

**V CONGRESSO NACIONAL DA
FEPODI**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – FEPODI

Presidente - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

1º vice-presidente: Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

2º vice-presidente: Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

Secretário Executivo: Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

Tesoureiro: Sérgio Braga (PUCSP)

Diretora de Comunicação: Vivian Gregori (USP)

1º Diretora de Políticas Institucionais: Cyntia Farias (PUC-SP)

Diretor de Relações Internacionais: Valter Moura do Carmo (UFSC)

Diretor de Instituições Particulares: Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

Diretor de Instituições Públicas: Nevitton Souza (UFES)

Diretor de Eventos Acadêmicos: Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu: Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

Vice-Presidente Regional Sul: Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

Vice-Presidente Regional Sudeste: Jackson Passos (PUCSP)

Vice-Presidente Regional Norte: Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

Vice-Presidente Regional Nordeste: Osvaldo Resende Neto (UFS)

COLABORADORES:

Ana Claudia Rui Cardia

Ana Cristina Lemos Roque

Daniele de Andrade Rodrigues

Stephanie Detmer di Martin Vienna

Tiago Antunes Rezende

A532

Anais do V Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ UFMS

Coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello; Yuri Nathan da Costa Lannes – Florianópolis: FEPODI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-396-2

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

Tema: Ética, Ciência e Cultura Jurídica.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Ética. 3. Ciência. V Congresso Nacional da FEPODI (5. : 2017 : Campo Grande - MS).

CDU: 34



V CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

Apresentação

Apresentamos os Anais do V Congresso Nacional da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito, uma publicação que reúne artigos criteriosamente selecionados por avaliadores e apresentados no evento que aconteceu em Campo Grande (MS) nos dias 19 e 20 de abril de 2017, com apoio fundamental do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

Variadas problemáticas jurídicas foram discutidas durante o evento, com a participação de docentes e discentes de Programas de Pós-Graduação em Direito e áreas afins, representando diversos estados brasileiros. Em seu formato, com espaço para debates no âmbito dos 17 grupos temáticos coordenados por docentes de diversos programas de pós-graduação, o evento buscou estimular a reflexão crítica acerca dos trabalhos apresentados oralmente pelos pesquisadores.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos da FEPODI, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Estamos orgulhosos com a realização do V Congresso da FEPODI e com a possibilidade de oferecer aos pesquisadores de todo o país mais uma publicação científica, que representa o compromisso da FEPODI com o desenvolvimento e a visibilidade da pesquisa e com busca pela qualidade da produção na área do direito.

Campo Grande, outono de 2017.

Profa. Dra. Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do V Congresso da FEPODI

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da UFMS

Prof. Yuri Nathan da Costa Lannes

Presidente da FEPODI

**DO ACESSO À JURISDIÇÃO, DA EFETIVIDADE DO PROCESSO E DA
NECESSIDADE DE SUA RAZOÁVEL DURAÇÃO**

**ACCESS TO JURISDICTION, THE EFFECTIVENESS OF THE PROCESS AND
THE NEED FOR ITS REASONABLE DURATION**

Helena Patrícia Freitas ¹
Lidiane Mauricio Dos Reis ²

Resumo

O artigo trata da imprecisão da expressão “acesso à justiça”, que merece ser analisada do ponto de vista de acesso à jurisdição, como via asseguradora do direito fundamental de ação. O processo, como procedimento realizado em contraditório, com o fito de obtenção de decisão de mérito, deve se respaldar no atendimento ao devido processo, o que garante dessa forma, a efetividade, que não se confunde com celeridade. Deve-se buscar o processo com duração razoável, com estrita observância ao contraditório efetivo, ampla defesa e isonomia.

Palavras-chave: Acesso, Jurisdição, Efetividade, Processo, Duração

Abstract/Resumen/Résumé

The article deals with the imprecision of the term "access to justice", which deserves to be analyzed from the point of view of access to jurisdiction, as a way of ensuring the fundamental right of action. The process, as a contradictory procedure, in order to obtain a decision on merit, must be supported in the due process, which guarantees, in this way, the effectiveness, which is not confused with celerity. The process should be pursued with reasonable duration, with strict observance of the effective contradictory, ample defense and isonomy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access, Jurisdiction, Effectiveness, Process, Duration

¹ Mestranda em Direito Processual na PUC-Minas. Especialista em Direito Processual Constitucional pelo Instituto Metodista Izabela Hendrix (2006). Graduada em Direito pela PUC-Minas (2000). Advogada.

