XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

ACESSO À JUSTIÇA I

EDINILSON DONISETE MACHADO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174
Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenador: Edinilson Donisete Machado – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-283-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

ACESSO À JUSTIÇA I

Apresentação

O XXV Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito –, sob o tema "Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito" realizado em Curitiba-PR entre os dias 07 e 10 de dezembro, promoveu mais uma edição com uma série de inovações criadas por sua diretoria, entre as quais a divisão dos já tradicionais Anais do Evento em vários livros distintos, cada um para um Grupo de Trabalho.

Neste livro encontram-se 18 capítulos resultados de pesquisas desenvolvidas em mais de 10 Programas de Mestrados e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento da área, que resultou na presente obra.

Nessa publicação veiculam-se valorosas contribuições teóricas das mais relevantes inserções na realidade brasileira, com a reflexão trazida, pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil, na abordagem dos direitos fundamentais e da democracia, com suas implicações na ordem jurídica brasileira.

Assim a divulgação da produção científica socializa o conhecimento, com critérios rígidos de divulgação, oferecendo à sociedade nacional e internacional o papel irradiador do pensamento jurídico, aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no presente livro, demonstrando o avanço nos critérios qualitativos do evento.

Por fim, nossos sinceros agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar e apresentarmos o presente livro, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como o presente.

Curitiba, 10 de dezembro de 2016

Organizadores:

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM / UENP

DIRECTUM: UM DIÁLOGO ATEMPORAL NECESSÁRIO

DIRECTUM: A NECESSARY AND TIMELESS DIALOG

Julio Pallone
Pedro Augusto De Souza Brambilla

Resumo

Breves comentários do trecho da obra Odisseia, o célebre momento do exílio do herói em Ogígia, com Calipso, a partir do retorno aos clássicos, em uma construção de pensamento de justiça como conceito real, percebendo – pelo drama de Ulisses – a presença do direito romano dentro do conceito de direito como integridade. Dentro deste excerto, colocaremos a posição do Herói dentro da perspectiva que a prestação jurisdicional que não atende aos interesses da parte é inócua, por melhor que seja, não é, portanto, justiça. Observaremos que a visão concebida melhor abarca os direitos da personalidade.

Palavras-chave: Odisseia, Justiça, Direitos da personalidade, Decisão justa

Abstract/Resumen/Résumé

Having the Odyssey as a reference, more specifically the famous part where the hero's exiled in Ogygia with Calypso, rethinking the Ancients thoughts on justice as real concept, realizing – Odysseus drama - the presence of the Roman law concept and its transformation as integrity. In this paper, we will the Hero's position within the perspective that the judicial decision that does not meet the interests of the party is not justice. As we develop the aspect of justice is individual and much more effective to protect the person.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Odyssey, Justice, Fair judicial decision, Protection of the person

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca dentro da narrativa da epopeia de Odisseu uma perspectiva de justiça e prestação jurisdicional justa. Buscaremos tal aproximação em um entendimento da obra Odisseia (Homero, 2014), sua colocação no panorama de vida do Herói Ulisses, tendo como aspecto principal de suas aventuras o Regresso, que se deu em um tempo não menor de dez anos e envolveu doze histórias, podendo ser relacionadas até aos doze trabalhos de Hércules. Dentro das aventuras de regresso do Protagonista o relato da ninfa que mais nos é valioso referido recorte.

A Obra apresenta uma riqueza de conteúdo, linguística e normativa tão grande, que possibilita sua análise sobre somente um dos acontecimentos de forma multifacetária. Embora seja possível – e também preciso que o façamos sob a ótica de seu apenamento – o presente artigo tem por ordem estabelecer relação da perspectiva da palavra de Hermes sobre a libertação do Herói da Ilha de Calipso, sendo stricto sensu considerada neste trabalho, uma decisão judicial.

Pretendemos ultrapassar o ideário de Comum de Lei como Justiça; Aristóteles, para quem, dentre outras definições, a Justiça é o justo meio e fixando campo em uma perspectiva dos Antigos – especificamente os Romanos - para responder: O que é Direito? E consequentemente atingir a questão de justiça

Pois somente com a resposta de tais indagações poderemos avançar ao enfrentamento da prestação jurisdicional Justa, tomando elo com Capelletti e Garth,, que vislumbravam que o sistema jurídico possui duas finalidades básicas; 1 – ser o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; 2 – produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.. Então se a Justiça é, dentre todas suas apresentações, a imparcialidade na observância e imposição de normas gerais que excluem qualquer arbitrariedade, teremos a pedra angular entre as ideias colacionadas a libertação do Herói pela palavra de Hermes.

