

JURISDIÇÃO SEM DECISÃO (CONTRIBUTOS PARA UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA DO EXERCÍCIO DO PODER JURISDICIONAL A PARTIR DA SOLUÇÃO DA INVERSÃO DO CONTENCIOSO E NÃO SÓ)

Elizabeth Fernandez¹
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.23>

Sumário: 0. A inspiração e o pretexto para o tema tratado. 1. Conceção tradicional: jurisdição, decisão e resolução de conflitos. 2. Visão contemporânea de jurisdição: jurisdição sem decisão que resolva conflitos: a jurisdição consultiva. 3. Valorização do poder jurisdicional para lá do ato de autoridade: importância e conexão a outros temas. 4. A técnica da inversão do contencioso como resolução de conflito ou satisfação do direito sem decisão.

Palavras-chave: jurisdição – não decisão – resolução conflito sem decisão - inversão contencioso

¹ Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga e Advogada.

0. A inspiração e o pretexto para o tema tratado

Quando, em Lima, (por ocasião do XVII Congresso Mundial de Direito Processual do IAPL) lemos livro de António do Passo Cabral², começaram a fazer sentido algumas ideias que há muito tentávamos organizar no nosso pensamento e, logo identificamos situações de não decisão no direito processual vigente.

Imediatamente nos veio ao pensamento a substituição da antecipação da decisão de mérito da causa principal no processo cautelar (até então vigente no RPE³ e, ainda vigente no nicho legal do regime de locação financeira) pela solução da inversão do contencioso. Logo de seguida pensamos na recomendação judicial de mediação e, ainda, no dever de conciliação do juiz, nos termos revistos no artigo 594º do CPC. Daí, foi apenas um breve passo para invocar, já no contencioso público, os diálogos entre tribunais que permitem a consulta do STA por tribunais de primeira instância no que concerne à solução de questões de direito novas⁴, e, em termos mais amplos, o reenvio prejudicial para interpretação do Direito da União.⁵

As ideias daquele livro começaram a delinear uma outra forma de jurisdição não necessariamente produtora de uma decisão que resolva o litígio, a qual tem vindo a permitir explicar ou justificar a necessidade de enquadramento de uma outra temática que nos vem mantendo ocupados desde há algum tempo num outro lugar: os processos estruturantes⁶.

Mais uma vez, o convite para escrever este texto e o contacto com o livro que nos fez companhia na viagem de regresso conduzem-nos na aventura arriscada da definição de uma jurisdição não decisória e na procura de uma jurisdição consultiva, temas que se têm desenvolvido noutras paragens, mas que nunca tiveram, em termos nacionais, qualquer expressão.

² ANTÓNIO DO PASSO CABRAL é Procurador da República do Rio de Janeiro e, entre o mais, Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Publicou em 2023 o livro **Jurisdição sem Decisão (non liquet e consulta jurisdicional do direito brasileiro)** (Editora Juspodium).

³ Regime Processual Civil Experimental – Artigo 16º

⁴ Artigo 93º do CPTA.

⁵ Artigo 267º do TJUE.

⁶ ELIZABETH FERNANDEZ, “Teoria das decisões estruturantes, primeira aproximação”, *Ius Dictum* nº 6, janeiro-abril, 2022, e “A segunda aproximação aos processos estruturais – fundamentos iniciais para um contencioso de políticas públicas”, *Ius Dictum* nº 9, maio novembro, 2023.

Curiosamente, à semelhança das conclusões de António do Passo Cabral, a quebra do dogma segundo o qual o poder jurisdicional, porque tem por função a resolução de litígios, só se pode dar pela emanção de uma decisão, ou seja, pela aplicação do direito ao caso concreto (*iudicium*), não nos coloca na expectativa de um poder jurisdicional mais fraco, mas, antes, de tribunais mais fortes.

Não resistimos aqui a invocar as palavras de Paulo Rangel, o qual, já em 2009⁷, a propósito do diagnóstico de uma sociedade poliárquica e do fim das sociedades estatocêntricas, escrevia que se trata *muito mais de arbitrar do que dirigir ou planificar, de conciliar as pressões sócio políticas de diferentes polos de poder do que de impor uma ordem homogénea no espaço*⁸, logo apontando que *os tribunais pela sua estrutura e pela sua vocação histórica parecem ser as únicas instituições do velho Estado com ADN para regular e compor litígios e disputas entre entidades que competem na sua aspiração ou pretensão de poder*, uma vez que *o problema detetado de concorrência entre ordenamentos faz avultar a posição constitucional e institucional dos mesmos*⁹, chamados, agora, mais do que nunca, a exercer a função de reduzir a complexidade de um sistema que acabará por dar aos tribunais *um papel mais preponderante e mais decisivo*, ainda que, como iremos ver, nem sempre acoplado ao instrumento da decisão.

Mais uma vez, voltamos às palavras de Paulo Rangel para defender a elevação do *poder judicial a um poder participante do processo de governo*, apontando que *a tomada de consciência desta nova centralidade dos tribunais*, obrigando a exorcizar os fantasmas da história e - acrescentamos nós - à eliminação de dogmas de funcionamento e de atribuições, é indispensável, de modo a que estes possam desempenhar a nova e necessária função constitucional decorrente da crescente *perda de prestígio do fenómenos legislativo* e da *politização crescente dos problemas sociais*, que necessariamente os tirará da situação de *abandono político*¹⁰ a que têm estado votados, estranhamente em silêncio e resignação.

⁷ PAULO CASTRO RANGEL, *O Estado dentro do Estado (Ensaios de política constitucional sobre justiça e democracia)*, Dom Quixote, 2009.

⁸ PAULO CASTRO RANGEL, *op. cit.*, pp. 34-35.

⁹ PAULO CASTRO RANGEL *op. cit.*, pp. 35-36 e 52.

¹⁰ As expressões em itálico são de PAULO RANGEL.

