



UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA - UNEB
DEPARTAMENTO DE TECNOLOGIA E CIÊNCIAS SOCIAIS
DTCS - CAMPUS III
COLEGIADO DO CURSO DE DIREITO

PEDRO RENAN LEITE RIBEIRO

**A CONCILIAÇÃO JUDICIAL: ENTRE A PRESTAÇÃO DA TUTELA
JURISDICIONAL CONTEMPORÂNEA E A RENÚNCIA A DIREITOS**

JUAZEIRO- BA

2021

PEDRO RENAN LEITE RIBEIRO

**A CONCILIAÇÃO JUDICIAL: ENTRE A PRESTAÇÃO DA TUTELA
JURISDICCIONAL CONTEMPORÂNEA E A RENÚNCIA A DIREITOS**

Trabalho de Conclusão de Curso – TCC, com área de concentração em Processo Civil, apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito no Curso de Direito do Campus III da Universidade do Estado da Bahia.

Orientador: Prof. Paulo de Tarso Duarte Menezes

JUAZEIRO

2021

PEDRO RENAN LEITE RIBEIRO

**A CONCILIAÇÃO JUDICIAL: ENTRE A PRESTAÇÃO DA TUTELA
JURISDICIONAL CONTEMPORÂNEA E A RENÚNCIA A DIREITOS**

UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA - UNEB

12 de julho de 2021

Paulo de Tarso Duarte Menezes
Professor do Curso de Direito na Universidade do Estado da Bahia

Pedro Henrique Matos Souza de Santana
Professor do Curso de Direito na Universidade do Estado da Bahia

Iure Pedroza Menezes
Professor do Curso de Direito na Universidade do Estado da Bahia

JUAZEIRO – BA

2021

UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA

Autorização Decreto nº 9237/86. DOU 18/07/96. Reconhecimento: Portaria 909/95, DOU 01/08-95

DEPARTAMENTO DE TECNOLOGIA E CIÊNCIAS SOCIAIS- CAMPUS III
COLEGIADO DO CURSO DE DIREITO



PLANILHA DE AVALIAÇÃO

ANÁLISE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO DE DIREITO

DISCENTE: PEDRO RENAN LEITE RIBEIRO

TEMA: A CONCILIAÇÃO JUDICIAL: ENTRE A PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E ADEQUADA E A RENÚNCIA A DIREITOS

INÍCIO: 17:30 TÉRMINO: 18:30

ITENS	VALOR PARA CADA ITEM	NOTAS		
		Orientador (presidente)	Arguidor	Membro
TEMA – relevância, objetivos, definição e/ou hipóteses, conclusão.	(0 a 2)	2,0	1,5	2,0
CONTEÚDO – clareza, objetividade, coerência.	(0 a 3)	2,5	2,3	3,0
PESQUISA BIBLIOGRÁFICA	(0 a 1)	0,8	0,7	1,0
APRESENTAÇÃO GRÁFICA – observância das normas técnicas, ortografia.	(0 a 1)	0,7	0,7	1,0
SUSTENTAÇÃO ORAL – desenvoltura, concatenação, otimização do tempo.	(0 a 3)	2,5	2,3	3,0
TOTAL - RESULTADO		8,5	7,5	10,00

PAULO DE TARSO DUARTE MENEZES:1792580
Assinado de forma digital por PAULO DE TARSO DUARTE MENEZES:1792580
Dados: 2021.07.12 18:40:42 -03'00'

Juazeiro-BA, 12 de ___julho__ de 2021.

Orientador (Presidente)
Paulo de Tarso Duarte Menezes

Arguidor
Iure Pedroza Menezes

Membro
Pedro Henrique Matos Souza de Santana

Quero agradecer ao meu orientador, Prof. Paulo de Tarso Duarte Menezes, cuja dedicação e paciência serviram como pilares de sustentação para a conclusão deste trabalho. Grato por tudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, pilares da minha formação como ser humano. A todos os meus amigos de curso, grandes companheiros de jornada, em especial, aos brilhantes amigos: Rodrigo Alencar e João Ricardo de Almeida Alencar pelo excepcional apoio e incentivo que me deram durante a pesquisa. À minha namorada, Juliana Almeida de Souza Miranda, que deu todo o suporte e apoio emocional para eu poder desenvolver e concluir este projeto.

RESUMO

A conciliação judicial constitui uma técnica para a realização da autocomposição judicial que ocorre por meio da renúncia, transação ou submissão a pretensão dos contendores. Essa prática tem sido bastante difundida nos últimos anos e, mais especialmente, no ordenamento jurídico brasileiro, com o Código de Processo Civil de 2015. Nessa perspectiva, buscou-se investigar se a conciliação judicial possui, precipuamente, o escopo de pôr fim ao litígio ou dar uma tutela adequada ao conflito, visto que a tentativa de realização de acordos a todo custo pode gerar situações desiguais, indo contra o escopo principal da jurisdição que é a tutela do direito pretendido. Para isso, foi necessário traçar a evolução do conceito de jurisdição até o que se tem hoje, até se chegar à finalidade de se garantir a tutela efetivo do direito. Por conseguinte, procurou-se definir no que consiste uma posição jurídica preponderante, dado que é a partir dela que os conflitantes realizam suas concessões na realização de um acordo para solucionar o litígio. Por fim, examinou-se a possibilidade de a conciliação oferecer uma tutela adequada quando duas partes desiguais transacionam em pé de igualdade. Essa investigação pôs em evidência as vantagens e desvantagens da solução de conflitos através da conciliação, tendo em vista o escopo principal da tutela jurisdicional, quando a renúncia a direitos não pode ser vista como uma tutela adequada do conflito. Esse trabalho foi realizado através de pesquisa bibliográfica em autores nacionais e estrangeiros que pesquisam os métodos de solução de conflitos e a atividade jurisdicional como essencialmente pública.

Palavras-chave: Jurisdição; Autocomposição; Conciliação judicial; Renúncia; Tutela.

ABSTRACT

Judicial conciliation is a technique for achieving judicial self-composition that occurs through waiver, transaction, or submission to the claim of the contenders. This practice has been widespread in recent years and, more particularly, in the Brazilian legal system, with the Civil Procedure Code of 2015. From this perspective, we sought to investigate whether judicial conciliation has, primarily, the scope to end the litigation or provide adequate protection to the conflict, since the attempt to reach agreements at all costs can generate unequal situations, going against the main scope of jurisdiction, which is the protection of the intended right. For this, it was necessary to trace the evolution of the concept of jurisdiction up to what we have today, which aims at the effective protection of the right. Consequently, it was sought to define what a preponderant legal position consists of, since it is from this position that the conflicting parties make their concessions to reach an agreement to solve the dispute. Finally, the possibility of conciliation offering adequate protection when two unequal parties transact on an equal footing was examined. This investigation highlighted the advantages and disadvantages of conflict resolution through conciliation, because of the main scope of judicial protection, when the waiver of rights cannot be seen as an adequate guardianship of the conflict. This work was carried out using bibliographic research on national and foreign authors who research the methods of conflict solution and the jurisdictional activity as essentially public.

Keywords: Jurisdiction; Self-compositions; Legal conciliation; Waiver; Protection.

GLOSSÁRIO

ADR's - Alternative Dispute Resolution

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
2 A CONCILIAÇÃO JUDICIAL COMO TUTELA ADEQUADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONTROVERTIDOS EM JUÍZO.....	12
3 A POSIÇÃO JURÍDICA PREPONDERANTE NA CONCILIAÇÃO JUDICIAL...	23
4 A POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA AO BEM JURÍDICO CONTROVERTIDO EM JUÍZO ATRAVÉS DA CONCILIAÇÃO JUDICIAL COMO VIOLAÇÃO A TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA.....	27
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	37

INTRODUÇÃO

O momento em que a ênfase dos métodos alternativos de resolução de disputa se dá no ordenamento jurídico brasileiro, pela doutrina e pela legislação, é de sobrecarga do Poder Judiciário e de ineficiência de sua prestação jurisdicional. Ou seja, tais métodos parecem não vir para definir a melhor tutela jurisdicional, mas sim, tratar do fato de que o Poder Judiciário é ineficiente em sua atividade típica.

Dessa maneira, a resolução de conflito é deslocada da esfera pública para a esfera privada, em que impera a livre autonomia dos indivíduos em transigir sobre direitos e obrigações. Contudo, é importante destacar que quando se faz essa mudança, não é considerado que na autonomia privada das partes, não há uma igualdade substancial. Ou seja, não basta a igualdade formal perante a lei para se garantir que haja uma efetiva prestação jurisdicional no bojo de uma resolução de conflitos ao ter partes economicamente em situações desiguais.

Assim, este trabalho busca examinar a compatibilização da prestação do serviço da jurisdição pelo Estado com a tutela adequada do litígio pela conciliação judicial, quando implica em renúncia de parte do bem jurídico pretendido no litígio. Isso porque, conforme será demonstrado, permitir a renúncia a um direito, quando se devia protegê-lo de maneira integral e efetiva, é incompatível com a prestação da tutela jurisdicional adequada.

