

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

ADRIANA SILVA MAILLART

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

F723

Formas consensuais de solução de conflitos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Silva Maillart; Caio Augusto Souza Lara – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-396-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Formas consensuais. 3. Solução de conflitos. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apresentação

Formas de Solução de Conflitos I

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Formas Consensuais de Solução de Conflitos I durante o IV Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 09 a 13 de novembro de 2021, sob o tema geral “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Trata-se da quarta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos das diversas formas consensuais de solução de conflitos existentes no Brasil e no mundo.

Os temas abordados vão desde a conciliação, a mediação e as práticas de justiça restaurativa, passando também pelo estudo da arbitragem. Em virtude do tempo em que vivemos, os desafios atuais da temática do grupo relacionados à pandemia da COVID-19 também estiveram presentes.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Adriana Silva Maillart

Caio Augusto Souza Lara

ACESSO A JUSTIÇA EM TEMPOS DE CRISE: A SOLUÇÃO PACÍFICA DE CONTROVÉRSIAS E O PAPEL DO MAGISTRADO NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.

ACCESS TO JUSTICE IN TIMES OF CRISIS: THE PEACEFUL RESOLUTION OF DISPUTES AND THE ROLE OF THE MAGISTRATE IN PROMOTING HUMAN RIGHTS.

Edson Oliveira Da Silva ¹

Resumo

Com a evolução da sociedade alguns direitos são positivados e outros readequados para atender as novas demandas sociais. Dentro desta perspectiva, suscitou-se a seguinte problemática: Como se processa o acesso à justiça em tempos de crise, considerando os meios de soluções pacíficas de controvérsias e o papel exercido pelo magistrado na promoção dos direitos humanos? A metodologia utilizada no presente estudo engendrou a revisão bibliográfica e a apreciação de diplomas legais recorrendo à técnica da análise de conteúdo. Destarte, será traçado um panorama geral sobre o acesso à justiça.

Palavras-chave: Justiça, Conflitos, Crise, Gestão, Acessibilidade

Abstract/Resumen/Résumé

With the evolution of society, some rights are affirmed and others readjusted to meet new social demands. Within this perspective, the following issue was raised: How is access to justice processed in times of crisis, considering the means of peaceful solutions to disputes and the role played by the magistrate in the promotion of human rights? The methodology used in this study engendered the literature review and the appreciation of legal diplomas using the technique of content analysis. Thus, an overview of access to justice will be drawn.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Justice, Conflicts, Crisis, Management, Accessibility

¹ Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela UFS. Bacharel em Direito pela Faculdade Pio X. Professor de ensino superior da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

1. INTRODUÇÃO

A temática desta pesquisa versa sobre o acesso à justiça. Nesta abordagem será considerado que o Brasil se encontra na égide de um Estado Democrático de Direito consolidado através da Constituição Federal de 1988 tendo como amparo uma forte base principiológica.

Na sociedade hodierna, é de significativa relevância a compreensão dos princípios, que são proposições genéricas/abstratas aplicáveis a um número indefinido de casos. Deste modo, os princípios garantem o acesso à justiça colaborando com a solução pacífica de controvérsias e contribuindo para que o magistrado possa ponderar na promoção da justiça e dos direitos humanos.

Para nortear a presente pesquisa foi lançada a seguinte problemática: Como se processa o acesso à justiça, considerando os meios de soluções pacíficas de controvérsias e o papel exercido pelo magistrado na promoção da justiça e dos direitos humanos? A partir desta pergunta foram suscitadas as questões norteadoras a seguir: Qual a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana como balizador do acesso a justiça? Qual o papel do princípio do efeito integrador na análise dos casos concretos? Como o princípio da proporcionalidade age na ponderação de direitos? A solução pacífica de controvérsias é uma forma efetiva de acesso à justiça?

Como observado são várias as questões norteadoras deste estudo, por isso, a investigação centraliza seus esforços em realizar uma breve análise do posicionamento normativo e doutrinário que envolve o tema abordado. Considerando a realidade brasileira, a pesquisa traz uma breve análise de autores estrangeiros sobre o que eles entendem sobre o acesso a justiça. Tudo isto com o foco de proporcionar uma reflexão acerca da possibilidade de se promover este acesso em tempos de crise.