As implicações do tema que nos preparamos para abordar são amplas, profundas e, por isso, frequentes vezes merecem forte reação e rejeição. É que, quando nos atrevemos a dar como possível que, mesmo sem decisão (isto é, sem aplicação do direito ao caso concreto), pode existir, exercício de função jurisdicional, isso tem como pressuposto um alargamento da função jurisdicional que alguns julgam contender com outras funções do Estado que não estão constitucionalmente entregues aos tribunais, mas a outros órgãos do mesmo.

Por isso, alguns, mesmo admitindo que os tribunais possam não decidir litígios e, por isso, possam não emanar decisões, tenderão a dizer que, nestes casos, aos tribunais está autorizado o exercício de uma função que exorbita o que lhes está reservado, que não coincide com a função jurisdicional, mas antes com uma função administrativa, reconduzindo estas atuações a um resíduo funcional emprestado de menor importância.

Não é esse o nosso entendimento, como se tentará explicitar neste texto.

1. Conceção tradicional: jurisdição, decisão e resolução de conflitos

O processo judicial e, por via disso, de forma inerente, a função jurisdicional e o poder ao qual está atribuído o exercício do mesmo podem desempenhar os seguintes objetivos: a produção de um caso julgado, a pacificação social, a resolução de um conflito mediante a satisfação de um direito¹¹. Tal como Paula Costa e Silva e, sem agora, por desnecessária para o escopo deste texto, desenvolvermos a justificação da nossa opção, pensamos que o fim prioritário do processo judicial é a resolução de um conflito, mais precisamente que o *mesmo está destinado resolução de um conflito surgido na vida de duas ou mais pessoas que não chegam a acordo quanto ao comportamento a adotar na concreta situação de vida por estas vivida*. Como a mesma refere, *o fim do processo é a definição de uma situação de vida cujo equilíbrio foi ou está*

¹¹ PAULA COSTA E SILVA, *Acto e processo, – O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do ato postulativo*, Coimbra Editora, 2003, pp. 102-103.

*a ser ameaçado*¹². Esta é a essencialidade da justificação da intervenção do terceiro heterónimo, ou seja, do tribunal, o âmago da função jurisdicional.

Tradicionalmente, esta finalidade é conseguida mediante a adjudicação de uma decisão, ou seja, através de um ato que decida (aplique ao caso concreto o direito) sobre o mérito da pretensão regulamente apresentada em juízo. Tendemos, por isso, a conectar sempre o exercício do poder jurisdicional que serve para resolver conflitos a um modelo exclusivamente adjudicatório de exercício de função jurisdicional. Dito de outro modo, aprendemos que o modo pelo qual esta finalidade se consegue é mediante uma decisão judicial que aplica o direito ao caso concreto, vinculando as partes e tornando para estas obrigatória e imperativa a opção tomada pelo julgador de entre duas ou mais alternativas possíveis, segundo a plausibilidade das versões de facto e da interpretação do direito. A sentença (ou se se preferir o julgamento) é o modo normal de extinção do processo e da resolução do litígio e é por via desta que se esgota o poder jurisdicional do julgador que tinha o dever legal de decidir por ter sido a isso provocado por determinado sujeito que lhe endereçou uma demanda regular ou que pode ser regularizada para receber tal atividade adjudicativa.

Só o poder jurisdicional tem por tarefa essencial (e, até, em certos casos, exclusiva) a resolução de conflitos mediante a aplicação de direito ao caso concreto, e, tal, só pode ser levado a cabo mediante uma cognição destinada finalisticamente a criar uma declaração com autoridade segundo a qual uma das teses em conflito prevalece sobre a outra e afasta definitivamente a probabilidade da verificação em concreto da outra. Portanto, os tribunais resolvem os conflitos declarando mediante a emanação de uma pronúncia cognitiva dotada de autoridade sobre os concretos interesses disputa.

A ideia que trazemos ancorada ao poder jurisdicional e, mais concretamente à conceção do modelo de funcionamento do processo judicial é aquele segundo a qual o decisor só conhece para decidir¹³, uma vez que o poder jurisdicional desempenha uma atividade finalística e não uma atividade de meio.

Na verdade, se o fim do processo é compor uma disputa de interesses entre sujeitos e, deste modo, adjudicar a um deles em detrimento do outro,

¹² PAULA COSTA E SILVA, *op. cit.*, p. 104.

¹³ ANTÓNIO DO PASSO CABRAL, *op. cit.*, p. 54.

uma situação de vantagem jurídica consubstanciada na adjudicação da satisfação ou da proteção de um direito subjetivo ou do direito objetivo, então parece forçoso concluir que só a decisão é um instrumento capaz de cumprir esse fim, na medida em que o tribunal conhece mediante as provas e interpreta o direito de modo a poder escolher ou optar entre duas alternativas que as partes lhe apresentam como antagónicas e, por via disso, aplica essa opção ao caso concreto, afastando a outra e, assim, conseguindo mediante esta ferramenta, a composição e resolução do litígio. Onde havia duas possibilidades o decisor encontrou uma que impõe às partes pela sua autoridade baseada na sua apreciação do caso. A decisão junta, assim, interpretação e aplicação do direito ao caso formulando um comando aplicativo do direito à situação de vida que lhe foi apresentada em concreto. O método da decisão para dirimir o litígio é construir ou optar por um comando aplicativo do direito ao caso concreto, resultando do mesmo a produção de efeitos jurídicos autónomos, que, por ser obrigatória e vinculativa, acaba por resolver o litígio ainda que sem concorrência da vontade de uma das partes.