² Doutoranda em Direito Processual pela PUC Minas. Mestre em Direito pela FDSM. Professora da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Advogada.

1. INTRODUÇÃO

Há múltiplas acepções para a palavra *justiça* e o sentido foi se metamorfoseando em cada contexto histórico-sócio-cultural e político, ante a subjetividade que a circunda. Nos primórdios da humanidade, indubitavelmente, o sentido era diverso daquele sustentado no período do Direito Romano e houve modificação ao longo dos tempos até a contemporaneidade. Assim, há polissemia da palavra “justiça”, que se volatiliza e amolda a circunstâncias assistemáticas.

A expressão “acesso à justiça”, por sua vez, merece corrigenda e vem sendo utilizada para indicar o direito de ação ou direito de buscar a “tutela jurisdicional”, no viés defendido pela Escola Instrumentalista de São Paulo, que consagrou-se no modelo de Estado Social, o que justifica o argumento de que o “acesso à justiça” deve contemplar os direitos de acesso aos desprovidos de recursos financeiros.

Seguindo o modelo constitucional de processo, a jurisdição é direito fundamental e atividade-dever do Estado, obrigando-se este a exercer a função jurisdicional quando acionado, razão pela qual deve-se falar em “acesso à jurisdição”, na concepção de Estado Democrático de Direito.

Utilizando-se a expressão escoreita, o **acesso à jurisdição** trata do direito de ação, direito de exigir do Estado o cumprimento da função jurisdicional e, neste sentido, há estreita relação com a análise que merece ser feita acerca do princípio da razoável duração do processo e da efetividade. No entanto, há divergência acerca, sobretudo, do que venha a ser *efetividade*, na medida em que há quem a entenda como celeridade, economia processual e “justiça”.

Diante do exposto, o presente artigo objetiva a análise de alguns sentidos de “justiça”, a fim de justificar a necessidade de afastamento do uso da expressão “acesso à justiça”, buscando-se ainda refletir acerca do problema da contextualização do que venha a ser *efetividade*, rotineiramente confundida com rapidez da tramitação, o que vem a afastar seu sentido daquele almejado pelo Estado Democrático de Direito. Assim, buscou-se expor e argumentar acerca do assunto demarcado, utilizando-se, para isso, da pesquisa básica, a ser realizada através do método racional-crítico de forma expositiva-argumentativa.

2. DA “JUSTIÇA” E DO “ACESSO À JUSTIÇA”

2.1. Da polissemia da palavra “justiça”:

Ao discorrer sobre a Idade Média na obra *A Cidade Antiga*, Fustel de Coulanges explica que a religião guiou a criação das leis, tanto entre os gregos, quanto entre os romanos e hindus. Os Códigos reuniam ritos, orações e disposições legislativas, acerca do direito à propriedade, casamento, sepulturas, direitos sucessórios. As cidades fundavam-se em religiões, que impunham dominação absoluta. Dessa maneira, a liberdade individual praticamente inexistia. Os magistrados se revestiam de poderes divinos, autoridade e “justiça”, representando tanto o aspecto religioso, quanto político (COULANGES, 2003). Neste contexto, o sentido de “justiça” era aquele ditado pela religiosidade prevalente à época, em que a divindade guiava os conteúdos de legalidade e de uma suposta justiça.

Aristóteles, em sua *Ética a Nicômaco*, revela a volatilidade do entendimento acerca da justiça, explicando que “as coisas que são justas não por natureza, mas por decisão humana, não são as mesmas em todos os lugares, uma vez que as próprias constituições não são as mesmas, embora haja apenas uma que é, por natureza, a melhor em todos os lugares.” (ARISTÓTELES, 2005, p. 103).

