XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

ACESSO À JUSTIÇA I

ADEGMAR JOSÉ FERREIRA

MAGNO FEDERICI GOMES

Copyright © 2019 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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

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

A174
Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Adegmar José Ferreira
Magno Federici Gomes – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-765-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

ACESSO À JUSTIÇA I

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Goiânia/GO, nos dias 19 a 21 de junho de 2019, foi promovido em parceria com o Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas (PPGDP) da Universidade Federal de Goiás (UFG), tendo como tema geral: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, o PPGDP/UFG e docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação "stricto sensu" no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho Acesso à Justiça I teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos quatorze trabalhos, efetivamente debatidos e que integram esta obra, a partir dos seguintes eixos temáticos: hermenêutica e princípios constitucionais; técnicas alternativas de resolução de conflitos; auxiliares da justiça; e questões processuais relativas ao acesso à jurisdição.

No primeiro bloco, denominado hermenêutica e princípios constitucionais, iniciaram-se os trabalhos com textos sobre o ativismo judicial, a hermenêutica e a interpretação constitucional como formas de acesso à justiça; o acesso à justiça e o impacto das novas tecnologias na sua efetivação a partir da quarta revolução industrial; o princípio da duração razoável do procedimento e a demora dos precatórios, sugerindo o parcelamento anual em requisições de pequeno valor; e o direito à cidade como dimensão do acesso à justiça socioambiental.

No segundo eixo, chamado técnicas alternativas de resolução de conflitos, apresentaram-se seis artigos científicos, iniciando-se com a teoria dos jogos aplicada no sistema multiportas do Código Processual Civil (CPC/2015), a partir cultura belicosa existente nos dias de hoje e a necessidade de uma advocacia colaborativa; a mediação e a conciliação em centros religiosos como uma nova porta de acesso à justiça e a indispensabilidade de ações de marketing nesse sentido; a interação entre direito humano, mediação ambiental e o acesso à justiça, que analisou esse trinômio como nova ferramenta para se alcançar a paz social; o

estudo das desvantagens da mediação e da conciliação; a inviabilidade de adoção dos meios equivalentes de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública; e, ainda, a mediação trabalhista e sua aplicação pelo Ministério Público do trabalho.

Na terceira fase temática, intitulada auxiliares da justiça, o primeiro trabalho estudou a atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública diante dos direitos transindividuais, por meio da assinatura de Termos de Ajustamento de Condutas (TACs). O segundo, por sua vez, analisou a aplicabilidade das prerrogativas processuais da Defensoria Pública às Assistências Judiciárias mantidas pelos Municípios brasileiros, a partir da teoria da inconstitucionalidade progressiva.

No derradeiro bloco, que versou sobre as questões processuais relativas ao acesso à jurisdição, expôs-se o processo do trabalho do futuro sob o viés das penas de sucumbência, como forma de desestímulo ao ajuizamento das demandas futuras; e, por fim, a boa-fé objetiva como limitadora da realização dos negócios jurídicos processuais eficientes.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade deste livro é demonstrar os estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados à cidadania, à formação humanística, ao acesso à justiça e ao direito processual sustentável, no qual a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar com o acesso à justiça. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. Adegmar José Ferreira - UFG

Prof. Dr. Magno Federici Gomes - ESDHC / PUC Minas

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A HERMENÊUTICA E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA

HERMENEUTICS AND CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AS A FORM OF GUARANTEE OF ACCESS TO JUSTICE

Jackelline Fraga Pessanha [1]

Resumo

O presente artigo pretende analisar a hermenêutica e a interpretação constitucional como forma de garantia do acesso à justiça, realizando estudo crítico da jurisprudência do "Habeas Corpus" nº 97.256, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que realizou a mutação constitucional para conceder substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direito em crimes de tráfico de drogas, onde a lei especial veda tal conversão.

