de testemunhas ou a entrevista com o interditando (art. 456, 461, § 1º, 470, II, 480, 751, todos do CPC); há outros atos judiciais de direção ou orientação, instrutivos para indicar às partes o que pretende o juízo (art. 321, parte final, do CPC). Existem ainda atos judiciais de incentivo, advertência, alerta, admoestação, fomento ou indução das partes a um certo comportamento (art. 3º § 2º; 77 § 1º; 78 § 1º; 139, IV e V; 257, IV; 385 § 1º; 458, parágrafo único; 536 e 537; 772, II, todos do CPC).

3 São o que na pragmática linguística que estuda os atos de fala se chama de “atos ilocutórios”. Quando o juiz afirma “condeno”, opera a condenação; quando pronuncia as palavras “declaro aberta a audiência”, efetivamente inicia o ato processual. Para compreender os atos de fala em todas as suas nuances, deve-se analisar o contexto discursivo e a estrutura dos enunciados. Assim se pode perceber sua finalidade declarativa, interrogativa, imperativa, exortativa, sugestiva etc., bem como seu valor ilocucionário (de asserção, pergunta, ordem, pedido, recomendação). Uma análise abrangente de todas essas possibilidades de atos de fala judiciais não seria possível nesta sede. Sobre o tema, na filosofia da linguagem, AUSTIN, John L. *How to do Things with words*. New York: Oxford University Press, 1965, *passim*; SEARLE, John R. *Speech Acts: an Essay on the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969, *passim*; *Idem*, *Expression and Meaning: Studies in the Theory of Speech Acts*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979, *passim*.

E dentre essas manifestações há aquelas que veiculam *opiniões*. Estas são pronunciamentos *valorativos*, continentes de uma avaliação subsequente ao exercício de atividade intelectual (cognição e interpretação).

Pode ocorrer que, em seguida à pronúncia da opinião, sejam proferidas efetivas decisões, às vezes concentradas no mesmo ato judicial (cognição + decisão). Não se duvida que o juiz, antes de decidir, tenha que conhecer e comunicar sua *opinio* sobre o caso. Posteriormente, pode seguir adiante, aplicando o direito à situação concreta, respondendo aos requerimentos formulados. Sem embargo, a situação mais comum é que as opiniões judiciais sejam externadas instrumentalmente a decisões tomadas logo em sequência.⁴

Mas as manifestações opinativas também podem ser destacadas do conteúdo decisório. Costumava-se pensar que a manifestação opinativa do juiz só poderia ser emitida para a finalidade de decidir. Porém, como antecipei no cap. 1, essa ideia decorre de premissa ultrapassada de imaginar que a função precípua do Judiciário seria julgar, desconsiderando formas e técnicas não adjudicativas de solução dos conflitos. De outro lado, essa conclusão deriva também da associação quase que automática que se faz entre interpretação e aplicação do direito, e entre cognição e decisão judicial, uma relação que, ao contrário do que a maior parte da doutrina afirma, é apenas contingencial e pode não se revelar em muitos procedimentos.⁵

Pois bem, se quebramos essa associação equivocada e separarmos cognição e decisão, bem como os momentos de interpretação e aplicação do direito, compreende-se mais facilmente que a emissão de manifestações opinativas pelo juiz pode ser autônoma: às vezes virá atrelada a outros atos, inclusive de natureza decisória; mas pode ser desempenhada sem necessária correlação com o poder de julgar. É possível, portanto, que haja opinião sem decisão. A expressão das conclusões cognitivas não se confunde com o *decisum*.

4 Como salienta Schauer, toda fundamentação é opinativa. SCHAUER, Frederick. Giving Reasons. *Stanford Law Review*, vol. 47, n. 4, 1995, p. 655-659.

5 Corretamente diferenciando as atividades, VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 89 ss.

Então, manifestações opinativas e atos decisórios têm em comum a existência de uma atividade cognitiva sobre o sentido e a aplicabilidade do direito.⁶ Mas são diferentes porque, na manifestação meramente opinativa, não há aplicação do direito ao caso, e portanto não são produzidos efeitos jurídicos concretos que possam ser exigidos forçosamente. A opinião não cogente não forma precedente, tampouco constitui título executivo, e não pode ter seu cumprimento solicitado ou requisitado. Apesar disso, como veremos, opiniões não imperativas podem influenciar comportamentos e contribuem para a solução do conflito.

