

COORDENADORES
ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES
JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE
PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO
TERESA ARRUDA ALVIM

O NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

*Temas relevantes – Estudos em homenagem
ao Professor, Jurista e Ministro LUIZ FUX*

Volume II

GZ
EDITORA

Rio de Janeiro
2018

1ª edição – 2018

© Copyright

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes / José Roberto dos Santos Bedaque /
Paulo Cezar Pinheiro Carneiro / Teresa Arruda Alvim

Presidente do Conselho Editorial
Nelson Nery Costa

Diagramação
Olga Martins

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

N843

O novo processo civil brasileiro: Temas relevantes – Estudos em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux: volume II.... - 1. ed. - Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. 568 p. 24 cm.

Inclui índice
ISBN 978-85-9524-044-5

1. Processo civil - Brasil. 2. Direito processual civil - Brasil.

18-50782

CDU: 347.91/.95(81)

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
EDITORA GZ

Av. Erasmo Braga, 299 – sala 202
CEP: 20020-000 – Rio de Janeiro – RJ
Tels.: (0XX21) 2240-1406 / 2240-1416 – Fax: (0XX21) 2240-1511
contato@editoragz.com.br
www.editoragz.com.br

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

APRESENTAÇÃO

Referências bibliográficas estão no Google. Ou no Lattes. Não se pretende falar disso aqui. Nosso intuito é outro. Esta é uma apresentação feita a oito mãos, por pessoas próximas ao homenageado, em condições de apontar aspectos emblemáticos da sua personalidade, revelando, assim, características não do jurista, professor ou Ministro, mas de um ser humano verdadeiramente excepcional.

Nosso homenageado contou certa vez, em uma de suas sedutoras palestras, ter recebido, ainda bem jovem, convite para trabalhar numa empresa nos Estados Unidos da América. Muito entusiasmado, foi contar ao pai, que lhe respondeu: Meu filho, somos imigrantes e este país nos recebeu de braços abertos. O mínimo que podemos fazer agora, realmente, é retribuir, fazendo algo por ele. O sentimento de gratidão fortaleceu-se mais ainda com os ensinamentos recebidos em instituições públicas, como o Colégio Pedro II e a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Podemos afirmar que o homenageado tem sido pródigo na gratidão: sua vida é marcada pela dedicação às funções públicas: o magistério, desde o ano de 1977, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, na qual ocupa o cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil, bem como em outras instituições; desde o ano de 1979, quando assumiu o cargo de Promotor de Justiça, seguindo-se no exercício da magistratura, a partir de 1983, aprovado em primeiro lugar no concurso para juiz de direito no Estado do Rio de Janeiro, passando pelo Tribunal de Alçada, pelo Tribunal de Justiça, pelo Superior Tribunal de Justiça, e desde o ano de 2011, no Supremo Tribunal Federal.

FUX é um homem profundamente espiritualizado, ecumênico, e crê de forma absoluta: Deus é um só. Dois dos signatários desta apresentação presenciaram acontecimento que demonstra essa característica. Estávamos uma vez reunidos no Senado, trabalhando no que depois viria a ser o NCPC. Todos cansados, clima meio tenso, FUX determinou que se fechassem as portas e convidou a todos para darem as mãos e rezar o Pai Nosso. Muitos ficaram com os olhos marejados de lágrimas... Detalhe: FUX é judeu. Mas é, sobretudo, um grande ser humano. Trata a todos com delicadeza, independentemente da raça ou da classe social.

É um homem que gosta da vida, está sempre de bom humor. Tocou na bateria da Portela, jogava vôlei de praia no Leblon. Quem não viu o vídeo que circulou na internet, do Ministro tocando guitarra e cantando Tim Maia? Apesar desse lado *bon vivant*, é disciplinado ao extremo! Estudioso e responsável, foi alcançando os melhores resultados possíveis em tudo o que fazia: concursos públicos, aulas, palestras, julgamentos, livros, artigos e contribuições legislativas, culminando com a presidência da comissão de juristas que elaborou o Código de Processo Civil.

Fumou até os 33 anos. Estava na praia e viu um aluno seu ser assaltado: ficou boquiaberto com sua capacidade de se defender! Ficou sabendo que aquilo era Jiu-jitsu: deixou de fumar e virou faixa coral! Ministra aulas aos seus assessores num tatame, localizado no fundo de sua casa em Brasília. Leva uma vida absolutamente saudável, regada a estudos e a um bom whisky, já que ninguém é de ferro.

TEORIA GERAL DO LITÍGIO

Renato Resende Beneduzi

Sumário: 1. Introdução. 2. Jurisdição, administração da justiça e justiça proporcional. 3. Conflito, litígio e processo. 4. Teoria geral do litígio. 5. Processo judicial como meio ordinário de solução de litígios e meios alternativos. 6. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A Teoria Geral do Processo é um tema que exerce inegável fascínio sobre os processualistas brasileiros, que a ela dedicam viva atenção ao menos desde a publicação, em um contexto de aproximação entre os processos civil e penal¹, da primeira edição do clássico *Teoria Geral do Processo*, de ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO², em 1974, logo após a entrada em vigor do CPC de 1973 e a criação, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, de uma cadeira especificamente dedicada à matéria³. Sua popularização no país muito deve à influência da doutrina italiana⁴ e, ainda que indiretamente⁵, também à *allgemeine Prozessrechtslehre* alemã⁶.

- 1 Não embora sem críticas, como, por exemplo, as de VIDIGAL, Bueno. Por que unificar o direito processual? In: **Revista de Processo**, 1982. v. 7, p. 40, e de grande parte dos processualistas penais, zelosos da autonomia científica de sua disciplina (neste sentido, por exemplo, TUCCI, Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. In: **Revista do Advogado**, 2000. v. 61, p. 49).
- 2 A edição mais recente, a 31ª, foi publicada em 2015.
- 3 ZUFELATO; YARSHELL. **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**, 2013. p. 15.
- 4 Frederico Marques, defensor entusiasta da ideia de que “uno, portanto, é o Direito Processual, pelo que pode ser construída uma teoria geral do processo com os postulados e linhas mestras construídos segundo a metodologia da dogmática do Direito” (MARQUES, Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 4ª ed., 1971. v. 1, p. 46), alude expressamente ao magistério de Vincenzo Miceli, por exemplo, para justificar sua posição (*idem, ibidem*, p. 47).
- 5 Como revela Carnelutti, para quem “si parla oggi, specialmente in Germania, di una Zivilprozessualisierung del processo penale e, correlativamente, di una Strafprozessualisierung del processo civile (vedi notizie nell’articolo di Colesanti, Studi tedeschi per una parte generale del diritto processuale, in Jus, 1957, p. 434) ossia di un avvicinamento della disciplina dell’uno a quella dell’altro come prodotto di una *allgemeine Prozessrechtslehre*, la quale naturalmente suppone la conoscenza dell’uno e dell’altro” (CARNELUTTI. **Trattato del processo civile**, 1958. p. 48).
- 6 Pensamento influente na doutrina alemã entre as décadas de 1920 e de 1960 e 1970. Para um excuro histórico: LÜKE. Von der Notwendigkeit einer Allgemeinen Prozeßrechtslehre. In: **ZJP**, v. 107, 1994, p. 145.

Entre as obras recentes que melhor se debruçaram sobre este assunto sobressai-se a *Teoria Geral do Processo Civil*, publicada pela primeira vez em 2014 e hoje em sua segunda edição, de autoria do professor e ministro LUIZ FUX. A ele esta coletânea rende justas homenagens por sua enorme contribuição para o desenvolvimento do processo civil brasileiro, como juiz, como presidente da comissão de juristas encarregada da elaboração do anteprojeto que daria origem ao CPC em vigor e, sobretudo, como um estudioso profícuo do Direito Processual Civil e, especialmente, de sua teoria geral.

Nascida essencialmente como uma espécie de ponte entre o processo penal e o processo civil, a Teoria Geral do Processo, estudada nos cursos de graduação embora mais como uma espécie de introdução ao estudo do Direito Processual do que propriamente como uma autêntica teoria geral⁷, ganhou maior desenvoltura ao longo dos últimos anos no Brasil ao expandir seu âmbito de aplicação para além dos limites impostos por sua primitiva vinculação ao exercício pelo Estado do poder jurisdicional. É neste sentido que se fala hoje de uma “teoria geral do processo estatal (ou a teoria geral do processo do exercício da atividade estatal)”⁸, que abrangeria, por exemplo, os processos administrativo e legislativo⁹, ou ainda do processo “de certas entidades intermediárias entre o Estado e o indivíduo (partidos políticos, sociedades civis ou empresárias, clubes, associações)”¹⁰. A lógica subjacente a estas propostas de extensão, inegavelmente influenciadas pelas lições de FAZZALARI¹¹, é exatamente a de que “sempre que se trate de procedimentos realizados mediante o exercício de poder por um agente que se sobrepõe aos demais, ali se tem processo e não mero procedimento, legitimando-se pois sua inserção no âmbito da teoria geral do processo”¹²⁻¹³.

7 Neste sentido: DIDIER JR. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3ª ed. 2016. p. 173.

8 SICA. Perspectivas atuais da ‘teoria geral do processo’. In: **Bases científicas para um renovado direito processual**, 2008. v. 1, p. 52.

9 Ao fundamento de que, em síntese, “o processo é condição *sine qua non* para a legitimidade do exercício do poder num Estado Democrático de Direito” (MARQUES NETO. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. In: **Teoria do processo: panorama mundial**, 2008. p. 271).

10 ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. **Teoria geral do processo**. 31ª ed., 2015. p. 29.