John Rawls tratou da *justiça* numa perspectiva liberal, partindo do problema do consenso em sociedades pluralistas e defendendo a necessidade de proteção dos indivíduos e de seus direitos para garantia de segurança e de justiça a cada um. Para que essa justiça se faça, Rawls sustenta que o cidadão deve **ponderar** interesses, aceitando restrições aos seus desejos, em nome de uma comunidade política, na qual esta se harmonize com os interesses particulares numa visão de sociedade cooperadora, que esteja atenta aos interesses individuais, ainda que sem exigir homogeneidade de crenças. Para Rawls, o objeto primário da justiça é a distribuição de direitos e deveres fundamentais, que determinam a divisão de vantagens advindas da cooperação social. Assim, a justiça é entendida como **equidade**, em que se propõe uma situação mental, na qual os indivíduos se revestem do *véu da ignorância* para otimizar seus interesses, a partir da abstração de suas preocupações imediatas, partindo para sua alocação em espaço sociais equitativos garantidores da avocada (ou equivocada?) justiça (RAWLS, 2002). Dworkin diverge de Rawls, sobretudo por entender que a proposta de justiça sugerida por este supõe um “contrato social” entre os indivíduos, que, por ser hipotético, não é, em realidade, contrato algum (DWORKIN, 2002).

Para Agnes Heller, justiça induz a que normas e regras que amparam um grupo social aplicam-se a cada indivíduo do grupo de forma consistente e contínua, distribuindo-lhes o mesmo tratamento (HELLER, 1998).

É indubitável que o conceito de “justiça” apresenta extrema fluidez, amoldando-se a cada contexto de conveniência sócio-política- econômica, como se fez nos Estados Liberal e Social, nos quais a justiça se delineou de acordo com a concepção mais adequada a cada um desses modelos de dominação, de acordo com o preconizado pelas autoridades.

2.2. Das acepções de “acesso à justiça”:

A expressão “acesso à justiça”, por sua vez, suplica maiores esclarecimentos. Tem sido utilizado como, por exemplo, acesso ao Judiciário, detentor do exercício da atividade jurisdicional. É nesse viés que a Escola Instrumentalista de Processo se coloca a sustentar que o “acesso à justiça” é o direito de ação para a defesa dos interesses individuais violados, invocando, para tanto, o art. 5º, XXXV da Constituição da República de 1988. Neste sentido, entende que “o direito de ação, tradicionalmente reconhecido no Brasil como direito de acesso à justiça para a defesa de direitos individuais violados, foi ampliado, pela Constituição de 1988, à via preventiva, para englobar a ameaça [...]” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2004, p. 81). Fica aqui evidenciado o entendimento de que o “acesso à justiça”, neste contexto, é entendido como acesso ao *Judiciário*, por meio do exercício do direito de ação.

A concepção de “acesso à justiça” utilizada pela Escola Instrumentalista de Processo foi embasada na teoria do processo como relação jurídica de Bülow, louvada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 9), que fazem críticas ao Estado Liberal, concebendo o acesso à justiça em um contexto individualista dos direitos, significando o direito formal do indivíduo à “proteção judicial”. Defendendo uma concepção de Estado Social, sustentam que o “acesso à justiça” deve ser sustentado como o mais básico dos direitos humanos de igualdade a promover a proclamação de direitos de todos, afastando a “pobreza no sentido legal” e a incapacidade que muitos indivíduos têm de buscar a “justiça” ante sua onerosidade. Dessa forma, a obra de Cappelletti e Garth coloca questões como custas judiciais e assistência judiciária gratuita em voga, firmando que no Estado Social isso gera óbice ao “acesso à justiça”. De forma elucidativa, Dierle Nunes explica que na década de 70 houve vasto questionamento acerca da lentidão processual, custo elevado e enorme formalismo, em razão dos novos direitos sociais e difusos emergentes. Esse movimento culminou no “Projeto Florença de Acesso à Justiça”, sob direção de Cappelletti. Segundo Dierle Nunes, “o movimento tenta equacionar as relações entre o processo civil e uma justiça

social, ente igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica, partindo da concepção de Estado Protetivo e de Bem Estar Social.” (NUNES, 2008, p. 116)