Desse modo, será percebido haver um desvirtuamento da finalidade dos métodos alternativos de resolução de conflitos, ao gerar uma cultura de acordo a todo custo. Essa relação, por certo, é discordante com a prestação jurisdicional da tutela do direito controvertido em juízo, de modo que, na busca de garantir um direito fundamental, se nega outro direito fundamental.

Nessa perspectiva, a investigação gira em torno de um problema principal que consiste em verificar se o titular de um direito controvertido em juízo, por meio da conciliação judicial, renúncia de parte desse direito de modo a obtê-lo como resultado do acordo e não em sua completude ao fim do processo, está tendo uma prestação jurisdicional adequada.

É importante ressaltar ser tomado como ponto de partida a premissa de que o magistrado irá julgar a lide conforme a posição jurídica preponderante da parte, considerando ainda o regular processamento do feito. Assim, é possível fazer uma investigação de prejudicialidade entre a prestação da jurisdição que caso ocorresse tempestiva e eficazmente, não seria necessário a parte se submeter a autocomposição.

Para isso, problemas secundários precisam ser igualmente resolvidos, que se referem a saber o que é uma tutela jurisdicional adequada, o que é uma posição jurídica preponderante e, por fim, se viola a tutela jurisdicional adequada a transação que leva um jurisdicionado, detentor de posição jurídica preponderante, ceder parte de seu direito em favor de uma autocomposição.

O presente trabalho adota como metodologia a revisão bibliográfica de autores que abordem a temática discutida. Para isso, serão utilizados autores brasileiros e estrangeiros que abordam a evolução e a aplicabilidade dos métodos alternativos de resolução de conflitos e como a aplicação desses métodos alternativos de resolução de conflitos têm sido efetivadas.

O trabalho é composto por três capítulos. O primeiro capítulo discorrerá sobre a definição de uma tutela jurisdicional adequada, tanto ao litígio, quanto ao direito discutido. Essa questão é de suma importância para o desenvolvimento do trabalho, dado que para tratar de litígio e tutela jurisdicional é necessário à delimitação do seu conceito. Além disso, discorrerá sobre a nova ênfase dada pelo Código de Processo Civil de 2015 aos métodos de resolução alternativos de conflitos, no que é regido pelo procedimento comum cível, bem como os conceitos e diferenças de tais métodos.

Abordar-se-ão conceitos básicos dos institutos que são estruturais para a formação da resposta à problemática proposta e, com isso, inseri-los no ordenamento jurídico brasileiro após a edição da Lei 13.105/2015.

Desse modo, são traçados os principais aspectos da jurisdição, considerando apenas os principais teóricos que influenciaram sobremaneira o sistema processual brasileiro. O que se dá sendo exposto o conceito de jurisdição proposto por Giuseppe Chiovenda e sua relação com a solução de conflitos, visto que trouxe a perspectiva de aplicação da vontade concreta da lei.

No capítulo segundo será abordado a definição do que significa uma posição jurídica preponderante. Para isso, será necessário compreender como se forma a relação jurídica processual, lide, interesse e necessidade, bem como se através das conciliações judiciais é possível ou não obter uma tutela jurisdicional adequada quando o jurisdicionado possui uma posição jurídica preponderante em relação a outra parte. Da mesma forma, será traçado ser a partir de uma posição jurídica que permite ao titular não apenas o poder de exigir direitos, mas também de receber proteção.

Por fim, no terceiro capítulo, será abordado a renúncia do bem jurídico na conciliação judicial e se isso corresponde a uma tutela jurisdicional adequada. Para isso, será primordial traçar os aspectos distintivos da conciliação e da mediação enquanto técnicas capazes de levar a autocomposição do conflito por meio da renúncia, submissão ou transação.

Ato contínuo, buscar-se-á, também, delinear os aspectos procedimentais da conciliação e como eles interferem no tratamento dado ao conflito, dado que o conciliador não deve atuar de forma parcial, fazendo qualquer tratamento de modo a equilibrar acordos realizados entre partes desiguais. E, ainda, não pode realizar qualquer ato que implique valoração jurídica do litígio.

Nesse contexto, investigar-se-ão as desvantagens quando da realização de acordos entre contendores na esfera judicial e como isso afeta a prestação da tutela jurisdicional adequada.

Por fim, será examinada a posição que as partes e o magistrado ocupam no procedimento da conciliação judicial, mais especificamente, na função do juiz de homologar o acordo, dando-lhe eficácia de coisa julgada, visto que, essa atividade homologatória do magistrado possui inflexões na prestação da tutela jurisdicional adequada quando se busca uma conciliação judicial.

2 A CONCILIAÇÃO JUDICIAL COMO TUTELA ADEQUADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONTROVERTIDOS EM JUÍZO

A existência de conflitos é algo inerente ao convívio humano em sociedade (SILVA; COSTA; LORENCENA, 2017, p. 51) e, conseqüentemente, é necessária uma forma de dirimir tais controvérsias, interessar-se que a vida em sociedade possa progredir. Diante disso, quanto maior for a proliferação de conflitos entre os integrantes da sociedade, maior é a sua desorganização e vulnerabilidade (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 34).

Nesta perspectiva, os conflitos podem ser resolvidos através das próprias partes, por intermédio ou não de um terceiro facilitador, em que se tem um método autocompositivo, também, através de um terceiro imparcial que irá determinar a solução, com a concordância ou não das partes, em que se tem um método heterocompositivo.

Desse modo, nas fases iniciais da civilização, quando inexistia um Estado aparelhado e consolidado com aptidão suficiente para impor sua forma de solução aos conflitos, o método resolutivo impetrado era a autotutela ou autodefesa (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 43), consideradas aqui como expressões sinônimas¹.

Na autodefesa ou autotutela, há a imposição da solução por aquele que é o mais forte ou o mais astuto, em detrimento do outro, que só resta aceitar. Neste ponto é importante mencionar que a ordem jurídica chancela a utilização da força, contra alguma ameaça, em hipóteses restritivas², sem, contudo, que isso venha significar uma exceção ao Poder Estatal (MENEZES; SILVA, 2020, p. 112).

¹ Em que pese boa parte da doutrina, por exemplo, Fernanda Tartuce (TARTUCE, 2018) e Candido Rangel Dinamarco (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020), entenderem a autodefesa e a autotutela como formas sinônimas, carece de tecnicidade esse entendimento, visto que na autotutela se tem um meio de solução que foi rejeitado por sua ineficiência e contrariedade ao Estado de Direito e na autodefesa tem-se um instituto que abarca situações excepcionais nas quais é permitido ao indivíduo repelir injusta agressão, conforme expõe Paulo de Tarso e Vitória Souza (MENEZES; SILVA, 2020).

² Art. 1.210. § 1º - O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse. Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

Na autocomposição, as próprias partes vão resolver o conflito por intermédio ou não de um terceiro facilitador que irá auxiliá-las.

Diante disso, a autocomposição, conforme bem anota Alcalá-Zamora y Castillo, pode ocorrer de três formas, quais sejam: a renúncia ou desistência; a submissão ou reconhecimento; e a transação. Dessa maneira, explica o autor, a renúncia ou submissão são medidas unilaterais, ou seja, dependem da manifestação de apenas uma das partes (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 2018, p. 79,80). Na renúncia ou desistência, o titular de uma posição declina do que possui, já na submissão ou reconhecimento o pretendido sucumbe por completo ao pedido autoral. Diferentemente disso, na transação, ocorre uma manifestação bilateral, em que ambos os conflitantes realizam concessões recíprocas de suas posições, chegando a um acordo. Tal fenômeno pode ocorrer tanto no bojo de uma relação jurídica processual, quanto de forma extrajudicial, em que se tem a negociação direta entre as partes.

Consoante leciona Alcalá-Zamora y Castillo, a renúncia, a submissão e a transação constituem-se nas três expressões da autocomposição (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 2018, p. 80). Percebe-se, desse modo, que para que ocorra a autocomposição os indivíduos em conflito devem ou desistir do que pretende, ou aceitar a pretensão que lhe é dirigida, ou transacionar, fazendo concessões recíprocas sobre as posições adotadas. Note-se que todas essas formas de se chegar a autocomposição são soluções parciais, de modo que o interesse das partes é posto em evidência, tornando-se o centro da solução (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 44).

Diante disso, trazendo uma perspectiva histórica do surgimento do Direito no Estado moderno, que se dá, a partir da ascensão do capitalismo, Alysson Mascaro afirma que neste momento a autotutela é afastada da vontade livre dos indivíduos, retirando, conseqüentemente, as possibilidades de criarem suas próprias normas, resolvendo seus conflitos (MASCARO, 2019, p. 184). Com isso, na heterocomposição, há um terceiro imparcial que vai impor a solução ao conflito, seja com a concordância das partes ou não, havendo, para isso, duas formas, sendo a jurisdição e arbitragem.

Nesse contexto, o Estado desenvolve-se e toma para si a responsabilidade de solucionar as controvérsias, que era outrora pela vontade do mais forte, elegendo,

para isso, a jurisdição estatal (MASCARO, 2019, p. 184). Desse modo, o Poder Judiciário, o responsável por exercer a Jurisdição, deve ser aparelhado com métodos capazes de resolver as controvérsias levadas à sua proteção.

O fenômeno da jurisdição, todavia, não foi linear no tempo, havendo transformações e rupturas conforme o momento da sociedade e a própria construção do direito. Diante disso, necessário se faz expor os principais aspectos da jurisdição na sua evolução enquanto função estatal até a concepção contemporânea.

