

O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL E SUA IMPORTÂNCIA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988 PARA A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Ivan Aparecido Ruiz*
Kenza Borges Sengik**

SUMÁRIO: *Introdução; 2 Situando o Tema: Entendimentos Necessários Sobre os Direitos e Garantias Fundamentais; 3 O Acesso à Justiça; 3.1 O Acesso à Justiça na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; 3.2 O Acesso à Justiça como Direito e Garantia Fundamental; 4 A Importância do Acesso à Justiça para a Tutela dos Direitos da Personalidade; 5 Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: O texto do presente artigo científico, resultado de seminário apresentado e discutido em disciplina do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, com certeza, merece maiores estudos e discussões, trabalha a questão do acesso à justiça, como um direito e garantia fundamental, assegurados na Constituição da República do Brasil de 1988 e nos tratados internacionais, bem como a tutela dos direitos da personalidade. Procurou-se trabalhar o acesso à justiça de um modo geral e também o acesso à justiça, como acesso ao Poder Judiciário, no âmbito da referida Constituição. Após, passou-se a tecer comentários e a trabalhar o conceito dos direitos da personalidade, enfocando a importância do acesso à justiça nas questões envolvendo esses direitos, porquanto eles são essenciais à pessoa humana, sendo verdadeiros atributos. Nesse contexto todo, entendendo que a pessoa é o centro do ordenamento jurídico e do próprio Estado, não tinha como, ainda que em breves palavras, trabalhar o princípio da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça, Direito e Garantia Fundamental, Tutela, Direitos da Personalidade.

* Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP; Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina – UEL - PR, Docente Associado do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Maringá – UEM - PR, e, também, do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário UniCesumar; Advogado no Paraná; E-mail: ivanaparecidoruiz@gmail.com

** Mestranda em Direito no Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário UniCesumar; Advogada no Paraná.

ACCESS TO LAW AS A FUNDAMENTAL RIGHT AND GUARANTEE AND ITS IMPORTANCE IN THE 1988 BRAZILIAN CONSTITUTION FOR THE SAFEGUARDING OF THE PERSON ´S RIGHTS

ABSTRACT: The theme of current article, retrieved from a Seminar in the post-graduate course on Juridical Sciences, should be studied deeper and discussed widely. It deals with access to the Law as a basic right and guarantee foregrounded on the 1988 Constitution of Brazil, on international agreements and on the person ´s rights. The right to the Law and access to Justice within the Constitution are investigated. Comments and discussions on the concepts of the rights of the person are forwarded with special reference to the importance of accessing Justice in issues involving these rights, essential to humans and true attributes. Since the person is the focus of juridical ordering and of the State, the principle of the dignity of the human person is foregrounded and investigated.

KEY WORDS: Access to Justice; Basic Rights and Guarantees; Tutelage; Person ´s Rights.

EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO DERECHO Y GARANTÍA FUNDAMENTAL Y SU IMPORTANCIA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988 PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE PERSONALIDAD

RESUMEN: El texto del presente artículo científico, resultado de un seminario presentado y discutido en la asignatura del Programa de Maestría en Ciencias Jurídicas, con certidumbre, merece mayores estudios y discusiones, trabaja la cuestión de acceso a la justicia, como un derecho y garantía fundamental, asegurados en la Constitución de la República de Brasil de 1988 y en los tratados Internacionales, bien como la tutela de los derechos de personalidad. Se buscó trabajar el acceso a la justicia de un modo general y también el acceso a la justicia, como acceso al Poder Judicial, en el ámbito de la referida Constitución. Después, haciendo comentarios, se trabajó con el concepto de los derechos de personalidad, primando la importancia del acceso a la justicia en las cuestiones que envuelven esos derechos, ya que ellos son esenciales a la persona humana, siendo verdaderos atributos. En ese contexto, entendiendo que la persona es el centro del ordenamiento jurídico y del propio Estado, no había como, aún que en breves palabras, trabajar con el principio de la dignidad de la persona humana.

PALABRAS-CLAVE: Acceso a la Justicia; Derecho y Garantía Fundamental; Tutela; Derechos de la Personalidad.

INTRODUÇÃO

O assunto trabalhado no presente estudo é o acesso à justiça, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como um direito e garantia fundamental (art. 5º, inc. XXXV), mormente na via do Poder Judiciário, na resolução dos conflitos envolvendo os direitos da personalidade.

O texto tem por objetivo examinar o conceito do acesso à justiça no plano do Direito Constitucional e também do Direito Processual, assim como os Direitos da Personalidade. Esses direitos todos devem merecer a atenção dos estudiosos e pesquisadores na área do Direito, não só no Brasil, mas também fora dele, em virtude da alta relevância e significado desses temas, tão caros para as pessoas. Com efeito, justifica-se plenamente a presente pesquisa para alcançar os objetivos do estudo ora em tela.

Aqui, nesse momento, é de se perguntar: o acesso à justiça, numa acepção mais restrita, de acesso ao Poder Judiciário, por intermédio do direito de ação, valendo-se da jurisdição, utilizando-se do processo para a resolução dos conflitos de interesses, tem alcançados os seus escopos, principalmente o de pacificação social?

Neste estudo valeu-se basicamente da legislação e da doutrina, esta tanto pátria quanto a estrangeira, como fontes do Direito, buscando desenvolver a pesquisa numa vertente dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, tendo como uma de suas expressões os direitos da personalidade.

2 SITUANDO O TEMA: ENTENDIMENTOS NECESSÁRIOS SOBRE OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

No estudo sobre direitos e garantias fundamentais, em um primeiro momento, ao tentar conceituá-lo depara-se com uma diversidade em sua nomenclatura. As tantas formas utilizadas durante a história já dá uma noção de que tratam esses direitos tão essenciais.