Desta feita, nos valeremos da mitologia trazida, uma narrativa consonante com Ronald Dworkin para analisar como podemos apreender o ensinamento da situação de Ulisses e analisar, no plano proposto, o decisum como afirmador dos direitos da personalidade.

2. ODISSEIA – UM RECORTE NECESSÁRIO

Odisseu, personagem principal de Odisséia (HOMERO, 2014) e um dos heróis aqueus que lutaram ao lado do Rei Menelau (HOMERO, 2013), é dotado de grande inteligência, político por natureza – Rei de Ítaca, uma das ilhas gregas e, uma questão extremamente relevante para o revelar do artigo: casado com Penélope, protegido por Atena.

O protagonista empenha-se prontamente com os outros Reis gregos e seus exércitos a lutar pelo seu rei Menelau. Dentre todas as nações gregas, Odisseu comandava os Cefalênios, habitantes de Ítaca e Nériton, ao todo doze naus.

Apontamos a numerologia utilizada na obra de Homero mais vezes do que o acaso, muito presente na mitologia grega, advém das constelações maiores: Áries, Touro, Gêmeos, Câncer, Leão, Virgem, Libra, Escorpião, Sagitário, Capricórnio, Aquário e Peixes. *dode* é o grego para o referido número. Doze são os principais deuses do Olimpo: Zeus, Hera, Poseidon, Deméter, Hestia, Afrodite, Apolo, Ares, Artemis, Atena, Hefesto, Hermes (Homero, 2013); doze foram os trabalhos de Hércules dados pelo Oráculo; Doze foram as aventuras de Ulisses em seu retorno. É clara a ambição pela ciência dos corpos celestes por parte dos Helenísticos, bem como viga mestre de toda mitologia e sociedade.

Assim, passamos à releitura da ocasião narrada por Homero. Ulisses, bravo guerreiro aprisionado com Calipso em Ogígia, como castigo continuado por ter cegado o Ciclope filho de Poseidon. Passa anos e mais anos à beira do mar chorando aguardando seu retorno à sua terra e amada esposa Penélope (HOMERO, 2014, p. 21):

> "Calipso encontrou-o na praia. As lágrimas não secavam. A vida doce escoara. Sem retorno, restava-lhe penar. Os atrativos de Calipso eram águas passadas. Tormentosas arrastavam-se as noites na gruta espaçosa. A ninfa sedenta abraçava um homem sem desejos. Passava os dias sentado sobre rochas e dunas. Lágrimas gemidos e dores tumultuavam-lhe o coração. O amargo de seus olhos se misturava com o amargo do mar."

Enquanto isso, Atena, protetora de Odisseu e habitante do Olimpo, discutia com os outros deuses para que ele possa retornar ao lar. O herói está cativo em Ogígia. Rogava para que os outros deuses acolhessem a vontade do grego de belas cnêmides, mas Poseidon – que em tese é a mesma figura divina de Netuno e, portanto, deus do mar - não permitiu o livramento do herói (principalmente porque sua trajetória de retorno se daria em seus oceanos), pois havia cegado seu filho – em seu único olho: "De Ulisses condoíam-se as deidades;/ Mas, sempre infenso, obstava-lhe." (HOMERO, 2014, p. 66).

Insatisfeita com o resultado do Concílio, Atena decide colocar em plano um novo Concílio, agora na ausência de Poseidon, a deusa consegue nesta nova votação a liberdade de Odisseu junto à seus congêneres sob o comando do Crônida, que envia Hermes o primeiro interprete à Ilha de Calipso para que comunique a ninfa e o herói da decisão. Começa então o Regresso de Odisseu (e já não mais objeto deste trabalho). Desde que chegara à ilha, Odisseu diariamente fita o mar e chora pensando em sua terra natal e em sua família. Apesar destas atitudes do grego, Calipso se apaixonou por ele e, por isso, não pensa em deixá-lo partir, ao contrário, deseja fazê-lo imortal desposando-o.

Quando Hermes surge com a ordem divina, portando, Calipso se revolta. Mas, deusa de um tempo em que a moral pede que as decisões superiores sejam acatadas, acaba por obedecer a ordem que Zeus dera. Ao revelar a Odisseu (Ulisses) que poderá partir se assim desejar, Calipso faz uma última oferta ao herói: lhe oferece não só seu leito, mas também "o que poderia se chamar de 'naturalização divina'. Ulisses recusa, preferindo permanecer humano e reencontrar Penélope" (NAQUET, 2002, p. 34). O herói providencia, então, uma jangada e parte em regresso à Ítaca sem olhar para trás.