Para compreender esse fenômeno não se pode deixar de voltar a atenção aos estudos feitos por *Giuseppe Chiovenda* que foi o principal precursor da autonomia da ação em relação ao direito material (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 67), operando verdadeira ruptura com o que se tinha até então, em que para cada direito se tinha uma ação correspondente.

Por óbvio, essa ruptura implicava, necessariamente, numa nova percepção sobre o fenômeno da jurisdição. Isso porque, a jurisdição até o final do século XIX e início do século XX recebia forte influência dos valores liberais e do positivismo jurídico (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 63).

Essa influência tinha como consectários necessários o império da lei, a igualdade e a liberdade. A subordinação cega à lei, em que só se permitia fazer ou deixar de fazer algo em estrita consonância com lei, possuía o intuito de impedir o império dos homens, ou seja, a vontade de um líder em detrimento dos demais. Isso porque, o movimento político liberal da burguesia buscava limitar a atuação do monarca, sendo a lei o instrumento capaz de gerar essa limitação (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 57, 58)

Desse modo, a liberdade era limitada à lei e o Estado não podia agir fora de tais limites e aos cidadãos podia tudo que não era proibido, protegendo-os de excessos do Estado na sua esfera privada (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 63). A igualdade, no que lhe concerne, é um aspecto determinante nesta ideologia, dado que ao serem tomados os critérios da norma de abstração e generalidade não se poderia permitir o tratamento diferenciado dos cidadãos, já que todos teriam que ter o mesmo tratamento (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 64).

Nessa época, a jurisdição se ocupava tão somente de tutelar os direitos dos cidadãos através da aplicação da lei após a violação, dando um caráter reparatório, no que pudesse ser convertido em pecúnia (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO,

2020, p. 64). Além disso, a concepção de jurisdição era reduzida à possibilidade de permitir ao cidadão estar em juízo, de modo que poderia ajuizar ou contestar uma demanda, bem como suportar seu ônus, dado que as diferenças econômicas e sociais não faziam parte das preocupações estatais, bastando a declaração do direito (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 277).

Com a ruptura propagada por *Giuseppe Chiovenda* – o que não quer dizer que houve o rompimento com essa concepção liberal (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 67) — a jurisdição passou a ser destinada à atuação concreta da lei. Esta consistia na capacidade de o juiz substituir a vontade das partes, com obrigatoriedade, declarando a existência ou não da vontade concreta da lei na relação entre as partes que foi levada a juízo³.

Nessa concepção a jurisdição procura assegurar o ordenamento jurídico, dando uma acepção publicista, indo além da mera proteção dos particulares, conforme bem expõe (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 67). O direito, dessa maneira, possui um sentido muito além da lei, em que o Legislativo cria e o Judiciário aplica.

Conforme demonstrado, a partir da autonomia do direito processual em relação ao direito material, a jurisdição passou a ter uma acepção publicista, em que o processo não era um instrumento dos particulares para obter uma reparação pecuniária do direito violado, mas sim um meio pelo qual o Estado revela sua soberania (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 67).

Outro importante jurista, teórico da jurisdição e do processo, é *Francesco Carnelutti*, que trouxe uma visão da jurisdição em que era compreendida com a finalidade de justa composição da lide⁴. Esta, no que lhe concerne, é entendida como o conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida do outro (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 68).

³ Segundo Chiovenda, a jurisdição, no processo de conhecimento, “consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação às partes”. Apud MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 66.

⁴ Apenas a título de conhecimento, Alexandre Freitas Câmara faz um importante assertiva quanto a esta terminologia de composição e lide, expondo que na jurisdição não se compõe lide, visto que compor significa por junto. Assim, aos interesses de conflitos não se compõe uma solução, mas sim se impõe, reconhecendo ou não o direito de alguém (CÂMARA, 2017, p. 39).

Dessa forma, ao ser trazido o sentido de justa composição da lide, esta acepção vem carregada da ideia de que a mera aplicação da lei ao caso concreto não consegue oferecer uma resposta adequada. Por essa razão torna-se necessária a atividade do juiz, em que vai, através da sentença, tornar concreta a norma, abstrata e genérica, no caso prático, criando a norma que passa a integrar o ordenamento jurídico (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 69).

Insta salientar, ainda, que apesar de a lide ter papel central na conceituação de *Francesco Carnelutti*⁵, hodiernamente, ela não é mais essencial para se definir a jurisdição, muito menos seus escopos. Isso porque, conforme expõe Alexandre Freitas Câmara, a lide é um elemento apenas accidental, de modo que pode haver jurisdição sem se ter lide (CÂMARA, 2017, p. 39).

Essas visões clássicas da jurisdição foram as responsáveis por dar as bases da estrutura jurídico-processual do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que, a doutrina de Chiovenda, em especial, inspirou efetivamente o Código de Processo Civil de 1973, conforme bem expõe Camila Nunes (NUNES, 2017, p. 8).

Ocorre, todavia, que tais concepções mostram-se insuficientes para corresponder as necessidades tanto do direito material, quanto dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Conforme delineado acima, a realidade do direito material diversificou-se, sendo necessário que a proteção outorgada aos direitos fosse garantida em sua plenitude e não apenas através de sua declaração, integrando ou não o ordenamento jurídico.

Desse modo, superado o império da lei, no Estado contemporâneo, de modo contrário, a lei deve sempre voltar os olhos para o que lhe fundamenta e lhe dá validade, sendo a Constituição. Assim, a partir da supremacia da constituição, todo o ordenamento jurídico deve ser compreendido tomando por base os direitos fundamentais, devendo, pois, estar em consonância com a Constituição.

Tal mudança de perspectiva — da lei para a Constituição — abre espaço para uma nova percepção do fenômeno da jurisdição, que possui agora a finalidade de

⁵ É importante considerar que em que pese Francesco Carnelutti ter adotado essa tese como central em sua doutrina, essa posição recebeu muitas críticas, sendo a principal realizada por Piero Calamandrei (GONÇALVES, 2020, p. 212), que afirmou ser a lide um conceito sociológico e não jurídico, havendo, portanto, a possibilidade de jurisdição sem haver lide. Tais críticas foram recepcionadas por Francesco Carnelutti que passou a definir a lide como um conceito metajurídico (OLIVEIRA, p. 14).

tutelar as necessidades do direito à luz das normas constitucionais (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 162).

Diante disso, a função tradicional de jurisdição que consiste na prolação da sentença, tão somente declarando ou não a existência do direito, é insuficiente para dar proteção ao direito pretendido. Isso porque, a sentença, por si só, não garante o bem jurídico almejado, conforme bem expõe Luiz Guilherme Marinoni a tutela jurisdicional é garantida quando o direito pretendido é efetivado, bastando para tanto a sentença ou os meios executivos (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 165).

O termo tutela possui uma acepção muito nítida, fora da sua concepção jurídica, sendo a ação de proteger, vigiar ou defender alguém, ou algo mais fraco, ou frágil (“Tutela | Michaelis On-line”). Nesse sentido, dar tutela ao direito significa lhe dar proteção em face da violação ou inefetividade.

Destarte, o direito pode ser protegido tanto no Estado, ou seja, por intermédio do Poder Estatal consubstanciado na prestação jurisdicional, em que as ferramentas lançadas pelo Estado vão proteger esse direito. Como também pode ser protegido fora do Poder Judiciário — quando se terá o uso dos equivalentes jurisdicionais — sendo técnicas de tutela dos direitos capazes de auxiliar na resolução dos conflitos⁶.

Dessa maneira, é perceptível a existência de dois aspectos distintos no que se refere a tutela, que pode ser a jurisdicional ou pode ser a extrajudicial, por intermédio das próprias partes (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020) (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 36).

Assim, tradicionalmente, a necessidade de pacificação é colocada como o escopo maior da jurisdição⁷ que a caracteriza. Ocorre, todavia, que a pacificação social não decorre, necessariamente, do exercício jurisdicional, com a prolação da sentença, resolvendo o processo. Mas sim com a tutela do direito pretendido. Consequentemente, após a tutela pretendida ser efetivada, se resolve um conflito, ou

⁶ Nas palavras do autor “Equivalentes jurisdicionais são as formas não-jurisdicionais de solução de conflitos. São chamados equivalentes exatamente porque, não sendo jurisdição, funcionam como técnica de tutela dos direitos, resolvendo conflitos ou certificando situações jurídicas.” (JÚNIOR, 2016, p. 165)

⁷ Conforme se vê em (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 47) “A pacificação mediante a eliminação de conflitos por uma decisão justa é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual — visto que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício”.

parte dele, e se tem a pacificação social (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 161).

Dessa maneira, há uma clara distinção entre a pacificação social e a solução do conflito. De modo que, a pacificação é mera consequência da solução do conflito, obtida, no que lhe concerne, com a tutela adequada do conflito, sendo equivocada a caracterização da jurisdição a partir da pacificação social (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 161).

