

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE - FDPP

**“DA INEFICÁCIA DO ACESSO À JUSTIÇA AOS
HIPOSSUFICIENTES CULTURAIS”**

Rogério José da Silva

Presidente Prudente/SP
2005

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FDPP - FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**“DA INEFICÁCIA DO ACESSO À JUSTIÇA AOS
HIPOSSUFICIENTES CULTURAIS”**

Rogério José da Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito, sob orientação da Prof.^a Dr.^a.
Raquel Rosan Christino Gitahy

Presidente Prudente
2005

**“DA INEFICÁCIA DO ACESSO À JUSTIÇA AOS
HIPOSSUFICIENTES CULTURAIS”**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel
em Direito.

Orientadora — Raquel Rosan Christino Gitahy

Examinador — Cláudio José Palma Sanchez

Examinador — Marivaldo Gouveia

Presidente Prudente/SP, 29 de Novembro de 2005.

Dedico este trabalho, em especial, a minha querida esposa, Fernanda — que compartilha fraternalmente de meus ideais —, a minha filha, Rhaíssa, e também, orgulhosamente, a meu próximo filho (ou filha, ainda não sabemos) que está por vir, pois mesmo inconscientemente, estas crianças compartilham cotidianamente das aspirações de um pai idealista que sonha e luta por uma Justiça mais humanista para as gerações futuras.

Dedico ainda, a todos aqueles que compartilham do sonho de um dia ver uma Justiça mais justa e eficaz a quem dela necessitar, em especial, aos “hipossuficientes culturais”.

“É o sonho que mostra o caminho”

Goffredo da Silva Telles Junior

AGRADECIMENTOS

Gostaria de consignar os meus mais sinceros agradecimentos àqueles que direta e indiretamente incentivaram meu ingresso num curso de Direito. Em especial, a meu pai, o primeiro — pedido ao qual relutei por não entender bem o que era o Direito — e também a uma de minhas muitas mães nessa vida, a que me adotara nesta inicialmente tão “fria” Prudente, a “Dr^a.” Benirde Castro Magalhães Pinto, professora digna de ser chamada de mestra que, num dia, parecendo conhecer os conselhos de meu pai, como boa mãe que é, não só aconselhou-me à maneira de meu pai, como também se mostrou a mim como exemplo vivo do que eu poderia ser. Até onde acompanhei, soube que após aposentar-se, passou a exercer a advocacia, um antigo sonho que se tornara realidade. Saudades.

A toda minha família e familiares: à Fernanda, minha amada esposa; à Rhaíssa, minha linda filha; a meus pais, Ademir e Francisca, a meus irmãos Amarildo e Bruna, a minhas cunhadas, Bárbara e Ieda; e a meus sogros, David e Sônia; a todos por terem, muitas vezes, me mostrado que o caminho não era fácil, mas era preciso persistir na busca do sonho de uma nova profissão, de uma nova perspectiva. A meus avós, Antonio e Maria; meus tios, Silvio e Luzia, meus primos, Fabiana e Silvinho, ao “quase” primo, Marcel, pelo apoio e carinho que sempre externaram a minha pessoa e que tanto contribuíram para o cotidiano solitário de início nesta cidade. A todos, meus sinceros agradecimentos pela confiança, apoio e incentivo.

Aos amigos de maneira geral: diretores, coordenadores, professores e demais funcionários das escolas onde trabalhei e onde trabalho, que muitas vezes reconheciam meu cansaço, mas não me deixavam desanimar para o que estava por vir. Minha gratidão pelo apoio, paciência e incentivo. Aos eternos amigos: meu primo-irmão Tony, com o qual dividi um apartamento por 4 anos, vivenciando cotidianamente muitos sonhos, dos quais a conclusão da faculdade de Direito era um. Eis que aí está! À grande amiga Marisa Nitto, que deu grande apoio e incentivo nos anos iniciais de faculdade. Às irmãs Giselle e Gisleide, que vieram a ser minhas vizinhas e que por muitas vezes, também colaboraram na vitória das batalhas diárias para a realização deste sonho. Aos amigos em geral — Almir, André, Edinho, Gouveia, Helinho, Ricardo, PC e tantos outros que não haveria espaço para citar —, que muitas vezes souberam respeitar e compreender minhas ausências em razão de meus momentos de dedicação acadêmica e profissional. Compreensão esta que contribuiu muito para o meu prosseguimento na busca de um sonho.

Agradeço também ao amigo-irmão Cleberson, que desde o primeiro dia de aula esteve sempre a meu lado. Vivenciamos muitas alegrias, tensões e tristezas também, para que soubéssemos valorizar mais ainda a beleza que se é viver! Este amigo estendera nossa amizade universitária a toda sua família, passando a ser ela também uma família minha, a qual também agradeço pelo apoio e incentivo destes anos de curso. Meu muito obrigado aos demais membros da família Siqueira: Sidnei, Nilzete e Jeferson.

Aos meus alunos, que muitas vezes reconheceram meus esforços para lhes ensinar da melhor maneira possível e contribuíram para tal, especialmente quando era manifesto o cansaço em meu semblante, muitas vezes por noites sem dormir para que fosse possível dar conta de meus compromissos profissionais e acadêmicos, sem deixarem abater-me nunca, pois sempre estavam dispostos a

oferecer uma palavra, um gesto ou um olhar carinhoso, motivadores para o viver e o lecionar.

Aos professores e amigos, Cláudio José Palma Sanchez e Marivaldo Gouveia, que honrosamente aceitaram o convite para serem examinadores na apresentação deste trabalho. Também aos professores Eduardo Gesse e Silas Silva Santos, que contribuíram com apontamentos críticos e referências bibliográficas para a elaboração deste trabalho. Exemplos de profissionais comprometidos com a formação de seus alunos.

Às Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, incluindo-se aí todos os seus funcionários e professores, por propiciar-me, de maneira plausível, a realização de um sonho.

A Deus, que poderia ser invocado pelo homem apenas em nome do bem.

Por fim, a tantas outras pessoas também de importância fundamental na realização deste trabalho e sonho que, por uma questão de espaço, apenas, não foram aqui enumeradas.

A todos vocês, meu muito obrigado!

AGRADECIMENTOS ESPECIAIS

"Se eu não fosse imperador, desejaria ser professor. Não conheço missão maior e mais nobre que a de dirigir as inteligências juvenis e preparar os homens do futuro." — D. Pedro II (1825-1891)

Aos mestres:

Um ofício árduo, no entanto, nobre. Assim pode ser definida a majestosa profissão dos mestres. Ofício este que também conheço *ex officio*, talvez por isso, saiba valorizá-los na proporção devida.

Inicialmente, agradeço em especial à minha professora e orientadora, Raquel Rosan Christino Gitahy, por ter aceitado meu convite para orientação, por ter acreditado que este trabalho poderia vir a se tornar realidade, como agora o é e, principalmente, por me motivar a dar continuidade a meus estudos numa futura pós-graduação. Amável, dedicada, mãe, batalhadora, eterna orientadora! Não esmorece mesmo diante de grandes dificuldades, o que me leva a crer que a vida deve mesmo ser vivida intensamente e junto daqueles que amamos.

Ao professor e amigo Jesualdo Eduardo de Almeida Junior (o "Jesus"). Amizade que nasceu já na primeira semana de aula, no primeiro ano de curso. Por sermos conterrâneos, mesmo não nos conhecendo previamente de nossa cidade natal — talvez pelas "proporções imensuráveis" da cidade de Assis — construímos, mais que uma relação de admiração professor-aluno, uma verdadeira amizade, que transcendeu os limites da faculdade. A você, mestre e amigo, meu agradecimento especial.

Ao professor, coordenador do curso de Direito e também amigo Sérgio Tibiriçá do Amaral (o "Serjão"), que se revelou também no primeiro ano de faculdade como figura ímpar no ato de lecionar. Marcante e inesquecível. Contigo aprendi e em ti também me inspirei no exercício da profissão de lecionar.

A professores aparentemente ríspidos num primeiro olhar, mas que no decorrer do ano letivo demonstraram-se verdadeiros exemplos de grandes seres humanos. Refiro-me, especificamente, aos professores Eduardo Gesse, exemplo de postura profissional e de devoção à busca do melhor Direito; e Evandro Herrera Bertone Gussi, ainda um jovem, mas já brilhante, questionador, desafiador. algumas vezes intransigente — postura comum aos de personalidade forte, com a qual também me identifico — a quem aprendi a admirar até pela adversidade de idéias, situações estas, sim, que nos fazem crescer verdadeiramente.