2.1.2. Espécies de pronunciamentos valorativos não decisórios: opinião, exortação, recomendação, admoestação, provocação

No Brasil e no exterior, percebe-se que muitas vezes o Judiciário expressa seu entendimento externando valoração a respeito de fatos e normas, mesmo sem decidir sobre o assunto. E o faz com objetivos muito variados, na forma de opiniões, exortações, recomendações, admoestações, provocações, sempre buscando influenciar comportamentos de maneira não impositiva.⁷

Segundo Neal Katyal, essas atuações judiciais podem assumir formas e finalidades diversas, dentre elas podendo-se destacar: o esclarecimento de ambiguidades na legislação (*clarification*), permitindo que os órgãos responsáveis pela redação da norma possam aprimorá-la; a demarcação (*demarcation*), pela qual o Judiciário alerta que, apesar de uma conduta ser legal, outros comportamentos além daqueles constatados poderiam significar um ilícito; a prescrição (*prescription*), que seria a indicação de

6 TOPF, Mel A. *A Doubtful and Perilous Experiment: Advisory Opinions, State Constitutions and Judicial Supremacy*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 129.

7 Estudando as manifestações e comunicações de vontade, Manigk destaca que estas não se dirigem a um resultado ou efeito específico que possa ser gerado pelo próprio ato. Ao revés, destinam-se a condicionar um evento externo que se espera de outros sujeitos envolvidos, destinatários da manifestação ou comunicação: "Gewollt ist bei den Willensmitteilungen die Erzeugung eines psychischen Effekts im Gegner, auf desse äußeres Verhalten dadurch in irgend einer Weise eingewirkt werden soll". MANIGK, Alfred. *Willenserklärung und Willensgeschäft: Ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch: Ein System der juristischen Handlungen*. Berlin: Franz Vahlen, 1907, p. 725.

políticas públicas a título sugestivo, para eliminar ou reduzir um quadro de desconformidade com o direito; a educação (*education*), que é a externalização de direcionamentos e instruções com finalidades pedagógicas sobre o agir aceitável em sociedade; e ainda o que chamou de moralização (*moralization*), que são manifestações a respeito de situações ultrajantes.⁸

Outra dessas subespécies de manifestações opinativas identificadas por Katyal é o que denominou “autoalienação” (*self-alienation*), aquela em que o juízo afirma não poder conhecer o mérito, seja porque não é competente para julgar a causa ou porque falta à parte interesse de agir, mas ainda assim apresenta sua opinião sobre o tema. Nessa hipótese, vê-se a possibilidade de exercício de influência mesmo quando não há formalmente poder decisório.⁹

Esse esboço de uma tipologia das manifestações opinativas dos juízes não pretende ser exaustivo, mas apenas apresentar uma listagem singela de como o Judiciário pode expressar sua valoração jurídica a respeito de diversas questões mesmo quando não decide imperativamente. E mais importante: ao constatar que essas opiniões existem e são utilizadas na prática, impõe-se ao menos alguma reflexão introdutória a respeito do fenômeno.

2.1.3. Formas de expressão da opinião judicial. Modalidades oficiosas e reativas, incidentais e principais

O formato das manifestações judiciais opinativas varia muito nos sistemas jurídicos que as admitem. Ora as manifestações

8 KATYAL, Neal Kumar. Judges as advicegivers. *Stanford Law Review*, vol.50, 1998, p. 1716-1720.

9 KATYAL, Neal Kumar. Judges as advicegivers. *Stanford Law Review*, vol.50, 1998, p. 1811. No Brasil, deve-se registrar que o STF já manifestou sua opinião em casos em que não poderia manifestar-se no mérito por algum defeito formal preliminar. Por exemplo, a discussão acerca da união estável de pessoas do mesmo sexo foi levada à corte na ADI n.3300-MC/DF, j.03/02/2006. Naquela oportunidade, o relator, Min. Celso de Mello, afirmou haver óbice ao conhecimento do mérito porque o ato estatal impugnado (a Lei n.9.278/96) tinha sido revogado pelo Código Civil de 2002. Não obstante, entendeu que a questão de fundo era relevante e que considerações sobre o mérito se faziam necessárias. Seguiram-se várias páginas de opinião sobre as questões de fundo objeto da ação direta de inconstitucionalidade.

opinativas são emitidas oficiosamente, ora representam a reação ou resposta a provocações dos interessados.

Em certos procedimentos, são emitidas em caráter “principal”, quando o objetivo é precipuamente provocar a emissão de uma opinião judicial. É o que ocorre, p. ex., na resposta a consultas. Também é o que se observa quando a opinião é redigida em documento autônomo, a título de recomendação, instrução ou parecer.

A autonomia da opinião judicial pode ser aproveitada para a resolução de questões desvinculada da solução de casos concretos. Isso tem sido observado em vários procedimentos nos quais o Judiciário pode firmar precedentes ou orientações jurisprudenciais com eficácia para além das pretensões subjetivas específicas envolvidas no caso.

Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça já antecipou discussão sobre o mérito do recurso, mesmo decidindo ser hipótese de inadmissibilidade. No caso, a despeito de concluir pelo não conhecimento do recurso, o objetivo do tribunal foi admoestar a parte que sua pretensão representaria litigância de má-fé.¹⁰ Observe-se que, apesar da manifestação, não foi aplicada qualquer sanção ao comportamento da parte, até porque não houve decisão a respeito. Foi claramente uma opinião da corte emitida sem finalidade impositiva, mas persuasiva.

No Brasil, também ficaram conhecidas, desde a época do CPC/73, manifestações judiciais destacadas de conflitos concretos, com o objetivo único de firmar interpretação sobre questões jurídicas. Isso começou nos recursos repetitivos, como reação às estratégias dos litigantes habituais de desistirem do recurso para evitar a formação de precedente. Como se sabe, atos de disposição de natureza material ou processual, como desistência da ação ou do recurso,¹¹ renúncia ao direito,

10 STJ – AgInt no REsp n.1.370.308/MG, rel. Min. Marco Buzzi, j.07/06/2016: “ainda que fosse possível afastar o óbice sumular a tese de violação à coisa julgada, essa não merecia prosperar, revelando-se a pretensão dos insurgentes como nítida litigância de má-fé”.

11 Desistir da ação é revogar a demanda, o que deve levar ao encerramento da instância, fazendo cessar a litispendência. Há setores doutrinários que usam a expressão “renúncia à demanda” (CARNELUTTI, Francesco. Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione. in *Studi di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, 1939, vol.4, p. 408), quando talvez mais propriamente se deva falar em revogação (como p. ex. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol.2. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.

reconhecimento do pedido, normalmente evitam que o Judiciário se manifeste sobre o mérito, encerrando a instância. Diante do negócio jurídico, o tribunal deveria limitar-se a avaliar o conteúdo do ato negocial e, não havendo razões para negar-lhe efeitos, encerrar o processo por sentença. Mas, em muitos casos, constatou-se que a atuação dos litigantes habituais era direcionada para impedir dolosamente a pronúncia judicial sobre a questão jurídica repetitiva objeto do incidente. Então, o STJ começou a recusar-se a encerrar o procedimento, em função dos interesses públicos de definição da questão jurídica de maneira padronizada.¹² E a regulação do CPC/2015 incorporou essa diretriz no art. 976 § 1º. Neste caso, há interpretação, resolvendo-se a questão jurídica, mas não há decisão de qualquer caso concreto. Mesmo que emitida em caráter principal, pois a solução da *quaestio iuris* é o objeto do incidente de resolução de casos repetitivos, a opinião é autônoma em relação aos casos.

Na Alemanha, algo similar tem acontecido. Em procedimentos nos quais os tribunais poderiam pronunciar-se de maneira a atingir em bloco diversos processos repetitivos, tem sido observada a mesma estratégia de evitar a formação de jurisprudência contrária aos interesses do recorrente pela prática de atos de disposição.¹³ Porém, a despeito do negócio jurídico da parte, desistindo do recurso, os juízes têm prosseguido na cognição e se manifestado sobre o mérito, pronunciando o que tem sido denominado na doutrina de “decisões de orientação” (*Hinweisbeschlüsse*).¹⁴

165-166). De todo modo, embora se possa discutir se desistir da ação equivale totalmente a uma revogação da demanda é correto constatar que a demanda é um ato de vontade, cujos efeitos são ao menos parcialmente tolhidos pela desistência da instância (da ação ou do recurso), que é um negócio jurídico processual.

- 12 STJ – Corte Especial – QO no REsp 1063343-RS, rel. Min.Nancy Andrighi, j.17.12.2008. No procedimento do *Musterverfahren* alemão, o debate sobre a prerrogativa das partes de desistirem da ação também levantou essa tensão entre o princípio dispositivo e os interesses públicos de fixação da interpretação para outros casos. Sobre o tema, LESER, Christoph. *Die Bindungswirkung des Musterentscheids nach dem Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz*. Baden-Baden: Nomos, 2014, p. 290-296.
- 13 SCHWEMMER, Sophia. Präjudizvermeidung im Zivilprozess: Problematik und Gegenstrategien. *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft*, vol.1, 2022, p. 46 ss.
- 14 Sobre o tema, KLINGBEIL, Stefan. Die Flucht aus der Revision. *Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht*, set., 2019, p. 29. Essas decisões têm sido proferidas quando o Judiciário é

Ao lado desses procedimentos, onde a manifestação opinativa é a atividade jurisdicional principal, vemos outros processos em que as opiniões judiciais são veiculadas *incidentalmente*, seguindo-se a prática de atos de outra natureza. Como vimos no cap. 1, pela progressiva desacoplagem da decisão do conflito em relação à fixação das conclusões judiciais sobre o sentido do direito, é cada vez mais sintomática a separação entre cognição e decisão, entre interpretação e aplicação do direito. E fica mais fácil perceber quando as opiniões judiciais, embora incidentais, podem ser destacadas e compreendidas com (relativa) autonomia.¹⁵