Por conseguinte, em razão da preconização da tutela jurisdicional como única via para a resolução de conflitos a prestação desta função pública tornou-se morosa e pouco eficiente ante o elevado número de demandas. Nesse sentido, Vera Lúcia Feil Ponciano indica que a ampliação do acesso à justiça, a previsão de novos direitos fundamentais na Constituição de 1988 e o desenvolvimento no campo da ciência e tecnologia, contribuíram significativamente para o crescimento da litigiosidade (PONCIANO, 2007, p. 224). Apenas a nova ordem constitucional não foi o motivo do crescimento da busca ao Judiciário para resolução dos conflitos, mas também o fim da Segunda Guerra Mundial que trouxe um aumento do consumo (ANDRADE, 2014, p. 3).

Percebe-se, dessa maneira, que os métodos de solução de conflitos (autocomposição e heterocomposição) não podem ser confundidos com os chamados métodos alternativos de solução de conflitos (conciliação, mediação). Estes, no que lhe concerne, constituem técnicas para se chegar à autocomposição realizada através da transação, renúncia ou submissão. É chamado alternativa, pois traçam uma alternativa àquele método jurisdicional, que preconiza a solução adjudicatória do Estado.

Assim, viu-se como necessária a inserção de novas técnicas de resolução de conflitos, interessar-se que fosse possível dar resposta as novas demandas que surgiram. Nessa perspectiva, ganharam forças os modelos não jurisdicionais de solução de conflitos que se voltam para as próprias partes, demandando menos tempo, no seu trâmite, e mais eficiência, na sua resolução, visto que se elas próprias pactuaram, elas mesmas vão cumprir.

Os ADR's, expressão em inglês para "*alternative dispute resolution*" são um fenômeno presente em várias partes do mundo (KAZUO WATANABE, 2003, p. 43). Diante disso, há uma atribuição de sentido diverso quando se analisa esse fenômeno em diferentes ordenamentos. De um lado, para os americanos, é compreendido como

qualquer meio de solução que não seja através do Judiciário. Por outro lado, para parte dos europeus, possui um significado de que a alternativa é o próprio judiciário, dado que seus conflitos, por herança histórica já eram solucionados no bojo da própria comunidade (KAZUO WATANABE, 2003, p. 43).

Verifica-se, a partir disso, que tais métodos apesar de terem tido especial relevância nos últimos tempos não são novidades nos sistemas judiciais e não judiciais de solução de conflitos (SILVA, 2020, p. 41), muito menos no ordenamento jurídico brasileiro, visto que desde a Constituição Imperial já havia incentivo à conciliação (BACELLAR, 2012, p. 83).

É nesse contexto que o Código de Processo Civil de 2015 buscou estruturar a atuação do Poder Judiciário e dos jurisdicionados de modo a estimular a autocomposição entre as partes. Para isso, reservou um capítulo no Código regulando e estruturando o procedimento da mediação e da conciliação⁸, bem como as colocando como norma fundamental⁹ a ser seguida.

Dessa maneira, é dada ênfase sobremaneira na conciliação judicial com o referido Código, que consiste numa técnica de solução de conflitos em que um terceiro imparcial contribui na tratativa entre as partes sugerindo soluções, tendo assim uma postura mais ativa na solução da controvérsia. Ele procura, também, compreender as posições de cada parte naquele litígio, provocando uma mudança de posicionamento frente ao problema(JÚNIOR, 2018, p. 298).

Essa técnica é indicada para ser utilizada quando as partes não possuem nenhum vínculo anterior, atuando em problemas objetivamente auferíveis. Um exemplo bastante prático e elucidativo trazido por Fernanda Tartuce é quando se trata de um conflito de interesses entre um locador que quer aumentar o valor do aluguel e o locatário que não, quer receber o aumento, em que o cerne está numa situação meramente econômica, nos interesses disponíveis das partes (TARTUCE, 2020, p. 284).

A mediação, por outro lado, consiste numa técnica em que um terceiro imparcial vai fomentar o diálogo entre as partes para que elas mesmas cheguem a um acordo.

⁸ Art. 3º § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

⁹ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Assim, ao contrário do que ocorre na conciliação, o mediador não propõe soluções, apenas atua de modo a amenizar os aspectos emocionais que envolvem o litígio, provocando a sua solução. Esse método, no que lhe concerne, é indicado para conflitos em que as partes já possuem vínculos anteriores¹⁰, como naqueles relacionados ao direito de família.

Conforme expõe Leonardo Carneiro da Cunha, a legislação brasileira trouxe uma distinção entre a atividade do mediador e do conciliador, o único ordenamento jurídico a fazê-la (CUNHA, 2020, p. 919). Isso porque, na prática, é difícil uma aplicação estrita de tais técnicas. Além disso, a própria legislação apresenta contradição sobre a conceituação, em que no art.165, §2º do CPC infere-se que o conciliador pode sugerir, ao contrário do mediador. Ocorre, todavia, que na lei que regula a mediação, lei 13.140/15, no seu art. 30, §3º, III, sugere que o mediador pode propor soluções para as partes (CUNHA, 2020, p. 919).

Indo além do que está no posto na legislação, a principal diferença, em verdade, está na técnica utilizada. Isso se mostra relevante de modo que seja possível verificar qual será a melhor técnica para enfrentar o problema apresentado.

Isso decorre da nova percepção do fenômeno da jurisdição, dado que para se dar uma tutela adequada ao direito, necessário se faz que o conflito proveniente do direito material controvertido seja protegido de forma condizente com suas especificidades. Essa medida, em verdade, possui a ideia de respeitar a vontade das partes na solução do litígio, valorizando a sua autonomia da vontade (NEVES, 2017, p. 63).

Para a intermediação do método autocompositivo para a resolução do conflito, tem-se em mente que as partes terão que renunciar a alguma posição jurídica, de modo a obter o que pretende (NEVES, 2017, p. 63). Assim, conforme pode ser delineado, é próprio da natureza da autocomposição a concessão de posição, seja de parte, seja do todo.

Na forma tradicional de solução de conflitos em que está estruturado o Poder Judiciário, as partes travam um verdadeiro embate, uma afirmando que as alegações da outra não merecem ser prosperadas. E, ao final, apenas uma delas será

¹⁰ Art. 165. § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

consagrada vitoriosa, um ganha e o outro perde, um tem que pagar o outro tem que aceitar.

Desse modo, na conciliação judicial, inverte-se a tradicional lógica da solução adjudicatória pelo Estado, em que a medida é imposta às, para a lógica baseada na linguagem binária do ganha-perde, em que o conciliador tem que expor as partes sobre as vantagens e desvantagens da conciliação (MENEZES; SILVA, 2020, p. 115). Ou seja, ambas as partes fazem concessões recíprocas interessar-se pôr fim ao litígio, cabendo ao juiz tão somente a homologação desse acordo. Assim, ambas as partes saem com a sensação de vitória, de que foi o melhor caminho a ser seguido e que elas próprias construíram aquela solução.

Ocorre que, a utilização de tais técnicas pode se dá num contexto judicial em que são colocadas como o principal ponto resolutivo para melhora da Administração da Justiça. Ora, conforme se mostrou, essas medidas possuem um espectro limitadíssimo de aplicação, dado que são apropriadas para discussões sobre direitos patrimoniais disponíveis, conflitos em que as partes possuem vínculo anterior e conflitos em que as partes não possuem.

Ocorre, todavia, que essa não é a realidade reinante desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. Em verdade, a percepção de resolução de conflito foi transfigurada para a celebração de acordos.

Nesse contexto, conforme exposto pelo Ministro Dias Toffoli¹¹ a porcentagem de acordos realizados através da conciliação e da mediação, após a edição do CPC, manteve-se constante, ou seja, não apresentou elevação nos índices de acordo e redução significativa das demandas

A busca ao Judiciário se dá quando, em regra, ocorre a violação a algum direito do cidadão. Diante dessa ameaça ocorre, por intermédio do poder coercivo do Estado, buscar sua tutela a favor de quem foi violado.

Com isso, muitas controvérsias que chegam ao Poder Judiciário visam a reparação de aspectos patrimoniais ou discussão sobre relações contratuais. Por outro lado, existem aquelas em que se busca a concretização de direitos sociais

¹¹ “Os casos solucionados através de conciliação representam 16,7% dos julgamentos de mérito proferidos em primeira instância. Ao contrário do que se esperava, mesmo após a entrada em vigor do novo código de processo civil em 2015, tornando obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, os valores mantiveram-se relativamente constantes, com leve retração no ano de 2018.” TOFFOLI, Dias. Discurso de abertura. In: Seminário Caminhos para o Consenso. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/discurso-toffoli-seminario-caminhos.pdf>. Acesso em: 29, mai. 2021.

básicos ou reparações de ordem moral, tendo como pano de fundo violação direta a direitos fundamentais (PINHO, 2017, p. 47,48).

Nessa perspectiva, a conciliação judicial é colocada como principal e primeira porta de acesso do cidadão ao Judiciário (TARUFFO, 2017, p. 28), em que o indivíduo, de regra, tem que primeiro tentar conciliar para depois buscar a decisão adjudicatória. Assim, as partes são colocadas para participar da audiência de conciliação e/ou mediação logo de início, conforme preconiza o CPC.