Vocês, professores especiais, que dirigiram meus estudos pelos caminhos do Direito, preparando-me para o futuro; que foram verdadeiramente o que D. Pedro sonhara ser; ele que trouxe a primeira faculdade de Direito para o país, certamente não poderia imaginar que séculos depois, na longínqua cidade de Presidente Prudente, nobres pessoas continuariam a honrar com veemência seus propósitos de ensinar aos homens o caminho das leis em busca da verdadeira justiça.

Meu muito obrigado a todos!

“Tenho o direito de ter raiva, de manifestá-la, de tê-la como motivação para minha briga tal qual tenho o direito de amar, de expressar meu amor ao mundo, e tê-lo como motivação de minha briga porque, histórico, vivo a História como tempo de possibilidade e não de determinação. Se a realidade fosse assim, porque estivesse dito que assim teria de ser não haveria sequer por que ter raiva. Meu direito à raiva pressupõe que, na experiência histórica da qual participo, o amanhã não é algo pré-dado, mas um desafio, um problema. A minha raiva, minha justa ira, se funda na minha revolta em face da negação do direito de ‘ser mais’, inscrito na natureza dos seres humanos.”

Paulo Freire (1996)

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo de estudo um problema típico de nosso país, procurando apontar dados comprobatórios da ineficácia do acesso à justiça às camadas mais desafortunadas de nossa sociedade. No trabalho, percorremos caminhos diversos relativos ao âmbito jurídico e também um recorte do universo cotidiano nacional — os Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), o Processo Civil, o Direito Alternativo e a formação cultural e educacional do brasileiro — procurando entrelaçá-los para revelar problemas específicos que dificultam o acesso à justiça e, apontar, após as análises realizadas, sugestões para solução. A abordagem utilizada foi a do método dedutivo, pela qual se analisa informações obtidas por meio de pesquisa doutrinária que, em nosso caso, buscava, essencialmente, caminhos alternativos para a solução do problema aludido para subsidiar apontamentos críticos no final do trabalho. O trabalho também contou com a observação de um caso específico, vivenciado no período em que o autor realizava estágio prático no Juizado Especial Cível anexo à Toledo. Os métodos de procedimento utilizados foram o histórico, o comparativo, o tipológico e o estatístico. A técnica de coleta de dados adotada foi a da documentação indireta, ou seja, a pesquisa documental e a pesquisa bibliográfica além da observação crítica de fatos reais. O caso aludido inspirou a criação do termo “hipossuficiente cultural”. Temos este termo, sucintamente — análise mais aprofundada far-se-á ao longo do trabalho — como representativo das pessoas carecedoras de efetivo amparo da justiça não apenas pela acepção parcialmente sinônima prevista no CDC — a hipossuficiência econômica e técnica —, mas, principalmente, pelo conceito originado do descaso das políticas educacionais que atravessaram o século passado em nosso país e geram, hoje, problemas que já estão a fugir do amparo do Estado. Assim, foi objetivo desta monografia clamar por um novo foco de nossa Justiça para a solução de conflitos com características específicas que atingem a grande massa nacional, apontando críticas e inferindo sugestões para uma solução célere e menos gravosa àqueles tidos como hipossuficientes culturalmente.

Palavras-chave: “Hipossuficiente Cultural”. Acesso à justiça. Teoria da Imprevisão. Boa-fé objetiva. Análise sob a óptica do Direito Alternativo.

ABSTRACT

This work has the objective of studying a typical problem in our country trying to show data which may prove that the access to the Justice is not the same for the poorer people in our society. In this study we have through several law ways and we have also portrayed the universe of the national day-by-day life – the Special Civil State and federal Organ, the Costumer Defense Code (CDC), the Civil Process, the Alternative Law Study and the cultural and school education of Brazilians – trying to link all of them to reveal specific problems which make it more difficult the access to the Justice and point out, after some analysis, suggestions for the solution of this problem.

The methodology chosen for this work was the deductive one – in which information from researches are analyzed – by this method we looked for different ways to solve the problems shown in this study and to support some critical points in the end of it. The work also had the observation of a specific case lived when the author was a trainee in the Special Civil Organ attached to Toledo. The methodologies used in the process were: historic, comparative, topologic and statistic. The technique chosen to collect information was the indirect documentation, which means the documental research and the bibliographic research plus the critical observation on real facts. The mentioned case inspired the creation of the expression “Noncultured people – wanted of Justice assistance”. In short it means people wanted of Justice assistance, not only the one foreseen in the Costumer Defense Code – economical and technical need – but mainly by the conception came from the educational policy disregard that has crossed the last century and has created problems in our country which are not in the State support anymore.

Thus, the objective of this work was to demand a new focus from our Justice to the solution of conflicts with specific features that hit great part of Brazilian people, pointing out critics and concluding suggestions for a renowned and less serious solution to the ones wanted of Justice assistance.

Keywords: “Noncultured people - wanted of Justice assistance”. Justice access. Imprevison Theory. Objective good-will. Analysis under the Alternative Law Study view.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I - DA HIPOSSUFICIÊNCIA CULTURAL E O INEFICAZ ACESSO À JUSTIÇA.....	19
CAPÍTULO II - DA (INEXPLICÁVEL INAPLICABILIDADE DA) “TEORIA DA IMPREVISÃO”	29
CAPÍTULO III - DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	34
CAPÍTULO IV - SOB A ÓPTICA DO DIREITO ALTERNATIVO.....	41
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53

INTRODUÇÃO

*“Vês uma era
que não era uma vez”
(do autor)*

A escolha do tema para uma monografia é realmente o primeiro e grande obstáculo para qualquer universitário no fim de uma graduação. Por que haveria de ser diferente no curso de Direito?

Em meio a tantas idéias e, de certa forma, ainda inseguro quanto à definição do tema deste trabalho, deparei-me com um livro intitulado “Monografia Jurídica”, de Deisy Ventura (2002, p. 52), no qual ela afirma:

É comum que a primeira idéia do estudante de graduação, ao escolher seu tema de monografia, seja a de ‘resolver’ um determinado dilema doutrinário, ou ‘encontrar uma solução’ para um problema social ou ainda ‘propor’ uma regulamentação sobre assunto nunca ou mal tratado pela legislação. (...) Claro está que no quadro da monografia de graduação ou de especialização acabam por ser um fracasso anunciado. *A monografia deve ser vista como uma simples contribuição* à elucidação de um assunto, singular por suas particularidades, mas não a única, eis que muitos outros textos terão abordado direta ou indiretamente o objeto. **O aluno não tem nada a ‘resolver’, mas sim a questionar, investigar, procurar, perguntar-se.** (grifou-se)

A autora ainda viria a dizer algo que motivou minhas duvidosas pretensões. Disse ela: “Com efeito, é salutar e desejável que o pesquisador se consagre a temas polêmicos da atualidade, que trabalhe temas cuja elucidação seja útil para a sociedade e para o próprio Poder Judiciário” (VENTURA, 2002, p. 54)

Inspirado por suas colocações e por influências do cotidiano, da vivência como estagiário, e do tão incompreendido Direito Alternativo, decidi embrenhar-me num assunto obscuro (ou nem tanto; o estudo descobrirá), talvez até não passível de solução (ou até pode ser mais simples do que se pensa), mas que está aí, a incomodar milhares de brasileiros continuamente (e até aqui não se vê solução prática); e o que seria uma possível via de solução — as unidades dos Juizados Especiais Cíveis — têm se mostrado incapazes de resolver problemas como este que serviu de impulso para esta monografia. Não é pela (má)vontade dos servidores deste braço útil da Justiça que, diga-se de passagem, fazem até mais do que poderiam; mas sim, por uma “imprevisão legal” — se assim podemos chamar, já que os juízes não a reconhecem desta maneira — ou até, por uma mera falta de adequação da situação em si às novas tendências e/ou previsões

jurídicas, como a boa-fé objetiva (e outras nem tão novas assim, como a “Teoria da Imprevisão”) para enfrentar o problema corrente.

Foi motivo da escolha deste tema um caso real, com o qual deparei-me num dia de estágio na unidade do Juizado Especial Cível (JEC) instalado no *campus* da Toledo de Presidente Prudente.

Um consumidor que havia feito uma compra a ser paga em uma grande quantidade de prestações, viu-se, já na 6ª parcela, impossibilitado de honrar os pagamentos que outrora assumira. Descobriu a possibilidade de resolução do problema por meio do JEC quando já contava 4 (quatro) parcelas não pagas.

A situação incômoda de inadimplência ocorreu a partir do momento em que o devedor ficou desempregado e, para ajudar — situação não rara em nosso país — ainda passou a contar com uma doença grave na família. Ele alegara ter procurado a empresa *omissis* para, talvez, reavaliar aquilo que já havia sido pago e, se possível, que os valores já vencidos e a vencer pudessem ser revistos a fim de que pudesse honrar como o compromisso assumido pelo contrato de compra e venda.