Cláudio Lembo cita algumas delas: “direitos civis; direitos básicos; direitos dos cidadãos; direitos fundamentais; direitos humanos; direitos do homem e do cidadão; direitos dos ingleses; direitos individuais; direitos naturais; direitos da pessoa; direitos subjetivos públicos; liberdades públicas”.¹

1 LEMBO, Cláudio. **A pessoa: seus direitos**. São Paulo: Manole, 2007, p. 4.

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).²

Cláudio Lembo lembra que a expressão "direitos fundamentais" advém da literatura europeia, após a Lei Fundamental Alemã de 1949, mesmo já estando esses direitos presentes em instrumento norte-americano anterior a essa data e agora, atualmente, insculpida na nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.³ E, por estarem na Constituição Federal, o citado autor conceitua esses direitos da seguinte forma: "os direitos fundamentais são os direitos naturais da pessoa elevados a nível constitucional, ou seja, positivados pelo legislador constituinte".⁴

Carl Schmitt ensina sobre critérios que caracterizariam os direitos como direitos fundamentais, dividindo em: 1) *critérios formais*: direitos fundamentais são aqueles assim denominados no instrumento constitucional e aqueles que a Constituição atribuiu determinado grau de garantia e segurança (imutáveis ou de mutabilidade dificultada); 2) *critério material*: os direitos fundamentais variam conforme a ideologia, a modalidade do Estado, a espécie de valores e princípios da Constituição que compõem.⁵

Adoutrinabrasileiratrazdiversascaracterísticasdosdireitosfundamentais.Para Marcelo Novelino⁶, pode-se citar: *universalidade*; *inalienabilidade* (intransferíveis e inegociáveis, indisponíveis); *imprescritibilidade*; *irrenunciabilidade* (mesmo o não exercício não induz à renúncia); *relatividade ou limitabilidade* (convivência das liberdades públicas); *historicidade*.

2 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 33.

3 LEMBO, op. cit., 2007. p. 5 e 7.

4 Ibidem, 2007, p. 7.

5 SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Berlin: Unveränderter Neudruck, 1954. p. 163-173. Apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 515.

6 NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2010. p. 353-354.

No estudo dos direitos fundamentais, sempre vem à mente as gerações desses direitos. Paulo Bonavides as chama de “gerações”, mas há quem entende melhor se falar em “dimensões”, como, aliás, o faz Willis Santiago Guerra Filho⁷. Enfim, embora denominações diversas, é pacífico o entendimento de que as gerações estão vinculadas ao lema da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade, numa progressão histórica.

As gerações dos direitos fundamentais representam a mudança social, política e valorativa de cada época da humanidade, sofrendo mudanças e alterando o panorama da humanidade com reconhecimentos importantes para traçar a evolução dos direitos:

À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove.⁸

A primeira geração representa direitos advindos das lutas sociais em face do Estado e tem como titularidade o indivíduo⁹. Surge após a Revolução Francesa. Esses direitos “obstam a ação discricionária e, por via de consequência, arbitrária dos governos face às pessoas. Negam à autoridade a possibilidade de agir sem limites”.¹⁰ Assim, possuem conotação negativa, de abstenção. Pode-se citar: direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante à lei, às liberdades de expressão, à participação política, dentre tantos outros. Adentraria aqui, nessa dimensão, as chamadas *liberdades públicas* (direitos de liberdade).

7 “Que em vez de “gerações” é melhor se falar em “dimensões de direitos fundamentais”, nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: PEREIRA, Ana Cláudia Távora et al. (Coords.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 13.

8 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 10.

9 BONAVIDES, op. cit., 1999, p. 516.

10 LEMBO, op. cit., 2007, p. 15.

A segunda geração representa “igualdade” e tem como marco a Revolução Industrial e a luta dos direitos sociais dos trabalhadores. Surgem os direitos econômicos, sociais e culturais numa busca de igualdade material e tem como destinatário o legislador.¹¹ A concepção é de direitos positivos, de ação, como, p. ex., consecução da justiça social – assistência social, saúde, educação, trabalho, etc. Nessa dimensão estariam compreendidos os *direitos sociais*. Nesse contexto, nos estados sociais democráticos de direito, onde o Estado protege o mais fraco, levando-se em conta vários fatores (idade, estado intelectual, inexperiência, pobreza, etc.), as constituições acabam inserindo normas, prevendo a *prestação* para suprir as carências dessas coletividades. Com a Constituição brasileira vigente não foi diferente e, uma vez tendo adotado o modelo de *Estado Social*¹² *Democrático de Direito*¹³, a partir do art. 6º e seguintes cuidou dos *direitos sociais*, além de voltar a eles em sua parte programática.

A terceira dimensão concebe os direitos cujos sujeitos não é mais o indivíduo, mas a coletividade, estando vinculada na mesma a fraternidade, que remete à solidariedade, humanismo e universalidade, entre as nações desenvolvidas e subdesenvolvidas. São direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à qualidade de vida, à comunicação, ao direito de propriedade e ao patrimônio comum da humanidade.¹⁴ Em seu estudo sobre direitos, Cláudio Lembo caracteriza essa fase como fase dos direitos difusos e coletivos.¹⁵

Paulo Bonavides entende os direitos fundamentais da quarta geração como sendo o resultado da “globalização política na esfera da normatividade jurídica”,¹⁶

11 NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 355.

12 É incumbência do Estado Social proteger o mais fraco, estando inserido nesse contexto o *idoso*. A doutrina, a esse respeito, assim tem-se manifestado: “[...] o Estado social se caracteriza fundamentalmente pela proteção ao fraco (fraqueza que vem de diversas circunstâncias, **como a idade**, estado intelectual, inexperiência, pobreza, impossibilidade de agir ou compreender) e aos direitos e situações de abrangência comunitária e, portanto transindividual, de difícil preservação por iniciativa dos particulares. O Estado contemporâneo assume por missão garantir ao homem, como categoria universal e eterna, a preservação de sua condição humana, mediante o acesso aos bens necessários a uma existência digna [...]”. (ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 239).

13 A Constituição da República Federativa do Brasil vigente, em seu preâmbulo afirma que esse modelo de Estado é destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Ainda, esse mesmo texto legal, quando trata DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS, aponta como fundamento esse mesmo Estado, *a dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inc. III, da CRF/88). Mas, não para aí, ao cuidar dos *objetivos fundamentais*, estabelece como missão do Estado *construir uma sociedade livre, justa e solidária, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem estar de todos, sempre preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 3º, incs. I, III e IV, da CRF/88).

14 BONAVIDES, op. cit., 1999, p. 522 em diante.

15 LEMBO, op. cit., 2007, p. 17.

16 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 525.

conhecendo como sendo os direitos à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, importantes para a institucionalização do Estado Social. Trata-se de direitos que fundamentam a República Federativa do Brasil, voltados em torno da democracia. Já para Norberto Bobbio, “tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética”¹⁷.