Ocorre que, essa obrigatoriedade da realização de audiência de conciliação e/ou mediação coloca, pelo menos uma das partes, numa posição de desvantagem (NEVES, 2017, p. 62). Isso porque, considerando a necessidade do bem jurídico pretendido, e a recusa da parte contrária a não realização da conciliação, a parte em desvantagem tem — contra a sua vontade — que participar da sessão. Em que a parte não é agraciada com a possibilidade de aguardar o desfecho natural do trâmite processual, ela se vê, muitas vezes, coagida a transacionar sobre parte de seu bem jurídico (NEVES, 2017, p. 62), que a prestação jurisdicional ocorresse tempestivamente, ela iria possuí-lo em sua integralidade.

Tais direitos demandam uma tutela adequada, de modo que as próprias partes, dentro de suas condições materiais, são incapazes de garantir. Isso porque, ao colocar duas partes para conciliarem sobre um direito fundamental, o que irá prevalecer é a posição daquele com melhores condições, sejam econômicas, sejam de conhecimento.

Dessa maneira, a posição em que ocupa um conflitante dentro de uma relação é um fator relevante para as tratativas que vão ser realizadas, visto que cada sujeito possui posições conflitantes. Por conseguinte, para o delinear da presente investigação, é necessário a verificação dessa posição quando se está em conformidade ou não com o direito e as condições do sujeito detentor dela em relação às tratativas entre os conflitantes. O que passa a ser analisado no capítulo seguinte.

3 A POSIÇÃO JURÍDICA PREPONDERANTE NA CONCILIAÇÃO JUDICIAL

Abordar o que significa a posição jurídica preponderante do titular de um direito numa relação jurídica é de suma importância para perceber como a tutela do direito se dá na resolução do conflito. Para isso, necessário se faz retomar os passos que são trilhados pela ciência jurídica de modo a dar substrato a este conceito.

Nesse contexto, como decorrência da vida em sociedade, o ser humano passa a estar numa situação de necessidade, que consiste na carência de algo, gerando um desequilíbrio psíquico ou biológico (ALVIM, 2018, p. 24). Isto posto, várias são as necessidades que vão combalir o indivíduo em sociedade, de modo que para sua existência deverá ser satisfeita, criando, por conseguinte, uma relação de dependência com esses bens (ALVIM, 2018, p. 24).

Essa satisfação é realizada quando obtidos os bens objetos da necessidade. Desse modo, tem-se que o bem é um elemento apto a satisfazer uma necessidade (ALVIM, 2018, p. 24). Por conseguinte, essa relação de satisfação entre o bem e a necessidade se dá o nome de utilidade, que consiste na capacidade de um bem em servir a necessidade (ALVIM, 2018, p. 24).

Decorre dessa relação a ideia de interesse, que consiste no juízo de que determinada utilidade é apta para a satisfação de uma necessidade (ALVIM, 2018, p. 25). Para exemplificar, o alimento é um bem que possui a utilidade de satisfação da fome que é uma necessidade, mas só há interesse no alimento ao ter fome.

Todavia, Carnelutti expõe que o interesse, em verdade, não é um juízo, mas sim uma posição favorável à satisfação de uma necessidade, verificada em relação a um bem. Assim, para abrangência adequada do interesse, tem-se a relação entre o sujeito e o bem (ALVIM, 2018, p. 25).

Por conseguinte, ante a finitude dos bens aptos a satisfazer as necessidades, que, ao contrário, são constantes e ilimitadas, surge, eventualmente, o choque de interesses (ALVIM, 2018, p. 27). Em consequência disso cada sujeito possui uma posição ante a oportunidade de satisfazer a necessidade, de modo que limita a possibilidade de satisfação do outro sujeito (ALVIM, 2018, p. 27). Tem-se, com isso,

o conflito intersubjetivo de interesses, quando dois sujeitos possuem a mesma posição sobre uma determinada utilidade, conforme expõe Carnelutti (ALVIM, 2018, p. 27).

É neste aspecto que a situação conflitual passa a ter interesse para o Estado, visto que a proliferação dos conflitos impede a evolução das atividades humanas. Dessa maneira, o Estado oferece uma forma de proteção dos sujeitos que estão em embate, de modo a tutelar o direito que intermedeia essa crise.

Conforme ensina Caio Mário, o direito subjetivo é composto por três elementos, o sujeito, o objeto e a relação jurídica (PEREIRA, 2017, p. 51). O sujeito é o titular do direito o qual a ordem jurídica outorga-lhe a possibilidade de agir. Já o objeto do direito subjetivo é o bem jurídico (material e imaterial) assegurado pela ordem legal. Por fim, a relação jurídica, o elo que determina a sujeição do objeto ao sujeito.

Destarte, ao tratar-se de relação jurídica haverá sempre dois lados, sendo um ativo e outro passivo, em que o ativo detém o poder de exigir uma realização do passivo que possui o dever de corresponder ao que sejas exigido (PEREIRA, 2017, p. 55). Havendo a disputa sobre os bens limitados pelos sujeitos há, para um deles, a possibilidade de subordinação do interesse alheio ao próprio (ALVIM, 2018, p. 28), tendo em vista o direito que possui, surge a posição jurídica (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 20).

Nesse contexto, em decorrência das normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como dos atos realizados pelo indivíduo em sociedade, ele passa a assumir situações previstas no direito material, da qual decorrem direitos e deveres (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 201). Cita-se, como exemplo, uma relação contratual de compra e venda em que o vendedor se compromete a entregar o bem e o comprador a pagar a quantia correspondente.

Nota-se, ainda, que dessa posição jurídica não geram apenas direitos e deveres, mas também a necessidade de sua tutela. Assim, uma posição é juridicamente protegida ao ter ao seu dispor formas de proteção, conforme a realidade de direito material percebida (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 201).

Diante disso, havendo a violação ao direito nasce para o sujeito a possibilidade de buscar a tutela do direito violado. Desse modo, a busca por essa reparação pode se dar através de um terceiro imparcial, que irá determinar ao violador a reparação,

ou as partes podem realizar concessões, mútuas ou não, de modo a ser obtida a resolução, na presença ou não de um terceiro facilitador.

Dessa maneira, no que se refere aos métodos autocompositivo baseados nas concessões recíprocas se instaura uma situação em que uma das partes possui uma posição jurídica de vantagem sobre a outra. Desse modo, a transação ganha destaque especial, visto que ao se colocar violador e violado para negociar em situação de igualdade, aquele possui uma posição de vantagem é mais favorecido. É importante notar, ainda, que a posição jurídica de vantagem não dá ao seu titular a garantia de preponderância na transação.

É importante ter em mente que, para os fins desta investigação, estar-se-á considerando que o magistrado irá julgar o conflito conforme o direito e de acordo aquele que detém a posição jurídica de vantagem. Dado que, por limitações do próprio nível acadêmico em que se está inserido e para os fins do trabalho, foi realizado este recorte. Por isso, adota-se esta posição ideal, e partir daí são feitas as presentes considerações.

Nesse ínterim, quando o conflito é levado ao provimento jurisdicional, em que se busca a solução adjudicatória pelo Estado, de forma tempestiva e eficaz, o detentor da posição jurídica preponderante busca a confirmação desta situação. Logo, a posição jurídica de vantagem só assim é quando se está diante de um órgão julgador que irá decidir conforme o direito, confirmando a tal posição de privilégio.

Na realização da transação, todavia, essa vantagem é desfigurada para um fator de desvantagem. Isso porque é da própria natureza da transação a necessidade da realização de concessão sobre a posição que o sujeito possui na lide, visto que, cada parte tem que realizar concessões recíprocas para ser possível chegar a um deslinde.

A conciliação judicial, como técnica para se obter essa transação e pôr fim ao litígio recebeu forte incentivo do Estado para sua realização com o Código de Processo Civil de 2015 (SILVA, 2016, p. 121). Conforme preconiza o Código, a conciliação pode ocorrer tanto no bojo do processo judicial, quanto antes dele, de forma prévia, também, de forma privada, pelas próprias partes elegendo um conciliador de sua confiança.

Percebe-se, dessa maneira, que a conciliação judicial, sendo aquela que ocorre no bojo do processo judicial, coloca as partes para transacionarem sobre o bem jurídico objeto do litígio. Diante disso, os inúmeros conflitos que perpassam a sociedade necessitam igualmente de uma grande gama de formas de resolução.

Com esse incentivo dado pela legislação e pelo Poder Público para a realização de conciliações não pode ter o condão de resolver o problema da alta litigiosidade dos pais (CUNHA, 2020, p. 916). A perspectiva que deve ser adotada é de adequação do conflito com o meio de resolução, de modo que isso não gere, para o jurisdicionado, sentimento de perda.

Ante todo o exposto percebe-se que a solução de conflitos através da renúncia, submissão ou transação implica, muitas vezes, em colocar sujeitos em situações desiguais para conciliar posições. Ocorre que, essa situação provoca uma relação de desequilíbrio, de modo que vai de encontro do que anuncia a tutela jurisdicional adequada. Com isso, a verificação dessa compatibilização entre a tutela jurisdicional adequada e a renúncia a direitos é realizada no capítulo seguinte.