É sabido que, para situações como esta, é possível alegar-se a “*Teoria da Imprevisão*” — que será motivo de um capítulo estudo nesta monografia — que, em suma, serve como meio para que uma nova negociação seja feita com base na mudança do *status* do devedor. É possível ainda, valer-se da cláusula *Rebus Sic Standibus*, que, na prática, não difere muito da referida teoria citada anteriormente. Ambas as previsões, acrescente-se, não são argüidas comumente no cotidiano de situações tão comuns como a apresentada. Por quê? (*O questionar — como recomenda Deisy Ventura*)

O grande obstáculo ao cidadão de bem, devedor confesso e carente de amparo para sua situação, é o acesso ao Judiciário. Assim também aponta José Reinaldo de Lima Lopes (1994, p. 74):

Quanto ao acesso dos cidadãos à justiça vejamos seus diferentes aspectos. O primeiro e mais evidente: sendo o sistema concentrado, centralizado e não dispondo de meios financeiros para sua ampliação, a *Justiça é cara e distante* para os cidadãos.

O autor, por conta da data de publicação, acusa ainda a falta de Defensorias Públicas, Assistência Judiciária e Juizados Especiais. Hoje, até já

temos estes institutos (em SP não há a “Defensoria Pública”), mas o que temos visto é ainda ineficaz no acesso à Justiça aos cidadãos, em especial, aos hipossuficientes culturais. Seja pela baixa remuneração ofertada, pela má formação destes profissionais ou por quaisquer outros motivos, o que é certo é que o acesso à justiça é restrito e ineficaz. Fato confirmado pelas palavras de Nóbrega (2005):

As Defensorias Públicas não dispõem de meios mínimos para atuar e, em boa parte dos municípios brasileiros sequer se tem notícia de que esteja disponível serviço de tamanha importância para o indivíduo. Nem mesmo em grandes centros ou na Capital da República há oferta de assistência judiciária capaz de suprir as necessidades da comunidade local. Há carência em relação a tudo. Faltam defensores, pessoal de apoio, equipamentos e materiais destinados ao atendimento ao público. Sequer se observa a existência de sede própria.

Disso resulta diretamente o dano ao interesse do cidadão que, desprestigiado pela negligência do Estado, não visualiza condições de requerer a defesa de eventuais direitos. Afronta-se com essa omissão injustificável, a garantia, que deveria ser ampla, de acesso ao Poder Judiciário e a possibilidade de exercício do direito de ação, reservada aos bem aquinhoados, como repetem determinadas autoridades e *políticos da hora*. [...]

Ante a completa falta de meios e por decorrência direta da deficiência apontada, passa o indivíduo a integrar mais um segmento social de excluídos que a cada dia apenas cresce, qual seja os dos “*sem-justiça e sem direito*”.

Voltando-nos aos JEC’s, em específico, tanto a “Teoria da Imprevisão”, como a própria boa-fé objetiva não são comumente pacíficas de alegação no Juizado Especial Cível, simplesmente pela especificação legal de suas funções. Pois como intimar uma empresa credora a comparecer ao Juizado para resolver problemas de inadimplentes? Somente pelo “JIC”, o Juizado ‘Informal’ Cível, que não intima, apenas convida a parte contrária para um possível acerto.

Sobra, então, a este desamparado, recorrer à justiça gratuita (no estado de São Paulo, oferecida pela Procuradoria Geral do Estado) que, em tese, deveria atender de forma eficaz a todos aqueles ditos pobres no sentido da lei. No entanto, o acesso é difícil, o trâmite do processo, moroso, e a vontade do credor em resolver o problema o mais rápido possível também não há, pois a seu favor há um “contrato” — na maioria das vezes, abusivo — pelo qual se esforça em fazer ser cumprido.

Na ineficácia do acesso à justiça, o grande prejudicado é o devedor: pois se já não tinha condições de arcar com a dívida justamente por estar

desempregado e por demais motivos quaisquer, certamente também não terá ao fim de uma ação judicial, se iniciada for, é claro.

Trata-se de uma questão lógica. Mais até, de uma reação em cadeia, senão vejamos: Ao não pagar suas dívidas, muitas vezes o devedor terá seu nome incluso num dos bancos de dados de clientes inadimplentes já a partir da 3ª parcela vencida (em alguns raros casos, este procedimento só é tomado após o vencimento de todas as parcelas). Se este devedor, desempregado, estiver com o nome incluso num dos bancos de dados de devedores do comércio, certamente não conseguirá um novo emprego formal justamente por estar inscrito nos tais cadastros de devedores. E pior ainda, se medidas legais forem tomadas para o pagamento imediato da dívida, é possível que o devedor ainda perca o pouco que tem pelo exercício da penhora ou outra medida similar!

Estas situações desagradáveis e constrangedoras, no mínimo, poderiam ser evitadas se, no início tivesse este devedor tido a oportunidade legal e real de renegociar sua dívida, fosse pela negociação direta, pelos JEC's ou mesmo pelo procedimento "moroso".

É exatamente sobre este acesso restrito e ineficaz por meio de teorias também ineficazes, com soluções insatisfatórias e o efetivo prejuízo dos muitos devedores 'hipossuficientes culturais'¹ — aqueles que não conhecem seus próprios direitos, tampouco como valer-se da ajuda jurídica necessária — de

¹ Trata-se de um neologismo, com conceito específico apresentado no próximo capítulo. Encontrou-se idéia similar num termo criado por Ada Pellegrini Grinover, apud Pinto (1997, p. 84): “*carentes organizacionais*”, *assim considerados todos os indivíduos ‘que apresentam uma particular vulnerabilidade em face das relações sócio-jurídicas existentes na sociedade contemporânea. Assim, por exemplo, o consumidor no plano das relações de consumo; o usuário de serviços públicos; os que se submetem necessariamente a uma série de contratos de adesão [...] o titular de pequenos conflitos de interesses, que via de regra se transforma em um litigante meramente eventual. Todos aqueles, enfim, que no intenso quadro de complexas interações sociais hoje reinantes são isoladamente frágeis perante adversários poderosos do ponto de vista econômico, social, cultural ou organizativo, merecendo, por isso mesmo, mais atenção com relação a seu acesso à ordem jurídica justa (...)*” O conceito ora apresentado tem muito em comum com o conceito atribuído ao termo “hipossuficientes culturais”, especificado no capítulo seguinte. Insiste-se em não adotar o conceito primeiro, de Grinover, pelos seguintes motivos: primeiramente, por ter sido um conceito descoberto no decorrer da pesquisa, quando já se havia formulado o conceito prévio do hipossuficiente cultural; em segundo lugar, pelo fato de entendermos ser, não o conceito, que é excelente, mas o termo “carente organizacional” inadequado ao que se quer expressar, pois não se trata de uma falta de organização do hipossuficiente, tampouco somente revela-se o Estado como desorganizado para que este tenha acesso irrestrito e eficaz à justiça: o que falta é o conhecimento de seus próprios direitos por parte destas pessoas, portanto, a *hipossuficiência cultural* (que engloba a pobreza cultural, educacional e, muitas vezes, econômica também; além do mais, não reconhecemos — talvez por falta de uma explanação mais clara ou de uma pesquisa mais aprofundada — semelhança entre os termos “cultural” e “organizativo”, como aponta a autora.

nosso país que versará esta monografia, a fim de que, talvez, possamos descobrir um caminho possível e ainda não ou pouco trilhado.

O trabalho será desenvolvido em quatro capítulos assim divididos:

De início, no primeiro capítulo, cuidaremos de especificar o foco da crítica deste trabalho. Trataremos, portanto, de conceituar a expressão “hipossuficiente cultural”, abordando suas possíveis origens e/ou influências, características marcantes destes em nossa sociedade, da pretensa proteção estatal aos hipossuficientes de forma geral e outros elementos necessários para comprovar a necessidade de sua efetiva proteção e do amplo acesso à justiça. Neste mesmo capítulo, por uma questão de coerência com o título do trabalho, também será abordada a questão da ineficácia do acesso à justiça a estes cidadãos, tecendo uma crítica fundada num caso concreto, aqui retratado a partir da constatação de fatos relativos ao tema. Forçoso será reconhecer as “mãos atadas” da justiça, em especial dos JEC’s, ante de situações cotidianas que, a princípio, não são acolhidas por quem deve o préstimo jurídico necessário, tampouco são esclarecedores na orientação para uma solução condizente à realidade do hipossuficiente cultural.