Palavras-chave: Interpretação constitucional, Hermenêutica constitucional, Mutação constitucional, Acesso à justiça, Supremo tribunal federal

Abstract/Resumen/Résumé

This article intends to analyze hermeneutics and constitutional interpretation as a form of guarantee of access to justice, carrying out a critical study of Habeas Corpus jurisprudence nº 97.256, judged by the Federal Supreme Court, which made the constitutional change to grant substitution of a private sentence of freedom by restriction of law in crimes of drug trafficking, where the special law prohibits such conversion.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional interpretation, Constitutional hermeneutics, Constitutional mutation, Access to justice, Supreme court

[1] Mestre em Direito, pela Faculdade de Direito de Vitória. Pós-graduada em Direito, pela Estácio de Sá. Professora da Faculdade Pública de Ensino Superior de Linhares/ES (FACELI).

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar o instituto da Interpretação e Hermenêutica Constitucional, como forma de garantia do princípio do Acesso à Justiça, analisando a adoção de tais institutos em um caso concreto realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

O tema se mostra pertinente no que tange à adoção da interpretação e da hermenêutica constitucional, a análise pelo Poder Judiciário do caso concreto, pleiteando a garantia de acesso à justiça. Isso porque, a Constituição é o alicerce de todas as normas jurídicas, o que é, também, pressuposto de validade para as mesmas, bem como para todos os atos normativos e atos jurídicos. Tudo que é produzido em conformidade com a Constituição será lícito e pleno no ordenamento jurídico brasileiro, até que prove a sua inconstitucionalidade.

Assim, pretende-se responder o seguinte problema de pesquisa: em que perspectiva deve ser aplicada a hermenêutica e interpretação constitucional, como forma de garantia do acesso à justiça, pelo Poder Judiciário?

Almeja-se conceituar o instituto da interpretação e hermenêutica constitucional, todavia sem esgotamento da matéria, tendo em vista a sua complexidade; delimitar a garantia do acesso à justiça, como maneira de determinar o que é justo; analisar o seu reflexo através do caso concreto, por meio da interpretação e hermenêutica constitucional.

Busca-se estudar a hermenêutica e interpretação constitucional, com a ponderação os fenômenos por intermédio de ações recíprocas, alicerçadas na contradição, bem como as mudanças dialéticas que ocorrem na sociedade. Por isso, pretende-se por meio do método dialético, a análise do reflexo da aplicação realizada pelo Poder Judiciário, por meio da interpretação e hermenêutica constitucional, como forma de garantir o princípio do acesso à justiça.

2 A HERMENÊUTICA E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Primeiramente, antes de adentrar à hermenêutica e interpretação constitucional em si, importante destacar que a Constituição é a declaração de vontade política popular, realizado por meio de um ato solene que institui uma lei superior a quaisquer outras, uma vez que visa a

promoção da dignidade da pessoa humana, respeito aos direitos e garantias fundamentais de cada indivíduo, grupos sociais, do povo de maneira ampla e do governo.

A palavra hermenêutica deriva do verbo grego *hermeneuin* e do substantivo *hermeneia* (interpretação), que provavelmente tem alguma ligação com o deus *Hermes*, mensageiros dos deuses, que detinham o ato de tornar algo compreensível ou levar algo ao alcance de alguém.

A hermenêutica "é um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do Direito" (BARROSO, 2018, p. 309). Significa dizer, literalmente, que é a arte de interpretar leis, textos e os sentidos das palavras, podendo ser definida como a ciência da interpretação das fontes documentais, com a finalidade de compreender a verdade de um texto.

Por isso, Carlos Maximiliano ensina que "a hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito" (2009, p. 1). Destarte, ser a hermenêutica ramo da ciência dedicada ao estudo e entendimento de regras que devem presidir o processo interpretativo na busca do significado da lei, bem como a sua aplicação ao caso concreto.