Entretanto pareça somente um castigo, devemos delinear algumas das ofertas feitas por Calipso: a ninfa mais bela de todo o cosmos; uma ilha que supriria todas as necessidades de Ulisses; a imortalidade (ai não no sentido grego das cantigas – em ser lembrado por inúmeras gerações por seus feitos, mas sim tornar-se uma existência perene).

Ora, é possível considerar axiologicamente que a proposta de viver eternamente, sem envelhecer, ao lado de uma ninfa bela apaixonada seja até melhor que ter uma vida humana de realeza grega.

O ponto de partida de uma reflexão como esta reside na hipótese gerada de que o direito propriamente fora criado em Roma. Assim, podemos vislumbrar um direito especifica e particularmente desenvolvido no Império Romano desde os períodos mais remotos de sua história até a criação da Lei das XII tábuas.[1]

Deixaremos de nos valer das criações conceituais modernas de justiça como a de equidade pluricultural John Rawls (2000), a utilitarista de John Stuart Mill (2000), bem como nenhuma outra por se tratar de um verdadeiro anacronismo teórico.

---

[1] Explica-se que toda a digressão realizada acerca do real direito romano – e, portanto, o critério de justiça aqui utilizado é uma interpretação sistemática de incorporação e aproximação dos autores tomados nas referências, fizemos citações somente de trechos chave para compreensão conceitual. Cf. ARISTÓTELES, 1999; FERREIRA DA COSTA, Elder Lisbôa, 2009; VEYNE, Paul., 2009; ALFÖLDY, Géza., 1996; PINTO JUNIOR. Jõao José, 1888. WOLKMER, Antônio Carlos, 2002; COULANGES, Fustel, 2007. SUPIOT, Alain, 1968; GIORDANI, Mario Curtis, 1996; CICERON, Marco Tulio, 1995 y 2004.

A criação desta aplicação parte dos pressupostos Nietzschianos – que faz honra aos gregos por seu culturalismo grego e, ainda, utilização do referencial de tragédia homérica (Nietzsche, 1992) – de desconstrução de "muletas metafísicas" dos conceitos de justiça, para transladar à realidade humana. Alarmamos que não exploraremos o ideário deste autor afora do que é proposto acima. Sem direitos divinos da *décadence* (Nietzsche, 1973), somente o renascimento do trágico.

Ainda, precisa-se evidenciar que, se na antiguidade, de um lado, estava a Grécia, que valorizava sobretudo a razão e toda a sua capacidade especulativa, que gerou sobretudo o surgimento e desenvolvimento de um pensamento crítico, que foi sua herança ao ocidente; de outro estava Roma, impregnada de um senso prático, que influenciou a concepção que se formulou a respeito do direito. Roma, composta primordialmente de um forte senso jurídico, que os tornava um povo hábil na arte jurídica, estabelecida em viés prático, como percebemos de Cícero em suas acusações públicas, comentadas por José María Requejo Prieto (1990, p. 184):

> *"La narración de las fechorías de Verres em el desempeño de su cuestura y su leagción em Asia (robos por doquer, lujurias , manipulaciones com el trigo), aparte de claros antecedentes de las sicilianas, servirán para salpicar convenientemente a la classe senatorial. Intención parecida rige la exposición de la pretura em Roma, donde destacan el comportamento respecto a las herencias, las reparaciones públicas y la administración de justicia."*

Por isto, o direito em Roma é prático e precede toda ordem formal. Daí a confirmação de que a invenção do direito é romana, haja vista que a justiça romana funcionava – em seus primórdios - sem possuir guia de ordem legislativa bem desenvolvida. E esta construção se deu em razão do brilhante trabalho dos juristas (pretores e jurisconsultos), que visaram, sobretudo não refazer as bases da sociedade, mas estruturar o direito com base na equidade e na utilidade social.

Justíssimas estas considerações, para afastarmos da ideia preestabelecida de que direito romano é uma tratativa dogmática de simples aplicação da regra em um caso concreto. Ela abrange um contexto dogmático, sim, embora o desenvolvimento e a análise passam por pressupostos históricos e filosóficos, inquerindo o pensamento à crítica da disposição legal normativa, criando uma verdadeira ciência jurídica – o espírito do direito

(PINTO JUNIOR. João José. Curso Elementar de Direito Romano. Recife: Typografia Econômica, 1888. p. 8).

Dentro desta perspectiva romana, direito seria tudo aquilo que emana de uma ordem racional autônoma, independentemente de qualquer instância, tendo como núcleo duro os valores de justiça e os costumes para a criação de regras, regras estas que nortearíam a aplicação do direito.