Os capítulos seguintes tratarão, segundo e terceiro, respectivamente de uma teoria possível de ser argüida no próprio JEC — a “Teoria da Imprevisão” — e de um princípio, que com o advento da nova legislação Civil — 2002 — passou a ter status de “regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos [...] segundo critérios fixados pela doutrina e jurisprudência.” (NEGRÃO E GUIMARÃES, 2005, p. 68). Motivos que fogem do alcance de investigação e de compreensão desta pesquisa, mas que, de forma superficial e curiosa até ousamos inferir, demonstram que, a primeira — “Teoria da Imprevisão” — não vem sendo aplicada em favor dos hipossuficientes culturais e, de forma geral, a ninguém no que diz respeito a perfis semelhantes aos dos hipossuficientes. Quanto ao segundo — a boa-fé objetiva —, vislumbra-se um efetivo potencial de aplicabilidade a casos como o que ilustra nosso estudo, principalmente por estar aguçando a curiosidade de juristas, doutrinadores e de muitos juizes de Direito (representantes do Estado) — em especial, cito o juiz Silas Silva Santos que, orientado por outro juiz, também professor da FDPP, Eduardo Gesse, elaborou pesquisa recente acerca do tema e

que, inclusive, contribuiu com ensinamentos e referências bibliográficas para a elaboração deste trabalho — por conta deste caráter de poder reconhecer um padrão de conduta comum aos hipossuficientes culturais e, assim, poder prestar-lhes a devida assistência jurídica estatal.²

Por fim, no capítulo quarto, o tema da ineficácia do acesso à justiça será ainda abordado sob a óptica do Direito Alternativo, que é, junto do pluralismo jurídico, a mediação, a conciliação, entre outras, uma forma alternativa para solução de conflitos. Apenas para se evitar uma reação comum entre a maioria paulista dos profissionais de Direito, necessária se faz a citação de um conceito de Porfírio Miranda, apud CARVALHO (1998, p. 50), ao estabelecer o que deveria ser um verdadeiro ideário de nossa magistratura, que é: **“cuando en la história humana se ideó la función de un juez... fue exclusivamente para ayudar a quienes por ser débiles no pueden defenderse; los otros no lo necesitan”**³.

Não se quer insinuar, com o apontamento acima — condizente com a óptica do Direito Alternativo — ser de responsabilidade única de nossos e legisladores e os maus exemplos de magistrados a ineficácia do acesso à justiça aos hipossuficientes culturais. A sociedade toda pratica este mal, até involuntariamente. Mas não se pode negar o fato de que se os aplicadores das leis olhassem com maior compromisso a obrigação de defender os hipossuficientes, certamente não teríamos um abismo social e jurídico tão grande como o que temos em nosso país.

É, portanto, justamente sob esta óptica do direito alternativo, a de aplicar o direito como meio de se conseguir a liberdade e a efetiva justiça que fomos buscar numa situação muito comum do cotidiano um fato real que possibilita a constatação da ineficácia da justiça, pois se não serve a todos — na concepção de Amilton Bueno de Carvalho — assim deve ser entendida. Ressalte-se ainda que, de acordo com PINTO (2004, p. 149), **“O Direito Alternativo é respaldado**

² Este padrão de conduta dos hipossuficientes culturais vem sendo reconhecido e, em casos recentes, mesmo não sendo alegada a boa-fé objetiva, afirma o juiz Eduardo Gesse já ter reconhecido o instituto de ofício, a fim de dar uma solução mais justa aos litígios. Não se trata de estar decidindo em favor do mais fraco, mas ao julgar e decidir valendo-se de um instituto que é até desconhecido pelo reclamante — portanto um hipossuficiente cultural — vem-se conseguindo minimizar a ineficácia do acesso à justiça a estas pessoas. (Recomenda-se a pesquisa *in loco* para se conhecer o teor das sentenças: Forum de Presidente Prudente/SP)

³ Tradução, *data venia* a intenção do autor, exponho aqui uma versão condizente ao contexto deste estudo, mas que não contraria a essência do conceito de Miranda: ‘Na história humana, quando se pensou sobre a função de um juiz... pensou-se exclusivamente no dever de ajudar àqueles que por serem hipossuficientes não podem defender-se: os demais, dele não necessitam.’

no estudo da Filosofia do Direito, porém com posição política adotada em favor dos pobres e oprimidos” (destacou-se) e aqui, no presente trabalho, mais que um posicionamento político em favor dos pobres e oprimidos, defendemos sua abrangência aos *hipossuficientes culturais*, que não necessariamente são pobres (no sentido estrito da palavra: economicamente) e/ou oprimidos, mas que carecem do direito de ter acesso à justiça, como muitos cidadãos de nosso país.

As dúvidas, críticas e esclarecimentos necessários à compreensão do que versará este trabalho estão postos.

CAPÍTULO I

DA HIPOSSUFICIÊNCIA CULTURAL E A INEFICÁCIA DO ACESSO À JUSTIÇA

“Eu não saberia dizer quando comecei a reparar nisso; talvez essas coisas tenham um efeito sobre nós, mas não reparamos; depois se começa a juntar uma coisa à outra, e então de repente tudo ganha sentido”
(Ítalo Calvino — In: SILVA, 1998)

[...] embora o tema **[Hipossuficientes]** não seja novo, continua sendo inegavelmente atual, tendo em vista a preocupação generalizada de se buscar maior proteção e efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana frente aos novos conflitos sociais surgidos com a moderna sociedade de massa deste final de século XX.

Ademais, a oportunidade de estudo revela-se sumamente importante diante do novo Texto Supremo, que emprestou superlativa significação jurídico-social a ele, erigindo a assistência jurídica aos hipossuficientes em premissa necessária para a participação dos cidadãos despossuídos de fortuna nos objetivos políticos do Estado Democrático de Direito Social brasileiro, além de constituir-se em mecanismo de concretização de muitos outros direitos fundamentais insculpidos na tábua das Liberdades Públicas da ‘Constituição Cidadã de 1988’, mormente, se colocada a descoberto a realidade sócio-econômico-cultural de nosso País, que se caracteriza por um brutal contraste entre os indicadores econômicos — que o elevaram à 8ª economia do mundo ocidental na década passada — e seus atuais indicadores sociais, de nível africano. Basta dizer que 64,7% dos brasileiros se encontram em níveis que variam da miséria absoluta à estrita pobreza (PINTO, 1997, p. 7) (grifo nosso)

A citação acima apresenta a justificativa de um estudo inovador, realizado há pouco menos de 10 anos, e que se revelava importante pelo fato de até o ano de 1997 não ter sido objeto de estudo de autores renomados, tampouco iniciantes, a situação dos *Hipossuficientes*, em sua acepção ampla.

O autor do estudo, o professor, Mestre e Procurador do Estado de São Paulo, Robson Flores Pinto, trata do assunto valendo-se da acepção ampla do termo “hipossuficiente”, buscando apontar desde início o significado adotado. Para ele, os hipossuficientes seriam “os cidadãos despossuídos de fortuna”, carentes da real eficácia da justiça, préstimo mais comumente alcançável pelos abastados — uma minoria significativa em nosso país.

Entre outros tantos ensinamentos, o autor tece conclusões perseguidas por este estudo e, de certa forma, até já imaginadas, inicialmente, na idealização do projeto de pesquisa. Uma das conclusões mais significativas para esta monografia é a constatação de que, conforme constatou Pinto (1997, p. 89) “os baixos indicadores sócio-econômico-culturais brasileiros, são obstáculos à

assistência jurídica aos hipossuficientes.” Conclusão esta que serve de mote para o estudo ora apresentado.

Antes de tratar da espécie de hipossuficiência foco deste trabalho, necessária se faz uma abordagem muito sucinta — até porque não é este nosso foco — da idéia de assistência judiciária necessária ao hipossuficiente no Direito estrangeiro e em nosso país.

A previsão de assistência judiciária sempre foi uma constante em vários países do mundo. Sua primeira manifestação, conforme também nos esclarece Pinto (1997, p. 89), remonta ao velho “Código de Hamurabi”, (2.067 a 2.025 a.C), passando pela Grécia, Roma, Idade Média, Declarações de Direitos do final do século XVIII, Constituições e leis contemporâneas”, ora tendo uma previsão insuficiente, ora mais abrangente, de acordo com a própria evolução do Direito de cada sociedade. Em algumas sociedades, como a francesa e a inglesa, por exemplo, a assistência estatal para os hipossuficientes a partir do final da 2ª Guerra assumiu um aspecto mais “solidarista” (sem distinções pormenorizadas), talvez mesmo como um reflexo dos malefícios trazidos pela 2ª grande Guerra. Hoje, apesar de não haver previsão constitucional para a assistência jurídica aos hipossuficientes em nenhum dos textos de lei máxima de ambos países, os Estados não se eximem de tal prestação.