Considerada nestes termos, e com a característica que geralmente lhe é tradicionalmente reconhecida, a decisão produzida no contexto de um processo judicial cognitivo é o instrumento que dissipa o litígio por separar as posições em conflito sobre um direito e optar justificadamente por uma delas. Onde havia duas posições em conflito passa a vingar uma delas e deixa de haver conflito, a questão controversa está resolvida e, assim é porque a sentença não é apenas declaração e opinião do julgador sobre o que deveria aplicar-se ao caso concreto, ou seja, do direito *aplicável*, mas é direito *aplicado* ao caso concreto, dotada de autoridade e de obrigatoriedade, devendo a parte vencida pautar o seu comportamento obrigatoriamente por esta, sem margem para discricionariedade ou introduzindo ela própria uma mudança na ordem jurídica mesmo sem que este tenha de ajustar o seu comportamento à mesma.

Tendemos na visão tradicional e adjudicatória de jurisdição a não conseguir imaginar um tribunal a interpretar o direito e a dar o seu parecer, sem de imediato juntar a esta atividade meramente declarativa ou cognitiva uma outra que é a da imperatividade de poder decidir o conflito segundo essa opinião, impondo e não apenas recomendando às partes aquela solução. Fazemo-lo, no entanto, como se a atividade de interpretação não pudesse ser autonomizada da atividade de aplicação. Tendemos, como bem reconhece

ANTÓNIO DO PASSO CABRAL a juntar, à semelhança do que sucede com o ato administrativo, interpretação com imperatividade e aplicação, reconhecendo na mesma os traços essenciais de ato de intelecto e de vontade estatal estampada no *decisum* e não apenas orientada para a opinião ou o parecer, de autoridade e de declaração, portadora de um conteúdo inovatório sobre a ordem jurídica porque aplica ao caso concreto o entendimento sobre o direito que deve regular a situação de vida que opunha as partes e, nessa medida, configura para as partes um ato com eficácia externa e muitas vezes mesmo lesivo.

Não temos obviamente dúvidas de que, sendo o fim do processo e, concomitantemente, uma das finalidades do poder jurisdicional, a composição de litígios, este fim se leva a cabo mediante a decisão judicial. Mas sabemos que nem sempre assim é. Os direitos e as situações de vida relativamente às quais os sujeitos não conseguem acertar comportamentos consensuais ou coincidentes podem ser resolvidos sem que ao caso seja sequer aplicado o direito, podendo antes serem resolvidas por critérios de oportunidade ou mérito exigidos pelo caso concreto. Precisamente porque nestes casos não se aplica o direito ao caso concreto, mas os interesses em presença são regulados de outra forma, podemos dizer que são emanadas não decisões, mas resoluções.¹⁴ O mesmo se passará com os tribunais arbitrais que decidem por consenso entre as partes com base na equidade. O ato final permite a composição do litígio entre as partes sem que se tenha aplicado o direito ao caso concreto e, até, com o concurso de vontade dos que estão em conflito. O conflito é resolvido, mas não mediante o direito aplicado ao caso concreto.

Tendemos, no entanto, a considerar que a decisão não é a ferramenta exclusiva através da qual se logra a resolução de um conflito. E não nos estamos aqui a referir a mecanismos de autocomposição. Evidentemente, o conflito entre 2 ou mais sujeitos desde que reporte a direitos disponíveis para ambos pode ser autocomposto, ou seja, solucionado pelos mesmos e sem qualquer decisão que lhes seja imposta. Mas estamos em crer que o mesmo também pode ser resolvido, já, no seio da jurisdição sem decisão.

¹⁴ Alguns até dirão que não estamos já na presença do exercício da função jurisdicional, mas da função administrativa, ou pelo menos de uma função jurisdicional menor, de segundo grau. Referindo-se à controvérsia entre classificação a jurisdição voluntária ainda como jurisdição e não já como exercício de mera função administrativa pelos tribunais, PAULA COSTA E SILVA, *op. cit.*, p. 104.

2. Visão contemporânea de jurisdição: jurisdição sem decisão que resolva conflitos: a jurisdição consultiva

A jurisdição não tem necessariamente de ser adjudicativa. Em outras palavras, pensamos que os tribunais têm como função principal lograr a solução de um conflito, mediante o desenvolvimento de um procedimento que lhes tenha sido postulado ou solicitado¹⁵ por um sujeito e que se para atingir este fim é legítimo concluir que as mais das vezes a jurisdição tem de intervir mediante decisão, ou seja, tem de adjudicar uma solução concreta para a contenda em questão (pois, de outro modo, a mesma continuará sem solução porque as partes não orientarão os seus comportamentos futuros se a tal não forem obrigados pela vinculatividade e imperatividade da mesma, ou seja, pela sua autoridade) não deixa de ser admissível que esse mesmo resultado possa ser conseguido por atos não adjudicativos e, mesmo, que os resultados de afinação comportamental futura não sejam equiparáveis ou, até, melhores nesses casos do que naqueles que decorrem da adjudicação de uma decisão judicial.

Muitos estarão a pensar – e com alguma razão – como poderá uma atuação não adjudicativa ter mais impacto na orientação do comportamento das partes e na solução do litígio, por via disso, do que uma solução não adjudicativa? Se as partes não respeitam uma decisão vinculante vão deixar-se governar por uma não decisão?

Empatizamos com a consideração mental, mas poderíamos contrapor a essa pertinente objeção num número considerável de casos e sempre que prejudicadas pelo sentido final da decisão uma das partes tenta encontrar motivos e meios lícitos para não a cumprir, não reconhecendo a mesma, portanto, como uma ferramenta válida de solução do litígio. Não é verdade, como diagnostica Paula Costa e Silva ser mais frequente do que seria desejável que as partes aleguem que o modo como a tribunal apreciou a matéria de facto não é compatível com a prova produzida em audiência, concluindo que a decisão cujo conteúdo se afasta das representações e das expectativas

¹⁵ Como refere ANTÓNIO DO PASSO CABRAL uma das características inalienáveis da jurisdição é a sua natureza inerte. O exercício das funções jurisdicionais só surge quando espoletada por alguém com interesse na sua intervenção, designadamente para satisfação de um direito ou resolução de uma concreta situação de vida e nunca *ex officio* como pode suceder com o poder legislativo ou com o poder administrativo.

dos ligantes é uma decisão relativamente à qual as partes, ou pelo menos uma delas (a prejudicada com a mesma) oferecerá resistência?