A hermenêutica "desenvolve, não raro, técnicas cujo objetivo é declarar o conteúdo, o alcance, o significado das disposições prescritas nos textos legais, visando os setores do *jus positum* como um todo, sem classificações, divisões ou dicotomias de nenhuma espécie" (BULOS, 1997, p. 14). Por hermenêutica entende-se a transformação daquilo que ultrapassa a compreensão humana para algo que qualquer um possa entender, permitindo a observação do que o legislador disse, bem como o que quis dizer no texto normativo.

A interpretação constitucional é uma atividade criadora, que existe para que haja a modificação da legislação com base no momento histórico que esteja vivendo, isso porque procura determinar o conteúdo da norma e imputar um significado a mesma, podendo ser conceituado como a atribuição de um sentido ou um significado a signos ou a símbolos, seguindo determinados parâmetros, o que propicia a atualização de sentido a um determinado dispositivo constitucional ao atribuir um significado ao texto.

Neste sentido, Maximiliano (2009, p. 7) descreve que "interpretar é explicar, esclarecer, dar o

significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém". Por isso, interpretar um texto é um diálogo semântico e linguístico entre o autor e o intérprete da legislação, pois o intérprete se apropria do discurso expresso no texto constitucional e prossegue na elaboração intelectual do significado pretendido.

A interpretação constitucional deriva do encontro da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, haja vista os fatores externos serem influenciadores, tais como ordem social, econômica e cultura, que a Constituição brasileira busca regular, tendo em vista as transformações naturais da sociedade, com o equilíbrio de interesses, uma vez que "o Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. Pelo contrário, em uma relação intensa e recíproca, em fricção que produz calor mas nem sempre luz, o Direito influencia a realidade e sofre influência desta" (BARROSO, 2018, p. 163)

A Constituição é o desenvolvimento do povo, que tem o intuito de organizar seu Estado e a sociedade que muda frequentemente, que se modifica com a realidade política, social e cultural, tendo que alterar por meio da interpretação constitucional, uma vez que

> a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso extraordinário é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos (HÄBERLE, 2002, p. 23).

A interpretação constitucional deve ser analisada como forma de aditamento de sentido o que gera a alteração de significado, bem como o alcance da norma, sem que haja a modificação do texto da Constituição. Isso porque, de acordo com Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p. 58), para que o espírito da Constituição possa ser o limite para o intérprete é importante que derive do próprio texto constitucional, haja vista ser perceptível as seguintes situações

> a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades; b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) quando se modifica interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional; d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional.

Assim, a interpretação judicial é aquela desenvolvida pelo Poder Judiciário, ao conferir novo significado a determinada norma constitucional, podendo ser em sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do direito. A interpretação constitucional judicial ocorre mediante a aplicação de normas constitucionais pura e simplesmente com o intuito de solução da lide em questão, de acordo com Letice Santos de Sá e Benevides (2006, p. 129)

> No processo de interpretação do texto constitucional, o intérprete deve ter conhecimento de todo o sistema constitucional e das possibilidades de sua interpretação diante da realidade social, para que tenha condições de explicar a norma em face de determinado caso. Portanto, o intérprete deve ter singular sensibilidade que o possibilite captar a essência, penetrar na profundidade e compreender a orientação das disposições fundamentais, considerando sempre as condições sociais, econômicas e políticas existentes no momento.
> Cabe ao intérprete constitucional visualizar os princípios contidos em casa caso e segui-lhes as prescrições e com isso demonstrar a visão de uma Constituição que legitima as mudanças que a sociedade requer. Assim, a atividade interpretativa deve ser iniciada pelo exame dos princípios constitucionais, por consubstanciarem a síntese dos valores mais relevantes e das diretrizes fundamentais que integram o sistema de normas jurídicas que compõe a Constituição.