Dinamarco explica o sentido de “acesso à justiça”, inserindo na conceituação o sentido de justiça como valores consentidos socialmente. Ou seja, a acepção utilizada traz elevada carga axiológica e nos remonta aos conceitos ético-morais de justiça aristotélicos. Neste sentido, Dinamarco explica que “acesso à justiça” não equivale a mero ingresso em juízo. [...] Só tem acesso à *ordem jurídica justa* quem recebe *justiça*. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade.” (DINAMARCO, 2004, p. 115). A visão de “acesso à justiça” defendido por Dinamarco mostra-se mais como retrocesso, não se contextualizando ao Estado Democrático, por envolver “valores da sociedade” e não com base em **lei**. Dinamarco condiciona essa justiça ainda à “participação adequada do juiz”, conclamando a teoria da relação jurídica, que coloca o juiz em um pedestal. Em contraposição ao entendimento de Dinamarco e defendendo o Estado Democrático de Direito, Rosemiro Leal sustenta que:

“No Estado de Direito Democrático, é o *povo* (legitimado ao processo) que faz e garante suas próprias conquistas conceituais pelo *processo constitucional* legiferante do que é *devido* (garantido, assegurado), não o juiz que é funcionário do povo. O Juiz não é construtor do direito, mas concretizador do ato provimental de encerramento decisório do *discurso estrutural* do procedimento processualizado pelo *due process* democrático em suas incidências substancial (*substantive*) de garantias implantadas constitucionalmente e procedimental (*procedural*) do modo adequado de aplicação constitucionalmente assegurado.” (LEAL, 2016, p. 91)

Os provimentos decisórios proferidos pelos órgãos jurisdicionais devem observar, portanto, o **modelo constitucional de processo**, diante das garantias fundamentais processuais da ampla defesa, contraditório, isonomia, direito à fundamentação das decisões e direito de ação. Não é o juiz o centro da relação jurídica, mas esta se desenvolve pela observância às garantias processuais constitucionais. Neste sentido, Flaviane Barros sustenta:

“Não é só a legislação que é fortemente marcada por uma processualística centrada no papel do juiz, que o coloca na missão não só de julgar o caso concreto, mas de solucionar os problemas de (in)justiça social, de controle

social para proteção da sociedade. Existe toda uma linha de pensamento teórico centrada nessa proposta. Para essa base teórica, o processo se volta para sua instrumentalidade, como meio de pacificação social, objetivando alcançar seus escopos metajurídicos, como defende Dinamarco.” (BARROS, 2009, p. 7-8)

Assim, a Escola Instrumentalista de Processo, orquestrada por Dinamarco, vem defendendo o exercício da “justiça” pela atuação do Juiz, que, nesta distorcida visão, deve atuar com escopos metajurídicos, ou seja, visando atender a objetivos sociais e, sobretudo, políticos e, neste sentido, abre-se ampla liberdade para a discricionariedade da atuação judicial. E, dessa forma, Flaviane Barros, numa visão voltada ao modelo constitucional de processo, conclui que “para uma nova conformação do processo que garanta a co-participação das partes e uma adequada compreensão ao papel do juiz, revela-se necessário rever a noção de processo que se tem no Estado Democrático de Direito, superando o ativismo próprio do paradigma do Estado Social.” (Barros, 2009, p. 10)

Dessa forma, a expressão “acesso à justiça” mostra-se maculada, ora significando acesso ao Judiciário, ora significando “justiça” no sentido da atuação do juiz.

3. ACESSO À JURISDIÇÃO

Ronaldo Brêtas explica que o Estado é detentor de poder uno e indivisível. Dessa forma, esclarece que incorrem em equívoco aqueles que defendem a separação dos Poderes do Estado, nomeando-os, com esopeque em Montesquieu, como *Poder Legislativo*, *Poder Executivo* e *Poder Judiciário*. Dessa forma, explica que “o que deve ser considerada repartida ou separada é a atividade e não o poder do Estado, do que resulta uma diferenciação de funções exercidas pelo Estado por intermédio de órgãos criados na estruturação da ordem jurídica constitucional.” (BRÊTAS, 2015, p. 22).

