

SUMÁRIO

.....

| | |
|-------------------------|-----------|
| INTRODUÇÃO | 37 |
|-------------------------|-----------|

CAPÍTULO 1

| | |
|--|-----------|
| FUNÇÕES JURISDICIONAIS NÃO DECISÓRIAS E ATIPICIDADE DOS INSTRUMENTOS DE TUTELA DOS DIREITOS | 51 |
|--|-----------|

| | |
|---|----|
| 1.1. Função jurisdicional como função de julgar: o equívoco de não enxergar atividades jurisdicionais resolutivas do conflito e de natureza não decisória | 51 |
| 1.2. O que é uma decisão judicial? | 55 |
| 1.2.1. Crítica à insuficiência do conceito de decisão judicial na doutrina brasileira. Definições tautológicas, conceitos circulares. Contra o critério do prejuízo | 55 |
| 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 | 57 |
| 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 | 61 |
| 1.2.4. Premissas necessárias para delinear o conceito de decisão | 67 |
| 1.2.4.1. Pronunciamentos judiciais como gênero independente do conteúdo decisório | 67 |
| 1.2.4.2. Separação entre interpretação e aplicação do direito. Desvinculação entre cognição e decisão | 68 |
| 1.2.5. Decisão como comando aplicativo: a efetiva aplicação do direito como nota distintiva. Diferença necessária entre resolução e decisão | 75 |
| 1.2.6. Diferença da manifestação opinativa para a decisória. Incidência, aplicabilidade e aplicação normativa | 78 |

| | |
|--|-----|
| 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 | 82 |
| 1.2.8. Excurso: algumas linhas sobre a jurisdição no Estado de Direito contemporâneo | 84 |
| 1.2.8.1. Jurisdição como atividade heterocompositiva orientada para a prevenção, gestão e resolução de conflitos | 84 |
| 1.2.8.2. Imperatividade e função não coercitiva. Atos jurisdicionais estimulantes e o modelo de atuação da jurisdição contemporânea | 89 |
| 1.2.8.3. Funções jurisdicionais resolutivas não decisórias | 92 |
| 1.3. Instrumentos jurisdicionais típicos e atípicos para a atuação não adjudicativa do juiz | 92 |
| 1.3.1. A atipicidade das formas de tutela jurisdicional | 92 |
| 1.3.2. Fundamento normativo da atipicidade: acesso à justiça, devido processo legal e efetividade do processo | 96 |
| 1.3.3. Consequências da atipicidade para compreensão da jurisdição contemporânea | 97 |
| 1.3.3.1. Tipo, tipificação e tipicidade: distinção preliminar | 97 |
| 1.3.3.2. As funções jurisdicionais como poderes normativos tipológicos | 100 |
| 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 | 102 |
| 1.3.3.4. Interpretação extensiva das regras legais que expressamente preveem técnicas processuais para o desempenho de funções estatais | 105 |
| 1.3.4. Fórmula de equivalência funcional. Aplicando a atipicidade das funções jurisdicionais e dos instrumentos processuais correlatos aos tipos funcionais | 107 |
| 1.4. Conclusão parcial | 108 |

CAPÍTULO 2

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

| | |
|---|-----|
| 2.1. Introdução às manifestações jurisdicionais opinativas | 111 |
| 2.1.1. Tipos de atos judiciais. Pronunciamentos e atos de valoração | 111 |

| | | |
|----------|---|-----|
| 2.1.2. | Espécies de pronunciamentos valorativos não decisórios: opinião, exortação, recomendação, admoestação, provocação | 114 |
| 2.1.3. | Formas de expressão da opinião judicial. Modalidades oficiosas e reativas, incidentais e principais | 115 |
| 2.2. | Conceito de procedimento consultivo | 122 |
| 2.3. | Argumentos contrários à jurisdição consultiva na doutrina tradicional | 123 |
| 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 | 123 |
| 2.3.2. | Consultoria jurídica não imperativa como atividade privada e parcial | 125 |
| 2.3.3. | Crítica ao caráter preventivo da consulta. Risco de perda da imparcialidade por prejulgamento sobre conflito futuro | 126 |
| 2.3.4. | Separação de Poderes e a potencial politização do Judiciário | 128 |
| 2.3.5. | Viés de confirmação e constrangimento à modificação de entendimento em processo declarativo posterior | 130 |
| 2.3.6. | Vácuo fático nos procedimentos. Défcits de informação para o juízo e de participação no processo | 131 |
| 2.3.7. | Avaliações dos argumentos contrários. Necessidade de retomada do debate na doutrina a partir de outras premissas | 132 |
| 2.4. | Breves notas de direito estrangeiro | 134 |
| 2.5. | Procedimentos consultivos públicos previstos na legislação brasileira ... | 144 |
| 2.5.1. | A consulta à administração pública. Consulta fiscal. Consultas ao TCU, à CVM, ao Cade e ao CNMP | 144 |
| 2.5.2. | A função consultiva da Justiça Eleitoral. Previsão normativa, utilidade e escopo | 146 |
| 2.5.2.1. | Posição da doutrina e da jurisprudência tradicionais: natureza não jurisdicional da consulta eleitoral | 148 |
| 2.5.2.2. | Pressupostos de cabimento da consulta eleitoral | 149 |
| 2.5.2.3. | Eficácia e estabilidade processual da resposta à consulta eleitoral. A questão da vinculatividade | 151 |
| 2.5.3. | Consultas formuladas ao Conselho Nacional de Justiça | 153 |
| 2.5.4. | Consultas formuladas ao juiz pelos titulares de concessão das serventias extrajudiciais: o procedimento de dúvida nos cartórios ... | 154 |
| 2.5.5. | Consulta formulada ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho | 155 |
| 2.6. | Função jurisdicional consultiva no direito contemporâneo | 156 |