11 O parágrafo com que Fazzalari inicia as suas Istituzioni di diritto processuale leva o sugestivo título de “il processo nel nostro ordinamento: nel diritto pubblico e nel diritto privato” (FAZZALARI. **Istituzioni di diritto processuale**. 8ª ed., 1996. p. 3).

12 DINAMARCO. **A arbitragem na teoria geral do processo**, 2013. p. 22

13 Controverte-se, até mesmo, sobre a conveniência da assimilação dos negócios jurídicos à Teoria Geral do Processo. Sobre esta questão, por exemplo: DANTAS. O direito fundamental à processualização: fundamento para uma teoria geral do processo, ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. In: **Teoria do processo: panorama mundial**, 2008. p. 686. Em sentido crítico: ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. **Teoria geral do processo**. 31ª ed., 2015. p. 30. Sobre a procedimentalização do direito em termos mais gerais: GUERRA FILHO. Por uma filosofia processual do direito. In: **Teoria do processo: panorama mundial**, 2008. p. 985.

Estas propostas de expansão da noção de processualidade e da própria abrangência da Teoria Geral do Processo são úteis – e não se pretende aqui negar esta utilidade – porque servem para alargar o âmbito de aplicação da garantia constitucional do devido processo legal. Tutelam-se, assim, situações antes inteiramente desprotegidas ou apenas defeituosa ou insuficientemente tuteladas. É o caso, por exemplo, do processo administrativo¹⁴ e de certos processos privados (em clubes, condomínios, associações, sociedades etc.)¹⁵.

Estes recentes desenvolvimentos teóricos não abalaram, no entanto, a premissa de que é em torno do conceito de processo que se estrutura o Direito Processual Civil e, conseqüentemente, de sua teoria geral. O reconhecimento de sua instrumentalidade, aliás, não tirou do processo esta centralidade metodológica, como o argumento instrumentalista poderia sugerir à primeira vista. A realização de certos objetivos de natureza social, política e jurídica, com efeito, continuam a ser tratados como escopos do processo¹⁶. Também o conceito de jurisdição vincula-se diretamente àquele de processo, exatamente porque ela somente transparece “legitimamente através do processo adequadamente estruturado (devido processo legal)”¹⁷. Mas esta perspectiva, inevitavelmente, acaba por isolar o processo e deixar de fora de sua teoria geral outros meios, ou métodos, de solução de disputas – meios *alternativos* de solução (*alternative methods of dispute resolution* – ADR), cada vez mais estudados e praticados no Brasil e no mundo.

Este o motivo por que é chegada a hora de se fazer uma releitura desta premissa teórica – a centralidade do conceito de processo – em torno da qual gravita o estudo

14 MEDAUAR. **A processualidade no direito administrativo**. 2ª ed., 2008. p. 77.

15 Como ilustra a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “O art. 1.337 do Código Civil estabeleceu sancionamento para o condômino que reiteradamente venha a violar seus deveres para com o condomínio, além de instituir, em seu parágrafo único, punição extrema àquele que reitera comportamento antissocial [...]. Por se tratar de punição imputada por conduta contrária ao direito, na esteira da visão civil-constitucional do sistema, deve-se reconhecer a aplicação imediata dos princípios que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares, a reconhecida eficácia horizontal dos direitos fundamentais que, também, deve incidir nas relações condominiais, para assegurar, na medida do possível, a ampla defesa e o contraditório. Com efeito, buscando concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações privadas, a Constituição Federal, como vértice axiológico de todo o ordenamento, irradiou a incidência dos direitos fundamentais também nas relações particulares, emprestando máximo efeito aos valores constitucionais [...]. Na hipótese, a assembleia extraordinária, com quórum qualificado, apenou o recorrido pelo seu comportamento nocivo, sem, no entanto, notificá-lo para fins de apresentação de defesa. Ocorre que a gravidade da punição do condômino antissocial, sem nenhuma garantia de defesa, acaba por onerar consideravelmente o suposto infrator, o qual fica impossibilitado de demonstrar, por qualquer motivo, que seu comportamento não era antijurídico nem afetou a harmonia, a qualidade de vida e o bem-estar geral, sob pena de restringir o seu próprio direito de propriedade” (REsp 1.365.279/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 25/08/2015, DJe 29/09/2015).

16 DINAMARCO; LOPES. **Teoria geral do novo processo civil**, 2016. p. 20.

17 ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. **Teoria geral do processo**. 31ª ed., 2015. p. 165.

do processo civil no Brasil. Sem que se pretenda negar a relevância teórica e prática da teoria geral do *processo*, é chegado talvez o momento de reunir os diversos meios de solução de disputas sob o guarda-chuva de uma *Teoria Geral do Litígio*, estruturada a partir do ponto de vista do *consumidor da Justiça* e não mais apenas de um dos meios mediante os quais este consumidor pode tentar obter o que deseja. Esta *“prospettiva dei consumatori”*¹⁸, aliás, que leva também em conta o *demand side* da Justiça, não mais apenas os *upply side*, era recomendada por CAPPELLETTI já na década de 1980 em seus escritos sobre o acesso à Justiça¹⁹.

2. Jurisdição, Administração da justiça e justiça proporcional

São muitas e variadas em nossa tradição jurídica as definições possíveis de jurisdição²⁰. Mesmo sua tradicional vinculação ao exercício *pelo Estado* de uma de suas

18 CAPPELLETTI. Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. In: *Rivista di diritto processuale*, v. 37, 1982, p. 245.

19 Em palestra proferida no Brasil, por exemplo, assim expressou-se Cappelletti: “O grande movimento mundial de acesso à Justiça, ainda em larga medida incompleto, introduziu com efeito, na esfera jurídica, uma perspectiva nova – aquela, precisamente, que de modo significativo foi denominada a “perspectiva dos consumidores”. A velha concepção consistia em ver o direito na pura perspectiva dos “produtores” e de seu produto: o legislador e a lei, o juiz e o pronunciamento judicial, a administração pública e o ato administrativo. A concepção do acesso consiste, ao contrário, em dar preeminência à perspectiva do “consumidor” do direito e da justiça: o indivíduo, os grupos, a sociedade em suma, as necessidades, as exigências, as aspirações de indivíduos, grupos e sociedades, e, portanto, também os obstáculos (jurídicos, mas também econômicos, políticos, culturais etc.) que se inter põem entre o direito entendido como “produto” (lei, sentença, ato administrativo) e a justiça entendida como demanda social daquilo que é justo. Assim como na economia, substituiu-se no direito, ou pelo menos deveria substituir-se, uma concepção concentrada exclusivamente no supply side por uma visão mais realística, na qual se insere igualmente, e assume grande importância o demand side” (CAPPELLETTI. O acesso dos consumidores à Justiça. In: *Revista Forense*, v. 310, 1991, p. 62).

20 José Afonso da Silva, por exemplo, define-a como a função de “compor conflitos de interesses em cada caso concreto” (AFONSO DA SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª ed., 2014. p. 557). Canotilho a conceitua, por seu turno, como “a atividade exercida por juízes e destinada à revelação, extrinsecação e aplicação do direito num caso concreto” (CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Reimpressão da 7ª ed., 2016. p. 661). Os processualistas, diferentemente, costumam ser mais analíticos em sua definição, como se vê no seguinte exemplo: “A jurisdição tem o dever de prestar a tutela prometida pelo direito material. Ou melhor: a jurisdição tem o dever de prestar ao cidadão a tutela que decorre da sua posição jurídica. Essa tutela jurisdicional tem de ser necessariamente adequada, pois toda posição jurídica deve ser devidamente protegida [...]. Por outro lado, é preciso deixar claro que a jurisdição cumpre a sua função mesmo que o direito material não seja reconhecido ao final do processo. Ainda que nesse caso não exista tutela do direito material, é inegável que a jurisdição é sempre exercida com o objetivo de proteger os direitos. A jurisdição atua em nome da tutela dos direitos mesmo quando o direito material não é reconhecido” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed., 2016. p. 77).

funções típicas e à teoria da separação dos poderes vem perdendo força nos últimos anos²¹. De todo modo, é razoável dizer que a jurisdição, ao menos no âmbito da Teoria Geral do Processo, costuma ser encarada de três ângulos diversos, como poder, função e atividade²². Estes três enfoques não dão suficiente conta, no entanto, da circunstância de que a jurisdição, do ponto de vista de seus *consumidores*, deve ser também vista como um autêntico serviço público (a administração da justiça) a cuja prestação o Estado está obrigado. *“Fonction étatique, la justice est, naturellement, un service public”*²³. A definição de ZUCKERMAN, mais analítica, é perfeitamente transponível à realidade brasileira:

Law enforcement, whether civil or criminal, transcends the interests of the immediate parties. In a society governed by the rule of law, we all have an interest in rights being respected and in wrongs being remedied. The surest way of undermining good social order is to allow infringements of rights to go without redress. Where there is no redress for wrongs there is no value to rights and no reason to behave according to the law. It is precisely because the upholding of rights is in the interest of the community as a whole that binding adjudication is a monopoly of the state and is not left to private enterprise. Law enforcement is essentially a public service, delivered by a public authority, with the objective of redressing wrongs. The civil courts underwrite the rights that persons possess under its jurisdiction by providing a service for the enforcement of rights²⁴.

Se serviço público, com efeito, é *“toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”*²⁵, à administração da Justiça não se pode negar também esta natureza²⁶, exatamente porque a justiça, ao lado de saúde, educação, segurança pública etc., é também uma *necessidade essencial* dos indivíduos (justiça em cada caso concreto) e da própria coletividade (preservação do Estado de Direito, tutela do direito objetivo, manutenção da paz pública e da coesão

21 Neste sentido: DIDIER JR. *Curso de direito processual civil*. 18. ed., 2016. v. 1, p. 155.

22 “Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos jurisdicionais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz ou do árbitro no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhes compete” (ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. 31ª ed., 2015. p. 165).