Como a autora bem adverte, essa resistência na confiança que os sujeitos depositam no sistema de justiça vai minando a representação que a comunidade tem desse mesmo sistema e, se inicialmente, o risco é de descrédito institucional, por último, será de resistência social, a qual se vai infiltrando sibilinamente e sem que disso nos apercebamos se não quando – apontamos nós – o problema pode já não ter regressão ou solução.

3. Valorização do poder jurisdicional para lá do ato de autoridade: importância e conexão a outros temas

Se assim é, não será legítimo defender que quando o tribunal não aplica o direito ao caso concreto, mas diz apenas como resolveria o conflito não está, ainda assim, a usar uma ferramenta que conduzirá legitimamente à composição do concreto que opõe as partes? Será assim tão estranho lograr o resultado de resolver o conflito sem decisão? Não será que a falta de imposição em certos casos (própria da decisão judicial) pode ser uma forma de moldar comportamentos futuros com mais êxito e não só resolver o litígio em causa como prevenir outros?

Quando um juiz, para além de decidir faz, de passagem, um comentário acessório e perfeitamente incidental à decisão e à motivação que nada aporta para a mesma, sucede muitas vezes estar a dialogar com os destinatários da decisão, mas, também, com aqueles que as consultam e as leem, isto é, com o povo em nome do qual decide. Esses *obiter dicta*¹⁶, não sendo vinculativos, nem decisórios não são efetivamente neutros e podem desempenhar um papel na modulação de comportamentos futuros dos destinatários da decisão ou de terceiros e, mesmo, de outros poderes do Estado (como o legislativo

¹⁶ Não sendo propriamente um *obiter dictum*, o voto de vencido desempenha um papel análogo. Quando não sabemos apenas que a decisão foi tomada por maioria, mas o motivo ou motivos pelo qual o voto de alguns foi divergente, passamos a valorizar os argumentos ali expendidos para casos futuros. Do nosso ponto de vista, o voto de vencido desempenha uma forma de modelar comportamentos para o futuro lançando alertas à medida que revela o entendimento interpretativo que determinado juízo ou grupos de juizes tem sobre determinadas questões, podendo por isso orientar os comportamentos em sentido consistente com tal decisão e nesse sentido resolver litígios ou mesmo prevenir os mesmos.

e o administrativo) mesmo que estes nem sequer ficam vinculadas por tal opinião ou apreciação lateral.

A admissibilidade de emanação de votos de vencido¹⁷ é, também, uma forma de os tribunais dialogarem com outros poderes do Estado e de estes se autocontrolarem a partir do judiciário, mesmo fora do espectro da decisão. Já os *obiter dicta*, entendidos como tal, sobretudo quando emanados por juízes singulares, não são bem aceites na prática judiciária, em geral, e, inclusive, são desincentivados na formação dos juízes. Esse desincentivo advém, precisamente, da ideia de que um juiz não deve escrever nada na decisão que não seja fundamental ou relevante para a fundamentação do sentido da sua decisão, não devendo aproveitar a decisão para ponderar argumentos não relevantes que poderiam ser relevantes se a situação hipotética que lhe tivesse sido colocada fosse outra, por exemplo. Embora esta regra não esteja escrita em parte alguma, os juízes são ensinados a ser contidos quanto a esta vontade de enviar “recados” para o parlamento para o executivo, para grupos económicos de determinada natureza ou espécie, sob a alegação de que isso diminui a confiança que os cidadãos devem ter nos tribunais, uma vez que revelar esse pensamento evidencia menor isenção e maior parcialidade e, sobretudo, compromete a isenção futura por via da criação de enviesamentos de mudança de direção no entendimento antes partilhado (ainda que não necessário), mesmo quando o tribunal se encontre numa outra situação. Por isso, poucas vezes lemos sentenças que contenham estes *obiter dictum* de modo expreso, sendo certo que, muitas vezes, esses argumentos assomam escondidos pelo meio dos fundamentos da decisão, isto é, não se veem, mas sentem-se.

Uma outra realidade que pode se detetada contemporaneamente na jurisdição é a ideia de uma jurisdição consultiva ou *advisory jurisdiction* e, por isso, necessariamente, não adjudicativa, muito embora sempre sujeita às regras básicas da jurisdição, entre estas, a da juricidade da sua atuação e a da garantia da sua inércia. Finalmente, qualquer intervenção não típica do poder judicial tem de ser adequada aos fins que pretende atingir, designadamente ao fim de resolver o litígio ou, mesmo, de prevenir litígios futuros.

¹⁷ O voto de vencido tem, também, o efeito acessório de poder impedir o recurso de revista, dito normal, pois a sua existência pode transformar a decisão da Relação numa decisão *desconforme* com a decisão de primeira instância. (artigo 671º, nº 3, do CPC)

Esta possibilidade, salvo o devido aspeito, não pode estar dependente da limitação legislativa do exercício da função jurisdicional, devendo assistir ao juiz a mesma liberdade de meios que tem o legislador ou o governo para emanar normas ou para

Administrar, prosseguindo o interesse público em espaços de maior ou menos discricionariedade. Mesmo que não exista uma norma expressa, julgamos que a atuação dos tribunais, desde que provocada por alguém e dentro do espectro da juridicidade não tem de se limiar a usar medidas típicas de resolução de litígios – onde apenas encaixa a decisão judicial – e não tem necessariamente sempre de conter-se dentro do que o legislador autorizou expressamente, como, por exemplo, quando permite ao juiz recomendar às partes que se apresentam em litígio perante si e que o constituíram no dever legal de decidir que se submetam à mediação ou como quando o legislador atribui ao juiz do processo que vai julgar a causa, ou seja, que vai resolver o litígio pela aplicação do direito ao caso concreto, o dever de dever de conciliar as partes.