Há quem defenda a quinta geração dos direitos fundamentais. Para Paulo Bonavides, a quinta geração simboliza a paz, que anteriormente o autor entendia como terceira geração. Diante da necessidade atual de paz mundial e a sua integração no conceito de democracia. “Assim, a nova dimensão de direitos fundamentais reserva direito à paz o papel central de supremo direito da humanidade”¹⁸.

Entendidos os direitos fundamentais e suas gerações, o conceito de garantias fundamentais se torna claro. O reconhecimento e a previsão de direitos não bastam para que eles sejam de fato efetivados. Dessa forma, há a necessidade de se preverem também garantias fundamentais que exerçam a função de instrumentos de concretização dos direitos fundamentais. Aqui se tem nada mais do que a forma de assegurá-los. Para tanto, surgem os instrumentos, normalmente, processuais, de proteção.

As garantias fundamentais são estabelecidas pelo texto constitucional como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. As garantias possibilitam que os indivíduos façam valer, frente ao Estado, os seus direitos fundamentais. Assim, ao direito à vida corresponde a garantia de vedação à pena de morte; ao direito à liberdade de locomoção corresponde a garantia do habeas corpus; ao direito à liberdade de manifestação do pensamento, a garantia de proibição da censura etc.¹⁹

Para finalizar a análise dos direitos e garantias fundamentais, o essencial é entender e concluir que esses direitos devem ser tratados como a essência do ser humano, em sua totalidade, dentro de um espaço e de um tempo, representando as necessidades e os valores latentes de um momento. Nesse aspecto, Claudio Lembo afirma:

17 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

18 BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais: direitos fundamentais e justiça. **Direitos Fundamentais e Justiça: Revista do Programa de Pós-graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS**, ano 2, n. 3, abr./jun, 2008. Disponível em: <http://www.dj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2013.

19 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 96.

Os direitos fundamentais devem se balizar por um sistema de valores que, apesar de sua natureza universal, pois tratam da pessoa humana e do regime democrático, assume, por vezes, cores diferentes em cada circunstância geográfica, em razão de aspectos puramente locais e da formação histórica de cada comunidade.²⁰

Os direitos fundamentais são aqueles que protegem a pessoa humana na sua vida privada, social, política, econômica, coletiva e moral, de forma a amparar todos os modos de vida dentro ou fora de uma coletividade. Nesse diapasão, surge o entendimento jurídico do direito de acesso à justiça como direito e garantia fundamental, vez que se mostra o cerne para outros tantos direitos sejam respeitados, como se concluirá nos tópicos a seguir.

3 O ACESSO À JUSTIÇA

O conceito de justiça também não é de fácil construção, vez que, assim como os direitos fundamentais e o entendimento do termo “acesso à justiça”, muda no tempo e no espaço, conforme as ideologias, os costumes e os valores de quem a conceitua. Em primeiro lugar não se pode confundir *justiça* com *jurisdição*²¹. Enquanto a justiça busca a satisfação dos sujeitos em conflito de interesses, a jurisdição, numa visão romanista (*jūris + dictio*), é o mero ato de dizer o direito ao caso concreto, de dar uma solução ao litígio sem a certeza e a preocupação de que haverá satisfação das partes.²²

20 LEMBO, op cit., 2007, p. 9.

21 Atualmente, a jurisdição pode e dever ser estudada como *poder* (ou melhor, como *manifestação do poder*), como *função* e como *atividade*. A respeito do conceito de jurisdição, a doutrina tem afirmada “[...] que a jurisdição é, ao mesmo tempo, *poder, função e atividade*. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituando como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal)”. (ARAÚJO CINTRA, op cit., 2012, p. 155). João Batista Lopes, acerca da jurisdição e, especialmente, sobre a natureza jurídica da jurisdição, ensina que “Alguns autores sustentam que ela é *poder, função e atividade*. Tecnicamente, porém, a jurisdição não se confunde com poder, na medida em que ela é mais precisamente *manifestação do poder*. Por outras palavras, a jurisdição emana do poder e, assim, com ele não se confunde. Em rigor técnico, nem mesmo se poderia falar em separação de poderes (Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário), já que o *Poder* é uno, só havendo divisão de funções. Como manifestação do poder, a jurisdição tem de ser exercida por órgãos especialmente criados para tanto (juízes e tribunais) razão por que se fala da *função* jurisdicional a eles confiada e da *atividade jurisdicional* concretizada. Assim, a jurisdição deve ser vista como *manifestação do poder*, como *função* e como *atividade*”. (LOPES, João Batista. *Curso de direito processo civil*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1, p. 68-69).

22 SILVA, Adriana dos Santos. *Acesso à justiça e arbitragem*: um caminho para a crise do judiciário. São Paulo: Manole, 2005. p. 87.

Para Adriana dos Santos Silva, “a noção de Justiça está intimamente ligada a seu acesso, pois de nada adiantaria seu asseguramento sem uma maneira hábil de torná-la aplicável e possível”²³. Essa mesma autora, citando o entendimento de Jair Gonçalves, afirma que “a Justiça deriva da essência do homem e só é alcançada quando visualizada em um contexto de dar a cada um o que lhe é devido”²⁴.

Horácio Wanderlei Rodrigues entende que na doutrina a expressão “acesso à justiça” possui dois sentidos: (a) acesso ao Poder Judiciário e (b) o acesso a uma “determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano”²⁵. “Quando se fala em acesso à Justiça, o objetivo direto é tornar efetivo um dos principais e fundamentais direitos do cidadão: o de garantir seus direitos e não apenas garantir sua propositura”.²⁶

A evolução da concepção do termo “acesso à justiça” muito equivale à evolução dos direitos e garantias fundamentais tratados em item anterior. Durante a ascensão da doutrina liberal burguesa, em que o individualismo prevalecia, o acesso à justiça era visto com o acesso à proteção judicial, como direito formal da pessoa de propor ou contestar uma ação. Para o sistema liberal econômico, a justiça existia somente para quem poderia pagá-la, de forma que a igualdade era apenas formal.²⁷

A visão nos séculos XVIII e XIX era de se prever um direito e não de assegurar-lo efetivamente, lembra Pedro Batista Martins, de forma que hoje não se caracteriza mais como um direito concedido pelo Estado, mas, sim, de um dever do Estado de disponibilizar meios à solução dos conflitos de interesses e de pacificação social. O autor ainda completa:

O dever de assegurar o acesso à justiça não se limita a simples possibilidade de distribuição do feito, ou a manutenção de tribunais estatais à disposição da população, mas engloba um complexo sistema de informação legal aos hipossuficientes jurídicos, o patrocínio de defesa dos interesses daqueles econômica e financeiramente desprotegidos que possibilitem a igualdade de todos e, acima de tudo, uma justiça célere em prol do jurisdicionado.²⁸

23 Ibidem, 2005, p. 90.

24 GONÇALVES, Jair. A justiça e o direito natural, frente ao jusnaturalismo. In: RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues (Coord.). **Direito em questão: aspectos principiológicos da justiça**. Campo Grande: UCDB, 2001. p. 25-26 citado por SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário**. São Paulo: Manole, 2005. p. 83.