É mister ressaltar-se que esta ordem flexível se apresenta como o maior motivo da facilidade de se transportar e efetivar esta noção romana para outras localidades. E o mais interessante a este respeito é que esta noção se difere significativamente da concepção atual que temos a respeito do direito, tido como aquilo que o Estado define e apresenta como direito.

Os romanos não conheciam propriamente a palavra direito. O vocábulo que se correlaciona a este é *directus*, adjetivo utilizado para indicar aquilo que é conforme a linha reta. Daí a ideia de que este "direito" está ligado à noção de justiça, de equilíbrio, de uma linha reta estabelecida entre duas situações distintas e, por esta noção a balança não penderia para nenhum dos lados, indicando exatamente a aplicação desta máxima de que o direito se realiza no equilíbrio.

A mencionada concepção de direito como aquilo que é apresentado pelo Estado deriva do termo jus, que indica aquilo que é ordenado, sagrado. Justo, portanto, seria aquilo que está de acordo com o jus, ou seja, aquilo que está de acordo com a disposição, com a norma, com o positivo, com as disposições do Estado para assegurar condições fundamentais de convivência.

A tradição romana, portanto, vislumbra um direito vinculado ao anterior a qualquer determinação Estatal, consolidado e ínsito nas relações sociais de cada comunidade e dito pelos juristas, que seriam aqueles operadores com sagacidade, expertise e conhecimento das regras de trato social, homens práticos que extraiam seus conhecimentos e seu saber da própria vida do direito, para que, de fato, com base nestas, aplica-los aos casos lhes dirigidos à apreciação.

Desta noção, portanto, emana o termo jurisprudência. Em Roma, este termo era utilizado para designar um direito racional dos juristas, - e não para apresentar o direito criado pelo Estado, que eram encarregados de decidir as diversas controvérsias e questões com base nos valores e costumes comuns de cada região do império, ou seja, um direito que deveria ser dito pelo jurista, e não pelo Estado. Desta práxis, vem a ideia de que inclusive aquele que perdia determinada disputa sairia satisfeito com a decisão, posto que esta última traria em sua

estrutura todos os elementos e valores comuns (ínsitos nas regras) aos envolvidos bem como esta noção de necessidade de reequilíbrio.

Esta noção que se apresenta apenas traria à tona uma ordem que já existia. Diante desta perspectiva, posteriormente, já em período de regulamentação positiva de direitos pela autoridade Estatal, o próprio digesto de Justiniano concebe o direito como a arte do bom e do justo, indicando um jurista preocupado em solucionar de forma justa os conflitos que eventualmente surgiam, em uma proposta de reequilibrar uma balança que estaria pendendo para apenas (ou prioritariamente para) um dos lados. Vislumbra-se, portanto, a completa adequação do *jus*, ao *directum* dos juristas romanos frente a este panorama alhures expostos.

Deste modo, a verdadeira invenção dos romanos, propala a percepção de um direito representado pelas regras que emanam das relações sociais, não violentas, não posto pelo Estado. Assim, este *directum* jamais poderia ser vislumbrado como instrumento do *jus*, antes muito pelo contrário, o *jus* é que deveria ser construído e concebido como uma constante busca pelo reto caminho, pelo justo, pela equidade.

3. O RETORNO DE ODISSEU NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A prestação jurisdicional, portanto, estabelece uma relação com o interesse da parte, pois se não, será inócua – nunca atingindo seu real objetivo de comando judicial que carrega justiça. Adentraremos uma concepção de acesso à justiça: a prestação jurídica que visa o interesse da parte (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 11) e a coerência narrativa das decisões judiciais (DWORKIN, 2005).

Seria a propositura de Dworkin uma nova releitura do direito romano? Parece-nos que sim, a criação de *directum* na perspectiva de construção de precedentes oferecendo resposta mais adequada ao caso prático quando, pela atividade do juiz, o interesse não puder ser submetido a uma regra de direito clara.

Há mais que um elo entre a construção fundamentada de coerência narrativa proposta e a administração de direito em busca do Justo dos Romanos.

O retorno deste autor a Hércules, buscando nas qualidades de mais um herói grego o que o Juiz deve operar (DWORKIN, 2007, p. 286-289), paciência sobre humana, profundidade na ”realização das tarefas, o cumprimento hercúleo do dever. Apontando a questão se existe objetividade na interpretação é, por si só, interpretativa.” Tal conclusão é também reproduzida em outro título do autor, ao dizer “O direito como integridade é,

portanto, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo" (DWORKIN, 2001, p. 217-220). E assim o é, pois, utilizando a figura referendada nesta Obra, o julgador é Hercúleo, porque o direito como integridade é tanto o produto da interpretação abrangente da práxis jurídica quanto sua fonte.