Deve reter-se nas funções conciliatórias do tribunal um dado relevante: independentemente do que sucede na prática, o legislador não está a permitir apenas o tribunal a, sempre que possível, não decidir e resolver o litígio por outros meios, levando as partes ao consenso. Habilita-o expressamente a algo mais do que isso. Tal atividade de resolução por via de uma não decisão vai ao ponto de o juiz ter de pensar, elaborar e de propor às partes soluções concretas possíveis para o litígio em causa, o que anda muito próximo de formular várias opiniões sobre o modo com os interesses em conflito se poderiam resolver sem ser numa lógica de tudo ou nada que será o paradigma funcional da decisão judicial.

O sistema permite ao juiz resolver conflitos mediante não decisões e exige-lhe, para atingir este objetivo que este deva *empenhar-se ativamente* na obtenção de solução de equidade mais adequada aos termos do litígio, sendo certo que se não o conseguir devem ficar vertidas, em ata, *as concretas soluções sugeridas pelo juiz*, bem como os fundamentos que, no entendimento das partes, justificam a persistência do litígio.

Concluindo: é inequívoco que o juiz pode ir ao ponto, para lograr o efeito pretendido pelo sistema e, até, para conseguir o efeito acessório da pacificação social, de *sugerir* concretas soluções para resolver o litígio.

Neste caso, o tribunal não conhece ou aprecia a questão apenas com a finalidade de a decidir. Conhece-a, também, para poder sugerir soluções que se forem acolhidas a descartem e a tornem desnecessária, pois só um juiz devidamente habilitado com os elementos factuais do processo e que tenha digerido as posições jurídicas das partes consegue, obviamente, pensar e construir soluções concretas para o litígio. E, cremos nós, que para permitir controlar o risco de enviesamento do processo decisório que vier a ser necessário para dirimir o litígio (em caso de frustração da tentativa e conciliação), o legislador determina que devem ficar vertidas quais foram essas soluções concretas e quais foram os motivos pelos quais as mesmas não foram aceites.

Hoje, vemos esta função judicial como uma medida de resolução do litígio mediante uma não decisão e a necessidade de verter as mesmas em ata como uma garantia das partes para poder detetar e, conseqüentemente, controlar, futuros enviesamentos decisórios que possam suceder na tomada de decisão, uma vez que o juiz que faz a sugestão dentro poderá ser o mesmo que irá produzir a decisão¹⁸.

Mas o que aqui interessa realçar é que este é um caso de resolução do litígio por sugestões do tribunal. Não é já uma medida atípica: está legalmente prevista.

Mesmo assim, na prática, mercê do receio de perda da imparcialidade ou da neutralidade, mas também pela concorrência de outros fatores¹⁹, os tribunais não usam este poder o poder de fazer sugestões e de assim lograr a resolução do litígio com uma não decisão²⁰, tantas vezes como poderiam.

A par deste poder judicial de sugestão de concretas soluções para a solução de litígio, o juiz pode pedir consulta a outros tribunais para decidir a causa. A intervenção desses tribunais é meramente consultiva, mas, no nosso sistema, ao contrário do que sucede noutros, tal consulta é vinculativa para o tribunal que a solicita. Mesmo assim, não se pode deixar de concluir que o tribunal consultado não emana uma decisão, emana uma consulta provocada

¹⁸ Criticando esta solução, sobretudo, na redação que resultou da reforma de 2013, JOSÉ LEBRE DE FREITAS *ET ALLI*, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 3ª edição, pp. 654-655.

¹⁹ Como se referiu, para fazer sugestões adequadas, é necessários conhecer quase tão bem o litígio que opõe as partes, as suas posições e o possível desfecho do processo, como o exigido para decidir e, por vezes, o fim dos articulados não é, ainda, o momento em que essas condições estão reunidas.

²⁰ Contudo, a mesma não foi introduzida pela revisão de 2013 do CPC, mas pela revisão corrida em 95/96. Há já quase 30 anos.

por outro tribunal e que será esse tribunal que irá, partindo do resultado da consulta, ou seja, da interpretação ou da opinião elaborada por esse tribunal (habitualmente superior)²¹ fazer aplicação do direito, assim interpretado, aos factos da causa. O conflito é decidido mediante uma decisão judicial emanada pelo tribunal que pediu a consulta, mas o tribunal consultado colaborou com este na decisão estabelecendo um diálogo com as partes e emanou uma pronúncia que, apesar de vinculativa, só tem força de decisão por via da aplicação que o tribunal que solicita a consulta faz do caso concreto.

Entre nós, talvez por causa da necessidade mais premente do acautelamento do interesse público, esta possibilidade está prevista apenas no artigo 93º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e é denominado reenvio prejudicial. O juiz da causa pode optar por pedir a consulta a um tribunal superior, neste caso o STA, como também de a partir antes a todos os juízes da sua secção propiciando um julgamento alargado sobre a mesma. A consulta fica restringida aos casos em que à apreciação de um tribunal administrativo de primeira instância se coloque *uma questão de direito nova* que suscite *dificuldades sérias* e possa vir *a ser suscitada noutros litígios*. Como decorre da lei, a consulta tem um efeito vinculante para a o tribunal que pede a consulta, mas o tribunal consultado pode mudar o seu entendimento em casos futuros, precisamente porque não decidiu, apenas foi consultado e em abstrato e manifestou o modo como deveria se resolvida determinada questão jurídica nova, complexa ou socialmente relevante.

O mesmo sucede com a interpretação do direito da união que os tribunais nacionais não podem violar e tendo dúvidas sobre qual o sentido desse direito podem, em alguns casos, e, devem, noutros, pedir consulta ao TJUE o qual emana o seu entendimento sobre a interpretação, mas quem decide o caso concreto, aplicando aquele entendimento às circunstâncias do caso é o juiz nacional.