25 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 28.

26 SILVA, op. cit., 2005, p. 96.

27 CAPPELLETTI, op. cit., 2002, p. 9-10.

28 MARTINS, Pedro Batista. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 4.

No estudo do conceito de “acesso à justiça” encontra-se uma gama de visões e conclui-se pela dificuldade de se chegar a um conceito uno. Mauro Cappelletti e Bryant Garth reconhecem a dificuldade em conceituar o termo, mas distinguem duas grandes finalidades – o acesso como meio de reivindicar direitos e o acesso como forma de se obter resultados justos:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema de ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.²⁹

Os mencionados autores, de forma magistral, defendem a importância do acesso à justiça e que esse direito foi progressivamente reconhecido como essencial diante do surgimento de novos direitos individuais e coletivos, pois há necessidade de instrumentos de reivindicação para que a titularidade dos direitos tenha sentido. “O acesso à justiça, pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”³⁰.

José Roberto da Silva Bedaque também defende semelhante entendimento:

Acesso à Justiça ou mais propriamente acesso à ordem jurídica justa significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo equo, correto, giusto.³¹

3.1 O ACESSO À JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

No Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 já consta que o Brasil é um Estado Social Democrático, em que é assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais e a justiça, numa sociedade harmônica com solução

29 CAPPELLETTI, op. cit., 2002, p. 11.

30 Ibidem, 2002, p. 11-12.

31 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 71.

pacífica das controvérsias.³² O art. 3º dessa Lei Maior também prevê como sendo um dos *objetivos fundamentais* da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade justa.³³ Além desses dispositivos, o legislador constitucional, ao preocupar-se com os Direitos e Garantias Fundamentais, Direitos e Garantias Individuais e Coletivos, prevê o *acesso à justiça*, conforme se vê do inc. XXXV, do art. 5º, que também é conhecido por *Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição*.³⁴

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao proclamar em seu art. 5º, inc. XXXV, que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, tornou o direito e garantia de *acesso à justiça* um *direito fundamental*, de maneira que se pressupõe que todos, indistintamente, possuem o direito de postular, perante os órgãos do Poder Judiciário, a tutela jurisdicional adequada e efetiva, respeitando-se, por óbvio, as garantias do *devido processo legal* e, principalmente, o seu consectário, o *princípio do contraditório e da ampla defesa* e, ainda, as normas de ordem processual aplicáveis à espécie.

Vicente Greco Filho, sobre referido dispositivo constitucional, entende que “A determinação constitucional dirige-se diretamente ao legislador ordinário e, conseqüentemente, a todos os atos, normativos ou não, que possam impedir o exercício do direito de ação”.³⁵ Na seqüência, esse mesmo autor aponta a ação e o Poder Judiciário, como instrumentos de efetivação de direitos e garantias, servindo de base a toda essa estrutura da justiça. Veja-se:

O direito de ação e o Judiciário, como instrumentos de efetivação de todas as garantias e direitos, servem como que de estrutura para toda a pirâmide, a qual, [...] não teria a menor consistência se não tivesse mecanismo eficiente de manutenção. Poderíamos, aliás, usando de

32 “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

33 “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

34 A respeito desse princípio, consulte-se a Seção **Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (princípio do direito de ação)**, de NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 170 a 202, bem como a obra de GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da constituição federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

35 GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 43.

uma alegoria, dizer que a garantia jurisdicional é a estrutura de ferro que sustenta a pirâmide das normas jurídicas.³⁶

Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pode-se dizer, assegura, por parte de um de seus Poderes, a prestação jurisdicional e o resguardo de todos os direitos e garantias previstos em seu texto e nas leis infraconstitucionais, seja no caso de lesão ou de ameaça a direito.

O direito de acesso à justiça foi ampliado pela Constituição de 1988, de forma a abranger não apenas a via repressiva (“lesão”), mas também a via preventiva (“ameaça a direito”). A rigor, a Constituição veda a possibilidade de exclusão da alegação de lesão ou ameaça, uma vez que o direito de ação não se vincula à efetiva procedência do pedido. Portanto, não se deve confundir “negativa de prestação jurisdicional com decisão jurisdicional contrária à pretensão da parte”.³⁷

Como bem leciona Humberto Theodoro Júnior, o processo, além de almejar a paz social, também deve buscar a justa solução da lide: “Não é suficiente ao ideal de justiça garantir a solução judicial para todos os conflitos; o que é imprescindível é que essa solução seja efetivamente ‘justa’ isto é, apta, útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a quem tem direito, segundo a ordem jurídica vigente”.³⁸

Ainda, para que se possa falar, realmente, num *acesso à justiça*³⁹ eficiente e, sobretudo, com *efetividade das decisões*⁴⁰ que são proferidas no processo, tem-se que ampliar o conceito de *acesso à justiça* e não reduzi-lo ao mero *acesso ao Poder Judiciário*.

Aliás, no ensinamento de Paulo Cesar Santos Bezerra encontra-se a seguinte passagem, que, pela sua pertinência, merece ser transcrita aqui, no sentido de que

³⁶ Ibidem, 2007, v. 1, p. 30.

³⁷ NOVELINO, op cit., 2010, p. 450-451.

³⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 2, p. 504.

³⁹ A respeito do *acesso à justiça*, a Doutrina, assim se manifesta: “Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que *faça justiça* a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o *acesso à justiça*, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em *acesso à ordem jurídica justa*”. (ARAÚJO CINTRA, op. cit., 2012, p. 41).