O que se tem, neste sentido é um Estado com poder soberano, indivisível, portanto, a quem se atribui três **funções** distintas, quais sejam: função legislativa, função administrativa e função jurisdicional. Essa função tem a concepção de **atividade-dever** do Estado e, dessa maneira, os órgãos jurisdicionais exercem a função jurisdicional, razão pela qual, tecnicamente, não se justifica o uso da expressão acesso à justiça”, quando mostra-se mais escoreita a expressão “acesso à jurisdição”. Neste sentido, Leal expõe:

[...] Põe-se à nossa análise o tema com a denominação acesso à jurisdição (e não à justiça), porque a expressão correta acesso à jurisdição dispensa explicações metajurídicas de idealismos sociológicos inatingíveis ou de posturas pretorianas ultrapassadas. O acesso à jurisdição faz-se pelo direito de ação criado pela norma constitucional como direito incondicionado de movimentar a atividade jurisdicional do Estado [...]. (LEAL, 2016, p. 107)

Dessa forma, o acesso à jurisdição corresponde ao exercício do direito conferido pela norma fundamental, que assegura a garantia processual do direito de ação, direito este assegurado pelo art. 5º, XXXV da Constituição da República de 1988, sendo a jurisdição, assim, atividade do Estado, exercida pelos juízes e Tribunais.

Garantido, então, o acesso à jurisdição, deve-se cogitar acerca da tramitação do processo em tempo razoável, que vá assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, assim como deve-se buscar a efetividade do processo, que contemple a observância às garantias processuais constitucionais.

4. DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

O art. 5º, LXXVIII da Constituição da República de 1988, dispõe acerca da garantia fundamental à razoável duração do processo, assim como dos meios assecuratórios da celeridade. Obviamente, no contexto do Estado Democrático de Direito, a razoável duração do processo, assim como a celeridade, compõem o devido processo que é composto pelas garantias ao contraditório, ampla defesa, isonomia, garantia de fundamentação das decisões, direito ao advogado. As garantias fundamentais não sucumbem uma em relação à outra e, como defendido no modelo constitucional de processual, essas garantias compõem um bloco único e coeso de direitos fundamentais. Neste sentido, Brêtas formula:

[...] Por força do artigo 5º, inciso LXVIII, no Estado Brasileiro, o povo tem não só o direito fundamental à jurisdição, como, também, o direito a que este serviço público monopolizado e essencial do Estado lhe seja prestado dentro de um prazo razoável. Contrapõe-se a esse direito o dever do Estado de prestar a jurisdição mediante a garantia de um processo sem dilações indevidas, isto significando processos cujos atos sejam praticados naqueles prazos fixados pelo próprio Estado nas normas de direito processual que edita, evitando-se as ocorrências causadoras de suas costumeiras “etapas

mortas”, as quais traduzem longos espaços temporais de completa inatividade procedimental. (BRÊTAS, 2015, p. 207)

A razoável duração processo e a celeridade processual devem ser invocadas ainda com base no art. 37 da Constituição da República de 1988, que preceitua que o Estado, no exercício de suas funções, observará aos princípios ali elencados, incluindo-se o da **eficiência**. Acerca desse referenciado princípio, deve-se entender que ainda que célere, os procedimentos jurisdicionais devem ser eficientes no sentido de observar o devido processo e buscar a solução do mérito da demanda em tempo razoável.

5. DA EFETIVIDADE

O Código de Processo Civil de 1973 não foi elaborado com fito na efetividade do processo, mas sim com o propósito de simplificação da estrutura e racionalização do sistema, de forma a tornar os procedimentos mais delineados logicamente. Assim, formulou-se na Exposição de Motivos o seguinte:

Propondo uma reforma total, pode parecer que queremos deitar abaixo as instituições do Código vigente, substituindo-as por outras inteiramente novas. Não. Introduzimos modificações substanciais, a fim de simplificar a estrutura do Código, facilitar-lhe o manejo, racionalizar-lhe o sistema e torná-lo um instrumento dúctil para a administração da justiça.

Apesar de buscar a racionalização, isso não significou que os anseios dos jurisdicionados tenham sido atendidos e, naquele contexto de Estado Social, houve um reclame por “acesso à justiça” na concepção já analisada de Cappelletti e Garth, que almejavam a proteção dos desguarnecidos. Passou-se ainda a conclamar uma justiça célere, o que culminou, mais tarde, na realização de diversas reformas do Código de 1973, sobretudo após a promulgação da Constituição da República de 1988.