O autor ainda aponta o sistema Sueco como um dos mais modernos, prevendo inclusive um seguro de “litigiosidade”, para cobrir despesas judiciais e extrajudiciais, com um valor mínimo estipulado, mas que cobre tanto despesas do autor quanto as da sucumbência. Este seguro é utilizado por cerca de 85% da população, segundo dados apurados pelo autor, em 1997, que cobrem a maior parte dos ônus pela derrota numa demanda judicial. Por esta previsão, mesmo o adversário que tenha sido sucumbido, pode recuperar seus custos, mesmo sendo um adversário pobre, pois é segurado. Outra grande vantagem também ressaltada, é a de que o sistema Sueco possibilita à parte optar entre os serviços de advogados particulares ou de defensores públicos. Não por acaso, a Suécia possui o sexto melhor IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) do mundo. Seu sistema vantajoso, inclusive, serviu de modelo para outros países de estruturas

sociais semelhantes, como Noruega (melhor IDH desde de 2001) e Holanda (Países Baixos), o 12^o⁴.

Em nosso país, manifesta-se primeiramente com as Ordens Filipinas, em 1603, e em leis posteriores. Em 1934, a expressão “assistência judiciária” aparece pela primeira vez em nossa Constituição inserida no capítulo dos “Direitos e Garantias Individuais”.

“O Estado Brasileiro reconhecia, assim, pela primeira vez, a ‘assistência judiciária’ como uma de suas polifunções sociais.” (PINTO, 1997, p. 74)

Esta previsão foi suprimida no Estado Novo, quando passou a vigorar a Carta *facistóide* (de 10/11/1937), período em que os direitos individuais foram suprimidos — independente da situação econômica destes indivíduos — em favor de um estado coletivo. Mas importante se faz ressaltar a observação de Barbosa Moreira, citado por Pinto (1997, p. 75) ao nos revelar que mesmo nessa Constituição, a assistência judiciária foi minudentemente versada pelo Código de Processo Civil de 1939, e dotava ainda de caráter personalíssimo. Afora essa Constituição, todas as outras trouxeram em seu texto a previsão à assistência judiciária, inclusive a atual, de forma mais acertada ainda, prevendo-a entre os “Direitos e Garantias Fundamentais da Pessoa Humana” (título II), especificamente no capítulo dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” (capítulo I), no rol do art. 5^o, inciso LXXIV, no qual se lê: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

No estudo presente, cuidou-se desde o início de se fazer uma restrição do termo, procurando focar uma única espécie — se é que assim podemos classificá-la — do gênero “hipossuficientes”, espécie esta comum, do cotidiano das cidades pequenas, médias ou grandes; tão bem conhecida dos profissionais da educação em especial. Está-se falando dos *Hipossuficientes Culturais*.

Pelo termo, buscou-se a formulação de um conceito que pudesse não só distingui-lo do conceito amplo, mas também, justificar a restrição do foco.

⁴ Dados colhidos no relatório “Informe sobre Desarrollo Humano 2005”, Publicado para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) Ediciones Mundi-Prensa 2005. (Arquivo em PDF intitulado “HDR05_sp_complete.pdf”, baixado do site <http://www.pnud.org.br/home/>, em 15/10/2005. Vale dizer que os dados do IDH 2005 inclui dados, majoritariamente de 2003, relativos a 175 países, além de Hong Kong e os territórios palestinos, conforme nota publicada na edição eletrônica Folha Online, de 7/9/2005, às 16h34, sob o título “Argentina tem o maior IDH da América Latina”.

Assim, o termo *Hipossuficiente Cultural*, assim disposto, assumiria o seguinte significado:

Trata-se de um neologismo, pois ainda não fora encontrado registro sobre tal termo em vasta literatura pesquisada. Conceito ainda a ser plenamente formulado. porém, a princípio, tomando como referência o conceito básico do termo isolado *hipossuficiente*, presente no Dicionário Houaiss da língua portuguesa, e combinando-o à idéia ampla de *cultural*, podemos definir tal expressão como “que diz-se de ou pessoa de poucos recursos culturais/educacionais, que não é auto-suficiente, de formação cultural precária, falível numa sociedade altamente consumista como a atual. (SILVA e GITAHY, 2005)⁵

Em termos mais objetivos, o *hipossuficiente cultural* seria aquele que não conhece seus próprios direitos, tampouco como valer-se da ajuda necessária para torná-los efetivos; muitas vezes os analfabetos funcionais — mas não só —, inúmeros no Brasil.

Estes brasileiros — e por que não “cidadãos do mundo”? Já que vivemos a era da globalização... — surgem, principalmente, como conseqüência da educação defasada a que têm acesso e pelo convívio com pessoas que ignoram seus próprios direitos, o que é muito triste, pois desistir de lutar por uma questão de estratégia é o que marca a biografia de grandes personalidades de nossa história, mas desistir de lutar por ignorância os condena ao anonimato estatístico da história de nosso país.

Ao contrário do conceito amplo de hipossuficiente, que refere-se àqueles desprovidos de seus direitos simplesmente pelo fato de não ter recursos econômicos suficientes para tal, — os “pobres” no sentido lato da palavra, despossuídos, desafortunados — os ***hipossuficientes culturais*** são também, muitas vezes, pobres nesse mesmo sentido exposto, mas em muitos outros casos não são tão pobres assim. Nestes muitos outros casos, estas pessoas têm uma vida comum, conhecem a pobreza de perto, mas não a vivem em essência. Estas pessoas são, geralmente, assalariadas, pagam suas contas de consumo com certa dificuldade, mas geralmente em dia, e ainda conseguem adquirir alguns bens, supérfluos para alguns, mas essenciais para outros, especialmente para este grande segmento de nossa sociedade. Produtos como TV, geladeira, aparelhos de som e, mais recentemente, celulares e DVD's. É justamente este o

⁵ Conceito elaborado no artigo científico intitulado “A ineficácia do acesso à justiça aos hipossuficientes culturais — uma abordagem sob a ótica do Direito Alternativo”, de autoria de SILVA, Rogério José da e GITAHY, Raquel Rosan Christino, apresentado no I Congresso de Iniciação Científica das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, em Presidente Prudente/SP, em Maio de 2005, em prelo.

perfil dos hipossuficientes culturais: assalariados, de quase nenhuma formação educacional ou com ensino fundamental incompleto, desprovidos de uma cultura mais ampla relativa a suas próprias origens e costumes, seduzidos facilmente pelos inúmeros estímulos ao consumo do dia a dia⁶ — propagandas na TV, rádio, revistas, jornais e até pela indução ao consumo de determinado produto utilizado pelos personagens de novela — seu lazer favorito —, num claro *merchandising*. O perfil comum de milhares de brasileiros que têm uma má formação cultural/educacional. Ressalte-se dados comparativos demonstrados na obra de PINTO (1997), cruzados com o Censo 2000, apurado pelo IBGE. O autor aponta uma pesquisa do Banco Mundial, realizada em 1995, na qual o Brasil encabeçava a lista dos cinco países de mais alta taxa de concentração de renda. Na oposição apareciam países como a Suécia e a Finlândia, que ainda hoje mantêm este mesmo disparate em relação ao Brasil. A Suécia, por exemplo, é a sexta colocada no ranking de IDH, enquanto o Brasil é o 63^o⁷, conforme dados apontados recentemente por órgãos oficiais.

Especificamente em relação à educação — importantíssimo fator para a formação cultural do cidadão — Pinto (1997) ainda afirmava que a par da

⁶ Uma das formas de sedução mais recente se dá por meio do oferecimento de créditos a juros “baixos” aos aposentados em geral. Seja por iniciativa do mercado ou do próprio governo, para aquecer a economia, o que se vê é que num curto espaço de tempo estaremos presenciando reflexos negativos dessa prática dos consumidores. Parecendo preocupado com tais conseqüências, o Banco Itaú lançou uma campanha para o “Uso consciente do crédito”, nome dado, inclusive, a uma cartilha elaborada pelo próprio banco. As possíveis conseqüências negativas foram motivo de matéria recente da revista *Veja* (ed. 1005, ano 38, nº 20, 18/Mai/2005), as quais foram chamadas de “ressaca do crédito”. Na matéria, relata-se o medo do governo e também dos bancos de uma verdadeira ressaca — um mal-estar causado pela “ingestão” excessiva de crédito — o que justifica a chamada da matéria: “O governo e os bancos criaram o empréstimo popular. Virou vício. Agora, pede-se aos consumidores que se ‘endividem com moderação’”. A campanha do banco Itaú representa — e assim é apontada na revista — uma campanha contrária à euforia do crédito, em favor daqueles tidos como hipossuficientes culturais, na nomenclatura adotada no presente trabalho. Sim, pois são muitas vezes os clientes de bancos também hipossuficientes culturais, incapazes de se planejarem financeiramente, por não terem sido educados para isso. Mas o banco preocupou-se com isso, talvez até pensando em eventuais inadimplências — o que não é incomum — e ter de valer-se de ações judiciais para receber o que fora emprestado a estes muitos hipossuficientes, os aposentados e demais tomadores deste tipo de crédito. Seria uma atitude politicamente correta para com seus clientes, inspiradora até a outros bancos e norteadora para aqueles que assistissem à propaganda e/ou tivesse contato com a cartilha. Digna de elogios pela preocupação com nossos hipossuficientes culturais. Mas a verdade é que o pecado mora ao lado. O banco Itaú protege seus clientes das tentações do crédito fácil, mas no prédio ao lado de suas agências, onde geralmente há uma financiadora “Taii”, a tomada de crédito é incentivada, nos moldes de qualquer outro banco. “[...] A mesma mão que acaricia, fere e sai furtiva [...]” (Barão Vermelho)