Noutras paragens, a consulta entre tribunais pode nem sequer ser vinculativa para o juiz que a solicitou, como sucede em termos amplos, ou seja,

²¹ Seria também possível a nosso ver, na concretização de uma especialização obtida por partilha, que a consulta fosse feita por um tribunal a outro do mesmo nível hierárquico, a matéria em causa. Por exemplo, um tribunal penal poderia consulta rum tribunal tributário para saber em certos casos se o imposto era ou não devido.

para causas de qualquer índole, no caso do Brasil²², no sistema francês que admite o *saisine par avis*²³e, ainda, do sistema italiano o qual permite o reenvio prejudicial. Entre nós, como se viu, a possibilidade está conexas aos casos de direito administrativo e de direito tributário e, ainda, àqueles de qualquer índole em que esteja em causa a aplicação de direito da união, apensar de tudo com efeito vinculativo, o que torna a decisão final bicéfala e conseqüentemente a consulta acaba por ser uma decisão diferida do órgão consultado.

De qualquer modo, os *obiter dicta*, os votos de vencido, as sugestões concretas para resolução do litígio do tribunal às partes e, ainda, estas possibilidades de consulta podem agrupar-se, já, numa jurisdição de função consultiva, não necessariamente menor e, quiçá, em certos casos, bem mais impactante em termos de resolução de litígios do que a adjudicatória.

E se é certo é que a litigância tradicional entre *Tício* e *Caio* podem não ser o terreno mais fértil e propício para o crescimento deste fenómeno jurisdicional, já não será assim nas paragens da litigância massificada, da litigância estratégica ou, mesmo, da litigância dos litígios públicos ou estrutural. Aqui, porque muitas vezes o objetivo não é, ou não é só, resolver

²² Artigo 30º da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) estabelece, a bem da prossecução da segurança jurídica, que *as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos sumulas administrativas e respostas a consultas*. Sendo que os instrumentos previstos no *caput* deste artigo *terá carácter vinculantes e relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão*.

²³ Consulta de um tribunal à *Cour de Cassation*, a qual, ainda que não vinculativa, na prática, conduz as mais das vezes a adesão por parte do tribunal que deve decidir a questão à apreciação que dela fez o tribunal consultado. Dando conta do mecanismo, ANTÓNIO DO PASSO CABR, *op. cit.*, p. 131. É também a perspectiva do Codice Procedura Civile italiano com a intenção de aditar o 363-bis, derivada da LEGGE 26 NOVEMBRE 2021, N. 206 segundo qual: «Art. 363-bis (Rinvio pregiudiziale) Il giudice di merito può disporre con ordinanza, sentite le parti costituite, il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di cassazione per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto, quando concorrono le seguenti condizioni: 1) la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione; 2) la questione presenta gravi difficoltà interpretative; 3) la questione è suscettibile di porsi in numerosi giudizi. L'ordinanza che dispone il rinvio pregiudiziale è motivata, e con riferimento alla condizione di cui al numero 2) del primo comma reca specifica indicazione delle diverse interpretazioni possibili. Essa è immediatamente trasmessa alla Corte di cassazione ed è comunicata alle parti. Il provvedimento è sospeso dal giorno in cui è depositata l'ordinanza, salvo il compimento degli atti urgenti e delle attività istruttorie non dipendenti dalla soluzione della questione oggetto del rinvio pregiudiziale. Il primo presidente, ricevuta l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, entro novanta giorni assegna la questione alle sezioni unite o alla sezione semplice per l'enunciazione del principio di diritto, o dichiara con decreto l'inammissibilità della questione per la mancanza di una o più delle condizioni di cui al primo comma. La Corte, sia a sezioni unite che a sezione semplice, pronuncia in pubblica udienza, con la requisitoria scritta del pubblico ministero e con facoltà per le parti costituite di depositare brevi memorie, nei termini di cui all'articolo 378. Con il provvedimento che definisce la questione è disposta la restituzione degli atti al giudice. Il principio di diritto enunciato dalla Corte è vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione e, se questo si estingue, anche nel nuovo processo in cui è proposta la medesima domanda tra le stesse parti.»;

o litígio existente, mas tratar de um problema estrutural, a ferramenta para levar a cabo este desiderato não é apenas uma decisão judicial, mas muitas vezes, antes, do que se trata é de dotar os tribunais de poderes de facilitação que lhes permitam propiciar reestruturações diretamente ou através de um delegado mais próximo²⁴.

4. A técnica da inversão do contencioso como resolução de conflito ou satisfação do direito sem decisão

Mas se há inovação legal introduzida pela alteração legislativa sofrida pelo sistema processual civil, em 2013, que se apresenta inequívoca quanto à admissibilidade de jurisdição existir sem decisão é a que ficou denominada como inversão do contencioso.

O legislador passou a prever no artigo 369º do CPC, a possibilidade de, no contexto procedimental de apreciação de uma tutela meramente cautelar de um direito, o juiz, a pedido do requerente da providência, e desde que não esteja já pendente ação destinada a à satisfação do direito alegadamente em perigo, poder dispensar este de intentar a ação satisfativa de que dependeria a não caducidade da tutela cautelar decretada.

Quando decretada a medida cautelar requerida ou outra, a oneração judicial do requerido com a instauração de uma ação judicial assenta na convicção que o juiz conseguiu criar – ainda que em procedimento sumariado – sobre a segura existência, na esfera do requerente, do direito que este pretendeu apenas cautelar e não satisfazer mediante a postulação de uma medida cautelar. No fundo, neste caso, em que o juiz ultrapassa a barreira do mero *fumus boni iuri* e da mera verosimilhança da existência do direito, o mesmo pode dispensar o Requerente do ónus de intentar ação judicial de que dependa a vigência a providência cautelar decretada, a qual, por si, já é suscetível de compor definitivamente o litígio.