⁴⁰ “IV) *efetividade das decisões*. Todo processo deve dar a quem tem um direito *tudo aquilo e precisamente aquilo* que ele tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro *slogan* dos modernos movimentos em prol da *efetividade do processo* e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça. O uso adequado de medidas cautelares [...] constitui poderoso instrumental capaz de assegurar os bons resultados das decisões e medidas definitivas que virão. [...]”. (Ibidem, 2012, p. 43).

“O acesso à Justiça tem sido tratado por uma perspectiva reducionista de acesso ao processo (ou ao Poder Judiciário), mas esse fenômeno não se resume a isso [...]”.⁴¹ Esse mesmo autor, mais adiante, em sua obra, ainda, sobre o tema, assim se pronunciou:

Aqui, tanto o direito como a justiça são tomados num espectro bem mais amplo, é dizer, o acesso aos direitos não se resume ao acesso ao processo apenas, e o acesso à justiça não se reduz ao acesso ao Judiciário, e, embora a quase totalidade dos autores que abordaram, em seus estudos e escritos, o acesso à justiça, o tenham feito como se isso se reduzisse ao acesso ao processo, ou seja, à relação jurídico-processual, e poucos tenham analisado a fase pré-processual, procurou-se, nesse texto, enveredar por outro caminho, que busca analisar o acesso aos direitos e à justiça numa perspectiva que conceda ao próprio acesso a qualidade de um direito, e de um direito humano e fundamental.⁴²

Importante registrar que, muito embora o direito de acesso à justiça seja um direito constitucional, reconhecido e amparado, é necessário que sejam respeitadas as *condições da ação* e os *pressupostos processuais*,⁴³ assim como a prescrição e a decadência, ou seja, o direito a ser questionado tem de ser possível e livre de máculas, tanto que a própria Constituição Federal vigente e leis infraconstitucionais poderão impor limitações naturais ao exercício de direitos.⁴⁴

3.2 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL

O entendimento do acesso à justiça como direito e garantia fundamental parece algo simples e claro. Entretanto, o que estudo deseja é reconhecê-lo como um direito fundamental à pessoa humana de modo que garante a efetivação dos

41 BEZERRA, Paulo Cesar Santos. O acesso aos direitos e à justiça: um direito fundamental. In: BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Temas atuais de direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus: Editus, 2007. p. 131.

42 Ibidem, 2007, p. 132.

43 Ensina Nelson Nery Júnior que, “Assim como a exigência do preenchimento das condições da ação e o atendimento dos pressupostos processuais – requisitos para que o juiz possa decidir o mérito – podem configurar, em certa medida, *barreira* para o acesso à justiça, a estipulação de prazos para o exercício do direito de ação e a observância da forma dos atos processuais. Essa *barreira*, entretanto, não se afigura impeditiva da aplicação do princípio constitucional do direito de ação, pois configura limitação natural do exercício do direito de ação. São inconstitucionais, por ofenderem o princípio do direito de ação, os expedientes que criem alguma forma de premiação ou punição para o apelo judicial, como, por exemplo, o pagamento de multa administrativa com desconto de 50% caso o contribuinte desista de seu direito de se socorrer de ação judicial”. (NERY JUNIOR, op. cit., 2009, p. 178).

44 No mesmo sentido, Vicente Greco Filho, acrescenta: “O direito de pedir a prestação jurisdicional, porém, não é incondicional e genérico. Ele nasce quando a pessoa reúne certas condições, previstas na legislação processual e de direito material e que são: a legitimidade para a causa, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido”. (GRECO FILHO, op. cit., 2007, v. 1, p. 43).

outros tantos direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro. “Se o estado monopoliza o uso da força e passa a ser o guardião dos direitos fundamentais, ter o acesso ao Estado, à Justiça, é condição *sine qua non* para acessar qualquer outro direito”.⁴⁵

Ainda na procura de se analisar o acesso à justiça como direito e garantia fundamental, Luiz Guilherme Marinoni enfatiza que a norma constitucional não garante apenas um direito de ação, mas “um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva”⁴⁶ e completa:

Não teria cabimento entender, com efeito, que a Constituição da República garante ao cidadão que pode afirmar uma lesão ou uma ameaça a direito apenas e tão somente uma resposta, independentemente de ser ela efetiva e tempestiva. Ora se o direito de acesso à justiça é um direito fundamental, porque garantidor de todos os demais, não há como imaginar que a Constituição da República proclama apenas que todos têm direito a uma mera resposta do juiz.⁴⁷

Wanderlei Horácio Rodrigues, ao discorrer sobre o assunto, apresente uma “[...] uma visão axiológica da expressão justiça compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano”.⁴⁸

Significa que o ser humano tem direito à justiça, sendo ela transmitida a ele de maneira legal e efetiva. Sua efetivação como princípio constitucional é fundamental em decorrência dos outros princípios e garantias. Se não for observado, como também concluído, os outros não serão aplicados concretamente.⁴⁹

Luiz Guilherme Marinoni defende que o direito fundamental à tutela jurisdicional, como denomina o direito de acesso à justiça, é destinado ao órgão estatal, que exerce a função jurisdicional, incidindo no juiz que deve estar preocupado com a efetividade dos direitos. Em suas palavras:

45 REBOUÇAS, Gabriela Maia. A construção de novos cenários para o Direito: reflexões sobre o acesso à justiça. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de. (Coord.) **Direitos fundamentais em construção: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto**. Forum, 2010. p. 379.

46 MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 218.

47 Idem.

48 RODRIGUES, op. cit., 1994, p. 28.

49 BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso à justiça: instrumentos viabilizadores**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. p. 22, nota de rodapé.

O direito fundamental à tutela jurisdicional tem eficácia apenas sobre o órgão estatal, pois se presta unicamente a vincular o modo de atuação da jurisdição, que possui a função de atender não apenas aos direitos fundamentais, porém sim a quaisquer direitos. É importante perceber, com efeito, que o direito fundamental à tutela jurisdicional, exatamente porque incide sobre o juiz, está preocupado com a efetividade da tutela de todos os direitos, e não apenas com a proteção dos direitos fundamentais.⁵⁰

O direito de acesso à justiça precisa, outrossim, ser considerado como um direito social, não somente como um meio de efetivação de direitos, de modo que se torna o cerne do processo e do ordenamento jurídico como um todo. Mauro Cappelletti destaca a importância de o jurista ter uma visão social das técnicas processuais:

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social.⁵¹

O mestre italiano resume muito bem o assunto merecendo ser, novamente, citadas suas palavras: “O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”⁵².