Cabe ao Poder Judiciário a interpretação e a aplicação da Constituição, mas não detém a competência para alteração do texto normativo, não podendo ultrapassar os limites e princípios fixados pela própria Lei Maior, para que não haja a sua deformação, o próprio Judiciário enfrenta as normas trazendo novas interpretações e novas roupagens às normas, podendo, ainda, afastar ou revogar tacitamente uma norma.

Desta feita, a Constituição assume novos significados, renovando a temporalidade da interpretação, como forma de soluções constitucionais, sem que haja a reforma formal da Constituição. A Constituição processa-se lentamente, via interpretação, uso e costumes, construções dos tribunais, influência social, econômica e política, que podem provocar alterações da realidade constitucional, embora o texto da Lei Maior permaneça inalterado.

Isso é chamado de mutação constitucional, que segundo Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p. 12)

> embora a letra da Constituição permaneça inalterada, a realidade constitucional, graças a fatores diversos, sofre modificações consideráveis, que podem ser agrupadas em dois tipos. No primeiro reúnem as modificações operadas em virtude de atos elaborados por órgãos estatais: a) de caráter normativo (leis, regulamentos,

> etc.); b) de natureza jurisdicional (decisões judiciais, notadamente em matéria de controle de constitucionalidade das leis). No segundo grupo, as operadas em virtude de fatos: a) de caráter jurídico (tais como os costumes); b) de natureza político-social (tais como as normas convencionais ou as regras sociais de conduta correta frente à Constituição), ou simplesmente as práticas constitucionais (tais como a inatividade do legislador ordinário que, ano elaborando normas de execução, logra, em substância, impedir a realização efetiva de disposições constitucionais.

A mutação constitucional consiste na mudança do significado dos dispositivos legais, sem, contudo, alterar o texto da lei, utilizando da interpretação sistemática dos costumes e normas infraconstitucionais. Isso que dizer que muda o significado da norma, sem observar os requisitos para a modificação formal da Constituição, ou seja, "modifica, de que maneira for, o conteúdo das normas constitucionais de modo que a norma, conservando o mesmo texto, recebe uma resignação diferente" (HESSE, 2009, p. 151).

Pode-se estudar por meio da interpretação, como forma de mutação constitucional nas ações do Poder Judiciário, podendo a Constituição ser reformada para encontrar soluções para um determinado caso concreto, em que por meio da mutação constitucional e interpretando a Constituição pretende adquirir conceitos distintos daqueles em que foram inevitavelmente pensados e realizados pela autoridade judicial.

A mutação constitucional deve ser entendida como "mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais" (BARROSO, 2018, p. 160).

É a necessidade de entender e aplicar as transformações históricas, políticas e sociais que mudam frequentemente, por isso, "para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular" (BARROSO, 2018, p. 163). Não há direito sem mudança, não poderia a Constituição Federal permanecer inalterada.

A mutação constitucional pela interpretação proporciona a atualização do sentido dos dispositivos legais, uma vez que a interpretação atribui um novo significado a um determinado texto, sendo que a interpretação está relacionada a três fatores, que de acordo com Adriano Pedra (2005, p. 159) são

> O primeiro é sua indeterminação, que pode ser involuntária ou intencional, que faz o texto portador de muitos significados. O segundo fator impõe-se devido à natureza da própria significação. Uma Constituição é aprovada por um grande número de pessoas, sendo que nem todas elas a compreenderam da mesma maneira, e não se pode dizer que determinada intenção de um constituinte é mais importante que outra. O terceiro fator relaciona-se à evolução dos conceitos políticos e sociais.

Portanto, para que se realize a hermenêutica ou a interpretação constitucional de forma a possibilitar o acesso à justiça, muito importante que seja amparado na legalidade e em sua compatibilidade com a Constituição Federal, pois com a leitura da própria Constituição deve-se considerar como documento hábil a respeitar a vontade política popular, bem como o alcance da justiça.