4 A POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA AO BEM JURÍDICO CONTROVERTIDO EM JUÍZO ATRAVÉS DA CONCILIAÇÃO JUDICIAL COMO VIOLAÇÃO A TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA

A conciliação judicial, conforme já se pôde notar no transcorrer desta investigação, é uma importante técnica para que os conflitantes cheguem a uma resolução do seu conflito. Essa resolução, no que lhe concerne, se dá em sua forma autocompositiva, dado que as próprias partes, através de um terceiro facilitador, chegam a um acordo, pondo fim ao conflito. Essa conjugação de vontades para acontecer deve observar um procedimento previsto em lei, que regula toda a atuação do conciliador, bem como prevê princípios que devem ser observados.

Dessa maneira, inicialmente, há a previsão de que todos os novos processos do procedimento comum sejam, logo no primeiro momento, buscados a solução através da conciliação¹². Essa audiência de conciliação ou mediação só não poderá ocorrer quando¹³ ambas as partes manifestarem expressamente pela não realização, ou quando, em razão do direito tutelado, não se admitir autocomposição.

É importante salientar, conforme assinala Luiz Antônio Scavone Júnior que, o Código não previu um procedimento judicial da conciliação e da mediação. Buscou, na verdade, incentivar a sua realização e, quando realizada, regulou a atuação dos conciliadores e mediadores (JÚNIOR, 2018, p. 308). Isso porque o CPC adotou a liberdade procedimental¹³ para a conciliação e a mediação, de modo que serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, podendo até negociar sobre o procedimento.

Nesse contexto, tanto a mediação, como a conciliação são regidas pelos princípios da independência, da imparcialidade, do autorregramento da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada¹⁴.

¹² Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

¹³ Art. 166. § 4.º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

¹⁴ Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

A independência é voltado para a atuação prática do conciliador e do mediador, indicando seu dever de exercer a função com liberdade, ou seja, com ausência de qualquer influência interna ou externa, bem como recusar, suspender ou interromper a sessão quando não houver as condições necessárias para o seu prosseguimento e ainda não redigir o acordo quando ilegal ou inexecutável (JÚNIOR, 2016, p. 275).

A imparcialidade se refere à impossibilidade do conciliador ou mediador ter qualquer interesse no conflito, sendo ainda decorrente do princípio da impessoalidade que rege a Administração Pública (JÚNIOR, 2016, p. 276). O parágrafo único do art. 5º da Lei n. 13.140/2015 dispõe que "a pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas".

A confidencialidade determina que ao conciliador e mediador devem ter sigilo profissional, não podendo depor sobre fatos ou elementos decorrentes da conciliação, ou da mediação realizada (JÚNIOR, 2016, p. 276). Os arts. 30 e 31 da Lei n. 13.140/2015 regulam o dever de confidencialidade na mediação, prevendo, porém, algumas exceções: "Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação. § 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação (...)".

A oralidade e informalidade indicam que a comunicação quando da realização da sessão deve ocorrer o mais simples possível, sem o ritual e formalismo próprio da atuação jurisdicional. E ainda que as roupas utilizadas devem ser simples, o ambiente deve ser tranquilo e realizado numa mesa redonda, isso tudo para criar um contexto calmo e favorável à realização do acordo, em que a animosidade entre as partes possa ser desarmada (JÚNIOR, 2016, p. 277).

Destaque especial deve ser dado aos princípios da decisão informada, visto que o consenso é obtido quando as partes integrantes do conflito compreendem plenamente o problema, as implicações da realização do acordo e a solução proposta

(JÚNIOR, 2016, p. 277); e também do autorregramento da vontade que, conforme Didier expõe é um pressuposto e a própria razão de ser da conciliação, dado que tudo é pensando para que as próprias partes escolham e construam a melhor solução para o conflito (JÚNIOR, 2016, p. 276). Isso possui uma implicação direta na atuação do conciliador, que consiste na vedação de intimidar ou constranger as partes a celebrarem o acordo (JÚNIOR, 2016, p. 276).

Na conciliação judicial o conciliador, o terceiro facilitador, possui a atribuição de conduzir o diálogo das partes, elaborando propostas, interessar-se que se chegue na celebração do acordo. Para isso, é indicado que ele informe às partes das consequências do prosseguimento do processo judicial, como a demora, a possibilidade de recursos, o risco de ganhar ou perder, a imprevisibilidade do resultado e os custos (BACELLAR, 2012, p. 88). Roberto Portugal, ainda, traz posicionamento de que o conciliador também deve pontuar às partes que mesmo que “tenham o direito a seu favor, nem sempre é fácil a produção da prova necessária e eficiente a demonstrar isso ao juiz” (BACELLAR, 2012, p. 88).

Além das considerações sobre o risco, deve o conciliador evidenciar para as partes as vantagens da solução consensual, tais como que o acordo leva a extinção do processo sem recursos e sem demora, que as partes possuem total autonomia para decidir sobre o mérito do litígio, que as possíveis consequências e resultados podem ser discutidos por elas, o custo reduzido, e a obtenção do bem pretendido o mais célere, na forma do que fora pactuado (BACELLAR, 2012, p. 88).

Atrelado a isso, na conciliação judicial, qualquer aspecto jurídico do litígio deve ser deixado de lado, porque neste momento, não se busca uma solução adjudicatória com base no direito, mas sim uma em que o direito não seja relevante para a tomada de solução das partes (TARUFFO, 2017, p. 32), respeitada sua vontade.

Ocorre que, para um indivíduo que não possui condições de suportar o ônus do tempo do trâmite judicial (TARTUCE, 2020, p. 291) transigir sobre parte do seu bem jurídico acaba sendo uma saída “necessária” de modo a obtê-lo¹⁵. Ainda que a parte seja devidamente informada e tenha plena consciência de que está realizando

¹⁵ “E não se podem olvidar as situações em que o cidadão aceita a renúncia da quase integralidade de seus direitos para obter algum direito imediatamente em face de uma necessidade premente”. ConJur — Movimento pró-conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-31/movimento-pro-conciliacao-preocupar-qualidade-acordos>. Acesso em: 1 jun. 2021.

um acordo por ser a melhor saída, ainda assim, ela tem que renunciar. Essa possibilidade de renúncia, portanto, não condiz com uma tutela adequada do litígio, o escopo principal da conciliação e como preconiza o estímulo dado pela legislação (CUNHA, 2020, p. 916).

Em verdade, essa possibilidade deve existir em outros moldes, de forma que as próprias partes escolham essa alternativa de resolução de conflitos para obter a solução¹⁶ e não por ineficiência do Poder Judiciário, funcionando verdadeiramente como uma porta (CUNHA, 2020, p. 893).

Nos contornos dados pela legislação para essas práticas indicam uma tendência diferente — não se pode negar que a conciliação no Brasil possui grande preponderância na sua realização no bojo do processo judicial, logo no seu início ou durante — e não de forma extrajudicial e prévia —, apesar de haver um forte incentivo para isso (TARTUCE, 2018, p. 54). Nesse trilhar, há uma grande tendência ao economicamente necessitado quando da realização da transação, aceitar menos do que tem direito¹⁷.

Isso é um exemplo claro da reminiscência daquele modelo liberal de jurisdição em que as partes podiam livremente transacionar porque havia uma lei que previa que todos eram iguais e, conseqüentemente distinções no caso concreto não podiam ser realizadas, sob pena de ofensa a lei. Essa isonomia formal fazia com que a prestação jurisdicional não fosse adequada ao litígio e conseqüentemente não havia resolução substancial do conflito. Assim, duas partes economicamente desiguais, quando postas a transacionar, possui nítida vantagem aquele com melhores condições. Desse modo, a busca da tutela adequada do direito deve ser colocada como norte a ser seguido no atual modelo de jurisdição.

¹⁶ “Realmente, conciliar seria legal e legítimo se tal opção fosse escolhida pelas partes, no exercício de sua autonomia privada, devido às peculiaridades de seu caso, e não dimensionada como única hipótese de solução rápida de seu caso ou, mesmo, imposta pelo magistrado mediante a coação de uma futura decisão desfavorável”. ConJur — Movimento pró-conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-31/movimento-pro-conciliacao-preocupar-qualidade-acordos>. Acesso em: 1 jun. 2021.

¹⁷ “Como lembra Proto Pisani, a tendência de se privilegiar meios conciliatórios seria benéfica desde que não se consubstancie numa oportunidade em que o economicamente débil seja constrito a renunciar ao direito ou a se submeter a transações iníquas ou abusivas”. ConJur — Movimento pró-conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-31/movimento-pro-conciliacao-preocupar-qualidade-acordos>. Acesso em: 1 jun. 2021.

Nesse contexto, a ADR's, (sigla em inglês para *alternative dispute resolution*, que significa métodos alternativos de resolução de disputas) partem do pressuposto que as partes possuem a mesma capacidade econômica e as mesmas condições socioculturais que a tornam aptas a transigir sobre posições e direitos (FISS, 2004, p. 124). Em verdade, o acordo não decorre apenas da livre autonomia de vontade das partes, mas também, como bem assinala Owen Fiss, “dos recursos de que dispõem cada uma das partes para financiar o processo judicial, sendo certo que tais recursos são, frequentemente, distribuídos de maneira desigual” (2004, p. 124).