Deste contexto, deve-se considerar que, a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada no ano de 1988 (CF/1988), no seu art. 1º, *caput*, enuncia que: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”. Logo em seguida, o referido dispositivo constitucional exhibe os fundamentos da República Federativa do Brasil (RFB). O texto constitucional proclama que a RFB tem como um dos seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana. E o acesso aos instrumentos de promoção da justiça e dos direitos humanos são reflexos do princípio em epígrafe.

O escopo geral deste estudo é o de analisar como se processa o acesso à justiça. Para concretizar o objetivo proposto será abordado sobre os meios de soluções pacíficas de controvérsias e acerca do papel do magistrado na promoção da justiça e dos direitos humanos. No que concerne, aos meios de solução pacífica de controvérsias têm como uma das características que merece destaque a celeridade na resolução dos conflitos suscitados, pois, deste modo haverá uma efetiva promoção de justiça.

No enfoque sobre o papel do magistrado na solução dos litígios considera-se a liberdade para decidir diante do caso concreto dado ao juiz pelo novo Código de Processo Civil (NCPC). Sem dúvidas, cabe ao judiciário, de modo precípua, processar e julgar aplicando o direito aos casos concretos. Por isso, quando mais amplo for o acesso à justiça, maior será a possibilidade de se garantir um efetivo provimento das demandas.

Por fim, foram apresentados aspectos gerais que envolvem o acesso à justiça. A metodologia utilizada neste estudo engendrou a revisão bibliográfica e a apreciação de diplomas legais recorrendo à técnica da análise de conteúdo. Com o fito de traçar um panorama geral sobre o acesso à justiça.

2. SOLUÇÃO PACÍFICA DE CONTROVÉRSIAS NO ACESSO A JUSTIÇA

Na abordagem acerca do processo de solução pacífica de controvérsias faz-se necessário citar os aspectos gerais que envolvem o mencionado processo. Para Mazzuoli (2018) na mencionada solução de conflitos são consideradas as demonstrações de vontade das partes conflitantes. Segundo o autor, o direito privado brasileiro assim como diversos outros na latino-américa, por exemplo, preveem que a obrigação decorrente de um contrato (tratando-se de um contrato entre ausentes) reputar-se-á estabelecida no lugar do domicílio do proponente, conforme dispõe a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB) no seu art. 9º, § 2º. Ou seja, independente do tipo de contrato deve-se garantir formas de acesso e solução pacífica da controvérsia restaurando o dano sofrido pela parte.

Dentro desta perspectiva, observa-se que os princípios aplicáveis aos contratos no direito interno também se aplicam nas contratações internacionais na busca pela justiça social e com foco na promoção da dignidade humana do contratante. A pessoa humana passar a ser considerada o centro das atenções nas relações de direito privado.

Com o advento da globalização favoreceu-se a realização de contratos internacionais. E, neste caso como seria o acesso a justiça, cabe destacar que, para solucionar a lide Mazzuolli (2018, p.120) cita que “Frise-se, desde já, que havendo divergência entre a lei

nacional (*lex fori*) e a lei estrangeira (estranha) de DIPr deverá o juiz aplicar a que melhor resolva, com justiça, o caso concreto”.

Além do que já fora exposto, deve-se buscar sempre que possível a solução pacífica para o conflito seja ele direito interno ou internacional. A seguir serão exibidas as principais formas de resolução pacífica de controvérsias.

3. PRINCIPAIS MEIOS DE SOLUÇÕES PACÍFICAS DE CONTROVÉRSIAS

Para iniciar será abordada a mediação que é considerada como um procedimento em que um terceiro (mediador) procura encontrar um ponto de convergência entre as partes, uma solução intermediária para indicar aos litigantes e caso seja acolhido pelas partes ocasionará a solução do conflito. Contudo, a aceitação e a realização de um acordo entre as partes contratantes são discricionárias.

Neste caso, o terceiro busca aproximar as partes conflitantes através do seu poder de influência e convencimento com foco na resolução da controvérsia. Destaca-se como uma definição mais concisa para mediação a de Accioly (2017), onde cita que a mediação incide na interposição amistosa apenas aproximando os conflitantes, com o fito de solução pacificamente o conflito de interesses.

Segundo Tartuce e Dellore (2016, p. 11) a definição clássica de lide representa “[...] conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Lide é sinônimo de disputa, litígio, conflito”, então a aludida pretensão resistida deve ser objeto dos meios de solução pacífica de controvérsias, inicialmente, para que busque a solução pacífica e justa.