23 CADIET; NORMAND; MEKKI. *Théorie générale du procès*, 2010. p. 142.

24 ZUCKERMAN. *On civil procedure*. 4ª ed., 2013. p. 4.

25 CARVALHO FILHO. *Manual de direito administrativo*. 26ª ed., 2013. p. 325.

26 “Même si, à bien des égards, elle est soumise à un régime propre, en raison du statut spécifique des magistrats, la justice est un service public, soumise en tant que telle aux principes généraux d’organisation et de fonctionnement communs à tous les services publics [...]” (CADIET; NORMAND; MEKKI. *Théorie générale du procès*, 2010. p. 142).

social²⁷ e também progresso econômico).²⁸ É deste modo, aliás, que a ideia de *acesso à Justiça* deve ser entendida; não apenas como assistência judiciária aos necessitados, mas como algo mais profundo e estruturante²⁹. Da mesma maneira como todos têm direito à saúde, todos devem ter direito à Justiça.

Enquanto serviço público, no entanto, a boa administração da justiça não se esgota no julgamento de cada demanda individualmente considerada³⁰, mas exige também a *administração* adequada e eficiente da massa de processos pendentes. O termo correntemente empregado é *gestão*, mas a ideia é exatamente a mesma. E isso pelo simples motivo de que *“a public service requires management”*³¹. Este enfoque – administração da justiça enquanto prestação de um serviço público – torna mais fácil a compreensão daquilo que se convencionou chamar na Inglaterra, após a entrada em vigor das *Civil Procedure Rules* em 1999, de justiça proporcional (*proportionate justice*), expressão empregada no sentido de que *“the need to secure equitable access to justice required the justice system to place a limit on the ability of individual claims to secure substantive justice”*³².

A boa administração da justiça, em outras palavras, é aquela que produz decisões justas, em tempo razoável, e com um custo razoável para as partes e para o Estado. Diz-se decisões, no plural, não no singular, porque se trata de um serviço público prestado a um sem-número de consumidores da Justiça, e não apenas às partes de um processo determinado. Justiça, celeridade e modicidade são assim pernas de um mesmo tripé, que devem ser consideradas não apenas individualmente – em cada caso concreto – mas também coletivamente, no sentido de que as decisões tomadas ao longo do trâmite de cada processo repercutem inevitavelmente sobre como os demais

27 “My lords, in any civilised Society, it is a function of government to maintain Courts of Law to which its citizens can have access for the impartial decisions of disputes as to their legal rights and obligations towards one another individually and towards the State as representing society as a whole. The provision of such a system for the administration of justice by Courts of Law and the maintenance of confidence in it, are essential if citizens are to live together in peaceful association with one another” (*Lord Diplock in Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.* [1974] 1 AC 273).

28 “Civil justice is the means by which citizens are able to uphold their substantive civil rights against other citizens. It provides a framework in which business can be done and investment can be protected, thus supporting economic activity and development” (GENN. *Judging civil justice*, 2010. p. 17).

29 “Access to justice”. “This is a concept, which although highly emotional, even evocative, envisages that justice should not be the privilege of the few but should be brought within the reach of all citizens in society and should be made available to all of them on the basis of equality, equity and fairness” (JACOB. *The reform of civil procedural law and other essays in civil procedure*, 1982. p. 60). Para mais detalhes, também: GRECO. *Instituições de processo civil*. 5ª ed., 2015. v. 1, p. 15 e CAPPELLETTI. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça, *Revista de Processo*, v. 74, 1994, p. 82.

30 “Judges tend to consider that their role is predominantly to deliver judgment that are well founded in fact and in law, and that all the else is secondary” (ZUCKERMAN. *On civil procedure*. 4ª ed., 2013. p. 4).

31 ZUCKERMAN. *On civil procedure*. 4ª ed., 2013. p. 4).

32 SORABJI. *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms*, 2014. p. 164.

são julgados. A ênfase exagerada em uma das pernas do tripé leva, inevitavelmente, a um desequilíbrio que compromete a eficiência global do sistema³³.

A necessidade de se levar em conta os efeitos da maneira com que um determinado processo é conduzido sobre os demais é evidente, por exemplo, quando se analisam os limites dos negócios jurídicos processuais. O art. 190 do CPC nada fala de transferência de externalidades negativas, mas elas são também uma limitação legítima à liberdade das partes. A extensão convencional do tempo de sustentação oral nos julgamentos colegiados, por exemplo, prejudicaria a boa administração da justiça enquanto serviço público prestado a um sem-número de pessoas, e não apenas àquelas diretamente envolvidas no processo em que celebrado o negócio jurídico processual. Por este exato motivo ela é inadmissível³⁴. Esta limitação não faria sentido algum, diferentemente, em uma audiência arbitral.

Embora todos tenham direito à saúde pública, ninguém, via de regra, é obrigado a fazer uso dela³⁵. Hospitais particulares, por exemplo, costumam proporcionar maior conforto a seus pacientes. Fazer exames é normalmente mais rápido em laboratórios particulares do que em públicos. Pelo mesmo motivo, embora todos tenham direito à Justiça, permite a ordem jurídica, salvo também em certos casos, que os interessados busquem outros meios, meios que possam lhe parecer mais adequados, para a solução dos litígios existentes entre elas. Mas estes meios não exigem obrigatoriamente o desenrolar de um processo nem, *a fortiori*, de um processo judicial. Daí a conveniência de se distinguir, antes de se tratar da maneira como estes diversos meios se relacionam, o conceito de processo daquele de conflito e de litígio.

3. Conflito, litígio e processo

O termo *conflito* não expressa um conceito propriamente jurídico. São muitas e variadas as definições que lhe dão os dicionários gerais, que giram sempre em tor-

33 Para mais detalhes: BENEDEZI. Substantiierung, notice-pleading e fact-pleading: A relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês, *Revista de Processo*, v. 245, 2015, p. 470.

34 “Uma análise custo-benefício entre eficiência e garantias deve ser também um parâmetro para limitar as convenções processuais. Como vimos nos primeiros capítulos, a litigância impõe custos. Nesse sentido, não é possível que, por acordo, através da derrogação das regras procedimentais, as partes transfiram para outrem o peso financeiro ou prejuízos em termos de recursos humanos que teriam ordinariamente. Essa constatação é importante porque nem toda atividade processual é coberta pelos custos fixados judicialmente [...]. Não se pode permitir, portanto, que os acordos e contratos gerem externalidades, transferindo ao Judiciário ou a terceiros o impacto econômico da litigância. Assim, as disposições negociais sobre o processo são válidas se as partes internalizam apenas prejuízos que elas mesmas teriam que suportar” (PASSO CABRAL. *Convenções processuais*, 2016. p. 329).

35 Via de regra, mas nem sempre. Certos remédios, como aqueles para tuberculose, por exemplo, não podem ser adquiridos por particulares, mas são fornecidos exclusivamente pelo Poder Público após a avaliação do paciente por um médico a seu serviço. Neste caso, a preocupação com a *saúde pública* justifica a exigência.

no, no entanto, da mesma ideia de controvérsia, divergência, oposição, desacordo³⁶. Segundo um famoso manual de conflitolgia, pretendendo dar ao termo definição mais técnica, “*conflict is defined here as a situation in which actors use conflict behaviour against each other to attain incompatible goals and/or to express their hostility*”³⁷. Estas situações podem surgir entre pessoas, sociedades, entes despersonalizados, grupos armados, países etc. Outros autores preferem dar ao conflito um enfoque menos centrado no aspecto comportamental. Para BERNARD MAYER, por exemplo, ele se manifesta às vezes como percepção, às vezes como sentimento e às vezes como ação³⁸.

Mas é preciso ter-se cuidado com estas definições e classificações. O conceito de conflito é inevitavelmente fluido, e é bom que seja assim. O próprio conflito, aliás, não é nem deve ser encarado como algo *intrinsecamente* ruim. A dúvida e a contestação, essenciais em todos os aspectos da vida, da ciência à política, são fonte frequente de conflitos³⁹. De certo modo, a maneira com que os envolvidos lidam com o conflito – de modo produtivo ou destrutivo e de modo a extrair dele consequências produtivas ou destrutivas, na tradicional lição de MORTON DEUTSCH⁴⁰ – é talvez mais importante do que propriamente como evitar o seu surgimento.

36 O dicionário Gran Robert de francês, na segunda acepção do termo, propõe a seguinte definição para *conflit*: Mod. Rencontre provoquant une opposition (d'éléments, de sentiments contraires). → Antagonisme, conflagration, désaccord, discorde, lutte, tiraillement. Conflit d'intérêts, de passions, de devoirs, d'idées. Conflit religieux, racial. Le conflit des générations (→ Perdre, cit. 37). Conflit psychologique, conflit intérieur (→ Conflictuel). Conflit des classes (cit. 8). → Lutte. Intervenir dans un conflit pour le régler (→ Arbitrage). Rester hors d'un conflit (→ Neutralité). Résoudre, trancher un conflit. → Dispute. O dicionário Zingarelli de italiano, por seu turno, também em sua segunda acepção, define *conflitto* da seguinte forma: “contrasto, scontro, urto, spec. aspro e prolungato di idee, opinioni e sim.: conflitto di gusti, di sentimenti | conflitto sociale, contrasto generato da profonde differenze economiche e sociali | conflitto di diritti, esistenza di diritti a favore di persone diverse il cui servizio è reciprocamente incompatibile”.