Manifestações opinativas podem constar, p. ex., de uma decisão. Aliás, não é infrequente que, em uma sentença, o magistrado utilize fundamentos amplos demais, aplicáveis não apenas ao caso *sub judice* mas a outros litígios com diversas variáveis fáticas e jurídicas. Dentre as razões externadas, existem aquelas que efetivamente suportam as conclusões, mas há outras que são exteriorizações verbais

chamado a homologar negócios jurídicos celebrados pelas partes, ou quando tem que se pronunciar sobre os custos do processo mesmo em caso de transação, hipóteses também existentes no Brasil (art. 90 e 487, III, ambos do CPC). Crítica a essa possibilidade, em caso de reconhecimento do pedido, pode ser vista em WINTER, Thomas. Revisionsrücknahme und Anerkenntnisurteil in dritter Instanz. *Neue Juristische Wochenschrift*, ano 67, n.5, 2014, p. 267-269. Outros setores doutrinários têm visto esse tipo de manifestação no quadro das funções que o Judiciário é chamado a exercer em certos procedimentos. Comentando a *Revision* alemã, que poderia equiparar-se ao recurso especial ou recurso de revista no Brasil (destinado a tribunais superiores), Stadler afirma que o procedimento desses recursos excepcionais é voltado tanto para o caso quanto para a higidez do direito, e portanto é possível enxergar escopos regulativos da jurisdição que justifiquem essas manifestações mais desgarradas de pretensões concretas. STADLER, Astrid. Revision und öffentliches Interesse. in *Festschrift für Professor Nikolaos K. Klamaris: Essays in honour of Nikolaos K. Klamaris*. Athens: Sakkoulas, 2016, p. 763-766. No mesmo sentido desse “desacoplamento” entre jurisdição e caso concreto, HEINZE, Christian. Verfahrensrechtliche Aspekte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol.80, 2016, p. 279-281; VOSS, Wiebke. Publikation von Hinweisbeschlüssen und vorläufigen Rechtseinschätzungen der Gerichte: *praeter legem* oder *contra legem*? *Juristen Zeitung*, vol.75, n.15-16, 2020, p. 293.

15 Por isso, a doutrina mais atualizada compara essa emissão de opiniões com procedimentos de consulta existentes em outros países. Assim, STADLER, Astrid. Revision und öffentliches Interesse. in *Festschrift für Professor Nikolaos K. Klamaris: Essays in honour of Nikolaos K. Klamaris*. Athens: Sakkoulas, 2016, p. 767-768.

sem qualquer relevância (*ipse dixit*).¹⁶ Em uma mesma decisão, sabe-se que podem ser ainda usados os argumentos laterais ou de reforço (*obiter dicta*), que por vezes representam fundamentos irrelevantes ou sem qualquer referência ao caso em análise. Ora, em todas essas hipóteses, no ponto em que foge ao caso, a fundamentação não se relaciona com a decisão; o argumento usado não é propriamente uma razão de decidir,¹⁷ e o juízo está na verdade emitindo uma opinião não imperativa.¹⁸

Registre-se que há várias discussões acerca da possibilidade de o Judiciário manifestar-se em *obiter dictum* quando os *dicta* têm

16 SCHAUER, Frederick. Giving Reasons. *Stanford Law Review*, vol. 47, n. 4, 1995, p. 633 ss.

17 A doutrina que se debruçou sobre a fundamentação das decisões judiciais preocupa-se mais em estudar os falsos argumentos, ilações sem conteúdo ou inúteis, decisões vagas, genéricas (SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 225-237, 301-303), ou ainda as exigências de correção (lógica, argumentativa etc.) da justificativa apresentada pelo juiz para verificar se a conclusão resulta das premissas utilizadas, ou ainda se inexistem contradições internas à decisão (assim, por todos, no Brasil, PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil*. São Paulo: RT, 2019, p. 81 ss, 161-162; KOCHER, Ronaldo. *Fundamentando decisões: uma doutrina lógico-argumentativa*. Londrina: Thoth, 2021, p. 122 ss, 171 ss). Mas não há, até onde tenho conhecimento, uma reflexão mais aprofundada a respeito dos limites de incluir na fundamentação um *dictum* absolutamente desnecessário para a solução das questões (fáticas e jurídicas) pertinentes ao caso. É verdade que a lei rejeita a fundamentação padronizada, cuja justificação poderia ser usada para qualquer caso (art. 489 § 1º, III do CPC), e portanto quer estabelecer um dever de o magistrado, ao fundamentar seus atos, fazer constar argumentos que tenham não apenas pertinência com o caso, mas que sejam referidos às circunstâncias concretas (sobre o ponto, SILVA, Beclaute Oliveira. Contornos da fundamentação no novo CPC. in DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). *Doutrina selecionada: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: Juspodivm, 2015, vol.2, p. 357-371; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil*. São Paulo: RT, 2019, p. 131-133). Porém, o que aqui quero salientar é algo diverso, quando o *dictum* não tenha relação com o caso em análise e o objeto da discussão, ainda que seja comunicado pelo juiz com referibilidade a algum fato.