| | |
|---|-----|
| 2.6.1. Fundamento normativo para o cabimento da consulta jurisdiccional: o art. 30 da LINDB. Direito do jurisdicionado e dever judicial de resposta opinativa | 157 |
| 2.6.2. Finalidades das manifestações opinativas não cogentes para o jurisdicionado | 160 |
| 2.6.2.1. Segurança jurídica e proteção das expectativas de incidência normativa. Orientação de comportamento e nomotropismo | 160 |
| 2.6.2.2. Prevenção de conflitos | 163 |
| 2.6.2.3. Resolução de disputas sem imposição de força. Fortalecimento de articulações dialogais e coordenação de atividades judiciárias | 164 |
| 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>) | 167 |
| 2.6.3. Papel e função da jurisdição consultiva no sistema processual | 171 |
| 2.6.3.1. Estratégia processual pré-contenciosa. O problema dos custos das pretensões de incerta procedência | 172 |
| 2.6.3.2. Proximidade funcional com a produção antecipada de provas, mas para questões de direito | 174 |
| 2.6.4. Natureza jurídica: jurisdição voluntária ou jurisdição contenciosa | 174 |
| 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 | 175 |
| 2.6.6. Competência da primeira instância. Hipóteses excepcionais de competência originária. Reunião de consultas para apreciação conjunta | 181 |
| 2.6.7. Interesse processual | 185 |
| 2.6.8. Legitimidade para agir e capacidade de estar em juízo | 187 |
| 2.6.8.1. Legitimidade e capacidade nas consultas formuladas por particulares | 187 |
| 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 | 190 |
| 2.6.9. Observância do procedimento comum do CPC | 202 |
| 2.6.10. Formalidades da postulação | 203 |

| | |
|---|-----|
| 2.6.10.1. Ausência de formulação de pretensão. Conversão da consulta em processo declarativo contencioso | 203 |
| 2.6.10.2. Referibilidade à situação jurídica concreta e determinada. Importância da narrativa para indicação de possíveis interessados e controle de questões processuais | 205 |
| 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 | 210 |
| 2.6.12. Efeitos da admissibilidade. Interrupção de prescrição e suspensão de procedimentos correlatos. Fluência de juro em matéria tributária | 212 |
| 2.6.13. Impossibilidade de tutela provisória | 213 |
| 2.6.14. Oportunidades de reação e participação dos interessados. Intervenção de terceiros | 214 |
| 2.6.15. Limitações à instrução probatória | 216 |
| 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 | 217 |
| 2.6.17. Eficácia da consulta. <i>Res interpretata</i> . Vinculatividade relativa (para o Judiciário). Função probatória | 222 |
| 2.6.18. Recursos e meios de impugnação. Cabimento dos embargos de declaração. Não cabimento da remessa necessária | 227 |
| 2.6.19. Estabilidade da resposta à consulta. Ausência de coisa julgada. Modificabilidade do entendimento externado. Regras de transição | 230 |
| 2.6.20. Custos do procedimento de consulta | 234 |
| 2.6.21. Autocomposição. Negócios jurídicos processuais. Negócio de certificação. Transação | 235 |
| 2.7. Interações entre a consulta e processos com pretensões declarativas ... | 236 |
| 2.7.1. Aproximação funcional e diferenças entre consulta jurisdicional e ação declaratória | 236 |
| 2.7.2. Existência de prevenção no ajuizamento de processos contenciosos declarativos posteriores | 237 |
| 2.8. Recomendações judiciais como mecanismo não decisório de solução de conflitos | 238 |
| 2.8.1. Recomendações como manifestações judiciais não imperativas. Diferenças da recomendação para a resposta à consulta | 239 |

| | |
|---|-----|
| 2.8.2. Características e efeitos das recomendações judiciais | 241 |
| 2.8.3. Fundamento normativo. A atipicidade das formas de tutela jurisdicional e a aplicabilidade das normas preventivas da recomendação para o Ministério Público | 244 |
| 2.8.4. Formalidades da recomendação jurisdicional | 245 |
| 2.8.5. Utilidade prática da recomendação. Exemplos brasileiros | 246 |
| 2.9. Conclusão do capítulo | 250 |