Diante do exposto, é a incessante procura pelo acordo de vontade das partes envolvidas na disputa, seja pela facilitação da comunicação entre as partes por meio da mediação, que aproxima os envolvidos para facilitar o diálogo permitindo a solução conjunta do conflito pelos próprios litigantes, sem propostas concretas por parte do mediador. Já, por meio da conciliação, busca-se a interferência de um terceiro (conciliador) que pode propor soluções visando facilitar a solução da lide.

Ainda, segundo Tartuce e Dellore (2016) é de se destacar que em algumas hipóteses a norma permite a autotutela (autodefesa) pelo próprio titular do direito. Contudo, os autores ressaltam que na sociedade hodierna tem se priorizado a composição de interesses de modo a incentivar a adoção de meios apropriados de composição de conflitos visando sua solução pacífica buscando sempre promover a justiça.

No ordenamento jurídico brasileiro, os institutos da mediação e conciliação são diferenciados pelo Código de Processo Civil. Em observância ao texto legal, Didier (2016, p. 274) distingue os dois institutos acima citados: Os parágrafos 2º e 3º do art. 165 do CPC ratificam essa diferenciação, pois, o parágrafo 2º do CPC ressalta que, “O conciliador que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”.

De modo complementar, o parágrafo 3º do CPC aborda o papel do mediador “O mediador que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, [...]”. Ou seja, o CPC brasileiro de 2015 visa apresentar soluções com base no consenso das partes envolvidas podendo gerar benefícios mútuos e, com isso, promovendo a justiça social, sem contar que com os meios de solução pacíficos de controvérsias, sejam eles aplicados ao direito interno ou internacional, tem-se um ganho na celeridade para resolução do conflito.

Na conciliação por ser uma atividade mais meticulosa em que há uma efetiva intervenção no conflito há a necessidade de uma comissão de conciliação com número ímpar de membros visando procurar propor uma solução mais equânime para a lide. Segundo Accioly (2017) isto ocorre com frequência nas controvérsias que envolvem a aplicação de direito interno em contratações internacionais, o que garante a parte prejudicada a possibilidade de solução pacífica da controvérsia.

Com relação a diferenciação entre mediação e conciliação de conflitos, recorre-se a Didier (2016, p. 273) que destaca que, “Mediação e conciliação são formas de solução de conflitos pelas quais um terceiro intervém em um processo negocial, com a função de auxiliar as partes a chegar a autocomposição”. Como exposto, o papel exercido pelo mediador/conciliador é o de buscar a composição de uma solução para a lide estabelecida, procurando definir o direito mais adequado para cada caso concreto.

Portanto, pode se concluir que de acordo com Didier (2016, p. 274) “O conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio. A técnica de conciliação é mais indicada para os casos em que não havia vínculo anterior entre os envolvidos”.

Nesse mesmo sentido Neves (2016) complementa que o conciliador é indicado para atuar preferencialmente nas casuísticas em que não houver vínculo anterior entre as partes. Depreende-se do exibido que, na concepção do autor que a conciliação é a mais apropriada

para conflitos de interesses que não ensejem em uma relação contínua entre as partes litigantes, que passaram a manter um vínculo justamente em razão do conflito, como ocorre numa colisão de pretensões.

Para Junior (2018) no plano interno a difusão do instituto da conciliação se deu com a vigência do novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015 dispondo que acerca da valorização do papel da mediação e da conciliação, pois, o CPC priorizou a celeridade na resolução das demandas dentro da atividade jurisdicional, pois, são considerados instrumentos específicos de pacificação dos litígios, sendo dada a parte a liberdade para optar pelo instrumento considerado mais adequado para solucionar a demanda aplicando o direito pertinente.

A resolução da lide tem como finalidade precípua a solução justa e apropriada a lide, buscando resolver a situação controvertida minimizando assim as tensões sociais. O conciliador atua neste contexto sugerindo a solução mais adequada, contudo, em algumas situações as partes optam para uma intervenção mais ativa na solução do litígio, sendo necessário recorrer a arbitragem, como será exposto no próximo tópico.

Ao abordar a arbitragem recorreu-se a Portela (2017), em que ressalta que é um dos meios de solução de controvérsias mais antigos, pois fazia o papel que na atualidade é de competência do Poder Judiciário. Segundo o autor há registros de práticas de arbitragens desde o Egito Antigo, do Império Romano e nas ações do Papado, na Idade Média. No Brasil têm-se registros de ações que envolviam arbitragem praticadas pelo Barão do Rio Branco em meados do século XIX e no início do século XX.