3 DO ACESSO À JUSTIÇA

Quando se fala de acesso à justiça, é imprescindível iniciar com a descrição de Kelsen (1998, p. 02) sobre justiça, quando versa que

> o anseio de justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social. Nesse sentido Platão identifica justiça a felicidade, quando afirma que só o justo é feliz e o injusto, infeliz.

Por isso, a felicidade individual de todos deve ser o caminho para se buscar a justiça, bem como o acesso à justiça, alicerçada em uma ordem social que protege determinados interesses dos indivíduos, que são reconhecidos como dignos dessa proteção.

A garantia do acesso à justiça encontra respaldo na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que prevê que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Verifica-se que a Constituição no momento em que estabeleceu o referido inciso, pretendeu a possibilidade de composição de litígios dentro e fora do Poder Judiciário, não pleiteando a limitação quanto à solução dos conflitos.

A ideia de acesso efetivo a justiça tem sido reconhecido como novo direito individual e social, eis que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na busca de mecanismos para a efetiva atuação, sendo encarado como requisito fundamental, ou até mesmo, o mais básico dos direitos humanos, do sistema jurídico moderno e igualitário, que pretende garantir a todos o respeito aos seus direitos.

Dessa forma, entende-se acesso à justiça como mecanismo pelo qual pessoas podem reivindicar direitos na busca de solução de seus litígios perante o Estado, podendo entender a expressão como a

> [...] parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo, perpassa por aquela que enforça o processo como instrumento para a realização dos direitos individuais, e, por fim, aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem compete, não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico; mas, outrossim, proporcionar a realização da justiça aos cidadãos (CICHOKI NETO, 1998. p. 61).

A questão do acesso à justiça pode ser alcançada como a possibilidade de os cidadãos terem seus conflitos resolvidos no âmbito do poder judiciário de forma célere e sem distinções entre quaisquer jurisdicionados. O problema do acesso à justiça pode ser analisado sob três olhares, quais sejam, o sentido geral, restrito ou integral.

No sentido geral o termo acesso à justiça, como ideal de justiça, em que se entende como justiça social, corresponde a própria concretização do ideal universal de justiça, onde todo o ser humano tem direito aos bens materiais por ele produzidos, que deve ser pautado no bem comum da sociedade.

Em sentido restrito, é utilizada como aspecto dogmático de acesso à justiça como órgão jurisdicional, como a garantia de impetrar qualquer ação perante o Poder Judiciário, inserindo, neste ponto, ao aspecto formal do acesso à justiça no processo.

Por fim, a expressão acesso à justiça em sentido integral, pretende a efetivação da garantia dos direitos fundamentais, bem como os escopos jurídicos, políticos e sociais do processo. Em obra clássica de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 31)

> o recente despertar de interesses em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas [...]. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira onda desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente de enfoque do acesso à justiça porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito mais além deles, respeitando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

Assim, o acesso à justiça pode ser entendido como um fenômeno que pretende a expansão da oferta de serviços jurídicos gratuitos as pessoas menos favorecidas da sociedade, bem como a incorporação de interesses difusos e coletivos e a utilização de mecanismos alternativos de soluções dos litígios.

Percebe-se, portanto, que a concepção de acesso à justiça de maneira ampla, onde se pretende além de efetivo acesso ao Poder Judiciário, o acesso a todos os meios alternativos de soluções de conflitos, acesso à ordem jurídica justa e solidária, bem como qualquer órgão administrativo de nosso país.

Entrementes, não pode esquecer que para garantir o acesso à justiça se faz necessária o livre acesso ao Poder Judiciário, bem como aos órgãos administrativos dos poderes Executivo e Legislativo. Deve-se responder aos pedidos de forma célere, garantindo a razoável duração do processo, bem como a efetividade da prestação judicial, uma vez que tem de serem respeitados os obstáculos colocados para os jurisdicionados como tempo e custo processual.

Dessa maneira, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 15/29) apontam três obstáculos para o efetivo acesso à justiça, quais sejam: de natureza financeira; temporais; e psicológicos e culturais.