37 BARTOS; WEHR. *Using conflict theory*, 2002. p. 13.

38 “Conflict emerges and is experienced along cognitive (perception), emotional (feeling), and behavioural (actions) dimensions. We usually describe conflict primarily in behavioural terms, but this can oversimplify the nature of the experience [...]. As a set of perceptions, conflict is our belief or understanding that our own needs, interests, wants, or values are incompatible with someone else's. There are both objective and subjective element to this dimension [...]. Conflict is also experienced as an emotional reaction to a situation of interaction. We often describe conflict in terms of how we are feeling – angry, upset, scared, hurt, bitter, hopeless, determined, or even excited. Sometimes a conflict does not manifest itself behaviourally but nevertheless generates considerable emotional intensity [...]. Conflict is also understood and experienced as the actions that people take to express their feelings, articulate their perceptions and get their needs met, particularly when doing so has the potential for interfering with other's needs” (MAYER. *The dynamics of conflict*. 2ª ed., 2012. p. 5).

39 Neste sentido, por exemplo: “The central question underlying this investigation assumes that conflict is potentially of personal and social value. Conflict has many positive functions (Simmel 1955; Cose 1956). It prevents stagnation, it stimulates interest and curiosity, it is the medium through which problems can be aired and solutions arrived at, it is the root of personal and social change” (DEUTSCH. *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*, 1973. p. 8).

40 DEUTSCH. *Ibidem*, p. 17.

Litígio, diferentemente, é um conceito *jurídico*. Litígio, com efeito, é o conflito *juridicamente relevante*⁴¹, aquele dotado, em outras palavras, de *juridicidade*⁴². Se um casal debate vivamente sobre qual filme verão ao ir ao cinema, existe entre eles um conflito, mas não um litígio. Se controvertem sobre quem ficará com a guarda do filho comum, após a separação, o conflito, diferentemente, torna-se litígio, porque o Direito atribui *juridicidade* a este conflito. Nos dois casos, o conflito pode e, ao menos idealmente, deve ser resolvido. Mas apenas no segundo os interessados podem pedir ao Estado que o resolva, pelo simples fato de que apenas neste segundo caso a ordem jurídica lhe atribui *juridicidade*. Disputa, diferentemente, é um termo ambíguo, que às vezes quer dizer conflito e às vezes litígio.

Esta distinção entre conflito e litígio é de enorme utilidade prática porque o mesmo conflito subjacente pode dar origem a sucessivos litígios sem que a solução judicial de cada um deles possa evitar que novos continuem a surgir. Por exemplo, em conflitos entre sócios ou no Direito de Família. Neste caso, meios outros de solução de litígios, especialmente a mediação, podem revelar-se mais eficazes, mais *adequados* às particularidades da relação concreta existente entre as partes⁴³. É neste sentido que se pode dizer que o litígio, não raro, é apenas a ponta de um *iceberg*, uma parcela visível de um conflito que pode ser-lhe muito maior. É também neste sentido que se diz que o processo judicial é às vezes *incapaz* de resolver certos conflitos, de pacificar certas relações, porque ele não dispõe de meios hábeis à solução adequada daqueles que não sejam dotados de *juridicidade*.

Litígio, no entanto, não é necessariamente o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida de que fala CARNELUTTI ao definir *lide*⁴⁴. Não é neste sen-

41 “C'est cette réalité antérieure au procès que nous proposons de nommer litige, en réservant le nom de procès au litige porté devant le juge [...]. Parmi tous les sujets de querelles qui divisent les hommes, seuls nous intéressent et seuls ; à la vérité, méritent le nom de litige, eux que peuvent être qualifiés de phénomènes juridiques. Phénomènes juridiques parce qu'ils naissent de la vie du droit, troublant l'ordonnement juridique. Phénomènes juridiques parce qu'ils naissent à la vie du droit, se manifestant pour se résoudre dans l'ordre juridique” (CORNU; FOYE. *Procédure civile*, 1958. p. 3).

42 “Mais si tout procès, en tant que procédure de règlement juridictionnel, suppose ainsi un conflit, tout conflit n'est pas forcément matière à procès; il n'ne l'est, ou ne le devient, qu'à condition d'être juridiquement relevant. C'est ainsi qu'apparaît la notion de litige (du latin litigium, de lis: procès, et agere: conduire, littéralement ce qui conduit au procès). À la différence du conflit, le litige est donc juridiquement connoté, en ce qu'il se définit comme un conflit sur ce que requièrent, autorisent ou interdisent les règles de droit pertinentes [...]” (CADIET; NORMAND; MEKKI. *Théorie générale du procès*, 2010. p. 294).

43 Este ponto será melhor desenvolvido posteriormente.

44 “In primo luogo il conflitto può dare luogo a un atteggiamento della volontà di uno dei due soggetti concretato nella esigenza della subordinazione dell'interesse altrui all'interesse proprio. Questa esigenza è ciò che si chiama la pretesa. Così può avvenire tanto se il conflitto di interesse già sia quanto se non sia composto un rapporto giuridico; questo, pertanto, e con esso l'obbligo e il diritto non sono né un prius pratico né un prius logico della pretesa. Solo se la pretesa si riferisca a un

tido que se distingue aqui conflito de litígio. A definição carneluttiana é demasiado estreita. No controle concentrado de constitucionalidade, por exemplo, é duvidoso se de fato existe lide. Mas, sem dúvida alguma, algum conflito existe, no sentido de controvérsia, divergência, oposição, desacordo, em maior ou menor grau. A ordem jurídica poderia recusar-se a resolver este conflito em tese sobre a constitucionalidade de um texto normativo, como se recusa a resolver controvérsias puramente acadêmicas (por exemplo, sobre o melhor conceito de “ação”). Mas optou, ao menos no Brasil⁴⁵, por lhe dar *juridicidade*. É neste sentido que se diz que “*il faut ‘dé personnaliser’ ou ‘dé objectiver’ la notion de litige*”⁴⁶. Há litígio, com efeito, tanto no *contencioso subjetivo* quanto no *contencioso objetivo*⁴⁷, ainda que existam diferenças marcantes entre eles e entre os meios através dos quais estes litígios podem ser resolvidos⁴⁸. Não se con-

conflikto già regolato dal diritto, essa è non tanta esigenza della subordinazione dell’interesse altrui quanto della obbedienza al comando giuridico. Può darsi che di fronte alla pretesa del titolare dell’interesse opposto si decida alla sua subordinazione; in questo caso è bastata la pretesa a determinare lo svolgimento pacifico del conflitto. Ma spesso non accade così. Allora alla pretesa del titolare di uno degli interessi in conflitto si oppone la resistenza del titolare dell’altro. Quando questo avviene, il conflitto di interessi diventa una lite. Chiamo lite il conflitto di interessi qualificato dalla pretesa di uno degli interessati e dalla resistenza dell’altro” (CARNELUTTI. *Sistema di diritto processuale civile*, 1936. v. 1, p. 40).

45 No Brasil, e em inúmeros países, mas não em todos. Por exemplo, no Reino Unido, em razão da teoria da supremacia do Parlamento. Sobre a questão: WALTERS. St. German on reason and parliamentary sovereignty, *Cambridge Law Journal*, v. 62, 2013, p. 355.

46 CADIET; NORMAND; MEKKI. *Théorie générale du procès*, 2010. p. 296.

47 Ainda vinculado a esta noção *intersubjetiva* de litígio ao tratar do controle concentrado de constitucionalidade, por exemplo: “A função jurisdicional, como regra geral, destina-se a solucionar conflitos de interesses, a julgar uma controvérsia entre partes que possuem pretensões antagônicas. O controle de constitucionalidade por ação direta ou por via principal, conquanto também seja jurisdicional, é um exercício atípico de jurisdição, porque nele não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo órgão julgador. Seu objeto é um pronunciamento acerca da própria lei. Diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial. A ação direta destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição. Trata-se de um processo objetivo, sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais” (BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª ed., 2012, p. 179).

48 “Que la procédure obéisse à des règles différentes selon la nature des intérêts en cause est une autre affaire qui ne contredit pas l’existence d’un litige soumis à un juge: on conçoit sans peine que le contrôle de la constitutionnalité d’une loi n’obéisse pas aux mêmes règles que l’action en paiement d’une créance [...]. La recevabilité de la demande varie également d’un contentieux à l’autre: alors que dans les contentieux subjectif, le demandeur doit alléguer des éléments qui le fasse apparaître comme bénéficiaire de l’impératif légal, il suffit, dans le contentieux objectif, d’alléguer des éléments tels que le demandeur apparaisse comme appartenant au cercle de personnes habilitées à faire sanctionner la violation de la légalité (lato sensu, y compris la constitutionnalité)” (CADIET; NORMAND; MEKKI. *Théorie générale du procès*, 2010. p. 297 e 308).

cebe a mediação, por exemplo, como um meio admissível, e *a fortiori* adequado, à solução de conflitos que digam respeito à constitucionalidade em tese de leis. Mas esta circunstância não *desnatura* o contencioso objetivo. Não lhe retira a condição de autêntico litígio.

O conceito de litígio não se confunde, ademais, com o de mérito, de pretensão, de causa de pedir ou de pedido, de elementos da demanda ou ainda de *Streitgegenstand*. Estes conceitos são *processuais*, no sentido de que aplicáveis a processos concretamente existentes. O litígio, diferentemente, preexiste normalmente ao processo, e nem sempre lhe dá origem. Esta *extraprocessualidade* do litígio não o torna, no entanto, um conceito meramente sociológico, na expressão empregada por CALAMANDREI para criticar a teoria carneluttiana da lide. Ele pertence sim “*al mondo giuridico*”⁴⁹, embora não necessariamente ao “mundo processual”. Conflito, litígio e processo pertencem assim a planos diferentes, embora relacionados. É neste sentido que se diz que a distinção carneluttiana entre *processo parziale* e *processo integrale* é atualíssima. Processo integral é aquele em que o seu mérito diz respeito a todo litígio que lhe é subjacente, enquanto parcial, aquele que o faz em relação apenas a uma parcela dele⁵⁰. Litígio, em resumo, não é um conceito que pertence à Teoria Geral do Processo, mas sim à Teoria Geral do Litígio⁵¹.