Sobre o tema, Accioly (2012, p. 1192) destaca que, “O instituto da arbitragem, conhecido no Velho Continente desde remota antiguidade, desenvolveu-se bastante no hemisfério americano, na época contemporânea. O Brasil está entre os países que por ele mais se interessaram”.

Ainda, conforme posicionamento de Accioly (2012) a arbitragem pode ser caracterizada como um instrumento de resolução pacífica de conflitos, por uma ou mais pessoas (árbitros) que são livremente escolhidas pelas partes litigantes, normalmente é por meio de um compromisso arbitral que se estabelece as regras a serem obedecidas e onde as partes contratantes submetem-se a decisão proferida na sentença arbitral.

No mesmo sentido, porém de forma mais abrangente, traz Portela (2017) o conceito de arbitragem como sendo, o procedimento de solução de conflitos pelo meio do qual as partes contratantes elegem um árbitro ou um tribunal arbitral composto de várias pessoas, em regra indicadas por sua capacitação específica na matéria objeto da lide e portadoras de

representativas qualidades no que concerne a imparcialidade e neutralidade, para dirimir uma lide mais ou menos delimitada pelos conflitantes.

De acordo com Husek (2017, p. 310) “O compromisso arbitral é um tratado bilateral em que os contendores descrevem o litígio em que estão envolvidos, apontam as regras de Direito que querem aplicáveis e designam o árbitro ou tribunal, já previamente consultado”. Nesta perspectiva, pode acontecer que entre países conflitantes já exista disposição para a arbitragem em uma convenção anterior. Deste modo caracterizando-se a controvérsia, de imediato entra em vigor a cláusula arbitral.

No que concerne ao objeto da arbitragem Acciolly (2012) salienta que em regra, só podem ser objeto de arbitragem as lides de ordem jurídica ou suscetíveis de serem formulados juridicamente. Com isso, o autor destaca que a arbitragem pode ser prognosticada em tratados de natureza de arbitragem propriamente dita ou de tratados com cláusula compromissória.

Dentro de uma ampla definição de acesso a justiça, a doutrina tem considerado os meios de solução pacífica de controvérsias, como instrumentos para que se garanta a promoção da justiça e dos direitos humanos. Contudo, nem sempre consegue-se a aludida solução pacífica necessitando-se recorrer a solução dada pelo magistrado diante da análise do caso concreto, como exibido a seguir.

4. PAPEL DO MAGISTRADO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O papel exercido pelo magistrado no acesso à justiça confunde-se com o próprio papel exercido pelo Poder Judiciário que é o de garantir a prestação jurisdicional frente às pretensões resistidas. Na solução dos litígios, o magistrado nem sempre terá um dispositivo (deve ser) que se aplique diretamente ao caso concreto, por isso, muitas vezes no cumprimento das suas atribuições o magistrado vai ter que recorrer a definição do que vem a ser princípios.

Dentro desta perspectiva, antes de aprofundar o estudo, faz-se necessário uma breve reflexão sobre a definição do termo “princípios”. Na concepção de Saraiva (2011, p. 30), “Princípios são proposições genéricas, abstratas, que fundamentam e inspiram o legislador na elaboração da norma”, ou seja, eles guiam o legislador na construção das leis e orientam sua interpretação. Quando se fala que os princípios orientam a interpretação da norma é porque ele é o eixo condutor das ações do Poder Judiciário.

Dentre os princípios de interpretação da constituição destacam-se o princípio do efeito integrador. Segundo Nishiyama (2011, p. 10) este princípio significa que, “[...] na

resolução dos problemas jurídico-constitucionais o intérprete deve dar preferência aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política”.

É importante diferenciar “Direito de Princípios”. Neste sentido, Direitos são normas de natureza declaratórias que estabelece, em regra, uma faculdade de agir por parte do seu titular. Para Figueiredo (2014) o “Direito” é de caracterização objetiva, podendo ser definido como a ciência que regula o comportamento humano.

Já os princípios na concepção de Figueiredo (2014) são os principais elementos do direito, sendo comandos gerais e abstratos, com abrangente campo de incidência que influenciam na definição do ordenamento jurídico. Traduzem-se, portanto, em comandos de orientação para a atividade legislativa de produção do direito positivo, isto é, das leis escritas. Os princípios influenciam as normas e os contratos celebrados.