18 Não é compreensível querer banir da fundamentação opiniões que não se relacionem com o caso e ao mesmo tempo admitir no sistema os *obiter dicta*. Percebeu a contradição HEALEY, Thomas. The Rise of Unnecessary Constitutional Rulings. *North Carolina Law Review*, vol. 83, n. 4, 2005, p. 915 ss.

nenhuma ou pouca relação com o caso. Levantam-se problemas de competência e ainda no campo da separação de Poderes.¹⁹ Falando sobre o sistema de precedentes, a doutrina lembra que, muitas vezes, no corpo da decisão são lançados fundamentos desimportantes para as conclusões, manifestações judiciais que não se referem aos fatos em causa, conclusões que sequer se aplicariam à hipótese em análise.²⁰

Não obstante, ainda que desimportante para a conclusão, é equivocado afirmar que os *obiter dicta* não possuem qualquer efeito²¹ ou que servem apenas para descarregar as dissonâncias e discordâncias internas ao órgão jurisdiccional colegiado.²² Embora sejam argumentos jurídicos irrelevantes *para o caso*, usados apenas como reforço argumentativo, a opinião não vinculativa emitida pode assumir efeito

19 Sobre o tema SCHULZ, Lorenz. Funktionen des *obiter dictum*. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2018, p. 403; VOSS, Wiebke. Publikation von Hinweisbeschlüssen und vorläufigen Rechtseinschätzungen der Gerichte: *praeter legem* oder *contra legem*? *Juristen Zeitung*, vol.75, n.15-16, 2020, p. 292.

20 Sobre a possibilidade de que sejam inseridos temas completamente desconexos com o processo em julgamento, e a necessidade que o *obiter dictum* tenham uma mínima relação com o contexto da fundamentação, confira-se SCHLÜTER, Wilfried. *Das Obiter Dictum. Die Grenzen höchstrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*. München: C.H. Beck, 1973, p. 28 ss, 57, 77 ss. No Brasil, Marinoni e Motta discutem se o *obiter dictum* pode não ter qualquer relação com o caso, e afirmam que o *obiter dictum* pode ser um argumento utilizado no caso, mas que deve ter referência a pedidos não formulados ou causas de pedir não discutidas pelas partes. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 260-261, 280-281; MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação do precedente*. São Paulo: RT, 2015, p. 192 ss.

21 Corretos TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 177; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: RT, p. 232 ss; CARVALHO, Fabiano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. XIX. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 31-32; MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 274 ss; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 206-209; CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 107-109.

22 Percebendo que o *obiter dictum* pode ser usado para influenciar externamente, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. A modo de sugerencia (notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador). in MORALES, Ángel Garrarena (ed.). *El parlamento y sus transformaciones actuales*. Madri: Tecnos, 1990, p. 19.

persuasivo *em outros casos*,²³ podendo ser manejada ainda como sinalização ou alerta de uma mudança de entendimento futuro.²⁴

Trata-se evidentemente de atividade jurisdicional que nada tem que ver com a solução do caso, mas que produz efeitos de induzir e condicionar comportamentos, o que demonstra a separação entre interpretação e aplicação do direito. Essas manifestações não têm efeito decisório no processo em que emitidas, mas podem sinalizar diretrizes para outros processos.²⁵