Ainda sobre a desigualdade entre as partes, o autor pontua a influência dos recursos de que dispõe as partes para a realização do acordo em três aspectos: primeiro, a parte mais vulnerável financeiramente pode ter acesso e analisar menos informações necessárias para a projeção da decisão do litígio; segundo, pode ter uma urgência imediata no bem jurídico objeto do acordo, induzindo à sua celebração, ainda que de forma inferior a de que teria direito; terceiro, a parte consegue celebrar um trato em razão de não possuir condições de arcar com os custos e custas da Justiça (FISS, 2004, p. 125).

Nesse mesmo sentido, Neil Andrews, apesar de ser um defensor da solução extrajudicial dos conflitos (GHIRELLO, 2010), aponta e reconhece alguns defeitos nesse método, dado que as partes podem não ter a compreensão plena de suas posições; elas podem ser desiguais em variadas perspectivas; pode ter havido algum procedimento desleal e uma das partes esteja se valendo disso; a posição jurídica preponderante não pode ser anulada pela realização de um acordo; o acordo deve delimitar com exatidão e completude o mérito do litígio; e, por fim, em casos de ilícitos graves deve ser utilizada a opção pelo processo perante o judiciário (ANDREWS, 2012, p.355)¹⁸.

Esse fenômeno, por certo, possui grande influência do ADR's nos Estados Unidos, que foi um local fértil para o seu desenvolvimento. Por trás desse aspecto está o que a antropóloga e pesquisadora Laura Nader chamar ideologia da harmonia.

¹⁸ Nas palavras do autor: “(1) as partes podem não entender completamente as suas respectivas posições; (2) as partes podem não ser iguais sob vários aspectos; (3) uma das partes pode ter querido fazer o acordo através de um procedimento desleal; (4) se uma das partes realmente tem direito, este não deveria ser neutralizado por um acordo; (5) o acordo sobre o mérito deve ser comedido preciso exato; (6) a opção pelo processo perante o judiciário deve ser usada no caso de ilícitos graves (ANDREWS, 2012, p.355)”.

Assim, em estudo antropológico e etnográfico realizado por Laura Nader, ela analisa o cenário político dos Estados Unidos entre as décadas de 60 e 90 e percebe que nos anos 60 houve uma forte atuação política dos grupos civis na busca por direitos e nas décadas subsequentes eles estavam “apáticos e contidos” (NADER, 1994, p. 3).

Contextualiza a autora que os anos 60 foram uma época em que muitos grupos sociais tiveram um terreno propício para apresentar suas reivindicações por direitos, dando ensejo também para críticas ao sistema jurídico-processual (NADER, 1994, p. 3). Nesse contexto, num movimento encabeçado pelo presidente do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos, buscou-se criar um modelo de solução de conflitos em que fosse “substituído o confronto pela harmonia e pelo consenso” (NADER, 1994, p. 3).

Dessa forma, “dramatizou-se uma forma de pensar (sobre as relações sociais, sobre os problemas estruturais da desigualdade, sobre as soluções desses problemas através de meios culturais)”. Necessitando que se realizasse uma mudança na forma de se pensar sobre “direitos e justiça”, passando para um “estilo menos confrontador, mais ‘suave’, menos preocupado com a justiça e com as causas básicas e muito voltado para a harmonia” (NADER, 1994, p. 3).

Essa percepção também é evidenciada por Michele Taruffo ao discorrer sobre as bases desse fenômeno, elencando a mudança do paradigma judicial adversarial de resolução de conflito para uma “cultura alternativa” que priorizava “métodos conciliadores e comunitários de solução de controvérsias nos anos 60 e 70, especialmente à classe mais pobre” (TARUFFO, 2017, p. 29).

Essa ideologia engendrada pelas autoridades da busca pela harmonia, gerou uma ideia de civilidade da sociedade americana, considerando isso uma virtude, em que o modelo adversarial de solução de conflitos fosse abandonado (NADER, 1994, p. 4). Assim, criou-se um antagonismo, de modo que, os ADR estavam associados a ideia de paz e a Justiça estava associada a ideia de guerra (NADER, 1994, p. 4). Percebe-se, com isso, que o foco saiu das condições da sociedade para o sujeito, de modo que “a capacidade de resolver conflitos interpessoais, e não as desigualdades de poder ou injustiça, foram e são o ponto nodal do movimento ADR” (NADER, 1994, p. 4).

Percebe-se, dessa maneira, que a ideia de não conflituosidade está muito em evidência hoje, não de forma nítida, mas através do estímulo dado aos métodos autocompositivos. De modo que gera a possibilidade de renúncia de direito das partes economicamente frágeis, levando a aceitar o acordo, mesmo tendo direito garantido sobre o bem jurídico.

Com isso, não se quer aqui evidenciar que os métodos alternativos de solução de conflitos não devam ser utilizados porque levam a acordos injustos. Em verdade, se busca analisar criticamente a aplicação do instituto para poder ser efetivado da maneira mais adequada ao conflito e em respeito ao direito tutelado.

Ocorre que, a atenção especial dada a estes institutos tem sido no sentido de que tais métodos merecem ser preponderantes em relação à tutela jurisdicional. Ou seja, deve ser a primeira porta de entrada quando se busca resolver um conflito. Nesse sentido, ensina Michele Taruffo que apesar de sempre ter existido tais métodos, a ênfase dada, pela doutrina e pelos legisladores, não é colocando-os como uma alternativa ao julgamento, mas sim como via principal que o jurisdicionado deve seguir e caso seja frustrada que se vá ao julgamento (TARUFFO, 2017, p. 28).

Nesse sentido, uma das dificuldades e limites que os métodos alternativos de solução de conflitos possuem consiste efetivamente na capacidade de realizar uma tutela adequada dos direitos controvertidos em juízo (TARUFFO, 2017, p. 32). Isso porque, argumenta o autor, na mediação e na conciliação o direito deve ser deixado de lado, não se podendo cogitar a dimensão jurídica da controvérsia.

Essa técnica, somente serviria para que as partes realizassem um compromisso de interesses não qualificados juridicamente e não para tutelar o direito (TARUFFO, 2017, p. 32). Dado que ao conciliador e ao mediador não é dada a capacidade de julgar o conflito entre as partes, dando a solução jurídica ao caso. Assim, uma vez celebrado o acordo entre as partes ao juiz será destinado somente a homologação¹⁹ e possível análise sobre algum vício formal, caso seja provocado para tanto.

¹⁹ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

Percebe-se, desse modo, que não é possível ser analisado o conflito jurídico entre as partes que foi objeto do acordo, já que constitui princípio da conciliação e mediação a confidencialidade²⁰. Diante disso, as partes possuem apenas um título executivo caso haja descumprimento, por alguma das partes, dos termos do acordo celebrado.

Dessa maneira, ao tratar da homologação da autocomposição realizada pelas partes o CPC no art. 487, inciso III, trata de “reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção, transação e renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção”, apesar de abordar tais fenômenos o dispositivo aborda o gênero de decisão homologatória de autocomposição (JÚNIOR, 2016, p. 743)

Nesse cenário, a homologação da autocomposição pelo magistrado serve tão somente para indicar a extinção do processo e recobrir a decisão sob o manto da coisa julgada (JÚNIOR, 2016, p. 745). Com isso, o juiz se detém apenas aos aspectos formais, externos, do acordo, como a verificação se era possível a realização da autocomposição e se os advogados estavam imbuídos de poderes para tanto (JÚNIOR, 2016, p. 744).

Outra importante problemática levantada por Taruffo, reside no fato de que a mediação e a conciliação não estão ao nível de eliminar ou amenizar as consequências da desigualdade existente entre as partes (TARUFFO, 2017, p. 32). Ora, um dos princípios norteadores da conciliação e da mediação é a imparcialidade do conciliador e do mediador, em razão dessa vedação não poderá permitir, muito menos esperar, qualquer conduta sua no sentido de proteger a parte mais fraca (TARUFFO, 2017, p. 32). Diante disso, não se pode olvidar haver possibilidade da realização de acordos em que seja desvantajoso para a parte economicamente mais frágil.

Nesse contexto, passa a ter importante relevância o papel dos sujeitos processuais na homologação do acordo, mais notadamente, à posição do juiz e das

²⁰ Art. 166: § 1.º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. § 2.º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos, ou elementos oriundos da conciliação, ou da mediação.

partes. Duas correntes doutrinárias contrapostas vão definir naturezas diferentes às posições, ora dando enfoque a uma visão particular, ora a uma posição publicista.

Desse modo, Pessoa Vaz expõe que a primeira visão seria aquela privatística, contratualista ou anti-jurisdicionalista, em que apenas as partes detêm o poder de delinear e estabelecer o conteúdo do negócio do litígio. Assim, ao juiz cabe apenas a atividade de verificar a regularidade formal dos acordos, sem se ater ao mérito. De outro modo, a segunda visão anunciada pelo autor, é uma publicista ou jurisdicionalista, em que ao juiz é reconhecida uma posição de árbitro público, exercendo controle substancial, ou seja, adentrando ao mérito do acordo, conseguindo influir nos termos do contrato (PESSOA VAZ, 1977, 59 – 64).

Ora, verifica-se que na forma que está posto atualmente, a atividade homologatória da autocomposição das partes pelo juiz, nada pode analisar sobre o mérito do acordo. Em contrapartida, sua homologação possui o condão de uma decisão meritória, como se tivesse analisado o mérito da demanda.