⁷ Dados extraídos de matéria veiculada na edição on-line do Jornal Folha de S. Paulo, em 7/9/2005, sob o título “IDH sobe pouco e Brasil permanece na 63ª posição em ranking da ONU”. Acesso em 20/9/2005: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u112795.shtml> — “[...] Com um IDH de 0,792 ponto, o Brasil ficou em 63º lugar no ranking, mantendo a mesma posição do ano anterior em relação aos demais países. [...]”

imensa desigualdade na distribuição de renda que graça no Brasil, há também extrema e inequitativa distribuição de educação, pois 27,1% dos brasileiros de 5 ou mais anos de idade são analfabetos: destes, 53,9% são analfabetos urbanos. Os dados não mudam muito, pois no último Censo realizado no país, em 2000, 16% de mesma parcela da pesquisa relatada continua não-alfabetizada. Percentualmente até nos surpreende uma queda no número de não-alfabetizados, mas se levarmos em conta que este percentual representa nada mais, nada menos, que 24 milhões de brasileiros, ainda são, sem dúvida alguma, estarrecedores. Ressalte-se ainda que, deste total, segundo o Censo 2000, 63% são analfabetos urbanos (percentual este que aumentou). Dados mais recentes ainda, como o IDH divulgado neste ano de 2005, no dia 7 de setembro, possibilitam constatações como esta, do Jornal Correio Braziliense:

A revelação alvissareira do RDH em relação ao Brasil é o crescimento da taxa de alfabetização: saltou de 86,4%, como constava no relatório de 2004, para 88,4% no atual (restam, portanto, 11,6% de brasileiros ainda humilhados pelo analfabetismo).⁸

Constata-se, portanto, numa visão realista, pela insignificância da melhoria dos dados apurados pelo IDH, ser muito difícil combater a hipossuficiência cultural em nosso país.

O hipossuficiente cultural, entre outras defasagens, não tem por hábito planejar suas aquisições, por isso quando é surpreendido — sim, surpreendido, pois são situações imprevisíveis, ainda mais em nosso país — por uma situação que possa impedi-lo de arcar com os seus custos, como por exemplo o desemprego, a morte de um ente próximo ou uma doença grave pessoal ou na família, exemplos de situações que implicam em gastos, vê-se incapaz de encontrar uma solução para o problema financeiro inesperado e que ora se encontra.

Para esta imprevisibilidade, há quem defenda ser possível a alegação da “Teoria da Imprevisão”. Para outros — NEGRÃO E GUIMARÃES, 2005, p. 58 — em determinados contextos, é possível valer-se do princípio (ou

⁸ Dados extraídos de matéria veiculada a respeito da ONU, no jornal Correio Braziliense, edição de 7/9/2005, assinada pela jornalista Mariana Mainenti, cujo título e subtítulo eram: “Conflitos e comércio injusto são obstáculos — Documento revela que redução das disparidades sociais depende de auxílio ao desenvolvimento de países pobres e da busca pela paz”, localizadas em seu site: http://www.pnud.org.br/pnud_midia/index.php?valor=2&id_categoria=5&id_subcategoria=12&nomecategoria=2005#; em Outubro de 2005, na página intitulada “PNUD/ONU na Mídia”; uma espécie de Clipping das matérias publicadas no país sobre a entidade

“conceito jurídico indeterminado”⁹) da boa-fé. Sim, um conceito Indeterminado, pois impenderá à jurisprudência e à doutrina, a exemplo do que ocorrera no exterior, determinar seus limites. Mais especificamente, da boa-fé objetiva, pela qual

o intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos e acontecimentos sociais envolvidos. Deste modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos. Enfim, a boa-fé objetiva traduz o estabelecimento de padrões de comportamento, segundo critérios fixados pela doutrina e jurisprudência. (NEGRÃO E GUIMARÃES, 2005, p. 68)

Assim, entendemos ser possível a um juiz, ao reconhecer a inadequação do hipossuficiente cultural ao padrão típico do homem médio, reconhecer a necessidade de se determinar a boa-fé objetiva como motivo suficiente para a resolução do impasse. Possível, mas nem sempre assim decidido, seja pela simples ausência de pedido, seja pelo conceito rígido do que se entende por “homem médio”, ou por qualquer outro motivo. O fato é que não tem tido, de fato, o hipossuficiente cultural, o acesso amplo e irrestrito à justiça e a devida assistência jurídica, mormente nos casos de pequena monta, geralmente relacionados ao Direito do Consumidor.

Tais possibilidades de resolução de conflito serão abordadas em capítulos distintos neste trabalho.

Não se quer com este estudo descartar tais possibilidades de solução, viáveis em muitos casos. O que se quer demonstrar, aqui, é que, principalmente nos casos de menor monta, comuns aos hipossuficientes culturais, tais possibilidades de resolução não são comuns.

O problema destas pessoas está, de início, no não planejamento de vida, principalmente no aspecto econômico, fato este intimamente relacionado à má formação educacional e cultural.

Como consequência, diante de um problema de inadimplência — fato também comum a estas pessoas —, que pode ou não ser combinado ao desemprego, estas pessoas se vêem em um turbilhão de situações muito

⁹ Nas palavras de NEGRÃO, Sônia Regina e GUIMARÃES, Angélica Bezerra Manzano, em monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Civil, “O novo Código Civil e o Direito Civil no 3º milênio”, das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente/SP, sob o título de “Alguns aspectos de incidência da boa-fé sob a perspectiva do novo Código Civil.”, 2005.

complicadas e não sabem como resolvê-las! É a má formação educacional e cultural — insistimos —, principalmente, o que leva estas pessoas a não planejarem suas vidas e, em conseqüência, não saberem como livrar-se de certas situações não esperadas.

Nossa legislação prevê, na esteira de outros países que também possuem seus hipossuficientes, amparo irrestrito aos menos favorecidos economicamente.

Ocorre que o desfavorecimento econômico não é o único empecilho para o acesso eficaz à justiça pelos hipossuficientes culturais. A verdade é que estas pessoas mal sabem que têm direitos! Vez ou outra descobrem um ou outro direito por terem assistido a alguma cena melodramática numa ou noutra novela, ou por terem ouvido falar por algum “entendido na defesa dos mais pobres” num programa popular de variedades — programas estes que recheiam a grade televisiva de nosso país —, nos mais diversos horários.

Assim, quando passam a conhecer a possibilidade de lutarem por um de seus direitos, estas pessoas, por ignorância, decidem não litigar por medo de alguma represália da parte contrária, ou por temer que possa vir a perder o pouco que tem caso venha a ser vencido na demanda interposta — certamente nos cairia muito bem também o seguro de “litigiosidade” existente na Suécia, não? — Outras vezes, quando este cidadão descobre ser possível buscar a satisfação de seu direito por meio dos Juizados Especiais, ilude-se com a possibilidade de ter encontrado a solução para todos os seus problemas! Ledo engano, pois a competência destes juizados — os cíveis em especial — é limitada (art. 275, II, CPC e art. 3º, da Lei 9.099/95). Mais: em muitos casos, os responsáveis por estes ‘braços’ céleres da justiça ignoram a possibilidade de uso de determinadas inovações legais que poderiam resolver muitos problemas dos hipossuficientes culturais, como é o caso da própria alegação da boa-fé objetiva, mencionada há pouco neste mesmo capítulo, a fim de ao menos colocar as partes frente a frente para uma possível conciliação, possibilidade esta, muitas vezes alegada nos Juizados somente ser possível por uma estratégia chamada de ‘Procedimento Informal’, pela qual o ‘adversário’ na ação não é obrigado a comparecer.

Ao buscar orientação que, no estado de São Paulo é oferecida pela Procuradoria Geral do Estado, os problemas também não se resolvem. Os entraves são outros, mas o resultado, o mesmo: sem solução.