Com a edição da Lei nº 13.105/2015, de forte influência principiológica, instituiu-se o novo Código de Processo Civil (NCPC), assim como trouxe surgiram significativas modificações nos procedimentos dos magistrados, dentre eles, destacam-se os procedimentos executórios. Dentre as alterações trazidas com o NCPC salientam-se as preconizadas no art. 139, inciso IV, onde cita que o magistrado conduzirá o processo podendo determinar medidas indutivas, dotadas de poder coercitivo e mandamental imprescindíveis. Depreende-se do texto deste artigo a necessidade de se esclarecer o que significa “medida necessária” e “princípio da proporcionalidade, visando o amplo acesso a justiça.

A definição dos aludidos termos colaborará na compreensão do art. 139, inciso IV e na interpretação dos julgados analisados. Pois, a análise da medida necessária nos remete aos princípios do efeito integrador e da proporcionalidade para que através deles promova-se a avaliação acerca da real necessidade de implementação da aludida medida.

Neste contexto, os mencionados princípios têm por objetivo principal equilibrar os direitos individuais com as aspirações da sociedade. Para que se promova uma decisão lastreada no que é razoável e justo à luz do caso concreto. Daí a medida dita necessária que colabora para a efetividade daquilo que se almeja.

É importante destacar que as denominadas medidas necessárias previstas no art. 139, inciso IV do NCPC só serão adotadas quando esgotadas as demais ações coercitivas, e como derradeiro recurso para que se evite a decretação da pena de prisão civil, por exemplo.

Nesta análise devem ser promovidos alguns questionamentos, pois estes colaboraram na verificação da real necessidade das medidas ora adotadas, quais sejam: A norma é clara em afirmar que o magistrado pode adotar todas as medidas necessárias para propiciar efetividade

a decisão judicial? Não há qualquer limitação na adoção das medidas coercitivas que antecedem a prisão? O juiz teria autorização para até violar direitos fundamentais na adoção das medidas coercitivas? Seria razoável violar direitos na adoção de medidas coercitivas? Seria constitucional? As mencionadas perguntas têm o condão de provocar reflexões acerca da medida coercitiva autorizada pelo art. 139, inciso IV do NCPC.

Antes da aplicação da referida medida prevista no artigo em tela faz-se necessário analisar a razoabilidade da aludida aplicação. Pois, a princípio a referida “medida necessária” tomada pelo juiz é dotada de discricionariedade. Diante do exposto, é preciso ponderar acerca da real eficácia. Pois, um dos objetivos do artigo em epígrafe é o de propiciar reflexões acerca das acenadas medidas coercitivas. Neste contexto, também se deve apreciar a amplitude dada ao texto do art. 139 do NCPC.

Contudo, é inegável que o mencionado artigo do novo código de ritos processuais trouxe significativo poder ao magistrado para que possa, dentro da sua discricionariedade, resolver a lide da melhor maneira possível. Para responder aos questionamentos expostos faz-se necessário recorrer ao princípio da proporcionalidade.

Ao considerar os subprincípios da proporcionalidade na avaliação da casuística apresentada contribui-se com a definição de que medidas adotar. Na concepção de Nunes e Nóbrega (2016) o princípio da proporcionalidade é um importante instrumento para ponderar sobre as condições para viabilizar a satisfação da obrigação exequenda dando a efetividade necessária ao procedimento executório.

Há uma complexidade no processo de execução realizado na sociedade hodierna devido à evolução do direito. Dentro desta perspectiva, são muitas as polêmicas surgidas com a edição da norma no ano de 2015 que rege o processo civil no Brasil. A discussão, que decorre do fato do artigo permitir ao juiz aplicar “todas as medidas” que assegurem o cumprimento da ordem judicial, a polêmica refere-se a análise deste enunciado.

A polêmica a ser resolvida pelo Judiciário, como observado, envolve o artigo 139 do CPC, que confere ao juiz a possibilidade de “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”. Sendo que uma das intenções de conferir os referidos poderes ao magistrado é para que este pratique a equidade diante das demandas judiciais, com o fito de promover o acesso a uma justiça real/efetiva diante de cada caso suscitado.

Mediante as novas reformas processuais os atos de constrição utilizados pelos magistrados têm mudado a atuação do judiciário. Neste sentido, o Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 139 aborda sobre os poderes, os deveres e da responsabilidade do juiz.