Nessa conjuntura, o acordo homologado pelo juiz adquire a aptidão de extinguir o processo como se o julgamento do mérito tivesse ocorrido no processo, em grau de cognição exauriente (JÚNIOR, 2019, p. 1484). Isso significa que o conflito fica definitivamente solucionado, sob o manto da coisa julgada, mesmo que a solução tenha sido alcançada pelas próprias partes, e não pelo juiz (JÚNIOR, 2019, p. 1484, 1485).

Ademais, esse ato jurisdicional é dotado de uma dupla eficácia, em que, tanto põe fim a relação processual, quanto confere qualidade de ato processual, com aptidão para formar coisa julgada e título executivo judicial, ao ato negocial realizado pelas partes (JÚNIOR, 2019, p. 1485).

Outro aspecto que vale ressaltar é que a sentença homologatória não constitui condição de validade do acordo extrajudicial realizado entre as partes, visto que este pode ser realizado até antes do ajuizamento da ação, não havendo necessidade de aprovação do judiciário (JÚNIOR, 2019, p. 1485). Contudo, quando o conflito é levado à juízo sendo realizado um acordo, a homologação se torna um ato necessário, porque vai afetar a relação processual e, somente o magistrado possui poderes para efetivar sua extinção (JÚNIOR, 2019, p. 1486).

Realizado o acordo entre as partes, conforme os ditames legais, o conflito existente desaparece, não havendo interesse processual apto a dar prosseguimento ao feito (JÚNIOR, 2019, p. 1486). Caso alguma parte tenha se arrependido ou se sentido lesada, poderá ser proposta nova lide no que se refere a eficácia do negócio, todavia, aquela lide inicial foi extinta (JÚNIOR, 2019, p. 1486).

Nesse diapasão, é possível que uma decisão meritória no processo decorrente da autocomposição entre as partes, mesmo resguardado sob o manto da coisa julgada, tenha sido realizada com desigualdade. Dado que, existe a presunção formal de que as partes têm condições equivalentes de negociação e as concessões que fizeram estavam dentro da sua autonomia da vontade.

Nesse sentido, quando se busca a solução de uma controvérsia por intermédio dos meios alternativos de resolução de conflitos se pressupõe que as partes possuem uma igualdade relativa (FISS, 2004, p. 124). Desse modo, as tratativas para a realização da conciliação são realizadas com o fito de esclarecer às partes sobre o prosseguimento do processo e sobre a realização do acordo, que será inteiramente fruto da sua vontade. Ocorre que não se pode deixar de lado que as condições econômicas das partes também influenciam sobremaneira nas tratativas entre as partes (FISS, 2004, p. 124).

Dessa maneira, verifica-se que a transação sobre direitos é algo inerente a conciliação judicial. Todavia, essa possibilidade de disposição nem sempre se mostra adequada a tutelar o direito controvertido em juízo.

Conforme bem expõe Owen Fiss (FISS, 2004, p. 139), toda a teorização dos métodos de solução de conflitos indica que o acordo parece ser a alternativa perfeita ao julgamento, para superar a crise do judiciário e para resolver efetivamente o conflito entre as partes. Além disso, é colocado como um método menos custoso e mais acessível. Assim parece atingir os mesmos fins do julgamento, contudo de uma forma melhor, mais econômica e mais eficiente.

Em que pese tais métodos serem uma alternativa válida à jurisdição, sua função somente é alcançada se possuir capacidade de tutelar direitos de modo equivalente à jurisdição, ou seja, entregar o bem que seria possível obter através do processo judicial (TARUFFO, 2017, p. 32).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta investigação se propôs, como objetivo principal: verificar se a possibilidade o detentor de uma posição jurídica preponderante renunciar parcialmente um direito, através da conciliação, interessar-se que se possa obtê-lo como resultado de um acordo e não em sua integralidade ao final de um processo judicial, está tendo uma prestação jurisdicional adequada.

Nesse contexto, verifica-se que não são todos os litígios que conseguem ser resolvidos por um meio alternativo de resolução, visto que soluções alternativas, implicam, necessariamente, em abdicar de parte desse direito. E a conciliação judicial não se mostra o meio mais eficaz para dirimir tais controvérsias.

Não se pretende aqui afastar o uso da conciliação judicial quando houver litígio envolvendo algum direito fundamental, mas sim verificar se a conciliação consegue tutelar um direito de forma equivalente ao processo judicial. Ou seja, oferecer a mesma proteção ao direito, todavia de forma diversa daquela adjudicatória pelo Estado.

Desse modo, tutelar o direito e não o conflito entre as partes, constitui a finalidade precípua da jurisdição, já que a solução da contenda será realizada com a tutela do direito. Ao ser dado esse enfoque no direito não se pode ignorar que a possibilidade de renúncia ou transação sobre ele, outorgado pela ordem jurídica, não configura uma violação a jurisdição.

Ao se buscar números de acordos celebrados, ao invés de eficácia da tutela jurisdicional, se está violando garantias fundamentais, porque a ordem jurídica garante que havendo violação a um direito, este deve ser justamente reparado. E, no afã de mostrar um acordo celebrado ou meramente pôr fim a um processo judicial se permite a violação a um bem jurídico em que a parte teve que obtê-lo através da sua renúncia parcial.

Portanto, diante da pesquisa bibliográfica realizada, verifica-se que esses meios, possivelmente, não possuem aptidão suficiente para tutelar os direitos controvertidos em juízo, considerando, ainda, a desigualdade entre as partes. Missão esta que o Poder Judiciário é instituído para fazer, precipuamente, uma vez que, é

através do processo judicial que se busca amenizar as desigualdades existentes entre as partes.

REFERÊNCIAS

ALVES, Magda, **Como escrever teses e monografias**. Rio de Janeiro: Editora Campus Ltda, 2003

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. **Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)**. 2. ed. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2018.

ALVIM, J. E. C. **Teoria geral do processo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ANDRADE, G. H. B. A mediação e os meios alternativos de resolução de conflitos. **Revista Fórum de Direito Civil - RFDC**, v. 5, n. 3, p. Não paginado, 2014.

BACELLAR, R. P. **Mediação e arbitragem**. Coleção sa ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA, A. F. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Forense, 2017.

CUNHA, L. C. DA. **A fazenda pública em juízo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DINAMARCO, C. R.; BADARÓ, G. H. R. I.; LOPES, B. V. C. **Teoria Geral do Processo**. 32. ed., r ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

FISS, O. **Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GHIRELLO, M. **ConJur - Processo Civil Inglês estimula alternativas para solução de litígios**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-mar-22/processo-civil-ingles-estimula-alternativas-solucao-litigios>. Acesso em: 15 jun. 2021.

GONÇALVES, M. B. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: JusPodivm, 2020.

JUNIOR, F. D. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1.

JÚNIOR, H. T. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

JUNIOR, L. A. S. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

KAZUO WATANABE. MODALIDADE DE MEDIAÇÃO. In: DELGADO, J. et al. (Eds.). **Mediação: um projeto inovador**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003. v. 22p. 42–50.

LORENCINI, M. A. G. L.; SILVA, P. E. A. DA (Eds.). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3. ed. Rio de Janeiro: [s.n.]. p. Não paginado.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Curso de processo civil** : teoria do processo civil. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 1

MASCARO, A. L. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MENEZES, P. DE T. D.; SILVA, V. S. DA. **Conciliação judicial**: reflexão luso-brasileira sobre o papel do juiz. *Juris Plenum*, 2020.

NADER, L. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 9, n. 26, 1994.

NEVES, D. A. A. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NUNES, C. Do Código Buzaid ao novo Código de Processo Civil: uma análise das influências culturais sofridas por ambas as codificações. **Revista de Processo**, v. 246, n. Agosto 2015, 2017.

OLIVEIRA, E. R. DE. **NOTAS SOBRE O CONCEITO DE LIDE**. [s.l: s.n.]. Disponível em: <

PEREIRA, C. M. DA S. **Instituições de direito civil**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PINHO, H. D. B. DE. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1

PONCIANO, V. L. F. Morosidade do poder judiciário: prioridades para a reforma. **Scientia Iuris**, v. 11, p. 209, 15 dez. 2007.

SILVA, C. R. DA. AS CONSOLIDADAS VIAS ALTERNATIVAS À CULTURA DA SENTENÇA. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 4, n. 1, p. 109–133, 2016.

SILVA, P. E. A. DA. Resolução de disputas: métodos adequados para Resultados possíveis e métodos possíveis para Resultados adequados. In: SALLES, C. A. DE; LORENCINI, M. A. G. L.; SILVA, P. E. A. DA (Eds.). . **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 36–62.

SILVA, R. B. F. DA; COSTA, R. L. DA; LORENCENA, T. L. Análise das formas de autocomposição no código de processo civil brasileiro. In: SPENGLER, F. M.; NETO, T. S. (Eds.). . **Políticas Públicas para composição no Código de Processo**. 1. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017. p. 1–174.

TARTUCE, F. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed., re ed. Rio de Janeiro: EDITORA FORENSE LTDA., 2018.

TARTUCE, F. **Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar?** In: SALLES, C. A. DE;

TARUFFO, M. **Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2017.

TUTELA | **Michaelis Dicionário da língua portuguesa**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/tutela>. Acesso em: 24 maio. 2021.