-
- 23 Nesse sentido, MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 275-276; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 207; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. vol.2. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 562. A importância que a lei processual dá ao voto vencido aponta nessa direção, porque o voto vencido, mesmo não formando a maioria do colegiado, e, portanto, sem determinar o preceito imperativo das decisões dos tribunais, ainda assim têm força persuasiva, podendo influenciar outros pronunciamentos. Sobre o tema, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. vol.3. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 49-51; CARVALHO, Fabiano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. XIX. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 133-135.
- 24 CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, ano 38, n.221, jul., 2013, p. 42-43.
- 25 No escândalo do *Dieselgate* – caso conhecido de litigância repetitiva na Alemanha envolvendo a empresa Volkswagen por fraude em resultados de testes que mediam a emissão de poluentes em motores movidos a diesel –, a oitava turma cível do *Bundesgerichtshof* (tribunal similar ao STJ brasileiro) manifestou-se em *obiter dictum*, mesmo diante da desistência pela parte do recurso interposto, a fim de fornecer orientação para as partes de processos com pretensões isomórficas. BGH decisão de 08/01/2019 – VIII ZR 225/17, in *Neue Juristische Wochenschrift*, n.16, 2019, p. 1133. Outra decisão no mesmo sentido encontra-se em BGH decisão de 05/04/2017 – IV AR(VZ) 2/16, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2017, p. 1819 e nota 17. Ou seja, trata-se de hipóteses em que, mesmo não conhecendo do mérito, o tribunal emite opinião sobre o mérito. A favor dessa prática, na doutrina, HEINZE, Christian. *Verfahrensrechtliche Aspekte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland. Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol.80, 2016, p. 281; KEHRBERGER, Roman; ROGGENKEMPER, Daniel. *Prozessleitung oder Anleitung für die Instanzgerichte? Juristische Rundschau*, n.11, 2019, p. 551 ss; STAUDINGER, Ansgar; RUKS, Rudi. *Hinweise aus Karlsruhe zu § 439 BGB im “Dieselskandal”*. *Neue Juristische Wochenschrift*, ano 72, n.17, 2019, p. 1179-1182; VOSS, Wiebke. *Publikation von Hinweisbeschlüssen und vorläufigen Rechtseinschätzungen der Gerichte: praeter legem oder contra legem? Juristen Zeitung*, vol.75, n.15-16, 2020, p. 286 ss; SCHWEMMER, Sophia. *Präjudizvermeidung im Zivilprozess: Problematik und Gegenstrategien. Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft*, vol.1, 2022, p. 49-50; KERN, Christoph A. *Die Bekanntgabe von Urteilsentwürfen. in Festschrift für Professor Nikolaos K. Klamaris: Essays in honour of Nikolaos K. Klamaris*. Athens: Sakkoulas, 2016, p. 411 ss. Confira-se um balanço de argumentos

2.2. CONCEITO DE PROCEDIMENTO CONSULTIVO

Dentre as várias modalidades de manifestações opinativas, há aquelas valorações que podem ser externadas em respostas a consultas formuladas por autoridades estatais ou por particulares.

Sem prejuízo das considerações ulteriores, pode-se desde logo definir a consulta como sendo um procedimento pelo qual o requerente (consulente), diante de incerteza acerca da possível incidência, da aplicabilidade ou da interpretação de normas jurídicas em seu (des)favor, formula pedido a uma autoridade pública para que esta se manifeste a respeito, emitindo resposta formal consistente em uma opinião não vinculativa.

A consulta tem lugar em caso de lacuna ou obscuridade da lei, ou em hipóteses de equivocidade gerada no intérprete em razão de ambiguidade, vagueza semântica ou outra característica que gere indeterminação sobre o conteúdo da norma jurídica supostamente aplicável,²⁶ e que esteja impedindo que o consulente tenha segurança jurídica sobre seus comportamentos atuais ou futuros.

Procedimentos consultivos, como demonstraremos, existem há muito tempo no Brasil. Nossa legislação é previdente de inúmeras hipóteses em que consultas podem ser endereçadas à administração pública. No Judiciário, também há disciplina de consultas para o Conselho Nacional de Justiça e na Justiça Eleitoral. Todavia, sempre se lhes atribuiu natureza não jurisdicional.

Mas tudo muda com as alterações de 2018 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). O art. 30 da LINDB,

pró e contra em LAUKEMANN, Björn. Die Veröffentlichung richterlicher Hinweisbeschlüsse. *Zeitschrift für Zivilprozess*, vol.134, n.1, 2021, p. 84 ss.

26 Sobre as razões da equivocidade a respeito das normas jurídicas, TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 27-39; GUASTINI, Riccardo. Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho*, vol.43, 2015, p. 21 ss; GASCÓN ABELLÁN, Marina; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el derecho*. 2. ed. Lima: Palestra, 2005, p. 122 ss; MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 67.

como veremos, passou a permitir amplamente o exercício de *jurisdição consultiva*.²⁷

Partindo da premissa de que nem sempre a jurisdição se exerce por meio de decisões, meu objetivo neste capítulo é investigar os limites e possibilidades dos procedimentos de consulta jurisdicional, demonstrando seu cabimento no sistema jurídico brasileiro. Além disso, pretendo propor as linhas gerais do procedimento a ser seguido para o desempenho da função jurisdicional consultiva. Ao final, buscarei delinear também as diferenças da resposta a consultas para outros tipos de manifestação judicial não imperativa, como as recomendações, debatendo sua base legal e admissibilidade no direito brasileiro.