Prevemos assim uma onda de multifacetários obstáculos a qualquer abstração do pensamento jurídico e, para seu enfrentamento, devemos sob a ótica proposta analisar o direito também a partir da realidade, como nos trará o pensamento nietzschiano. Entretanto, somente esta percepção estaria incompleta – e, talvez, muito incorreta – pois distante do *scope* da justiça, que vem na aplicação dos pilares de Dworkin para um sistema legal. O direito como integridade permite a descida do juiz Hercules, mítico, ao piso terreno, a realidade e – somente assim – com a quebra da mitificação deste, a realização de justiça.

Ora, como poderíamos contornar a ideia de um mito – O Juiz Hércules – Quebrando-o com o martelo da crítica de Nietzsche?

Exatamente pela característica de conceito de atuação real proposta por Dworkin, em que o juiz na aplicação das regras de direito sopesará por sua importância enquanto os princípios teriam uma interação mais vigorosa nas questões difíceis, posto que não há uma regra clara a ser aplicada.

Partindo disto, o juiz deverá, então, interpretar teses de maneira aprofundada:

> "Mas, uma vez que Hércules será levado a aceitar a tese dos direitos, sua interpretação das decisões judiciais será diferente de sua interpretação das leis em um aspecto importante. Quando interpreta as leis, ele atribui à linguagem jurídica, como vimos, argumentos de princípio ou de política que fornecem a melhor justificação dessa linguagem à luz das responsabilidades do poder legislativo. Sua argumentação continua sendo um argumento de princípio. (...) quando interpreta as decisões judiciais, atribuirá à linguagem relevante apenas argumentos de princípio, pois a tese dos direitos sustenta que somente tais argumentos correspondem à responsabilidade do tribunal em que foram promulgadas" (DWORKIN, 2002, p.173).

Amor é de difícil conceituação e aferição jurídica, portanto utilizaremos vontade. Ulisses se negava a quebrar sua vontade de retornar à Ítaca, para seu povo, para sua esposa Penélope e, finalmente, ficar com Calipso.

Contudo, o que é o Juiz Hércules? É em extrema semelhança o que foi o jurista da Roma Antiga. O juiz conclui seus trabalhos (que para aquele herói foram doze) após um minucioso exame de todos os aspectos da questão a ele apresentadas e, ao fim, dará a decisão do *easy case* ou do *hard case* com base na ideia de direito como integridade e esta ideia que justifica e torna clara essa decisão, não havendo distinção no trabalho horizontal do julgador entre os dois.

Dentro da definição de integridade no direito, o autor fornece a seguinte concepção de hard case e atuação dos princípios de equidade e justiça na atuação do julgador:

> "Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado. Ele deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo."

É necessário que o direito estabeleça uma preocupação entre comunidade e o indivíduo – e, portanto, a ideia de direito como integridade se afasta e crítica as correntes filosófico jurídicas, dentre elas o utilitarismo, o pragmatismo e o positivismo, por não possibilitar uma prestação jurisdicional coerente e fiel aos princípios de equidade e justiça.

A diferença reside nas guardadas proporções dos sistemas que estão inseridos os julgadores, e assim devemos nos conscientizar, sob pena de um anacronismo grotesco; desta discrepância temporal e sistemática, decorrem diferenças na estrutura de julgamento, de lógica do julgador e do dinamismo das causas apresentadas.

Somente então captamos a ideia de que a visão hercúlea não é do ídolo em si, mas da tarefa realizada, do esforço empregado para melhor resolução do caso dentro dos aspectos e panoramas legais apresentados, se distanciando da ideia de cultismo, onde o Juiz é o ser iluminado que subordina a realidade à sua vontade, pelo contrário, o juiz é espirito livre que constrói uma sociedade melhor, é o juiz que – por espirito livre – fundamenta e decide dentro de suas convicções e posturas: até mesmo filosóficas.

Ao mesmo tempo, em ambas as apresentações do conteúdo Jurisprudencial, há a compreensão da inclinação deste Jurisconsulto apenas pelo seu conhecimento (em amplo sentido), pelo que lhe é apresentado pelas partes e em um senso do Justo (KANT, 2009, P.35-36); ora em coerência narrativa (como propõe Dworkin quanto ao direito como integridade),

ora em um sentido de equidade. Não mais uma intervenção, ou julgamento, divino do resultado. Um niilismo da justiça, em sua acepção Nietzschiana, niilismo é tido como a negação do real por uma concepção metafísica - e, portanto, dentro do fundamentado humano, da sageza (KANT, 2009, P. 37-38) de cada julgador.