Cumprindo ainda observar que, no trecho acima transcrito, há a afirmação de que o Código de 1973 prestou-se a tornar o processo “um instrumento dúctil para a administração da justiça.” O referido Código foi elaborado também por Alfredo Buzaid, que compõe a Escola Instrumentalista de Processo, firmando o equivocado entendimento de que o processo é instrumento da jurisdição, o que coloca o juiz e os Tribunais em um posição de centralidade, incompatível com o atual Estado Democrático de Direito.

Para Bedaque, que compõe o coro da Escola Instrumentalista, efetividade não passa de economia processual, o que se obtém por meio de redução da morosidade pela simplificação do procedimento, flexibilizando-se as exigências formais. O autor propõe uma revisão da técnica processual, que entende como mero formalismo. Neste sentido, explica:

“Essa concepção de efetividade do processo atende ao princípio da economia processual, tal como definido pela doutrina alemã, que estabelece uma relação de adequação entre meios e fins. Representa aplicação desse princípio o procedimento que possibilite alcançar os escopos da atividade jurisdicional com o máximo de eficiência e com o menor dispêndio de energia possível.

Efetividade, celeridade e economia processual são importantíssimos princípios processuais relacionados diretamente com a promessa constitucional de acesso à Justiça.” (BEDAQUE, 2010, p. 50)

Com o advento da promulgação da Constituição da República de 1988, instituiu-se o Estado Democrático de Direito, assegurador de garantias processuais fundamentais do contraditório, ampla defesa e isonomia. A partir do marco constitucional, a interpretação do Código de Processo Civil de 1973 precisa ser feita em conformidade com os preceitos ali estatuídos, com o propósito de assegurar a observância das garantias processuais. Dessa forma, a efetividade passa a ser interpretada como liquidez de direitos preexistentes (TAVARES, 2006).

Todavia, a interpretação que se deu foi diversa e a efetividade vem sendo ainda defendida como celeridade e economia processual. Neste sentido, o Código de 1973 foi objeto de diversas reformas, que foram se sucedendo, na maior parte delas em busca da aventada efetividade, no sentido equivocado de celeridade.

Dessa forma, fica evidente o imbróglio que se criou em torno da efetividade do processo, que, para a Escola Instrumentalista, passa a ser lido como sinônimo de celeridade, economia processual e “justiça”. O que se seguiu a este entendimento, foram reformas que trataram das urgencialidades do processo e estipularam tutelas de urgência, sem vincular a efetividade ao cumprimento do devido processo (art. 5º, LIV, Constituição da República de 1988) e, assim, Leal infere:

Acolhe paradoxalmente que o legislador ordinário pode restringir o direito fundamental ao *devido processo* (art. 5º, LIV, da CF/1988) em nome da

“efetividade do processo” como “efetividade da jurisdição” em critérios solipcistas [...]. Entende que as *tutelas de urgência* têm amparo na atuação do *Judiciário* e não pela garantia do *devido processo* legal. [...] o importante é a perenização do *fetice* da justiça rápida, cuja velocidade pode ser aumentada pela supressão do *processo* e, até mesmo, do *procedimento*, com a altaneira supremacia da *jurisdição*. (LEAL, 2016, p. 348)

As reformas que foram se sucedendo no Código de 1973, sobretudo aquelas relacionadas às urgencialidades (tutelas de urgência), deram azo à atuação muitas vezes discricionária dos juízes e Tribunais que, a entender que efetividade deve significar celeridade e economia, deixaram de vincular a efetividade à observância do devido processo, que é o sentido que deve se dar, em conformidade com os preceitos do Estado Democrático de Direito. Tavares firmou com precisão:

É possível, contudo, formular uma Teoria da Efetividade do Direito, fruto do adequado *equilíbrio* entre o processamento de pedidos amparados em tutelas provisórias – os procedimentos de urgência de tutela de direitos fundamentais, pela via das antecipações de tutela e cautelares – e o respeito aos Princípios do Contraditório, da Isonomia e da Ampla Defesa, e da Reserva Legal, porque regentes do Estado de Direito Democrático, de que não se pode afastar. Esta harmonia pode ser alcançada com modificações operacionais, seja no funcionamento da máquina judiciária seja na utilização de determinadas técnicas procedimentais, sem malferimento do Processo devido, muito menos com sumarização da cognição. (TAVARES, 2006, p. 223)