O processo, por este motivo, é sem dúvidas um meio – dentre outros – para a solução de litígios. Mas a solução de litígios não é a função precípua do processo. Ninguém vai ao Judiciário, a rigor, pedindo-lhe que resolva um litígio, mas sim que lhe dê um remédio contra um mal que alega ter sofrido (tutela). Nem todo processo existirá tampouco apenas porque existe um litígio entre as partes. É o que ocorre, por exemplo, na jurisdição voluntária⁵². Mas há casos, de todo modo, em que a falta de litígio justifica a extinção do processo sem julgamento de seu mérito, como quando ele for meramente aparente (processo simulado, conforme o art. 142 do CPC)⁵³.

49 CALAMANDREI. Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti. In: *Opere giuridiche*, v. 1, 1965. p. 221.

50 Conforme a descrição, por exemplo, que lhe faz Calamandrei, *ibidem*, p. 222.

51 O que se quer dizer exatamente por “Teoria Geral do Litígio” será melhor explicado mais adiante.

52 Sobre o ponto: BENEZUI, *Comentários ao CPC*, v. 2, 2016, p. 138.

53 “A existência de um litígio meramente aparente é, assim, também uma condição de admissibilidade (negativa) do julgamento do mérito da demanda, exatamente porque, se não existe um litígio real entre as partes, não há o que se julgar. A lei não tolera, em outras palavras, o falso litígio, a situação em que as partes aparentam estar litigando quando, em verdade, agem em conluio para atingir determinado fim estranho à tutela jurisdicional concretamente pedida no processo. Por isso, mais importante do que distinguir processo simulado de processo fraudulento (estas são as expressões empregadas pela lei), é compreender que a colusão entre as partes, quando há apenas um litígio aparente entre elas, não um litígio real, deve ser reprimida pelo Poder Judiciário. Esta é a *mens* do art. 142, o significado processual que se lhe deve dar. Se não existe um litígio real entre as partes, não há o que se julgar. O processo, inexoravelmente, deve ser extinto sem julgamento do mérito” (BENEZUI, *Comentários ao CPC*, 2016. v. 2. p. 296).

4. Teoria geral do litígio

O conceito de teoria geral, como se sabe, é cientificamente controverso⁵⁴. FREDIE DIDIER JR., em sua tese de livre-docência, sustentou a ideia de que “a Teoria Geral do Processo não cuida [...] da análise de qualquer direito positivo. A preocupação é epistemológica: fornecer às ciências do processo o repertório conceitual indispensável ao exame do direito positivo, qualquer que seja o seu conteúdo”⁵⁵. Entendida deste modo, a teoria geral aproximar-se-ia de uma teoria pura, no sentido kelseniano do termo. Seria concebível que se tentasse fazer a mesma coisa em relação à Teoria Geral do Litígio (TGL). O preço em concretude que se pagaria por elevar o estudo do litígio a este “grau máximo de generalização”⁵⁶ não compensaria, no entanto, o esforço e os riscos⁵⁷. A expressão teoria geral vem utilizada neste artigo, assim, como o estudo dos conceitos básicos que subministram os elementos necessários e fundamentais para a compreensão do litígio e dos meios mediante os quais ele pode vir a ser resolvido no ordenamento jurídico brasileiro⁵⁸.

Litígio é o conflito juridicamente relevante. A finalidade de sua teoria geral é compreender como o conflito se torna litígio e investigar as maneiras com as quais os envolvidos lidam com ele. Por este motivo, a Teoria Geral do Litígio *depende* inevitavelmente da contribuição de outras ciências, como a psicologia e a economia. Entender como os conflitos surgem, alimentam-se, escalam, serenam-se, como estímulos positivos e negativos funcionam, é extremamente útil – quiçá indispensável – para a compreensão de como o fenômeno conflito, em sua dimensão jurídica, o litígio, deve ser melhor encarado pela ordem jurídica.

O conflito, com efeito, não é algo intrinsecamente ruim. Mas a frustração de não o ver resolvido em tempo razoável e de modo que pareça justo aos envolvidos é psicológica e socialmente destrutiva. Esgarça relações pessoais e o próprio tecido social. Enfraquece o respeito pelas leis e pelos direitos alheios, enfraquece a economia e, em última análise, conduz à anomia. Ao proibir, salvo residualmente, a autotutela⁵⁹, a

54 Sobre a questão, no âmbito da teoria geral do direito, por exemplo: FUNKE, Allgemeine rechtslehre als juristische strukturtheorie, 2004, p. 8. Em relação ao processo, HAGEN, Elemente einer allgemeinen prozeßlehre: ein beitrag zur allgemeinen verfahrenstheorie, 1972, p. 23. Este assunto foi também analisado em LÜKE, Von der notwendigkeit einer allgemeinen prozeßrechtslehre. In: ZJP, v. 107, 1994, p. 145.

55 DIDIER JR. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 3ª ed. 2016. p. 88.

56 ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. 31ª ed., 2015. p. 29.

57 A análise mais aprofundada da natureza e dos limites de uma “teoria geral” é incompatível, no entanto, com o escopo deste ensaio. Deixa-se esta investigação para outra oportunidade.

58 Esta definição inspira-se, *grasso modo e mutatis mutandis*, na definição que Fernando de La Rúa dá à teoria geral do processo.

59 Este o monopólio estatal da força (*staatliches Gewaltmonopol*), porque “o Estado permuta a anarquia pela organização e prestação de serviços de Justiça” (COSTA E SILVA. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade. In: *Justiça multiportas*, 2016. p. 771). Sobre a relação entre a vedação da autotutela,

ordem jurídica reconhece aos interessados outros meios legítimos para a solução de litígios. O assassinato de um parceiro comercial é uma maneira de *encerrar* um litígio entre vendedor e comprador sobre a existência de um vício redibitório no bem alienado. Mas não é um meio legítimo. *Resolver* o litígio significa encerrá-lo de um modo permitido pelo direito⁶⁰.

Os diversos meios de solução de litígios podem ser classificados em três grandes grupos: meios unilaterais, autocompositivos e heterocompositivos. Meios unilaterais são a inação, a aquiescência e a autotutela (nas hipóteses em que a autotutela é permitida). Autocompositivos são aqueles em que as partes convencionam diretamente entre elas uma solução para o litígio, com ou sem a ajuda de terceiros. Heterocompositivos, por fim, são aqueles em que o litígio é decidido por um terceiro imparcial mediante julgamento a que as partes se encontram juridicamente vinculadas. Certos meios são mais adequados – no sentido de mais eficazes – para a solução de certos litígios, outros para a solução de outros. Esta determinação – de qual meio é concretamente mais eficaz para a sua solução – não depende apenas de uma análise estritamente jurídica do litígio, mas sim multidisciplinar⁶¹. É aqui que a interação entre Direito, Psicologia, Economia, às vezes também Sociologia e Antropologia, revela-se mais evidente. Mas existem também, para certos litígios, meios *inadequados* para a sua solução. A autocomposição, por exemplo, é *inadmissível* em litígios que digam respeito à improbidade administrativa.

O litígio no tráfego jurídico, de todo modo, não é a regra. Contratos são celebrados e executados quotidianamente sem nenhum dissídio entre as partes, vizinhos convivem pacificamente, motoristas cruzam-se diariamente no trânsito de uma cidade sem causar dano a outros, contribuintes pagam seus impostos em dia, e daí sucessivamente. Conflitos eclodem apenas esporadicamente, e grande parte deles é resolvida pelos próprios envolvidos espontaneamente, sem despertar o interesse do Estado. Inação, aquiescência e negociação direta são, sem dúvida alguma, os meios mais *naturais* e *habituais* de solução de litígios. O momento patológico do direito – o litígio – é apenas a exceção. O fórum, em certo sentido, não deixa de ser o *hospital* do direito.

o monopólio da força pelo Estado e a sua obrigação de prestar jurisdição: Der Zivilprozess ist als gerichtliches Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Teil der Zivilrechtspflege, diese wiederum Teil der gesamten staatlichen Rechtspflege. Mit deren Einrichtung hat der Staat die Selbsthilfe als das nächstliegende Rechtsschutzmittel zugunsten des von ihm beanspruchten Rechtsschutz – oder Rechtssprechungsmonopols zurückgedrängt. Ihm fällt damit gleichzeitig die Aufgabe zu, den Parteien den notwendigen Rechtsschutz zur Verwirklichung des Rechts durch eigene Organe zu gewährleisten, die sog. Justiz (gewährungs) pflicht“ (SCHILKEN. *Zivilprozessrecht*. 6ª ed., 2010. p. 4. Para mais detalhes: BENEDEZI. *Actio und klagrecht bei Theodor Muther*, 2017. p. 53.

60 Daí por que útil a distinção entre *encerrar* um litígio (*end a dispute*) e de resolvê-lo (*resolves a dispute*) que faz, por exemplo, WARE, *Principles of alternative dispute resolution*. 2ª ed., 2007, p. 3.

61 O ponto já havia sido registrado por Cappelletti em 1979: CAPPELLETTI. Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica. In: *Il foro italiano*, v. 102, 1979. p. 55.

O jurista, por isso, como o médico, não deve acostumar-se a acreditar que a doença com a qual ele convive diariamente é a regra enquanto a saúde é apenas a exceção⁶².