Antes de entrar propriamente nos temas a que me propus tratar, farei uma breve exposição sobre as razões que levaram historicamente à resistência em admitir processos jurisdicionais de consulta.

2.3. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À JURISDIÇÃO CONSULTIVA NA DOCTRINA TRADICIONAL

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

Como vimos no cap. 1, a ligação intrínseca da jurisdição com atividades impositivas, com o exercício imperativo de poder,²⁸ levou à concepção arraigada de que a função precípua do magistrado é a

27 Passanante afirma que Nicola Jaeger foi o primeiro a usar o termo “jurisdição consultiva”. PASSANANTE, Luca. *Il precedente impossibile: contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*. Torino: G. Giappichelli, 2018, p. 61. Talvez a afirmação faça sentido para a discussão no sistema italiano, mas o tema da jurisdição consultiva precede em muito o artigo de Jaeger, dos anos 1950. Como veremos, o debate mais antigo a respeito vem do direito anglo-americano.

28 Por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 89; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 129. Na vigência do CPC/15, Dinamarco reitera o entendimento, tanto em escritos individuais

adjudicação, o julgamento, a fim de pacificar os conflitos em sociedade.

O juiz só poderia exercer sua função diante de disputas e problemas concretos, decidindo os pedidos formulados e atribuindo o direito material a uma das partes em conflito. Nesse sentido, entendia-se tradicionalmente que o Judiciário não exerceria função opinativa ou consultiva, sob pena de o processo jurisdiccional configurar palco para discussão de suposições e conjecturas, interesses acadêmicos, científicos, “questões sem lide”, hipotéticas, desgarradas de uma disputa específica e concreta.²⁹

Essa concepção consolidou-se na jurisprudência brasileira. Inúmeros acórdãos de diversos tribunais afirmam a impossibilidade de jurisdição consultiva, considerada uma atividade de menor importância (“mera consulta”).³⁰

como em coautoria com Bruno Lopes: DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 77-78.

29 CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Ação declaratória*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 281-288. Nessa ordem de ideias, seriam judicializáveis apenas pretensões que envolvessem processo contencioso de cunho declarativo. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 153: “estar-se-ia utilizando o Judiciário como órgão de consulta, o que não é possível juridicamente, eis que cabe ao Estado-juiz, tão-somente, dirimir os conflitos, dando solução à lide, e não esclarecer dúvidas das partes, emitindo pareceres em resposta a consulta por elas formuladas”. Este foi um dos argumentos que levou ao banimento da função consultiva nos EUA, ainda que curiosamente, à época em que começou a resistência à consulta jurisdiccional, ainda não houvesse a compreensão romano-germânica da possibilidade de obter em juízo uma sentença declaratória, o que só foi difundido, na jurisdição federal dos EUA, com uma lei editada em 1934. Percebendo o ponto, TOPF, Mel A. *A Doubtful and Perilous Experiment: Advisory Opinions, State Constitutions and Judicial Supremacy*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 65-66. Também foi argumento usado contra a consulta no direito inglês. Confira-se JACONELLI, Joseph. Hypothetical Disputes, Moot Points of Law, and Advisory Opinions. *Law Quarterly Review*, vol.101, out., 1985, p. 596-597.

30 STJ – AgInt no AREsp nº 1.870.470/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 17/09/2021: “(...) Não se admite, assim, ação declaratória sobre pura questão abstrata, seja de fato ou de direito, menos ainda sobre interpretação das leis em geral, uma vez que tal constituiria mera consulta ao Poder Judiciário, em busca de uma declaração em tese”. Ressalta-se ainda que não se poderiam usar instrumentos processuais (p. ex., embargos de declaração) sem conflito específico, o que configuraria uma consulta com provocações abstratas. No Supremo Tribunal Federal: RE n.90.875, rel. Min. Cunha Peixoto, j. 22/05/1979; RE n.102.734-SP,

2.3.2. Consultoria jurídica não imperativa como atividade privada e parcial

Além disso, entende-se que a atividade de consultoria seria própria dos sujeitos parciais. Essa acepção provavelmente é fruto dos estudos clássicos que diferenciavam a sentença do parecer. Enquanto a sentença seria ato de inteligência e vontade, o parecer conteria apenas o raciocínio intelectual, um *minus* em relação ao decreto imperativo do Estado-juiz. Não sendo cogente como a decisão, a opinião não vinculativa seria algo desprestigiado e indigno da função jurisdicional.³¹ Nesse sentido, para configurar-se como exercício de jurisdição, a manifestação judicial não poderia limitar-se a opinar sem comandar.³² A atividade consultiva não era vista como uma função jurisdicional porque as opiniões jurídicas externadas a título de parecer não vinculativo são alheias à lógica das sentenças (imperativas), e seriam estranhas às finalidades institucionais do Judiciário.