Dentro deste contexto interessantíssima a contribuição dada por Garth e Cappelletti (2002, p. 5) que entendem que o acesso a justiça deve ser encarado como requisito fundamental de um sistema jurídico, portanto igualitário, por proclamar o direito de todos e, então, atende o mais básico dos direitos humanos. A discussão teórica avança, no estudo do processo civil, por quanto das regras de processo civil e como podem ser reformadas de maneiras neutras, mas que não fujam à um irrealismo (interessante colocar Nietzsche aqui). Interessante ressaltar que desde já pregam o papel do juiz e dos meios afastados do judiciário para resolução de conflitos. Ora, é evidente a necessidade sustentada no presente *paper*, de martelar a surrealidade jurídica.

É ideal que fique muito clara a perspectiva criada nesta colação fundamental teórica para abrangência dos significativos propostos pelos autores, que em confluência trarão, sim, uma visão mais aguçada de justiça, um critério real – onde a pessoa é o centro do ordenamento jurídico – e, pois, da sociedade.

4. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: A PESSOA

Consagra a Constituição Federal (1988) como pilar do ordenamento jurídico brasileiro a dignidade da pessoa humana, artigo 1º, III:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> I - a soberania;
> II - a cidadania;
> III - a dignidade da pessoa humana;

Conceituar a dignidade pode ser um pouco capcioso – e talvez impossível, tendo em vista seu caráter fluido e multifacetário (SZANIAWSKI, 2005, p. 137), mas devemos nos ater a sua característica primal, onde o ser humano já nasce digno, sem qualquer inferência de direito, podendo-se traçar um entrelaçamento com o pensamento fundamental de

Thomas de Aquino (2001) quanto à personalidade humana – e a alma – em semelhança à Deus, sendo – a dignidade – anterior à esse direito e não necessitando ser reconhecida juridicamente para existir, mas somente sendo legitimada para uma questão de eficácia, desdobrando todos os outros direitos fundamentais e vinculando a todos, pessoas naturais e jurídicas (Cf. SZANIAWSKI, 2005, p. 139-146).

Essa visão compreende dois fatores: a qualidade substancial do humano e a expressão da essência da pessoa humana, destes aspectos advêm os princípios fundamentais inseridos na Constituição, bem como a tutela de todas as dimensões do ser humano. Ora, por óbvio que a injustiça e a sensação de falta de compreensão judicial de um interesse levado à Juízo, como o caso de Ulisses, é um ferimento frontal à dignidade da pessoa, uma lacuna gerada por alguém que é suplicado e responde de maneira ineficaz e – pode-se dizer – incorreta.

Gonçalves conjuntamente com Szaniswski compõe a vanguarda moderna – na língua portuguesa – no quanto à pessoa. Interrogando a realidade, o jurista não procura um conceito normativo de pessoa ou de personalidade, mas como tudo que se debruça esse trabalho, um conceito real e usual.

A personalidade psíquica é o conjunto de disposições de carácter ou modos de atuação tipificados, ou ainda um conjunto de aptidões ou disposições naturais (SZANIAWSKI, 2005, p. 84). A personalidade ôntica contem aquelas qualidades do ente que, como acidentes intrínsecos (realidades de um conjunto de disposições naturais, não causadas pelo exercício da liberdade), determinam ser pessoa deste ou daquele modo e as relações. Conforme a abertura realacional do *distinctum subsistens respectivum*, o Homem responde a questão "quem sou?" a partir de suas relações. E aqui traçamos um enfoque muito necessário ao direito, a relação de sociedade, em que um não se conhece sem o outro e a possibilidade de comunhão (GONÇALVES, 2008, p. 64-70).

Necessário delongar no tema conforme ensina SZANISWSKI (2005, p. 70-79), acerca da natureza dos direitos da personalidade, que é polêmica, bem como sua nomenclatura, que só se consolidou como direitos da personalidade há pouco tempo atrás.

Advém da antiga ideia do *ius in se ipsum*, não sendo direitos subjetivos, mas sim reflexos do direito objetivo. Von Thur diria que a proteção dos direitos da personalidade se encontra no § 826 do BGB, mas não equipararia tais direitos aos direitos subjetivos. Enneccerus dividia os direitos privados em: da pessoa; de família; patrimoniais, os da pessoa consistem no poder jurídico de alguém sobre si, mas não afirma que exista no direito alemão o direito especial – de personalidade. Unger – na Áustria – diria que não se pode dizer que são

direitos subjetivos, posto que reduziria a pessoa à capacidade de ter direitos e obrigações. Já na França Paul Roubier negava os direitos da personalidade, porque não correspondem à definição de direito subjetivo. Os direitos subjetivos visam satisfazer situações objetivas do ordenamento, resumindo-se à uma situação preestabelecida na lei. Por outro lado, Pierre Kayser alega que essa visão não contribui para a definição de direitos, reconhece que o direito subjetivo dá a seu titular uma prerrogativa em relação a outras pessoas e que os direitos da personalidade se apresentam como uma categoria particular de direitos subjetivos.