Em certos casos, no entanto, o litígio – como a doença – torna-se mais grave. E aqui a intervenção do Estado se faz necessária. Esta intervenção não se resume, no entanto, à outorga judicial de tutela jurídica pelo Estado, mediante um processo judicial, à parte que lhe parece ter razão. Pedir esta tutela é um *direito constitucional* de todos, de que ninguém pode ser privado. Mas convém que o Estado, ao lado da administração da justiça, serviço público a que está obrigado a prestar, ainda que de modo *proporcional*⁶³, reconheça e *regule* a existência de outros meios legítimos para a solução de litígios. A saúde é um direito universal, razão pela qual o Estado deve assegurar a todos o acesso a hospitais públicos. O que não lhe impede de regular o mercado privado de hospitais particulares e de planos de saúde. O mesmo acontece com o acesso à Justiça. É neste contexto que ganha relevância o conceito de *regulação dos meios de solução de litígios*⁶⁴. Ao conjunto destes meios se pode chamar de “sistema geral de solução de conflitos”⁶⁵ (*rectius*, de litígios), como faz WILSON PIMENTEL, ou, na expressão empregada por NEIL ANDREWS, de “*Civil Justice*”⁶⁶.

5. Processo judicial como meio ordinário de solução de litígios e meios alternativos

Vem ganhando aceitação recentemente, e não apenas no Brasil, a ideia de que a expressão *alternative dispute resolution* (ADR) deveria ser abandonada, ao argumento de que “os ADRs não são simples alternativas ao Judiciário e tampouco este deveria ser a única ou a principal via de solução dos conflitos, como acontece em nosso país e na maior parte dos países de tradição civilista”⁶⁷. Chegou-se mesmo a afirmar, com

62 Esta não deixa de ser uma das desvantagens metodológicas – sua perspectiva patológica do direito – de sistemas jurídicos centrados na figura do precedente judicial, que *nasce* de uma situação excepcional no tráfego jurídico, o litígio que lhe é subjacente. Mas este é um tema cuja investigação transbordaria os limites deste ensaio. Sobre a natureza e as consequências deste “selection effect”: SCHAUER. *Thinking like a lawyer*, 2009. p. 22.

63 Sobre o conceito de “justiça proporcional” confira-se o capítulo “jurisdição, administração da justiça e justiça proporcional”.

64 STEFFEK; UNBERATH. *Regulating dispute resolution: ADR and access to justice at the crossroads*, 2013. p. 3.

65 PIMENTEL. O CPC de 2015, mediação e arbitragem: um sistema geral de solução de conflitos. In: *A reforma da arbitragem*, 2016. p. 339.

66 “Civil justice comprises the various processes enabling disputants to resolve, or at least terminate or narrow, their disputes. ‘Processes’ should be accorded a wide reference and should not be confined to systems supported directly by national legal systems and national governments” (ANDREWS. *On civil processes*, 2013. v. 1, p. 5).

67 “Hodiernamente, a expressão métodos alternativos vem cedendo espaço para método adequados (ou ‘adequate/appropriate dispute resolution’ a partir da constatação de que os conflitos são dife-

a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, que o Direito brasileiro “*passou a seguir o modelo multiportas de resolução de disputas. Consoante este modelo, cada disputa deve ser encaminhada para a técnica ou meio mais adequado para a sua solução*”⁶⁸. Sim, é verdade, *ma non troppo*.

Certos meios são mais adequados à solução de certos litígios do que outros. É razoável que, ao procurarem o Poder Judiciário, os interessados não sejam levados a seguir inexoravelmente a via da adjudicação sem serem antes informados de que, salvo em casos excepcionais, têm à sua disposição outros meios para resolver o litígio potencialmente mais eficazes do que a sentença ao fim do processo judicial. Mas o binômio *meios adequados/sistema multiportas* só será constitucionalmente legítimo se interpretado em harmonia com a *garantia constitucional da ação* (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal). A seleção da porta, por este motivo, não poderá ser nunca imposta às partes, que deverão ser apenas *aconselhadas* sobre qual delas, à luz das características particulares do litígio, poderia vir a ser a mais adequada⁶⁹.

Todos, com efeito, têm o direito de pedir ao Estado tutela jurídica mediante sentença em um processo judicial, mesmo quando este não for o meio teoricamente mais adequado para a solução do litígio⁷⁰. Por isso, a voluntariedade é condição indispen-

rentes entre si, tanto em complexidade, quanto em peculiaridade – e, assim, requerem ferramentas distintas para serem solucionados. Ademais, os ADRs não são simples alternativas ao Judiciário e tampouco este deveria ser a única ou a principal via de solução dos conflitos, como acontece em nosso país e na maior parte dos países de tradição civilista” (COELHO. Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de solução de conflitos: uma urgência para o Brasil. In: *Arbitragem e mediação*, 2015. p. 102).

68 NETO. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?! In: *Revista de Processo*, v. 244, 2015. p. 428.

69 É neste sentido – a *eletividade* da porta – que se deve interpretar a explicação dada pelo próprio Frank Sander sobre o sistema multiportas, para quem “a provisional first-step type of MDC could consist essentially of a screening and referral clerk who would seek to diagnose incoming cases and refer them to the most suitable ADRMs” (SANDER. *Alternative methods of dispute resolution: an overview*. In: *Univ. Florida L. Review*, v. 37, 1985, p. 12).

70 “As partes têm o direito constitucional de verem sua pretensão processual julgada pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF), desde que preenchidas as condições de admissibilidade do julgamento do mérito da demanda. Por este motivo, não poderão nunca ser coagidas a chegarem a uma solução consensual para o litígio. Viola esta garantia constitucional o juiz que, abusando de sua prerrogativa de estimular a solução consensual do litígio, constrange as partes a transacionarem ou que as pune por recusarem-se a fazê-lo. A recusa a uma proposta de acordo, ainda que imotivada, é assim um direito das partes. Trata-se de uma escolha não sindicável pelo juiz, a quem não se permite julgar se correta, adequada ou abusiva a recusa. A circunstância de que as partes não podem ser constrangidas a chegarem a uma solução consensual para o litígio não faz com que o juiz não possa, se entender conveniente, determinar a elas, no curso do processo, que tentem chegar a uma solução consensual. Daí, por exemplo, a opção do CPC pela realização quase obrigatória da audiência de conciliação ou mediação de que trata o art. 334. Esta audiência é um momento típico para a tentativa de solução consensual, mas não o único. Permite-se ao juiz, com efeito, em qual-

sável de legitimidade da aplicação no Brasil do sistema multiportas⁷¹. Esta realidade é bem expressa pelo art. 1º, parágrafo único, da Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, na redação que lhe foi dada em 2016, segundo o qual “aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão”. Os órgãos judiciários, com efeito, podem e devem oferecer, recomendar, estimular, mas nunca impor outros meios⁷².

O processo judicial distingue-se radicalmente de todos os outros meios de solução de litígios porque é o único cuja eleição independe da concordância das partes (prévia, contemporânea ou posterior ao litígio⁷³). É por este motivo que se diz que ele é o meio ordinário de solução de litígios, em contraposição aos meios alternativos⁷⁴. Não porque seja o meio mais natural, habitual ou típico de solução – inação, aquiescência e negociação direta são meios infinitamente mais frequentes do que o processo judicial – mas sim porque a jurisdição estatal é, por assim dizer, o meio alternativo

quer momento do processo, se entendê-lo conveniente, determinar às partes que tentem chegar a uma solução consensual para o litígio. Poderá fazê-lo pessoalmente, em audiência com as partes, ou ainda mediante a determinação da remessa dos autos do processo a um mediador ou conciliador devidamente habilitado” (BENEZUZI. *Comentários ao CPC*, v. 2, 2016. p. 283).

71 Para uma análise detalhada do sistema multiportas: SALES; SOUSA. O sistema de múltiplas portas e o Judiciário brasileiro. In: *Direitos fundamentais e justiça*, 2011. v. 16, p. 204.

72 Como bem resumido pela Court of Appeal inglesa, “parties sometimes need to be encouraged by the court to embark on an ADR. The need for such encouragement should diminish in time if the virtue of ADR in suitable cases is demonstrated even more convincingly than it has been thus far. The value and importance of ADR have been established within a remarkably short time. All members of the legal profession who conduct litigation should now routinely consider with their clients whether their disputes are suitable for ADR. But we reiterate that the court’s role is to encourage, not to compel” (*Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576, 11 may 2004).

73 Lembre-se que a convenção arbitral é um instrumento mediante o qual as partes escolhem o meio antes do surgimento de eventuais litígios. Nada há de ilegítimo nisto, a depender apenas da arbitralidade do litígio.

74 É neste sentido que se diz “not only does litigation produce legally-binding results, but its results are binding even on parties who never agreed to have their disputes resolved in litigation. This distinguishes litigation from ADR. ADR processes can produce legally-binding results too, but the results of an ADR process bind only those parties who have contracted to be bound by the results produced by that process. To put it another way, litigation is the default process of dispute resolution. Parties can contract into alternative processes of dispute resolution, but if they do not do so then each party retains the right to have the dispute resolved in litigation” (WARE. *Principles of alternative dispute resolution*. 2ª ed., 2007. p. 6).

aos meios alternativos⁷⁵, a *ultima ratio*⁷⁶ à disposição de todos para a tutela de seus direitos em qualquer tipo de litígio e independentemente de sua natureza⁷⁷. O ponto é bem resumido, mais uma vez, por ZUCKERMAN:

The Adjudication of civil disputes tends to be seen nowadays as merely a dispute resolution process. Since disputes predominantly concern private rights, it is thought that the process of resolving them is essentially a private matter of no major public interest. This explains why it is so fashionable to regard ADR as an adequate and cheaper substitute for court adjudication and why courts all over the world are so insistent that litigants avail themselves of ADR. Yet, to regard court adjudication as simply one of many forms of private dispute resolution is to debase its constitutional function in a system governed by the rule of law. A pedestrian injured by a speeding car does not go to court asking the judge: ‘Please, resolve my dispute with the speeding car’. Rather, the pedestrian demands his due under law. Expressions such as a court of justice, administering justice, or going to court to seek justice, refer to the court’s role of protecting rights. Court adjudication is the process which provides citizens with remedies for wrongs that they have suffered. Without remedies there are no rights and without enforceable rights there is no rule of law⁷⁸.