Gabriela Maia Rebouças, em suas reflexões sobre o acesso à justiça nos novos cenários do Direito brasileiro, cita as ondas renovatórias, como ela assim denomina, pautadas em mudanças que foram surgindo para ampliar o acesso à justiça, como, por exemplo, diante da desigualdade econômica, o surgimento da gratuidade da justiça, a assistência judiciária e a defensoria pública; o tratamento diferenciado aos direitos difusos, com a possibilidade de ação civil pública e, mais interessante ao presente estudo, a busca pela efetividade processual, sendo considerado o processo um instrumento para a realização da ordem justa, livre e solidária.⁵³

50 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 83.

51 CAPPELLETTI, op. cit., 2002, p. 12.

52 Ibidem, 2002, p. 13.

53 REBOUÇAS, op. cit., 2010, p. 378.

Com um pensamento, talvez mais realista e prático, da questão atual do acesso à justiça, Fernando Pagani Mattos, em seu livro *Acesso à Justiça: um Princípio em busca de efetivação*, afirma que se exige do operador do direito uma postura diferente, independentemente de novos instrumentos. “Isso porque novas Constituições, novas leis ou emendas, desacompanhadas do compromisso político-social – aí incluídos os operadores jurídicos – de construção permanente de um Estado Democrático de Direito são incapazes de solucionar os problemas que envolvem a justiça e a forma eficaz de acessá-la”.⁵⁴

4 A IMPORTÂNCIA DO ACESSO À JUSTIÇA PARA A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Pelos entendimentos colacionados acima, idealizar o *direito de acesso à justiça* como um direito e uma garantia constitucional é assegurar que esses direitos possam, se lesados, serem pleiteados e reparados, ou, se ameaçados, respeitados, haja vista que o atual texto constitucional cuidou tanto da *lesão*, quanto da *ameaça* ao direito. Além disso, deve o operador do direito reconhecer que as normas de direito processual e, conseqüentemente, o processo, servirão de instrumento para a concretização de uma justiça com plena pacificação social, em prol da efetivação de todos os direitos e garantias fundamentais, alcançando um dos *objetivos fundamentais* da República Federativa do Brasil que é, justamente, a *dignidade da pessoa humana*.

Neste momento, antes de mais nada, é importante traçar a diferença entre *direitos fundamentais*⁵⁵, *direitos humanos*⁵⁶ e *direitos da personalidade*. Para tanto, vale-se da doutrina de Willis Santiago Guerra Filho:

Uma primeira dessas distinções é aquela entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. De um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente,

54 MATTOS, Fernando Pagani. *Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 129.

55 Sobre direitos fundamentais, consulte-se: MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. Tomo IV; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; e MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

56 Acerca dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, consulte-se: BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Direitos humanos e direitos fundamentais. In: BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Temas atuais de direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus: Editus, 2007, p. 13-50.

direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas do direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, situadas em uma dimensão suprapositiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas de direito interno.

Já no âmbito do próprio direito interno, há que se distinguir direitos fundamentais dos “direitos de personalidade”, por serem esses direitos que se manifestam em uma dimensão privatista, onde também se manifestam os direitos fundamentais, mas de forma indireta, reflexa, como mostra a doutrina alemã da eficácia perante terceiros (*Drittwirkung*) desses direitos. Já numa dimensão publicista, não há que se confundir direitos fundamentais com “direitos subjetivos públicos”, pois se os primeiros são direitos que os sujeitos gozam perante o Estado, sendo, portanto, nesse sentido, direitos subjetivos públicos, não há aí uma relação biunívoca, já que nem todo direito subjetivo público é direito com a estrutura constitucional de um direito fundamental. Além disso – e o que é mais importante –, como aprendemos ao estudar direito constitucional alemão (v., por todos, o manual de Konrad Hesse, em vias de publicação entre nós), os direitos fundamentais não têm apenas uma dimensão subjetiva, mas também, uma outras, *objetiva*, donde se falar em seu “duplo caráter”, preconizando-se a figura do *status* como mais adequada do que a do direito subjetivo para categorizá-los. A dimensão objetiva é aquela onde os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar. Enquanto situação jurídica subjetiva, o *status* seria a mais adequada dessas figuras porque é aquela donde “brotam” as demais, condicionando-as. [...].⁵⁷

Ingo Wolfgang Sarlet, com muita propriedade, a respeito desse objetivo fundamental, explica:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁵⁸

57 GUERRA FILHO, op. cit., 1997, p. 12-13.

58 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.

Em estudo sobre a dignidade da pessoa humana, Claudete Carvalho Canezin e José Sebastião de Oliveira discorrem de forma interessante sobre a temática:

O princípio da dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais e a premissa fundamental de qualquer Estado que se queira definir e assumir como Democrático. A garantia da dignidade da pessoa humana é a fonte ética que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais.

A dignidade, como se sabe, constitui-se num fator primordial à formação da personalidade humana [...].⁵⁹

Para Clayton Reis e Wanderson Lago Vaz,

A dignidade da pessoa humana constitui-se em uma conquista que o ser humano realizou no decorrer dos tempos, derivada de uma razão ético-jurídica contra a crueldade e as atrocidades praticadas pelos próprios humanos, uns contra os outros, em sua trajetória histórica. O fato de o princípio da dignidade da pessoa representar uma conquista do homem torna-se ainda mais preciosa e mais merecedora de proteção do que se tivesse sido outorgada por uma razão divina ou natural.⁶⁰

Paulo Bonavides assevera que “Quando hoje, a par dos progressos hermenêuticos do direito e de sua ciência argumentativa, estamos a falar, em sede de positividade, acerca da unidade da Constituição, o princípio que urge referir na ordem espiritual e material dos valores é o princípio da dignidade da pessoa humana”.⁶¹

A cláusula geral da *dignidade da pessoa humana* prevista no art. 1º, inc. III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁶², como fundamento do Estado Democrático de Direito, tem o condão de representar todos os *direitos da*

59 CANEZIN, Claudete Carvalho Canezin; OLIVEIRA, José Sebastião de. Da Responsabilidade Civil da Dignidade da pessoa humana na sociedade conjugal. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 7, n. 1, p. 149-179, jan./jun. 2007. p. 152.