Dentre o aspecto histórico da personalidade, percebemos uma raiz moderna acerca dos direitos da personalidade em Portugal. O Código de Seabra, de 1865, que insere-se no movimento da primeira codificação, desconhecia a noção destes direitos e sua tutela, bem como a doutrina vigente ao tempo. O acolhimento da figura dos direitos da personalidade surgia no século XX, com a pandectística alemã (GONÇALVES, 2008, p. 78-82), Windscheid (1930) tratou da noção de direito sobre a própria pessoa, bem como Ennerccerus (1934) afirmava o poder da vontade do homem não se estende somente ao que lhe é exterior, mas também à sua própria pessoa. A primeira concepção ficou conhecida por direito geral da personalidade, algo que Ennerccerus rejeitava, e teve como defensores Ragelsberger e Gierke, o poder do sujeito sobre sua própria pessoa configura um direito geral À livre atuação e manifestação da sua individualidade, em todos os sentidos e dimensões. Somente em 1966, com o Código Civil, surge a referencia de uma seção dedicada aos direitos da personalidade, a figura germânica consagrada na normativa portuguesa, considerando-os exigência ontológica da atuação do homem.

A distinção do plano ontológico do jurídico são a alteralidade, a exterioridade e o conteúdo ético, que embora conceituações que mereçam certo aprofundamento em dimensão, tentaremos colacionar o conceito de forma simples e sucinta: A alteralidade consiste na presença do outro e face ao outro, a afirmação torna-se uma declaração de direito; a exterioridade advém da ideia que somente as realidades exteriores, ou potencialmente exteriorizáveis; o conteúdo ético diz que só terá relevância jurídica a realidade que esteja trespassada de realização humana (GONÇALVES, 2005, p. 86-82).

Desta forma, o Homem do direito geral da personalidade é absoluto nele mesmo, sendo juridicamente relevante a manifestação individual extrínseca, desde que ética, só encontrando redução de seu escopo frente o direito de outros exercícios de personalidade.

Entretanto, como se dá a tutela da personalidade em suas categorias e abstrações jurídicas, garantindo a primazia da realidade material? Entendemos que só poderia

ser dada através do confronto entre o conceito real de pessoa e personalidade e a realidade normativa vigente (GONÇALVES, 2008, p. 16).

O acesso a justiça pressupõe não só a possibilidade postulatória e veiculação de matéria para apreciação do judiciário, mas também a resolução adequada da lide (OLIVEIRA; ROSA, 2016).

Uma vez que este fundamento é o princípio base de todo o Estado e do Direito, a decisão que não atende ao interesse veiculado pelas partes, mesmo que aos olhos do julgador pareça melhor, é certamente ilegal; pois, conforme dito, uma ofensa não só à pessoa, singularmente considerada, como à Ordem Jurídica como um todo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação do Juiz na defesa dos direitos individuais e – consequentemente – na defesa dos direitos da personalidade se realiza no sentido que sua melhor convicção se estabeleça quanto o interesse das partes em dada causa.

Diante disso, sobreleva-se o papel determinante do judiciário quando do exercício de sua atividade, que deve se fazer de maneira pormenorizada e hercúlea, nos parâmetros de realidade expostos. Há de se entender também, que o juiz como pessoa tem limitações humanas (quais o herói Hércules também sofreu) e seu exercício é real, não imbuído de um padrão divino de direito, muito antes pelo contrário, a decisão justa só existe no campo da realidade e é pautada em uma realização da sageza do julgador quanto aos interesses ventilados.

Da tragédia aprendemos que nem tudo que aos outros parece melhor – como, dentre os valores gregos, a imortalidade e mais bela mulher – para o jurisdicionado não basta, o interesse quando único merece devida apreciação. Para Odisseu o interesse era o retorno à Ítaca, o que lhe foi negado em um primeiro momento, haja vista a contrariedade de Netuno à esta hipótese (por motivo pessoal, que conste).

Conforme a narrativa proposta na obra de Homero, a Ulisses foi concedido uma intervenção de Atena em duplo grau de jurisdição e em novo conselho os deuses entenderam – desta vez na ausência do deus dos mares – que o herói merecia (o acolhimento de seu pedido) e Hermes, já que os homens não falam a língua dos deuses, informou-o, bem como Calipso, da sua liberação do exílio.