²⁴ ELIZABETH FERNANDEZ, “Teoria das decisões estruturantes, primeira aproximação”, *Ius Dictum* nº 6, janeiro-abril, 2022, e “A segunda aproximação aos processos estruturais – fundamentos iniciais para um contencioso de políticas públicas”, *Ius Dictum* nº 9, maio novembro, 2023.

Mas não nos deixemos enganar. Neste caso, apesar do grau de convicção atingido ser o adequado para poder legitimamente dispensar uma justiça satisfativa, o tribunal não resolve o conflito existente (evidenciado pela instauração da providencia cautelar e pelo perigo que teve de acautelar). Neste caso, apesar de ter cognição (ter apreciado sobre a existência do direito) o tribunal nada decide, isto é, não emana, apesar disso, decisão que componha o litígio. Espera-se, e por isso não se decide, que pela mera vigência contínua e crônica da medida cautelar o litígio se resolva. Apesar de ter criado convicção e, portanto, de ter apreciado o direito, o tribunal não aplica o direito ao caso concreto decidindo entre duas teses a quem assiste razão e a favor de quem vai fixar uma situação jurídica de vantagem. Neste caso, o tribunal apenas decreta uma medida cautelar uma medida de proteção do direito sobre o qual incide o litígio, mas não compõe o litígio mediante uma decisão autônoma.

A finalidade ou a expectativa desta técnica é a de que não seja necessária uma decisão que resolva o litígio para que tal resolução ou composição tenha lugar. De resto, a ideia é nem sequer ser necessário um processo judicial para operar tal composição. O litígio poderá resolver-se pela mera inércia do requerido, o qual analisando a decisão cautelar e, em particular os motivos pelos quais o tribunal entendeu ter ficado convencido da existência do direito na esfera do requerente pode deixar que a mera medida cautelar decretada faça a composição do mesmo. A composição do litígio é feita por causa de o tribunal ter opinado, ter manifestado ter criado uma convicção segura acerca da existência do requerente, conclusão que se destina a moldar ou influenciar o comportamento do requerido nos mesmos termos, respeitando sem mais litígio o direito daquele, e, desta forma, resolvendo o litígio.

A emanação daquele ponto de vista pelo tribunal, ainda que sem aplicar o mesmo ao caso concreto pode ser suficiente para moldar o comportamento futuro do requerido, levando-o a não iniciar uma nova litigância por já existir um entendimento que não lhe é favorável provinda de um órgão judicial. O objetivo fundamental da norma é permitir que os litígios se resolvam por si após a emanação de um parecer segundo o qual o direito a cautelar existe com segurança. O método é sugerir a uma das partes que a persistir no seu entendimento, o litígio este pode não ser decidido a seu favor, pelo que este deve sentir-se menos motivado a continuar a ter posições dissonantes quanto ao direito em questão.

Não há para nós qualquer dúvida que, a haver composição do litígio neste caso, o mesmo se dá, por uma não decisão, e em atenção ao parecer convicto de que o direito acautelado existe, mas na esfera do requerente.

Se devia ou não haver decisão no caso concreto (decidindo o litígio através da mesma) é uma questão de mera opção legislativa, com a qual como já deixamos escrito noutros lugar²⁵, não estamos necessariamente sintonizados. Porém, a possibilidade de resolver o conflito sem a emanação de uma decisão não depende do tribunal, pois tipicamente o legislador parece apontar que este modo de solução sem decisão só poderá ó pode ser o usado se o requerente o tiver pedido ao tribunal.

O legislador dá, assim, em primeiro lugar, liberdade àquele que invoca a violação ou a iminente violação do direito sobre o qual o litígio incide para requerer, uma composição por decisão em ação autónoma ou para tentar uma composição por não decisão. É, mais uma vez, a vontade do sujeito que vai determinar o modo como o tribunal vai resolver o litígio que se lhe apresenta. Se o indivíduo que se arroga a existência de um direito e que apenas peticiona a tutela cautelar para o mesmo conseguir convencer o tribunal de que o seu direito não é meramente verosímil, mas existe, em detrimento da tese sobre o mesmo esgrimida pelo requerido, e tiver expressamente requerido que pretende ser dispensado de intentar a ação principal, o tribunal dispensará o requerente de intentar a ação e, com isso, tenderá a dissuadir o requerido de continuar a ter o entendimento conflituante com o requerente sobre o direito deste.

No entanto, para que tal suceda, isto é, para que o requerente possa ser dispensado de intentar essa ação judicial para obter a composição do litígio por meio de decisão é necessário, que a medida cautelar decretada tenha o condão de, por si, poder na ausência de uma decisão permitir a resolução do conflito.

A nosso ver, a solução legal tem o condão de evidenciar que os tribunais podem resolver conflitos sem decisão. A solução legal tenciona fazer o empoderamento dos tribunais perante as partes: só a justificação da razão pela qual o tribunal entende que está seguro do direito em controvérsia existir a

²⁵ ELIZABETH FERNANDEZ, *Um novo código de processo civil, Em busca das diferenças?*, Vida Económica, 2014, pp. 146-153.

favor de quem o invoca pode ser, em si, suficiente para resolver o litígio, não sendo necessário intentar ação judicial destinada a obter decisão para compor o litígio, pois o requerido fica alerta para a circunstância de poder não lograr apreciação divergente daquela.

Porém, a solução padece de vários problemas e, por isso, já em tempos, ainda que sem analisar a solução à luz de uma não decisão – lhe endereçamos várias críticas.

Em primeiro lugar, o legislador poderia, a nosso ver, ter arriscado deixar ao entendimento do tribunal a necessidade de ser necessário vir a proferir decisão para compor o litígio ou bastar-se *in casu* com a emanação de uma mera opinião sobre como se decidir a questão, permitir que, de modo livre, o poder jurisdicional optasse entre as duas alternativas sem que tal depende de pedido expresso do requerente da providência cautelar.