A dignidade constitucional singular da jurisdição estatal, assim, não pode nem deve ser menosprezada, mesmo no afã bem-intencionado de estimular a popularização no Brasil de uma cultura de solução de conflitos menos litigiosa⁷⁹. Um “sistema geral de solução de litígios” funcionará bem apenas quando as pessoas escolherem meios mais adequados à solução dos litígios de que são partes não porque *constrangidas* a fazê-lo, mas porque convencidas de que estes meios são efetivamente mais vantajosos. O argumento não pode limitar-se à necessidade de aliviar o asoberbamento da Justiça⁸⁰. Não se deve esquecer, ademais, que certas partes encontram-se

75 Taruffo diria “la vera ‘alternativa alle alternative’” (TARUFFO. Un’alternativa alle alternative: modelli di risoluzioni dei conflitti. In: *Revista de Processo*, v. 152, 2007. p. 325).

76 CURY. Mediação. In: *Justiça multiportas*, 2016. p. 495.

77 A ressalva é importante, porque certos meios alternativos são inadequados a depender do direito em jogo. É neste sentido que Taruffo fala de uma “inadeguatezza strutturale di qualsivoglia forma di mediazione quando l’oggetto del conflitto sia rappresentato dalla violazione di un diritto fondamentale e dalla necessità di assicurare la tutela di questo diritto. Invero non è accettabile una negoziazione che implichi ad esempio la disponibilità dei diritti di libertà, nella quale il titolare di questi diritti possa essere indotto ad accettare una limitazione, o la disponibilità del diritto alla vita o alla salute in una mediazione che implichi la rinuncia totale o parziale a questi diritti” (TARUFFO, *ibidem*, p. 324).

78 ZUCKERMAN. *On civil procedure*. 4ª ed., 2013. p. 3.

79 Sobre o desenvolvimento desta cultura: WATANABE. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse. In: *Revista de Processo*, v. 195, 2011. p. 384).

80 “In vari ordinamenti – e sotto questo profilo l’esempio dell’Italia e particolarmente significativo – la ragione di questo intervento del legislatore sta nella crisi profonda che caratterizza il funzionamento della giustizia civile ‘pubblica’, e nell’incapacità dello stesso legislatore di porvi rimedio. In queste situazioni il favore del legislatore verso i metodi di ADR non è motivato da particolari ragioni culturali (anche se le ideologie neo-privatistiche influiscono sugli orientamenti legislativi), ma da una

em posição de fragilidade em relação à outra. O estímulo ao uso de meios alternativos não pode converter-se numa maneira iníqua de permitir a exploração do mais fraco pelo mais forte⁸¹.

A administração da Justiça, de todo modo, é um serviço público, que deve ser prestado de modo *proporcional*⁸² e que é incapaz, não raro, de enfrentar adequadamente as causas subjacentes do litígio e que o levam a renovar-se mesmo depois de

banale e drammatica ragione pratica: dato che la giustizia dello Stato non funziona, il legislatore tenta di deviare la maggior quantità possibile di controversie al di fuori dei canali giurisdizionale, con lo scopo di ridurre il carico di lavoro dei giudici e di consentire alle parti di trovare 'qualche' soluzione ai loro problemi. In sostanza, il legislatore invia ai cittadini un messaggio di questo genere: 'poiché lo Stato non è in grado di offrire una tutela giurisdizionale efficiente ai vostri diritti, rivolgetevi altrove – alla conciliazione o all'arbitrato – per risolvere le vostre controversie'" (TARUFFO. Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzioni dei conflitti. In: *Revista de Processo*, v. 152, 2007. p. 321).

81 Este *perigo* dos meios alternativos de solução foi bem explicado por Taruffo: "Una seconda rilevante difficoltà riguarda il fatto che di regola la mediazione non è in grado di eliminare o almeno ridurre le conseguenze della disuguaglianza che può sussistere – e che spesso esiste – tra le parti della controversia. In generale i metodi di mediazione non affrontano il problema, e neppure è lecito attendersi che il mediatore sia attivo nel senso di proteggere la parte più debole contro le prevaricazioni della parte più forte: egli, infatti, deve essere neutrale se vuole conseguire il proprio obiettivo che consiste nel far sì che le parti raggiungano comunque un accordo. Nulla esclude dunque che nell'ambito della mediazione si pervenga a soluzioni ingiuste, non solo perché non si tiene conto della dimensione giuridica della controversia, ma anche perché la parte più forte è sempre in grado di imporre la soluzione per sé più vantaggiosa alla parte più debole. Non si può anzi escludere che la mediazione funzioni nel senso di amplificare la disuguaglianza tra le parti, invece di porvi qualche rimedio. La terza difficoltà, connessa con la seconda, riguarda più in generale la tutela dei soggetti deboli. Storicamente il legislatore è intervenuto a protezione dei soggetti deboli utilizzando varie tecniche normative, la principale delle quali consiste nel rendere indisponibili i diritti di questi soggetti. Come si vede bene nel caso della tutela del lavoratore, il legislatore interviene – per così dire – proteggendo il soggetto debole "contro se stesso", ossia considerando nulli gli atti di disposizione dei suoi diritti, in base alla presunzione che tali atti non siano stati compiuti liberamente ma siano stati imposti dalla controparte forte. Si tratta dunque di situazioni giuridiche "a tutela rafforzata" sul piano sostanziale, con norme la cui applicazione può sempre essere invocata di fronte al giudice. La mediazione opera invece in senso contrario, perché presuppone che l'accordo tra le parti venga raggiunto proprio in quanto esse dispongano dei propri diritti (ed anzi non li prendano neppure in considerazione). Nella prospettiva della tutela dei soggetti deboli non pare dubbio che ciò rappresenti un importante passo indietro: si tende infatti ad eliminare la protezione costituita dalla indisponibilità del diritto, e dal possibile intervento del giudice a tutela di questo diritto. Si preferisce invece un metodo di soluzione della controversia che espone il soggetto debole a tutte le conseguenze negative della sua debolezza, ed in particolare alla necessità di accettare una soluzione che la parte forte gli impone. Ciò che in tal modo viene rafforzato non è la posizione della parte debole, ma la posizione del soggetto che è in grado di sfruttare la propria supremazia economica e sociale" (TARUFFO, *ibidem*, p. 323).

82 Sobre o conceito de "justiça proporcional" confira-se o capítulo "jurisdição, administração da justiça e justiça proporcional".

seu julgamento. Mas esta não é propriamente uma deficiência do *Código Buzaid*⁸³, mas sim uma limitação que decorre da própria natureza da jurisdição estatal. Daí por que existem, para certos litígios, outros meios mais apropriados e eficazes de resolvê-los, o que não retira do processo judicial sua condição de *meio ordinário* de solução⁸⁴. De todo modo, andou bem o CPC de 2015 ao compreender a utilidade do *entrelaçamento* entre os meios alternativos e o processo judicial⁸⁵. A investigação dos critérios que devem ser utilizados no momento da avaliação de qual meio é concretamente o mais adequado, no entanto, deixa-se para uma próxima oportunidade.

O processo judicial é assim o meio heterocompositivo *ordinário* de solução de litígios, enquanto a arbitragem, o meio heterocompositivo *alternativo*⁸⁶. Nestes dois casos, o litígio é decidido por um terceiro imparcial mediante julgamento a que as partes se encontram juridicamente vinculadas. Enquanto inação, a aquiescência e a autotutela (nas hipóteses em que a autotutela é permitida) são meios unilaterais⁸⁷, a negociação é o meio autocompositivo em que os envolvidos, diretamente ou com intermédio de seus respectivos advogados, chegam a uma solução consensual para o litígio. São variados, por fim, os meios autocompositivos em que um terceiro (ou terceiros) auxilia os envolvidos a entenderem-se⁸⁸. São

83 "Pode-se dizer, assim, que o Código Buzaid pautava-se por uma certa indiferença ao que transcendesse ao meramente processual: seu mecanismo para solução de conflitos reduzia-se à consagração de um vencedor e a entrega de uma tutela, em regra, definidora de uma sanção. Desconhecia, no mais das vezes, a possibilidade de composição dos interesses em conflito e os seus benefícios. Uma ótica que ignorava solenemente as incompreensões, mágoas, rancores, traumas e toda sorte de desdobramentos decorrentes (e correlatos) ao trauma conflitual. Fatos que, uma vez não resolvidos sobreviverão por muito tempo ao trânsito em julgado da decisão e ao pretensão deslinde (formal) da matéria e potencialmente retomarão como novas demandas judicializadas" (SILVA; IGLESIAS. Contribuições da mediação ao processo civil: elementos para uma nova base científica do processo civil. In: *Bases científicas para um renovado direito processual*, 2008. v. 2, p. 228).