O novo CPC, também, disciplinou em seu texto medidas que ampliassem os poderes de direção do juiz, sendo trabalhadas noções principiológicas e atuação de zelar pela igualdade, garantir a duração razoável do processo, impedir os atos atentatórios à dignidade da justiça e a procrastinação, adequação dos prazos e produção de meios de prova, uso de medidas assecuratórias para efetivação da tutela do direito e a duração razoável do processo.

Segundo o art. 139 do CC/2002 incumbe ao juiz dirigir o processo de forma a: assegurar às partes igualdade de tratamento; velar pela duração razoável do processo; prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniárias; promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais e; dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.

É notória a necessidade de que se promovam reflexões para que se tenha parâmetros de ponderação acerca das aludidas medidas necessárias a serem adotadas pelo magistrado. Sem uma ponderação principiológica tem-se um retrocesso nas premissas constitucionais dando possibilidade a um “Estado de Exceção” dentro do próprio judiciário com adoção de medidas arbitrárias de restrição de garantias fundamentais em prol da efetivação da decisão judicial em obter a resolução do mérito em prazo razoável ou o direito fundamental de uma vida digna. Eis uma ponderação de valores difícil de ser efetivada e devendo ser analisada caso a caso.

Neste contexto, depreende-se a importância do papel do princípio do efeito integrador na análise dos casos concretos, conforme salientado nos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais. Assim como, por meio do princípio da proporcionalidade que age na ponderação das medidas coercitivas diante de cada caso concreto na busca incessante de promoção da justiça e dos direitos humanos, mesmo em tempo de crise.

5. ACESSO A JUSTIÇA EM TEMPOS DE CRISE

A igualdade de tratamento no acesso a justiça decorre dentre outros princípios do princípio da isonomia. Para Lovece (2015, p. 725) “El acceso a la jurisdicción constituye uno de los pilares básicos de un Estado democrático, y la razón de ser de una sociedad más justa es un derecho fundamental del hombre y su existencia es requisito previo para el ejercicio de

los restantes derechos”.

Devendo salientar que o novo Código Civil Brasileiro, assim como no Código Civil y Comercial Argentino tem-se um processo de publicização do direito civil com a inserção de princípios constitucionais no direito privado para garantir, por exemplo, a dignidade da pessoa humana nas relações privadas.

Segundo Lovece (2015, p. 725) “La protección de los derechos implica no sólo su reconocimiento normativo, sino que comprende el aspecto procesal, debiendo otorgársele al individuo la posibilidad de ejercerlos por medio de los mecanismos adecuados; [...]”. O processo segundo a autora é um dos principais instrumentos para garantia de direitos, quando cabe ao judiciário resolver a demanda.

As modernas decisões judiciais têm trazido muita discussão a respeito dos “Direitos Fundamentais, das Liberdades Públicas dentro de um Estado Democrático de Direito” e mais sobre a dignidade da pessoa humana. Sendo a Constituição Federal a norma maior do Estado brasileiro deve todo ordenamento jurídico e a atuação do judiciário se embasar nas premissas constitucionais. Diante das crises enfrentadas não se pode deixar de buscar a promoção da ordem pública.

Para Seda (2018, p. 26) “El orden público podría ser genéricamente definido como la cristalización de los valores básicos de una sociedad, y está relacionado con otro concepto en amplio y ambiguo como la moral”. A ideia de ordem pública tem contribuído para que o direito privado ganhasse os contornos de direito público.

Devido à tendência de constitucionalização do direito civil que ocorre, por exemplo, em ordenamento latino-americanos, o direito privado tem ganhado nova interpretação. Devendo buscar a premissa principiologia da ponderação de valores diante das casuísticas apresentadas.

Na visão de Seda (2018), as intervenções do Estado na esfera privada são às vezes causadas por convenções internacionais de direitos humanos adotadas pelo Estado nacional no que concerne à proteção dos direitos de grupos específicos da população. Independente da crise instalada ou do conflito de interesses não se pode deixar de observar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Na concepção de Farias e Rosenvald (2017) o aludido princípio da “dignidade da pessoa humana” é considerado valor e princípio, além disso, constitui elemento fundamental para a concretização de qualquer Estado Democrático de Direito, assumindo proporção de regra geral e abstrata, adequada para condicionar e anuir com o ordenamento jurídico vigente na proteção dos direitos humanos com o acesso a justiça.