60 VAZ, Wanderson Lago, REIS, Clayton. Dignidade da pessoa humana. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, Maringá, v. 7, n. 1, p. 181-196, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/522/380>>. Acesso em: 29 ago. 2012. p. 190.

61 BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da democracia participativa*: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 234.

62 O Brasil, se bastasse o teor do texto constitucional acerca da dignidade da pessoa humana, também, por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, em seu art. 11 cuidou da proteção da honra e da dignidade. Confira-se: “Artigo 11. Proteção da Honra e da Dignidade Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. [...]”.

*personalidade*⁶³, amparando a pessoa humana na sua complexa e imensa totalidade. A personalidade é comparada à ossatura por Adriano De Cupis: “a personalidade seria uma ossatura destinada a ser revestida de direitos, assim como os direitos seriam destinados a revestir a ossatura”.⁶⁴

De uma forma mais específica, a respeito da personalidade, Sérgio Iglesias Nunes de Souza ensina:

A personalidade é um complexo de características interiores com o qual o indivíduo pode manifestar-se perante a coletividade e o meio que o cerca, revelando seus atributos materiais e morais. Com efeito, no sentido jurídico, a personalidade é um bem, aliás, o primeiro pertencente à pessoa. Entendida como bem, a personalidade subdivide-se em categorias imateriais de bens: a vida, a liberdade, a honra, a intimidade, entre outros. Em torno destes gravitam todos os bens materiais, dado o caráter de essencialidade e qualidade jurídica atribuída ao ser [...].⁶⁵

Orlando Gomes, por sua vez, conceitua os Direitos da Personalidade como sendo os “considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”.⁶⁶ Já, para Rubens Limongi França os direitos da personalidade são faculdades, ao dizer que os “direitos da personalidade dizem-se as faculdade jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior”.⁶⁷

Carlos Alberto Bittar, também sobre esta temática, assim se manifesta:

São os direitos que transcendem, pois, o ordenamento jurídico positivo, porque insitos à própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade. Intimamente ligados ao homem, para sua proteção jurídica, independentes de relação imediata com o mundo exterior ou outra pessoa, são intangíveis, de *lege lata*, pelo Estado, ou pelos particulares.⁶⁸

63 Relevante, e oportuna de citação, é a observação de Carlos Alberto Bittar: “Diferentes denominações são enunciadas e defendidas pelos doutrinadores. Assim, consoante Tobeñas, que se inclina pelo nome “direitos essenciais da pessoa” ou “direitos subjetivos essenciais”, têm sido propostos os seguintes nomes: “direitos da personalidade” (por Gierke, Ferrara e autores mais modernos); “direitos à personalidade” ou “essenciais” ou “fundamentais da pessoa” (Ravà, Gangi, De Cupis); “direitos individuais” (Kohler, Gareis); “direitos pessoais” (Wachter, Bruns); “direitos personalíssimos” (Pugliati, Rotondi).” (BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 1-2).

64 CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Moraes, 1961. p. 15.

65 SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. São Paulo: Manole, 2002. p. 1.

66 GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 148.

67 FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 935.

68 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 11.

Silvio Romero Beltrão, sobre a pessoa humana no ordenamento jurídico e sua tutela, afirma, de modo contumaz, que “A pessoa natural, em sua realidade e experiência, representa um valor a tutelar em suas inúmeras formas de expressão, em seu interesse moral e material e no desenvolvimento de sua personalidade. Representa, de acordo com um reconhecimento unânime, o fim último da norma jurídica.”⁶⁹

Envolvendo esse conteúdo, dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade, André Gustavo Corrêa de Andrade retrata, com muita propriedade e de forma sucinta, a *tutela preventiva*, a *reparatória* e a *punitiva* merecendo destaque:

O art. 1º, III, da Constituição Federal estabeleceu, como um dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana, síntese desses atributos, que devem, em respeito ao comando constitucional, encontrar a mais ampla proteção possível do Poder Público, em especial do Poder Judiciário, ao qual incumbe, de um lado, a tutela *preventiva* dos direitos da personalidade (através de medidas preventivas em geral: cautelares, antecipatórias de tutela, inibitórias), quando ameaçados de violação; e, de outro, a tutela *reparatória* (mais adequado seria dizer *satisfatória*, dada a impossibilidade, no comum dos casos, de reparar o dano a algum desses direitos), quando já ocorrida a violação. A essas duas formas de tutela, agrega-se a *punitiva*, cabível em relação a comportamentos especialmente graves, quando, consumada a lesão, a tutela reparatória se mostra inadequada ou ineficaz.⁷⁰

Nesse contexto, diante do que foi estudado sobre *acesso à justiça*, deve-se chegar ao entendimento de que os *direitos fundamentais* possuem uma variação grande dentro do panorama da história da humanidade, de forma que tem sido resultado de conquistas do tratamento da pessoa humana no contexto jurídico do mundo. Assim, também, a noção de acesso à justiça deve ser considerado um direito e uma garantia fundamental para que outros tantos direitos sejam realmente defendidos, ou seja, para que a pessoa humana seja concreta e amplamente protegida.

Para Ivan Aparecido Ruiz e Rafael Selicani Teixeira, no estudo *Do acesso à Justiça: a garantia fundamental dos direitos humanos*, o acesso à justiça é visto como instrumento: “O Acesso à Justiça tem o poder-dever de instrumentalizar essa

69 BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005, p. 19.

70 ANDRADE, André Gustavo Córrea de. **Dano moral e indenização punitiva**: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 9.

busca de proteção dos direitos atualmente reconhecidos e ainda os que estão por vir. Um acesso amplo e irrestrito, não somente ao aparato judicial disponível, mas a todo e qualquer meio que possibilite e potencialize a consecução de tal fim”.⁷¹

George Marmelstein consegue, de forma magistral, reunir esses conceitos, sendo indispensáveis seus ensinamentos: “Os direitos fundamentais, são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e da limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico”.⁷²

O Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, que se traduz no acesso à justiça, é colocado como direito e garantia supremos no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive naquela de estatura maior, que é, justamente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tornando-se regra para os legisladores, em todas as esferas de governo, para os demais operadores do Direito, principalmente para os juízes, assim como para a pessoa humana, tendo como cerne a tutela integral da pessoa humana, em todas as dimensões de sua personalidade. Assim, desde já é possível concluir que tal temática é de extrema importância na vida das pessoas, ou seja, o reconhecimento do acesso à justiça como direito e garantia fundamental na tutela dos direitos da personalidade, tema do presente estudo, é da essência das pessoas em seu convívio social. Aliás, esse tratamento, em nível normativo, como se percebe da maioria das legislações, não tem ficado somente no âmbito do plano intestino, por meio de normas jurídicas, mas, também, no âmbito internacional, quando entram em cena as convenções e os tratados internacionais, por intermédio de Declarações Universais de Direito.