Em segundo lugar, estamos em crer que o que justifica a resolução de litígios sem decisão não é a circunstância de a providência cautelar ser de natureza que permita a composição do litígio. Na verdade, o que vai permitir a composição do litígio não é a permanência ou o perdurar no tempo da medida cautelar decretada, mas, antes, a inércia do requerido e a conformação ou resignação do mesmo perante a cognição levada a cabo pelo tribunal sobre o direito acautelado, considerando que existe na esfera do requerente tal como ele o invoca, ainda que sem ter proferido decisão.

Neste caso, o tribunal conhece, mas não para dirimir o litígio mediante a emanação de uma decisão. Também não dirime o litígio com o sucedâneo da medida cautelar decretada. Dirime o litígio porque o requerido foi sensível à apreciação feita sobre o direito em conflito, ainda quando o tribunal não usou essa sua convicção para aplicar imperativamente o direito ao caso concreto. Assim sendo, poderia usar-se esta técnica e muitos conflitos serem compostos sem decisão mesmo que a providência, em si, não tivesse qualidades para, por si, compor o litígio, como sucede, por exemplo, com o arresto. Se numa providência de arresto decretado, o mesmo o tribunal vertesse na decisão que não há verosimilhança do direito de crédito do requerente sobre o requerido, mas prova bastante sobre o mesmo, invocando a fundamentação factual e jurídica correspondente, mesmo sem decisão condenatória e, o devedor poderia decidir pagar ou entrar em acordo com o credor sem que o autor tivesse de intentar uma ação destinada a obter uma decisão.

Embora limitado, o propósito do preceito é positivo, mas ainda o seria mais se, tal como no *reféré* francês, o requerido não tivesse um prazo para intentar a ação através da qual, não se deixando influenciar pela cognição do tribunal, vai tentar demonstrar que o direito, no caso concreto, lhe assiste a si e não à parte contrária. É que quando um sujeito processual está onerado com o decurso de um prazo processual para exercer uma faculdade que preclui se não for tempestivamente exercida ou seja quando a parte não tem uma faculdade, mas um ônus processual, a tendência natural da mesma vai ser intentar a ação só para não permitir a consolidação da situação. Isto é tanto mais assim quanto mais limitado é o tempo ou o prazo legalmente previsto para decidir intentar essa ação, pois, quanto mais próximo este está da apreciação feita pelo tribunal, é menos provável que o sujeito tenha digerido a mesma de modo a deixar estas considerações moldar o seu comportamento futuro relevante para aquele caso. Assim, pensamos que, na evolução desta técnica, e eliminado que está, afinal, o paradigma de uma jurisdição exclusivamente adjudicativa para solução de conflitos, os resultados teriam mais eficácia em termos de lograr a resolução do litígio se o requerido tivesse, pelo menos, um prazo bem mais alargado para exercer o seu direito.

Falta, ainda, a nosso ver, dar mais um passo que ainda assim não compromete os princípios gerais que caracterizam, designadamente o de que a jurisdição é, em si, isto é, inerte. Será necessário peticionar que seja emanada uma decisão para decidir o conflito quando o tribunal atingiu um grau de certeza que permite a solução definitiva do mesmo ainda que no contexto meramente cautelar? Será que só o requerente pode, pela via da sua vontade, permitir que o tribunal opte entre remeter o mesmo para uma decisão futura em ação a intentar com o fim de emanar uma apreciação incidental sobre o modo de satisfação dos direitos em litígio, ainda que sem emanar decisão? Não poderia o tribunal, por si, e após contraditório das partes e com a consequente participação fazer esta opção?

Estamos em crer que sim. Quando alguém intenta uma providência cautelar para acautelar um direito em perigo já autoriza – se ficar atingido o grau de convencimento necessário para o efeito – o tribunal a sair da sua natural inércia e, conseqüentemente, compor o litígio por via adjudicativa ou não adjudicativa. Por isso, nunca entendemos a ideia segundo a qual o tribunal não pode decidir o mérito da causa no processo cautelar nas mesmas

circunstâncias que numa ação, porque isso poderia pôr em causa o princípio do pedido e da congruência das decisões judiciais.

Temos para nós, pois, que a função jurisdicional deve poder exercer-se mediante uma atividade atípica enquadrada ainda nos poderes de gestão e de adequação do juiz, tal como a administração pode recorrer a vários meios não necessariamente tipificados para regular o interesse público inclusive mediante mecanismos de *soft law*. Acompanhamos António do Passo Cabral quando escreve que se os tribunais não puderem exercer a função jurisdicional com a liberdade de poder desempenhá-la ainda que com recursos a meios atípicos, então, os tribunais não são verdadeiramente independentes²⁶. A administração pode intervir na realidade mediante ato administrativo, meras operações materiais, regulamento, contrato ou mesmo mediante *soft law*. Os tribunais só podem, pelos vistos, dirimir conflitos mediante decisões judiciais. Não há razões para isso, pois medidas judiciais não decisórias e não adjudicativas podem, em alguns casos, produzir efeitos de resolução mais certos e, por outro lado, podem em face de certos conflitos – como os litígios estruturantes – serem as únicas capazes de permitir uma intervenção jurisdicional quando os outros poderes do Estado falham redondamente e de modo crónico na sua intervenção.

A bem do empoderamento do poder judicial seria necessário futuramente reconhecer-lhe que, uma vez requisitado para resolver um litígio esta finalidade pode ser atingida pelo meio mais adequado e não, necessariamente, e, sempre, mediante um modelo adjudicatório puro.

Sabemos que as barreiras são muitas para operar tal mudança de paradigma, mas se não forem os tribunais a exigir isto para si, os outros poderes não o concretizarão. Cabe combater a ideia muito intrincada na nossa cultura jurídica, de que um tribunal que conhece, mas não decide, que apenas opina é um tribunal menos parcial e, portanto, menos confiável.

Veremos se os ventos futuros trazem novidades a este respeito.

²⁶ ANTÓNIO DO PASSO CABRAL, *op. cit.*, p. 85.