Pode-se dizer que, conforme ensina Ramos (2014) que a questão atinente à proteção aos direitos humanos pode ser remontada aos meados do século XX, onde alguns direitos considerados essenciais encontravam-se previstos em diplomas internacionais fragmentados, elaborados no âmbito da Liga das Nações, aproximadamente na década de 1920.

Segundo Piovesan (2017) o campo de proteção dos direitos humanos envolve os sistemas global e regional que não são inconciliáveis, mas sim complementares. Inspirados pelas disposições e princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, constitui um complexo instrumental de proteção dos direitos da pessoa humana no plano internacional que influencia, também, na promoção da justiça e dos direitos humanos no plano interno.

Ainda, no que se refere aos direitos humanos Piovesan (2012, p. 295) destaca que, “são universais, inerentes à condição de pessoa e não relativos às peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, incluindo em seu elenco não só direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais”. Independe da crise instalada o acesso a justiça é um pressuposto básico para a promoção dos direitos humanos e a responsabilização dos seus violadores.

Contudo, diante da complexidade do corpo social que se encontra espalhada pelo mundo, a eficácia e aplicação de tais normas acabam esbarrando em valores cunhados no âmbito de cada comunidade ou povo, abrindo o debate acerca do universalismo e do relativismo cultural.

Dentro desta perspectiva cabe ao Judiciário de cada Estado soberano decidir qual direito aplicar a cada caso concreto, assim como, o controle de constitucionalidade das normas aplicadas nas soluções de controvérsias.

Para Husek (2017, p. 112) “Cabe ao poder judiciário interno de cada país o controle da constitucionalidade das convenções internacionais, e, igualmente, cabe também, ao mesmo Poder, aplicar as normas internacionais que representam o ‘jus cogens’, [...]”. Ou seja, com isto se criam regras de acesso a justiça internamente.

Neste contexto, para Piovesan (2017) o sistema interamericano, diferentemente do europeu, não tem um suporte consolidado de cooperação entre Estados na promoção dos direitos humanos; assim como, também, não dispõe de uma conscientização plena da importância de se respeitar os direitos humanos no plano interno dos Estados latino-americanos.

A perspectiva é que isso seja contornado e que em breve a promoção e o respeito aos direitos humanos seja a tônica no âmbito latino-americano, assim como também sejam

ampliado o acesso ao judiciário para resolver as controvérsias que não se pretenda resolver por meios de solução pacífica de controvérsia. De modo que, a cultura de cada povo que integra a América Latina seja respeitada com foco na promoção da justiça social. E como cita Piovesan (2017) que ocorra a implementação das decisões da Corte Interamericana no plano interno dos Estados, assim como ocorra a incorporação, hierarquia e impacto dos tratados de direitos humanos no ordenamento doméstico dos Estados Latino-Americanos. De modo que se ampliem possibilidade de acesso e promoção da justiça no âmbito interno do Estados, segundo as normas de ritos processuais locais.

Os princípios aplicáveis ao direito processual são considerados cláusulas gerais, janelas abertas deixadas pelo legislador para o preenchimento, para complementação por aquele que opera a lei promover o amplo e irrestrito acesso à justiça. Ou seja, o legislador, através deste sistema aberto, delegou parte de suas atribuições, para que o aplicador do direito praticamente crie o direito.

6. CONCLUSÃO

Como foi observado ao longo da pesquisa um dos principais obstáculos para a promoção da justiça, além de ser o próprio acesso aos diversos meios de solução pacífica de controvérsias para que se promova a justiça, também, verificou-se a necessidade de atuação efetiva do magistrado na adoção de medidas indutivas para que se solucione da melhor forma possível a lide.

Vale ressaltar que, o artigo 139, IV do CPC, exibido ao longo deste estudo, adotou o posicionamento dando a oportunidade do magistrado determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, sendo este cumprimento de fundamental importância para garantir a promoção da justiça e dos direitos humanos na casuísticas apreciadas pelo judiciário.

Com o advento do Código Civil de 2015 que trouxe a possibilidade de medidas mais gravosas determinadas pelo magistrado com o fito de promover a justiça, isto indiretamente estimula o acesso a justiça uma vez que o autor da ação verifica a premente possibilidade de ter sua demanda saciado mediante o provimento judicial.