84 A investigação sobre o que se deve entender concretamente por "mais adequado" se deixa para uma próxima oportunidade.

85 O CPC/2015 realizou uma opção preferencial pelo estímulo à solução consensual dos litígios, como ilustra o seu art. 2º, § 3º, ao estatuir que "a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial" [...]. O juiz tem assim o dever, em qualquer momento em que achar esta tentativa oportuna, de estimular a solução consensual dos litígios, nos casos em que a negociação direta for permitida. E mesmo fora dos momentos típicos que a lei reserva à conciliação e à mediação (a audiência de que trata o art. 334 é um dos exemplos de momento típico). O juiz fará isso, pessoalmente, em audiência, ou mediante o encaminhamento do processo ao centro judiciário de solução consensual de conflitos vinculado ao respectivo tribunal" (BENEDEZI. *Comentários ao CPC*, 2016. v. 2, p. 368).

86 Com a ressalva de que "Arbitration is the only ADR process that can produce binding results without a post-dispute contract" (WARE, *Principles of alternative dispute resolution*. 2ª ed., 2007, p. 8).

87 FREY. *Alternative methods of dispute resolution*, 2003. p. 6.

88 Ware define-os como "mediation and other processes in aid of negotiation" (WARE, *Principles of alternative dispute resolution*. 2ª ed., 2007. p. 7).

exemplos a mediação, a conciliação, a *early neutral evaluation*, o *mini-trial*, a arbitragem não vinculante etc.⁸⁹

6. Conclusão

A Teoria Geral do Litígio, conforme aqui exposta, não se pretende uma *alternativa* à Teoria Geral do Processo. São coisas diferentes, porque seus objetos – litígio e o processo, respectivamente – são diferentes. Mas a TGL se encontra em um patamar *logicamente* anterior à TGP, porque o processo é *um* meio de resolver litígios. O litígio, em outras palavras, vem *antes* do processo. Esta advertência deve valer também para o ensino do processo civil e dos meios alternativos de solução de litígios. Não são coisas estanques que se contrapõem, uma disputando com a outra a quem se deve reconhecer primazia. São, na verdade, galhos que brotam de um mesmo tronco comum: o estudo do conflito enquanto fenômeno jurídico.

Referências

- AFONSO DA SILVA. **Curso de direito constitucional positivo**. 38ª ed., 2014.
- ANDREWS. **On civil processes**, 2013. v. 1.
- ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. **Teoria geral do processo**. 31ª ed., 2015.
- BARROSO. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª ed., 2012.
- BARTOS, Otomar J.; WEHR, Paul. **Using conflict theory**, 2002.
- Beneduzi, Renato. **Actio und klagrecht bei Theodor Muther**, 2017.
- _____. **Comentários ao CPC**, 2016. v. 2.
- _____. Substantiierung, notice-pleading e fact-pleading: A relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês, **Revista de Processo**, v. 245, 2015.
- BLAKE, Susan; BROWNE, Julie; SIME, Stuart. **The Jackson ADR Handbook**. 2ª ed., 2016.
- VIDIGAL, Luís Eulálio Bueno. Por que unificar o direito processual? In: **Revista de Processo**, 1982. v. 7.
- CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya. **Théorie générale du procès**, 2010.
- CALAMANDREI, Piero. Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti. In: **Opere giuridiche**, 1965. v. 1.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Reimpressão da 7ª ed., 2016.
- CAPPELLETTI, Mauro. Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica. In: **Il foroitaliano**, 1979. v. 102.
- _____. Cappelletti, Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. In: **Rivista di diritto processuale**, v. 37, 1982.

89 Para uma descrição detalhada destes diversos meios, por exemplo: BLAKE; BROWNE; SIME. **The Jackson ADR Handbook**. 2. ed., 2016. p. 2.11.

- _____. O acesso dos consumidores à Justiça. In: **Revista Forense**, v. 310, 1991.
- _____. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça, **Revista de Processo**, v. 74, 1994.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**, 1936. v. 1.
- _____. **Trattato del processo civile**, 1958.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26ª ed., 2013.
- COELHO, Eleonora. Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de solução de conflitos: uma urgência para o Brasil. In: **Arbitragem e mediação**, 2015.
- CORNU, Gérard; FOYER, Jean. **Procédure civile**, 1958.
- COSTA E SILVA, Paula. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade. In: **Justiça multiportas**, 2016.
- CURY, Cesar Felipe. Mediação. In: **Justiça multiportas**, 2016.
- DANTAS, Miguel Calmon. O direito fundamental à processualização: fundamento para uma teoria geral do processo, Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. In: **Teoria do Processo: panorama mundial**, 2008.
- DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: constructive and destructive processes**, 1973.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18ª ed., 2016. v. 1.
- _____. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3ª ed., 2016.
- DINAMARCO, Candido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**, 2013.
- _____. ; LOPES, Bruno Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**, 2016.
- FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 8ª ed., 1996.
- FREDERICO MARQUES, José. **Instituições de direito processual civil**. 4ª ed., 1971. v. 1.
- FREY, Martin. **Alternative methods of dispute resolution**, 2003.
- FUNKE, Andreas. **Allgemeine rechtslehre als juristische strukturtheorie**, 2004.
- GENN, Hazel. **Judging civil justice**, 2010.
- GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 5ª ed., 2015. v. 1.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma filosofia processual do direito. In: **Teoria do processo: panorama mundial**, 2008.
- HAGEN, Johann Josef. **Elemente einer allgemeinen prozeßlehre: ein beitrag zur allgemeinen verfahrenstheorie**, 1972.
- JACOB, Jack. **The reform of civil procedural law and other essays in civil procedure**, 1982.
- LAURIA TUCCI, Rogério. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. In: **Revista do Advogado**, 2000. v. 61.
- LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. In: **Revista de Processo**, v. 244, 2015.
- LÜKE, Gerhard. Von der Notwendigkeit einer Allgemeinen Prozeßrechtslehre. In: **ZZP**, v. 107, 1994.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil brasileiro**. 2ª ed., 2016.

- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. In: **Teoria do processo: panorama mundial**, 2008.
- MAYER, Bernard. *The dynamics of conflict*. 2ª ed., 2012.
- MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2ª ed., 2008.
- PASSO CABRAL, Antonio do. **Convenções processuais**, 2016.
- PIMENTEL, Wilson. O CPC de 2015, mediação e arbitragem: um sistema geral de solução de conflitos. In: **A reforma da arbitragem**, 2016.
- SALES, Lília maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. O sistema de múltiplas portas e o Judiciário brasileiro. In: **Direitos Fundamentais e Justiça**, v. 16, 2011.
- SANDER, Frank. Alternative methods of dispute resolution: an overview. In: **Uni. Florida L. Review**, v. 37, 1985.
- SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**, 2009.
- SCHILKEN, Eberhard. **Zivilprozessrecht**. 6ª ed., 2010.
- SICA, Heitor. Perspectivas atuais da 'teoria geral do processo'. In: **Bases científicas para um renovado direito processual**, 2008. v. 1.
- SILVA, Eduardo Silva da; IGLESIAS, Cristiano de Andrade. Contribuições da mediação ao processo civil: elementos para uma nova base científica do processo civil. In: **Bases científicas para um renovado direito processual**, 2008. v. 2.
- SORABJI, John. **English civil justice after the Woolf and Jackson Reforms**, 2014.
- STEFFEK, Felix; UNBERATH, Hannes. **Regulating dispute resolution: ADR and access to justice at the crossroads**, 2013.
- TARUFFO, Michele. Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzioni dei conflitti. In: **Revista de Processo**, v. 152, 2007.
- TUCCI, Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. In: **Revista do Advogado**, 2000. v. 61.
- Walters, Mark D. St. German on Reason and Parliamentary Sovereignty, **Cambridge Law Journal**, v. 62, 2013.
- WARE, Stephen. *Principles of alternative dispute resolution*, 2ª ed. 2007.
- WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse. In: **Revista de Processo**, v. 195, 2011.
- ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**, 2013.
- ZUCKERMAN, Adrian. **On civil procedure**. 4ª ed. 2013.

A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES QUE ALTERAM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ (ART. 927, § 3º, DO NOVO CPC)

Ricardo Villas Bôas Cueva

Sumário. 1. Introdução. 2. A superação de precedentes e a atribuição de efeitos prospectivos. 3. A modulação dos efeitos das decisões do STJ. 4. Considerações finais.

1. Introdução

Uma das mais significativas inovações do CPC/2015 é a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões que alterarem a jurisprudência dominante dos tribunais superiores (§ 3º do art. 927 do novo CPC). Até então, apenas as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade admitiam modulação. Já se registravam algumas tentativas de conferir efeito *ex nunc* a decisões dos tribunais superiores, mas, em regra, prevalecia o entendimento de que, à míngua de lei autorizativa, isso não era possível.

Tradicionalmente, a declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato pressupõe extirpar do ordenamento a norma invalidada pela decisão judicial. Em caráter excepcional, nas ações diretas de inconstitucionalidade, nas ações declaratórias de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental, a lei faculta ao Supremo Tribunal Federal, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social [...], por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado” (art. 27 da Lei nº 9.868/1999 e art. 11 da Lei nº 9.992/1999). Ainda que, em razão da teoria da nulidade, o efeito *ex tunc* seja decorrência do reconhecimento do vício que invalida a norma e, como tal, possa também ser considerado como resultado da aplicação do princípio da segurança jurídica, a atribuição de efeitos *ex nunc* deve também ser vista como homenagem à segurança, na dimensão subjetiva, destinada à proteção da confiança, bem como à isonomia¹.

1 Trata-se, na lição de Tercio Sampaio Ferraz Jr. (Do efeito *ex nunc* na declaração de inconstitucionalidade pelo STF. In: do mesmo autor, **Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas**, Barueri: Manóie, 2007. p. 93) “de respeitar o passado em face das alterações no sentido normativo dos fatos, precavendo-se da possibilidade de tornar ilusórias, por força do efeito *ex tunc*, expectativas legítimas então vigentes (boa-fé, promessas, acordos, con-