Assim, com todo este trâmite, o grande prejudicado é o devedor, o *hipossuficiente cultural*, que já não tinha condições de arcar com a dívida justamente por estar desempregado — motivo já suficiente para a revisão contratual, segundo entendimento jurisprudencial majoritário¹⁰ — e por tantos outros motivos que surgem de maneira imprevista e impossíveis de se prevenir. Os meses passarão, a dívida aumentará e, certamente, ele também não poderá arcar com esta dívida ao fim do prazo contratual, pois, via de regra, seu nome passará a constar no maior número possível de bancos de dados de devedores do comércio nacional e, como conseqüência, esta “vítima” não conseguirá — durante a vigência do contrato não cumprido por sua parte, tampouco durante o trâmite da ação de execução que sofrerá — um novo emprego formal justamente por “passar a ser cliente” dos tais cadastros de devedores, exigência negativa de qualquer empregador formal do país. Pior, se de fato forem exercidas as medidas de execução legal para o pagamento da dívida, é possível que este devedor ainda perca o pouco que tem pelo exercício da penhora ou outra medida similar. Algo que, indubitavelmente, poderia ser evitado se no início tivesse este devedor tido a oportunidade de renegociar sua dívida em juízo, informalmente ou não.

Tudo que se possa ser feito para a busca da justiça há de ser feito pelo direito e, compartilhando princípios comuns com o Direito Alternativo aqui definido *ab initio*, tal situação encontra ressonância em garantias institucionalizadas pelo Código de Defesa do Consumidor. Sobre este, ressalta Cláudia Lima Marques, em comentários ao artigo 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor:

A norma do art. 6º do CDC avança ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra de seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações, ao desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi.

Nesse sentido a conclusão n. 3 do II Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor — Contratos no ano 2000, com

¹⁰ Trecho reproduzido para comprovação da afirmação apontada: “**A jurisprudência tem desenvolvido um outro requisito, qual seja o da não imputabilidade do fato causador da onerosidade excessiva ao consumidor**”. Nesse sentido, a jurisprudência tem aceito como motivo suficiente para a revisão contratual e para a ação corretora do equilíbrio contratual pelo judiciário, situações em princípio individuais, como por exemplo **a perda do emprego**. (MARQUES, 1998, P. 413-414) - Grifou-se.

o seguinte texto: “Para fins de aplicação do art. 6º, V, CDC não são exigíveis os requisitos da imprevisibilidade e excepcionalidade, bastando a mera verificação da onerosidade excessiva.

A jurisprudência tem desenvolvido um outro requisito, qual seja o da não imputabilidade do fato causador da onerosidade excessiva ao consumidor. Nesse sentido, a jurisprudência tem aceito como motivo suficiente para a revisão contratual e para a ação corretora do equilíbrio contratual pelo judiciário, situações em princípio individuais, como por exemplo **a perda do emprego**. (MARQUES, 1998, p. 413-414) — (Grifou-se)

O acesso à justiça, pelo demonstrado até aqui, reveste-se como ineficaz aos *hipossuficientes culturais*, pois é incompetente para casos como o exposto ou moroso e oneroso — pelo procedimento ordinário —, e sua solução, ao final, incapaz de reparar os danos suportados.

É este acesso restrito e ineficaz, com soluções insatisfatórias e, na maioria das vezes, com efetivos prejuízos a estes desafortunados financeira e culturalmente — que muitas vezes não conhecem seus próprios direitos, tampouco como se valer da ajuda jurídica necessária — de nosso país que se justifica este trabalho, cuja finalidade, além de sugerir, é de ensejar mudanças de entendimentos e procedimentos para que, talvez, possamos descobrir um caminho possível e ainda não, ou pouco, trilhado, para um dia ser possível oferecer o acesso à justiça eficaz aos hipossuficientes culturais.

CAPÍTULO II

DA (INEXPLICÁVEL INAPLICABILIDADE) DA “TEORIA DA IMPREVISÃO”

*“Que não é o que não pode ser/
 Não é o que não pode
 Ser que não é
 O que não pode ser que não
 É o que não / Pode ser / Que não / É /
 O que não pode ser que
 Não é o que não pode ser
 Que não é o que / O que?
 (Titãs - “O que”)*

Segundo Carlos Alberto Bittar Filho (1994), sumariamente a “Teoria da Imprevisão” tem origem na cláusula *rebus sic standibus*, que atingiu seu cume com as codificações dos fins do séc. XIII e do início do século XX, após um período de florescimento . Com a divulgação e com o ulterior fortalecimento das idéias liberais, porém, foi relegada ao esquecimento.

No início, ela foi só uma construção. Depois, elaborou-se toda uma teoria genérica, a própria “Teoria da Imprevisão”, sustentada por alicerces próprios, que podem ser resumidos na seguinte idéia: uma radical modificação do estado de fato do momento da contratação determinada por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, dos quais decorra onerosidade excessiva no cumprimento da obrigação e, assim, a possibilidade de revisão contratual. É ao juiz que cabe, aqui, resolver o contrato — que deve ser comutativo e de execução diferida, continuada ou periódica —, ou aliviar a prestação da parte onerada.

Não se pretende aqui questionar a efetividade da referida teoria, tampouco seus requisitos, mas sim, apontar que sua utilização é mais viável nas vias processuais ordinárias. Aos carentes da celeridade processual necessária no mundo moderno, àqueles que procuram pelos JEC’s, sua aplicabilidade é remota.

Tal teoria é ineficaz na forma mais célere de prestação jurisdicional, nos Juizados Especiais Cíveis que, com boa vontade, tentam dentro de seus limites, amparar aos acometidos pelo problema exposto valendo-se de um expediente facultativo ao credor. Falamos aqui do ‘JIC’, um Juizado Informal Cível que, como o próprio nome diz, não tem força para obrigar a parte reclamada a comparecer em juízo, ficando, portanto, sem solução a tentativa de renegociação por parte do

inadimplente, o hipossuficiente. Não é comum, portanto, ver nos procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis a alegação da “Teoria da Imprevisão” para a resolução de determinados conflitos.

Esta constatação, aliada à possibilidade de alegação do princípio da boa-fé objetiva, que será tratada no capítulo seguinte, se pesquisadas a fundo, podem revelar ainda mais agruras aos que procuram por este braço da justiça. Neste estudo, tais constatações baseiam-se num estágio de quase 9 meses realizado junto ao Juizado Especial Cível de Presidente Prudente, anexo da própria faculdade de Direito da das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo e em conversas informais com professores-juizes da área Cível.

Os juizes, via de regra, alegam que só não decidem com base na “Teoria da Imprevisão” porque esta nunca é reclamada. Ora, se nunca é reclamada, ou é porque os interessados (*hipossuficientes culturais*) não a conhecem — fato indubitável —, ou porque os conciliadores e supervisores destas casas de soluções judiciais céleres não sabem como e nem porquê alegá-la¹¹, ou ainda, porque para situações mais simples — como um contrato de compra e venda de um eletrodoméstico, por exemplo — não são condizentes com a ‘tradição’ de alegação e julgamento com base na “Teoria da Imprevisão”.

É como se o exemplo em questão tratasse realmente de situação atípica! Um consumidor que faça uma compra de determinado produto numa loja de departamentos (como uma TV, por exemplo) a ser pago numa grande quantidade de prestações — algo que, ressalte-se, o consumidor é constantemente motivado, principalmente pelos anúncios veiculados pela mídia —, ver-se, de um momento para o outro, na sexta parcela de pagamento, impossibilitado de honrar os

¹¹ Suposição esta que entra base num artigo de Nóbrega (2005): “[...] *O hipossuficiente, quando logra obter a atenção das Defensorias Públicas, é normalmente atendido por um contingente de estagiários de direito a quem se confia a relevante missão de ouvir o interessado e dele colher os elementos informativos e probatórios, elaborar peças processuais, distribuir ações, peticionar e promover os demais atos processuais.*

À falta de defensores públicos em número suficiente à supervisão da atividade confiada aos estagiários, as petições passam, em sua grande maioria, a ter conteúdos insatisfatórios e, não raro, a despeito da grande boa vontade daqueles que as elaboram sem que sejam detentores de conhecimento mais aprofundado do direito material e processual, passam a ser repositórios de postulações inadequadas e que, por decorrência disso, não servem à proteção do interesse da parte e ainda a prejudicam.