No obstáculo de natureza financeira, versa sobre os elevados valores praticados com custas judiciais e honorários advocatícios, pois as partes, na maioria das vezes, não suportam a grande proporção dos custos necessários de um conflito.

Já o segundo obstáculo, que fala sobre o tempo do processo, pode-se verificar que o Judiciário brasileiro é bastante moroso, seja por circunstâncias institucionais, insuficiência de servidores e magistrados, ou, até mesmo, pela complexidade do sistema processual.

Por fim, o obstáculo psicológico e cultural em que a população tem em reconhecer a existência de um direito. Isto é, a população, principalmente as mais carentes, é extremamente desconfiada da atuação de advogados e do sistema jurídico como um todo, em razão do formalismo exacerbado existente, seja com vestimenta ou a forma de linguagem.

Para a superação dos obstáculos afirmados por Mauro Cappelletti e Bryant Garth é preciso

passar por diversas ondas renovatórias, que ocorreram sucessivamente. A primeira grande onda renovatória corresponde à gratuidade da justiça aos necessitados, ou seja, o Brasil criou a lei nº 1.060/50, hoje parcialmente revogada pelo Código de Processo Civil de 2015. O art. 99, do CPC/2015, estabelece que "o pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso". A melhor interpretação é aquela que, basta o pedido expresso que constava na declaração de miserabilidade, sendo inserido na própria petição.

Além disso, a Constituição Federal ainda prevê em seu artigo 5º, inciso LXXIV que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Tal previsão pretende o auxílio os menos favorecidos da sociedade a impetrarem ações perante os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, bem como a quaisquer órgãos administrativos com a intenção de pleitearem direitos que lhe são resguardados pela Carta Magna e leis infraconstitucionais.

Após surgiu a necessidade de assegurar acesso à justiça para as coletividades, sendo desenvolvida, então, a segunda onda renovatória, que versa sobre a defesa em juízo dos interesses coletivos *lato sensu*.

Dessa maneira, as duas ondas renovatórias não foram suficientes para sanar os problemas relacionados com o acesso à justiça. Então, se fez necessário o surgimento da terceira onda renovatória, ou seja, é aquela que versa sobre a necessidade de soluções alternativas para os conflitos, com tutelas alternativas, e, principalmente, com solução extrajudicial dos conflitos,

A aplicação dos princípios do acesso à justiça e do direito à tutela jurisdicional deverão ser efetivos para que sejam respeitados os princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório, devido processo legal e igualdade, de acordo com a Constituição Federal, que é o alicerce de tais princípios.

4 A ANÁLISE DO CASO CONCRETO, POR MEIO DA APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA E DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL REALIZADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste momento, pretende-se demonstrar um caso concreto, a forma com que é realizada a

hermenêutica constitucional pelo Poder Judiciário o que impulsiona outras pessoas a terem resguardados seus direitos e garantias fundamentais em respeitos aos princípios constitucionais. Isso ocorre, porque impor a Poder Judiciário que se vincule eternamente a suas decisões, é desconsiderar os avanços sociais, os momentos históricos, e retirando do Judiciário o seu poder de analisar e propiciar a própria justiça em sentido amplo.

O acesso à justiça no presente caso, deve ser entendido como mecanismo de impetrar ações perante o Poder Judiciário para que seja declarado o mesmo direito que já foi pleiteado por outrem e lhe conferido. Assim, um caso recente e com muita divergência constitucional vem modificando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, assunto ainda não pacificado em nosso ordenamento jurídico.

O caso analisado é o "Habeas Corpus" nº 97.256, impetrado perante o Supremo Tribunal Federal

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que

> se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 97256, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, publicado no Diário de Justiça da União nº 247, dia 16/12/2010, ementa volume nº 2452-01, página 113).

Antes de discutir a jurisprudência em si, precisamos entender a legislação que envolve a matéria em questão.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIII, estabelece que

> a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por ele respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitiram.