Em obra ímpar, que estuda a Exposição de Motivos do Código de 1973 e propõe a formulação de um novo Código de Processo Civil, sistematizado conforme os preceitos constitucionais democráticos, Fioratto depreende que “nesse contexto (pós-CR/88) não se busca uma decisão rápida ou justa, mas sim uma decisão construída argumentativamente pelas partes, assegurados os princípios constitucionais (devido processo).” (FIORATTO, 2011, p. 402).

Apesar disso, o Novo Código de Processo Civil de 2015, veio ainda maculado pela desacertada concepção de efetividade vinculada pela Escola Instrumentalista de Processo e, assim, a Exposição de Motivos do Novo Código estatui:

“Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.”

Barbosa Moreira é citado na Exposição de Motivos, que traz:

“Será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material.” (BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 181)

Assim, embora o Novo Código de Processo de 2015 tenha sido formulado para sistematizar a principiologia constitucional, que visa assegurar as garantias fundamentais do processo, a concepção firmada na Exposição de Motivos continua antiquada e desvinculada da observância ao devido processo, vinculando-se ainda ao infortúnio da concepção de celeridade e de efetivação de direito material como se o processo fosse tão somente um instrumento da jurisdição.

6. CONCLUSÃO

Acesso à jurisdição é garantia processual do direito de ação. A jurisdição, por sua vez, é atividade-dever do Estado, sendo a mesma exercida pelos juízes e Tribunais, que devem exercer referida função com fito de garantir aos jurisdicionais a **razoável duração processo e a efetividade**.

Numa visão amparada no modelo constitucional de processo, tem-se, portanto, que as decisões jurisdicionais, antes de atenderem às urgencialidades, devem buscar construir-se pela participação das partes e garantia do devido processo.

No entanto, o Novo Código de Processo Civil de 2015 ainda trata a efetividade do processo como busca de celeridade, economia processual e “justiça” e não como instituição asseguradora de direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS:

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco : texto integral*. São Paulo, SP: Martin Claret, 2005

MOREIRA, Barbosa. *Por um processo socialmente efetivo*. Revista de Processo. São Paulo, vol. 27, n. 105, p. 183-190, jan/mar. 2002

BARROS, FM. *(Re)forma do processo penal : comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08 e n. 11.900/09*. Belo Horizonte : Del Rey, 2009

BEDAQUE, JS. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo : Malheiros, 2010

BRASIL, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil.

BRÊTAS, RCD. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte, MG : Del Rey, 2015

CAPPELLETTI, M; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1988

CINTRA, AA; GRINOVER, AP; DINAMARCO, CR. *Teoria geral do processo*. São Paulo : Malheiros, 2004

FUSTEL de, C. *A cidade antiga : texto integral*. São Paulo : Martin Claret, 2003.

DINAMARCO, CR. *A reforma da reforma*. São Paulo : Malheiros, 2003

DINAMARCO, CR. *Instituições de direito processual civil : volume 1 : fundamentos e institutos fundamentais do direito processual civil*. São Paulo : Malheiros, 2004

DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo : Martins Fontes, 2002

FIORATTO, DC. *Efetividade e Justiça Rápida*. IN: LEAL, RP; ALMEIDA, Ad. *Comentários críticos a exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para a elaboração de um novo*. Franca, SP : Lemos & Cruz, 2011

HELLER, A. *Alem da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998

LEAL, RP. *Teoria geral do processo : primeiros estudos*. Belo Horizonte, MG : Fórum, 2016

NUNES, DC. *Processo jurisdicional democrático : uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba : Juruá, 2008

RAWLS, J. *Justiça e democracia*. John Rawls. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

TAVARES, FH. *Tempo e Processo*. IN: GALUPPO, MC. *O Brasil que queremos : reflexões sobre o Estado democrático de direito*. Belo Horizonte : Ed. PUC Minas, 2006