CAPÍTULO 3

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

253

| | |
|--|-----|
| 3.1. Primeira aproximação ao conceito de <i>non liquet</i> | 253 |
| 3.2. A evolução do <i>non liquet</i> da Antiguidade aos dias atuais | 254 |
| 3.2.1. A possibilidade de o juiz deixar o pedido sem julgamento no direito romano | 255 |
| 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 | 262 |
| 3.2.3. A virada histórica na compreensão do tema: posituação da proibição de <i>non liquet</i> nas grandes codificações europeias | 268 |
| 3.2.4. Base legislativa da proibição do <i>non liquet</i> no direito brasileiro: normas de sobredireito e regras processuais | 271 |
| 3.2.5. A extensão do <i>non liquet</i> à hipótese de inesclearescibilidade fática | 274 |
| 3.3. Conceito e função da proibição de <i>non liquet</i> na atualidade | 276 |
| 3.3.1. Rejeitando a associação do <i>non liquet</i> a uma “não decisão” | 276 |
| 3.3.2. A inadmissibilidade ou extinção do processo por aspectos formais: hipótese diversa do <i>non liquet</i> | 277 |
| 3.3.3. Função do <i>non liquet</i> como regra operativa ou de fechamento do sistema jurídico processual | 278 |
| 3.4. Fundamentos teórico-normativos para justificação dogmática da proibição do <i>non liquet</i> | 283 |
| 3.4.1. A indeclinabilidade como característica da jurisdição. Recusa em julgar como negativa de prestar a função jurisdicional | 284 |
| 3.4.2. A regra da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CR/88) | 286 |

| | |
|--|-----|
| 3.4.3. Sanções disciplinares ao magistrado que se omite em proferir julgamento. Inexistência de tipificação penal | 288 |
| 3.5. Crítica à ausência de questionamento na doutrina acerca da proibição do <i>non liquet</i> | 290 |
| 3.5.1. A retomada recente do debate doutrinário. “Falsos” <i>non liquet</i> identificados por alguns autores | 290 |
| 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 | 297 |
| 3.6. Possibilidade de pronúncia do <i>non liquet</i> no direito brasileiro | 300 |
| 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) | 300 |
| 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 | 302 |
| 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 | 305 |
| 3.6.4. Hipóteses-tipo de <i>non liquet</i> no sistema brasileiro | 308 |
| 3.6.4.1. Procedimentos não decisórios de natureza opinativa sem conflito subjacente | 308 |
| 3.6.4.2. Processos adjudicativos com pretensões declarativas | 309 |
| 3.6.4.2.1. Convenções processuais autorizativas do <i>non liquet</i> | 310 |
| 3.6.4.2.2. Hipóteses em que é admitida autotutela de origem legal ou convencional | 313 |
| a) Conceito e evolução histórica da autotutela. Previsão no direito brasileiro | 313 |
| b) Reabilitação contemporânea da autotutela. Os <i>smart contracts</i> com supervisão ou execução submetidas à vontade unilateral de uma das partes | 319 |
| c) Viabilidade do <i>non liquet</i> em casos de autotutela permitida | 324 |
| d) Autotutela permitida como preordenação de interesses e seus impactos no processo posterior | 325 |

| | |
|--|------------|
| 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 | 329 |
| 3.6.4.2.3. Transferência de prerrogativa decisória: | |
| <i>non liquet</i> parcial ou provisório | 332 |
| a) Identificação de outro centro decisório como melhor capacidade institucional para decidir | 334 |
| 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 | 340 |
| 3.7. Arbitrariedade, desídia, negligência, transferência de externalidades, fuga de responsabilidade: os perigos de uma generalização indevida do <i>non liquet</i> | 346 |
| 3.8. Regime da decisão de <i>non liquet</i> | 349 |
| 3.8.1. Exigências de fundamentação (art. 489, § 1º, do CPC e arts. 20 e 21 da LINDB) | 349 |
| 3.8.2. Decisão sem análise de mérito. Aplicação do art. 485 do CPC | 350 |
| 3.8.3. Custos do processo em hipóteses de <i>non liquet</i> permitido | 350 |
| 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 | 351 |
| CONCLUSÃO | 355 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 359 |