Além do mais, a Lei nº 11.343/06, que disciplina a Lei de Drogas, e em seu artigo 44, assim dispõe que "os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos".

Posteriormente, ocorreu a reforma da Lei de crimes hediondos, Lei nº 8.072/90, que estabelece que os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins são insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança, bem como deverão ser cumpridas as penas em regime inicialmente fechado.

Com todas essas legislações, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, quando julgou o Habeas Corpus nº 97.256, interpretou todas as normas e entendeu que poderia sim ser concedido a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Tal entendimento, somente foi possível por meio da hermenêutica constitucional, frisando um

pouco mais através da mutação constitucional, uma vez que o texto normativo permanece inalterado e os Tribunais Superiores continuam a modificá-la sem alteração normativa, mesmo nos dias atuais.

Constata-se que a interpretação da legislação ocorre todos os dias, seja pelos Magistrados, Desembargadores ou Ministros dos Tribunais Superiores, pois é com a mudança da sociedade que deve modificar o entendimento de determinada norma constitucional ou infraconstitucional.

Além do mais, é com a mudança da norma por meio da interpretação que efetiva e garante o acesso à justiça daqueles que se encontram presos, recolhidos aos presídios brasileiros, uma vez que cometeram o tráfico de drogas e não conseguiram com o Magistrado da Execução o seu direito de ter sua pena substituída ou mesmo progredir de regime prisional.

Isso porque, com contumazes decisões dos Tribunais Superiores concedendo direitos pertinentes aos detidos por tais crimes, incentivam e auxiliam as partes a pleitearem também esse direito, o que efetiva o seu acesso à justiça, entendido neste ponto como acesso ao Judiciário, para que possam cumprir sua pena de outro modo que não seja acautelado nos presídios brasileiros.

É por meio do acesso ao judiciário que muitos detentos, através também da defensoria pública dos estados, estão pleiteando a cada dia mais "Habeas Corpus" nos Tribunais de Justiça estaduais para terem concedidos medidas alternativas quando a pena é inferior a 4 (quatro) anos, em respeito ao artigo 44, do Código Penal.

Isso ocorre, devido a nova interpretação que se tem dado ao princípio constitucional da individualização da pena, que de acordo com a jurisprudência vem entendendo pela inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

No mesmo sentido, o posicionamento de Sérgio Ricardo de Souza (2006, p. 68) que diz

> Surgiu grande controvérsia acerca da possibilidade dessa substituição ocorrer em relação às penas impostas por crime de tráfico, quando não superem os quatro anos apresentados como requisito objetivo (CP, art. 44, I) e estejam presentes também os demais requisitos. A doutrina manteve-se dividida, ao passo em que a jurisprudência, principalmente dos Tribunais Superiores, pacificou o entendimento

> pelo não cabimento da substituição, por ser esta incompatível com os crimes hediondos ou equiparados. Por fim, já com a sua atual composição, o Supremo Tribunal Federal passou a sinalizar em sentido oposto, decidindo pela possibilidade de haver a referida substituição, pois efetivamente não se pode confundir aplicação e cumprimento de pena.

A mutação constitucional que ocorre no referido artigo, uma vez que modifica o entendimento do regime e da forma que a pena deve ser aplicada ao detento, podendo ser cumprida em regime semiaberto, aberto ou ter a suas penas substituídas por restritivas de direito, sem modificar o texto escrito da lei, como é o caso do Acórdão apresentado.

Ficou entendido no Acórdão estudado que a progressão de regime de cumprimento de pena tem a ver com o princípio constitucional da individualização da pena, pois substitui a pena por uma menos gravosa, deixando nas mãos do Juízo da Execução a análise e implementação da individualização da pena de cada detento.