Dessa forma, o acesso à justiça não pode se limitar ao direito de ação, ao direito de se ter uma resposta do Poder Judiciário. “Ele abarca muito mais do que isso, sendo uma garantia que protege, ou deve proteger, os direitos e garantias individuais fundamentais, de forma efetiva e concreta”.⁷³ Afinal, ao trazer o direito de acesso à justiça no texto constitucional, nas palavras de George Marmelstein, “pode-se dizer que a Constituição de 88 acreditou no Poder Judiciário como instância última de proteção aos direitos fundamentais”.⁷⁴

71 RUIZ, Ivan Aparecido; TEIXEIRA, Rafael Selicani. Do acesso à justiça: a garantia fundamental dos direitos humanos. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; DE OLIVEIRA, Flávio Luis (Org.) **Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica**. São Paulo: Boreal, 2012. p. 250.

72 MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 20.

73 RUIZ, op. cit., 2012, p. 20.

74 MARMELESTEIN, op. cit., 2009, p. 151.

Ivan Aparecido Ruiz e Rafael Selicani Teixeira, na conclusão de artigo, trazem a seguinte consideração que, aqui, merece ser transcrita, pela pertinência do tema:

O acesso à Justiça, nesse prisma, se torna a garantia do acesso do homem a sua condição digna de vida. A efetivação desse direito fundamental é a efetivação de todos os direitos fundamentais do homem, a todos os seres humanos. Não basta que existam os direitos expressos em textos constitucionais, ou que sejam efetivados para uma parcela da população.

Por fim chega-se ao entendimento que enquanto existir uma só pessoa privada de sua condição humana digna, deverá haver discussões e reflexão sobre o Acesso aos Direitos e à Justiça.⁷⁵

Realmente, por ser a pessoa o centro de atenção do Estado, no caso do Estado brasileiro, até mesmo porque, como já foi apontado, foi inserido o *princípio da dignidade de pessoa humana* como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, porquanto se reconhecem os direitos e garantias essenciais da pessoa, pouco importando seja ela nacional ou não (estrangeiro).⁷⁶

A pessoa humana, possuindo vários atributos que se traduzem em direitos da personalidade, só os consegue realizar, quando os seres humanos encontrarem-se em estado de liberdade, isento de temor e miséria, criando-se condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, além, evidentemente, de seus direitos civis e políticos.⁷⁷

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo permite concluir, com muita facilidade, que a atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em termos de direitos fundamentais e, também, com relação a determinados direitos da personalidade, deu um grande passo, avançando em muito, em todos os sentidos.

⁷⁵ RUIZ, op. cit., 2012, p. 272.

⁷⁶ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Título que trata Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em especial em seu Capítulo Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, garante tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros residentes no País esses Direitos, Garantias e Deveres, o que pode ser visto da leitura do art. 5º, *caput*, da referida Lei Maior. Confira-se: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]".

⁷⁷ Nesse sentido, confira-se o Preâmbulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

Se isso não bastasse, ela também, ainda no âmbito dos direitos fundamentais, assegurou o acesso à justiça, o qual não pode ser visualizado em seu sentido estrito, ou seja, como o mero acesso ao Poder Judiciário, mas, num sentido bem mais lato, a abarcar o acesso à realização de uma ordem jurídica justa, seja no plano direito material, seja no plano do direito processual, com obediência do princípio do devido processo legal e de seu consectário, o princípio do contraditório e da ampla defesa. Isso tanto é verdade e se mostra coerente com a normatividade jurídica formal positivada, que esse mesmo texto legal cuidou, indo além, ao encontro de doutrina voltada para o social e, ainda, dos Tratados internacionais, quando dos Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil, do *Princípio a dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inc. III), como expressão última dos *Direitos Humanos*, dos *Direitos Fundamentais* e dos *Direitos da Personalidade*.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Côrrea de. **Dano moral e indenização punitiva:** os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso à justiça:** instrumentos viabilizadores. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 2003.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade:** de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Direitos humanos e direitos fundamentais. In: BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Temas atuais de direitos fundamentais.** 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus: Editus, 2007, p. 13-50.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais: direitos fundamentais e justiça. **Direitos Fundamentais e Justiça: Revista do Programa de Pós-graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS**, ano 2, n. 3, abr./jun, 2008. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2013.

CANEZIN, Claudete Carvalho Canezin; OLIVEIRA, José Sebastião de. Da Responsabilidade Civil da Dignidade da pessoa humana na sociedade conjugal. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 7, n. 1, p. 149-179, jan./jun. 2007.

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

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Moraes, 1961

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: PEREIRA, Ana Cláudia Távora et al. (Coords.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 11-29.

LEMBO, Cláudio. **A pessoa: seus direitos**. São Paulo: Manole, 2007.

LOPES, João Batista. **Curso de direito processo civil**: Parte geral. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1

MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: RT, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Pedro Batista. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à justiça**: um princípio em busca de efetivação. Curitiba: Juruá, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. Tomo IV

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REBOUÇAS, Gabriela Maia. A construção de novos cenários para o Direito: reflexões sobre o acesso à justiça. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de. (Coord.) **Direitos fundamentais em construção**: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto. Belo Horizonte: Forum, 2010.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RUIZ, Ivan Aparecido; TEIXEIRA, Rafael Selicani. Do acesso à justiça: a garantia fundamental dos direitos humanos. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; DE OLIVEIRA, Flávio Luis (Org.) **Acesso à justiça**: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica. São Paulo: Boreal, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem**: um caminho para a crise do judiciário. São Paulo: Manole, 2005.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. São Paulo: Manole, 2002, p. 1.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 2

VAZ, Wanderson Lago, REIS, Clayton. Dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, Maringá, v. 7, n. 1, p. 181-196, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/522/380>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

Enviado em: 01 de maio de 2013

Aceito em: 02 de maio de 2013