Nessa ordem de ideias, o parecer seria um ato mais apropriado para os advogados. Os particulares que não necessitassem de um ato

rel. Min. Octávio Gallotti, j14/05/1985; RE n.255785-ED, rel. Min. Moreira Alves, j. 25/02/2003; CC 7159-AgR, rel. Min. Joaquim Barbosa, j.09/08/2006; RE n.563965-ED, rel. Min. Carmen Lúcia, j.03/06/2009; RE n.569019-ED, rel. Min. Carmen Lúcia, j.24/08/2010; ARE n.745693-AgR-AgR-ED, rel. Min. Rosa Weber, j.25/08/2015; ACO n.457-AgR, rel. Min. Rosa Weber, j.21/08/2017; RMS n.26332-AgR-ED, rel. Min. Edson Fachin, j.20/04/2018. No Superior Tribunal de Justiça: STJ – REsp 1716731/AL, rel. Min. Herman Benjamin, j.17/04/2018; EDcl no REsp 215393/SP, rel. Min. Félix Fischer, j.14/12/1999; EDcl no AgRg no Ag 33949/SP, rel. Min. Claudio Santos, j.22/02/1994; REsp 2964/RJ, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, j.12/08/1991.

- 31 CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Ação declaratória*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 286.
- 32 Mortara ficou perplexo com funções da Cassação italiana assemelhadas à consulta, algo que estaria no meio do caminho entre pareceres parciais privados e manifestações judiciais imperativas, e, portanto, excluiu-as da esfera jurisdicional. MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*. 2. ed. Milano: Francesco Vallardi, vol.II, 1923, p. 20, 986. José Orlando de Carvalho decretou: “Ninguém seria tão ingênuo de buscar o judiciário apenas para pedir o seu parecer acerca de uma questão, se esta já resulta em objeto de uma verdadeira lide. Se se pretendesse, apenas, a mera opinião do magistrado, não teria, obviamente, dirigido qualquer postulação formal, nem se peticionaria neste sentido; bastaria ir ao seu gabinete e solicitar, verbalmente, seu entendimento em torno da dúvida que lhe angustiava”. CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Ação declaratória*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 289.

imperativo e que buscassem somente uma *opinio* para informar-se, poderiam consultar-se com juristas.³³

De fato, a advocacia é muito intensa nessa área de confecção de pareceres, opiniões jurídicas sobre uma questão concreta de fato ou de direito. Os pareceres de juristas servem para orientar o consulente extrajudicialmente, permitindo reflexão sobre as (des)vantagens de ajuizar uma ação.³⁴ E podem também ser usados em juízo, com conflito já judicializado, juntados pelas partes como elementos informativos para influenciar a formação da cognição do juiz.³⁵

2.3.3. Crítica ao caráter preventivo da consulta. Risco de perda da imparcialidade por prejulgamento sobre conflito futuro

Alguns argumentos críticos à jurisdição consultiva derivam do fato de que esta pode ter caráter preventivo, usada antes mesmo da eclosão do conflito. Diz-se que, quando condutas de uma pessoa interferem na esfera jurídica de outrem, existem tensões que podem fazer com que a disputa escale para uma situação efetivamente conflituosa, mas há também acomodações que podem fazer com que o litígio nem venha a existir.

E, como a consulta poderia ser preventiva, alguns críticos afirmaram que a resposta à consulta poderia mudar a forma como os

33 No Brasil, ecoa este argumento COSTA, Eduardo José da Fonseca. Poder Judiciário não é órgão de consulta. disponível em <https://juridicamente.info/poder-judiciario-nao-e-orgao-de-consulta/>, acessado em 14/12/2025.

34 Durante muito tempo, a resposta a consultas, mesmo que provenientes de juristas privadamente contratados para tanto, era vista como um elemento que daria maior segurança para as pessoas avaliarem as chances de êxito antes de ajuizarem suas ações no Judiciário. A opinião ou parecer daria maior probabilidade de acolhimento dos argumentos (*probabilem causam litigandi* ou *justa causa litigandi*), e com isso seriam reduzidos os riscos no plano dos custos do processo. FALK, Ulrich. *Consilia: Studien zur Praxis der Rechtsgutachten in der frühen Neuzeit*. Frankfurt am Main: Klostermann, 2006, p. 101 ss.

35 Crítica ferrenha aos pareceres emitidos por advogados particulares mediante remuneração encontra-se em BENJAMIN, Antonio Herman. Doutrina e parecer contencioso remunerado: a deformação do discurso jurídico no Brasil. in MARTINS, Humberto (coord.). *O Poder Judiciário e o Direito na atualidade*. Londrina: Thoth, 2022, p. 69 ss.