Quando a interpretação e hermenêutica constitucional não mais for suficiente para garantir o acesso à justiça, significa que o Poder Judiciário terá que interpretar a norma novamente para reajustar à nova concepção de justiça realizada pela sociedade, assim o Direito e a Justiça caminharão juntos.

Neste sentido, Salo de Carvalho (2007, p. 119) descreve que

> A densificação do constitucionalismo no século XX, cujo efeito foi a alteração substancial na teoria das fontes do direito, sendo a Constituição concedida como espaço privilegiado da interpretação das leis, produziu importante modificação no papel do jurista. Segundo Streck, a revolução copernicana do direito constitucional deve cambiar o modelo de produção jurídica forjada pelos velhos paradigmas do positivismo, impondo a alteração da concepção do operador do direito no sentido de proceder filtragens das leis ordinárias, sob pena de 'a Constituição transforma-ser em território inóspito (espécie de latifúndio improdutivo), pela falta de uma pré-compreensão adequada acerca de seu papel no interior do novo paradigma do Estado Democrático de Direito.

Portanto, a cada interpretação e modificação de entendimento de determinada norma constitucional ou infraconstitucional deverá o intérprete ponderar se realmente está garantindo o acesso à justiça que a sociedade busca a cada dia, afirmando o que é justo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se por hermenêutica pela modificação do que ultrapassa a compreensão humana para algo que qualquer um possa entender, ou seja, descrever um mesmo texto normativo de maneiras distintas para que qualquer cidadão possa compreender, permitindo a observação do que o legislador disse, bem como o que quis dizer no texto normativo.

Já a interpretação é uma atividade criadora, que modifica a legislação com base no momento histórico, isso porque procura determinar o conteúdo da norma e imputar um significado a mesma, eis que com a mutação da sociedade se faz importante a atualização da forma de interpretar a norma.

Dessa maneira, a hermenêutica e interpretação constitucional tem que se unirem à garantia do acesso à justiça, uma vez que tem sido reconhecido como novo direito individual e social, com a titularidade de direitos é destituída de sentido, pleiteando novos mecanismos de efetivação do acesso, devendo ser encarado como requisito fundamental, ou até mesmo, o mais básico dos direitos humanos, para que sejam respeitados os princípios e normas constitucional, e principalmente, para um sistema jurídico justo, moderno e igualitário.

Assim, deve-se analisar a concepção de acesso à justiça de maneira ampla, onde se pretende além de efetivo acesso ao Poder Judiciário, o acesso a todos os meios alternativos de soluções de conflitos, acesso à ordem jurídica justa e solidária, bem como qualquer órgão administrativo de nosso país.

Destarte, que a partir do momento em que a interpretação e hermenêutica constitucional não mais forem capazes de sustentar e garantir o acesso à justiça, deverá o Poder Judiciário realizar nova interpretação para que seja reajustada à nova concepção de justiça realizada pela sociedade.

A lei somente será aplicável quando promover a justiça, bem como o acesso à justiça, quando deixar de promover não devemos mais aplicá-la, por isso o instituto da hermenêutica e interpretação constitucional são tão importantes para a garantia do acesso à justiça, como forma de promover a mudança do sentido do texto normativa para que haja pleno acesso à justiça de todos os indivíduos, afiançando a felicidade pleiteada por Kelsen.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BENEVIDES, Letice Santos de Sá. **Alteração da Constituição por mutação constitucional**, *in* Estudos Jurídicos: Revista da Procuradoria-Geral Federal junto à Universidade Federal Fluminense, nº 3. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2006.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 97.256**. Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgado em 01/09/2010, publicado no Diário de Justiça da União nº 247, dia 16/12/2010, volume nº 2452-01, página 113.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de Interpretação Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CICHOKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 1998.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição:** mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** : A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. 2. ed . São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A constituição viva:** poder constituinte permanente e cláusulas pétreas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Nova lei antidrogas (Lei nº 11.343/2006)**: comentários e jurisprudência. Niterói: Impetus, 2006.