É cristalino que a perspectiva dada no presente trabalho só se realiza dentro conversação de obras que fazem o retorno à Antiguidade Clássica, tal qual o direito como

integridade proposto por Dworkin, a narrativa deve se dar em um entendimento geral de todo o sistema, entre este último, as poesias de Homero, o realismo de Nietzsche, posto que cada um em separado – ou, ainda, uns sem outros - não permitiria a análise proposta.

Em retrospectiva, tivemos a imagem de Ulisses, colocado em Ogigia, onde tinha a promessa da vida eterna, da maior beleza existente (Calipso) e, mesmo assim, preferiu retornar à Ítaca; O conselho do Olimpo e o julgamento dos interesses de Odisseu – que teve em tangência a representatividade do principio do duplo grau de jurisdição e só após a consagração deste o abarcamento adequado do interesse do herói.

Consequentemente notamos o acesso a justiça como um direito fundamental e não só quanto à ideia de poder apresentar lesão ou ameaça de direito à um poder, ou instância, agora não mais divina e niilista como é o caso de Odisseu, mas sim um adequado trabalho jurisdicional, como faziam os romanos e de maneira que nos repropõe Dworkin, a consonância do direito com a realidade e a atividade jurisdicional como integridade para que o provimento jurisdicional atinja justiça.

Caracterizamos, assim, o conceito de acesso à justiça como atividade jurisdicional justa no plano da realidade fática, em que o comando do magistrado atende aos interesses das partes (pelo acolhimento do direito, com razão), onde tal pressuposto só é alcançado pelo trabalho heroico de um juiz (julgando outros heróis, possivelmente, já que todos somos dignos) dentro da causa apresentada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFÖLDY, Géza. **Historia Social de Roma**. Trad. Victor Alonso Troncoso. Madrid: Alianza, 1996. 16 a 94;

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. Brasília:Universidade de Brasília, 1999.

AUBRETON, Robert. **Introdução a Homero**. Editora da USP. 1968.

AQUINO, Tomás de. Suma Teológica Vol. I. São Paulo: Loyola, 2001.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. 2ª ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CICERON, Marco Tulio. **Tres discursos juridicos**. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____. **Discursos V**. Comentários José María Requejo Prieto. Madrid: Gredos, 1995.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**; tradução Jean Melville. 2ª ed., São Paulo: Martin Claret, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. 30ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. ***Religion without god***. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

FERREIRA DA COSTA. Elder Lisbôa. **História do Direito**. Belém: Unama, 2009.

GIORDANI, Mario Curtis. **História da Grécia**. Vozes.1996.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela**. Coimbra: Almedina, 2008.

HOMERO. **A Odisséia**. Tradução Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 2014

_____. **Ilíada.** Tradução Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 2013.

KANT. Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009.

MILL, John Stuart. **O utilitarismo**. São Paulo: Iluminuras, 2000.

NAQUE, Pierre Vidal, **O mundo de Homero**. Cia das Letras. 2002.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A Filosofia na Idade trágica dos Gregos**. Trad. Maria Inês Madeira de Andrade. Rio de Janeiro: Elfos Editora; Lisboa: Edições 70, 1995.

_____. **O anti-cristo**. Tradução Carlos Grifo. Lisboa: Editorial Presença, 1973.

_____. **O Nascimento da Tragédia ou Helenismo e Pessimismo**. Trad. J. Guinsburg. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

_____. ***On the genealogy of morals***. Translated by Horace B. Samuel. New York: Barnes & Nobles, 2006.

_____. ***The birth of tragedy and The case of Wagner***. Translated by Walter Kaufmann. New York: Vintage Books, 1966.

OLIVEIRA, José Sebastião de; ROSA, Angélica Ferreira. **O acesso à justiça: realidade ou ficção neste início de século XXI?**. Disponível em: http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2016v16n2p563-584

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. 4ª. ed. São Paulo: Contexto, 2008

PINTO JUNIOR. João José. **Curso Elementar de Direito Romano**. Recife: Typografia Econômica, 1888.

RAWLS, John. ***A Theory of Justice***. Cambridge: Harvard University Press, 2000 (Revised Edition).

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**, 2ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

VEYNE, Paul (Org.). **História da Vida privada - do império romano ao ano mil**. Trad. Hidegard Feist. São Paulo: Schwarcz, 2009. 11 a 213

WOLKMER, Antônio Carlos (Coord.). **Fundamentos de História do Direito**. 2ª ed. rev. ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 180 a 210.