Como evidenciado, o acesso a justiça em tempos de crise, atualmente tem sido ampliado devido aos diversos instrumentos para que se demande judicialmente, dentre eles, destaca-se a função essencial de acesso a justiça promovido pela Defensoria Pública.

Vislumbrou-se que, o Brasil se encontra na égide de um Estado Democrático de

Direito consolidado através da Constituição da República Federativa de 1988. Além disto, que o país possui como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana e uma base principiológica que influencia o acesso à justiça e a promoção dos direitos humanos.

Como exposto, além da dignidade da pessoa humana, os demais princípios processuais aliado ao princípio do efeito integrador, por meio do qual considera todo o sistema que garante o acesso a justiça, de modo a analisar o direito dentro de todo um contexto. Dentro desta perspectiva, a solução pacífica de controvérsias ganhou destaque com o CPC de 2015. Com o advento do referido Código, também, ganhou destaque o papel exercido pelo magistrado ampliando-se seus poderes para a solução das lides visando ponderar na promoção da justiça e dos direitos humanos.

Como foi observado através do posicionamento doutrinário e normativo, o acesso à justiça em tempos de crise se processa legitimando por meio do novo CPC os meios de solução pacífica de conflitos e, do mesmo modo, por meio do referido Código ampliando a discricionariedade do magistrado para que possa decidir à luz do que o caso concreto lhe propõe.

Com o estudo também pode-se responder as questões norteadoras, na medida em que se percebeu a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana como balizador do acesso a justiça, pois, se de algum modo se nega o acesso a solução das controvérsias fere-se a dignidade da pessoa humana que pleiteia ter as demandas saciadas.

Destarte, pode-se verificar, também, que o papel exercido pelo princípio do efeito integrador na análise dos casos concretos é de considerar o direito como um sistema e integrar as soluções com foco na promoção da justiça e dos direitos humanos. Além disto, como foi citado, normativamente, foram ampliados os poderes do magistrado permitindo que este possa agir com maior liberdade na aplicação do princípio da proporcionalidade na ponderação de direitos.

Por fim, o trabalho trouxe as formas de solução pacífica de controvérsia, pois, na atualidade tem sido importantes instrumentos para ampliar os meios para a mencionada solução promovendo a justiça social e os direitos humanos. Como exposto, independente da crise instalada o acesso amplo e irrestrito a justiça deve ser oportunizada por parte do Estado.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO e SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 23 ed, São Paulo: Saraiva, 2017.

ACIOLY, Hidelbrando; SILVA, G.E dos Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. José dos Santos Filho. **Manual do Direito Internacional Público**. 20 ed. Atlas. 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 29 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 27 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 29 ago. 2021.

DIDIER, Fredie. **Curso de Processo Civil**. 18 ed. rev. amp. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos**. 7. ed. rev., e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. Volume 3: contratos e atos unilaterais. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo: LTR, 2017.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. 59. ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LOVECE, Graciela. **Los medios de acceso a la resolución de conflictos: el acceso a la jurisdicción civil, comercial y penal. Implicancias**. In: GHERSI, Carlos A. Manual parte general. – 2ª ed., 1ª reimpresión – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015. pp. 725-747.

NISHIIYAMA, Adolfo Mamoru. **Os princípios da interpretação constitucional: a razoabilidade, a proporcionalidade e outros princípios interpretativos. meritum** – Belo Horizonte – v. 6 – n. 1 – p. 209-250 – jan./jun. 2011.

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, Volume 3: Contratos**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NAVARRO, Trícia. **A atuação do juiz e as medidas executivas no CPC/15**. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/390527161/a-atuacao-do-juiz-e-as-medidas-executivas-no-cpc-15>. Acesso em: 26 ago. 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **Reflexões sobre a atipicidade das técnicas executivas e o artigo 139, IV, do CPC de 2015**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI243746,21048Reflexoes+sobre+a+atipicidade+das+tecnicas+executivas+e+o+artigo+139>. Acesso em: 29 ago. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 7. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Direitos Humanos e Comunitário**. Salvador: JusPodivm, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

REIS, Clayton; Rodrigues Junior, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA – Florianópolis: CONPEDI, 2016**.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

SEDA, Juan Antônio. **Manual de derecho de família**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editoril Jusbairens, 2018.

TARTUCE, Fernanda; DELLORE, Luiz. **Manual de Prática Civil**. 12 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. v. 3 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: contratos. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.