Audiências de instrução são, em grande parte, confiadas aos próprios estagiários sem qualquer assistência ou orientação prévia. Sequer conhecem o processo que terá a sua instrução então realizada, mas supostamente assumem mesmo assim a defesa da parte, acarretando-lhe indiscutível dano.” O autor foca o problema nas Defensorias Públicas. Mas qualquer semelhança dessa realidade com a dos JEC’s, certamente, não será mera coincidência. A (des)estruturação é similar, senão, idêntica.

pagamentos vindouros e, por conta disso, vir a acumular algumas outras parcelas em atraso¹².

Ressalte-se ainda que tal situação incômoda possa ter ocorrido a partir do momento em que o consumidor/devedor tenha ficado desempregado e que ainda esteja tendo de passar a arcar com um aumento de despesas por conta de uma doença grave na família.

Este *hipossuficiente cultural*, antes de procurar pelo Juizado Especial — ressalte-se que os que procuram este viés da Justiça são poucos e privilegiados de tal informação — alegara ter procurado a empresa *omissis* para, talvez, reavaliar aquilo que já havia sido pago e, se possível, que os valores já vencidos e a vencer pudessem ser revistos a fim de que pudesse honrar o compromisso assumido.

É, sim, merecedora de nova análise que possa, talvez, dar-lhe uso prático em outra esfera processual ou, até, ampliá-la, como sugere BITTAR (1994, p. 34):

(...) acreditamos que melhor do que a teoria da imprevisão seria uma teoria da onerosidade excessiva, aplicável, em nome da plena realização da justiça comutativa, sempre que se constatasse o injustificável desequilíbrio das prestações derivadas do contrato.

Trata-se de alegação de direito material e que, por assim ser, não demanda rito específico. Trata-se, portanto, de uma questão de adequação.

A situação aqui retratada foge do conceito que tem sido aplicado majoritariamente à “Teoria da Imprevisão”, senão vejamos a explanação do Mestre Eros Belin de Moura Cordeiro (2005, p. 8)

Classicamente, a revisão judicial dos contratos é entendida como a possibilidade de intervenção estatal no âmbito contratual modificando o conteúdo do contrato de execução diferida (tradutores de obrigações por trato sucessivo) em razão de eventos supervenientes e imprevisíveis*. **Trata-se da denominada “teoria da imprevisão”, construção da dogmática moderna visando atenuar o rigorismo da vinculatividade contratual, cujas conseqüências, influenciadas por fatores externos à contratação, levavam muitas vezes um dos contratantes à ruína e à miséria absoluta.** Por essa definição clássica nota-se que a revisão judicial dos contratos é, em uma primeira análise, uma medida de *absoluta* exceção. Denota-se que surgiu como alternativa – singular, específica e, portanto, absolutamente excepcional – criada a partir de uma realidade fática que não se amoldava ao modelo contratual

¹² Este caso, como mencionado alhures, baseia-se num caso real, vivenciado durante o estágio realizado no JEC anexo à Toledo, no ano de 2004.

estabelecido e nascida posteriormente à formação do pacto 18. Percebia-se, então, que o contrato, em razão do desequilíbrio das prestações oriundos de fatores externos, muitas vezes passava não apenas a ser fonte de obrigações, mas também de graves injustiças

No mesmo sentido:

Se houver onerosidade excessiva, oriunda de evento extraordinário e imprevisível, que dificulte extremamente o adimplemento do contrato por uma das partes, ter-se-á a resolução contratual, por se considerar subentendida a cláusula 'rebus sic stantibus', de modo que o lesado poderá desligar-se da obrigação, pedindo ao juiz a rescisão do contrato ou o reajustamento das prestações recíprocas. (Grifou-se)

Ora, vejamos: não se trata aqui da situação do consumidor estar em ruínas ou em miséria absoluta. O consumidor — hipossuficiente cultural — fora surpreendido pelo desemprego, por uma doença que acometera membro da família e, em meio a problemas graves, valendo-se de uma máxima popular de que “o ‘nome limpo’ é o único bem do pobre” ainda preocupou-se em tentar chegar a um acordo com a empresa *omissis* para resolver a situação de inadimplência em que se encontra, para manter-se limpo. Constata-se, portanto, uma mera situação de onerosidade excessiva. O que confirma dos dizeres de Bittar, há pouco.

O grande obstáculo, aqui, não se trata da aplicação de uma ou outra teoria para se revolver o caso. Ao cidadão de bem, devedor confesso e carente de amparo para sua situação, o grande obstáculo — insistimos — é o acesso ao Judiciário que, na maioria das vezes, se dá por ignorar seus próprios direitos ou, em muitas outras vezes, os órgãos judiciais que poderiam resolver, ao menos em parte, seus problemas.

Na prática, a “*Teoria da Imprevisão*”, como já fora demonstrado alhures, não vem sendo alegada por aqueles — aqui inclua-se, no caso, também como alheios os próprios conciliadores, — que buscam a prestação judiciária nos JEC’s, por motivos também já expostos. Em suma, alega-se não ser possível acionar a parte contrária (no caso, a empresa), pois não há procedimento previsto — a não ser pelo “JIC” — restando apenas a informalidade, o que não obriga o comparecimento para uma tentativa de conciliação. Mas também não se vê a aplicação desta teoria nos casos em que os hipossuficientes culturais são representados por advogados da procuradoria estadual. Por quê?

O que sabemos, é que permanece, então, o hipossuficiente cultural sem o amparo jurídico legal preconizado por nossa Carta Magna.

O que fazer? O que?

CAPÍTULO III

DA BOA-FÉ OBJETIVA

“O novo já nasce velho”
(O Rappa)

Com o advento do Novo Código Civil, conforme já mencionado alhures, o princípio da boa-fé objetiva, que já era observado em nosso ordenamento, ainda que inconscientemente, foi positivado expressamente no direito contratual, seguindo uma tendência moderna e atual de legislações estrangeiras. No texto do artigo 422, os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Não é objetivo deste trabalho apresentar os aspectos históricos da origem do princípio da boa-fé, até porque não se trata esta monografia de um apanhado histórico jurídico do instituto. Cuida-se apenas de expor aqui, possibilidades de garantia de um devido acesso eficaz à justiça a quaisquer cidadãos, em especial, aos hipossuficientes culturais.

Tratemos, então daquilo que nos compete.

Há uma distinção básica no que se refere à boa-fé: há a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva.

A primeira — boa-fé subjetiva — está intimamente relacionada com a animosidade do sujeito. Já a boa-fé objetiva, conforme Ustárroz (2003), em absolutamente nada se aproxima do elemento vontade, focalizando sua atenção “na comparação entre a atitude tomada e aquela que se poderia esperar de um homem médio, reticente, do bom pai de família” (USTÁRROZ, 2003, p. 3). Demonstrado está, portanto, a distinção entre ambas: enquanto “na primeira modalidade o reconhecimento do *animus nocendi* é vital, na segunda, desimporta” (idem).

A boa-fé objetiva revela-se como um caminho possível para a resolução de conflitos semelhantes ao exposto ao longo deste trabalho.

Não se pode esperar dela, e nem é isso pretendido, que proteja apenas uma das partes no contrato, o que seria injusto. Mas é possível que, por seu caráter de “socialidade” (REALE, apud CORDEIRO, 2005, p. 223), procurar meios para minorizar os prejuízos decorrentes de, por exemplo, uma inadimplência por

parte de um hipossuficiente cultural, a lembrar: inflexibilidade para renegociação, inclusão do 'cliente' nos bancos de dados de inadimplentes — SERASA e SCPC, por exemplo —, criação indireta de obstáculos à obtenção de um novo emprego, ocasionando assim, a certa impossibilidade de pagamento do devido.

Vale ressaltar ainda que isso não significa inviabilizar ao credor o direito de valer-se de medidas judiciais para reaver seus bens. De forma alguma! Mas possível é reconhecer serem possíveis outras medidas, tomadas de maneira a propiciar uma melhor solução para ambas as partes, o que coadunaria objetivos comuns e manteria o equilíbrio da relação contratual até mesmo diante de um fato imprevisto.

Laerte Marrone de Castro Sampaio (2004, XIII), na apresentação da obra em que retrata a aplicação da boa-fé objetiva na relação contratual, fazendo uma interpretação das influências da nova realidade dos contratos na sociedade contemporânea, relata que

As transformações sociais, econômicas e política desencadeadas com a revolução industrial resultaram numa alteração da base e axiológica da teoria contratual. À liberdade agregaram-se outros valores, como a solidariedade, a igualdade material e a confiança. Do contraente exige-se que guarde um determinado padrão ético de conduta, numa atitude de cooperação com o parceiro contratual.

A boa-fé objetiva, enquanto regra de conduta, foi o instrumento técnico que viabilizou essa mudança.

Pelo caso exposto, o hipossuficiente cultural não faltou com o padrão ético de conduta devido por sua parte. Pelo contrário, por preocupar-se com a ética — mesmo sem saber, na situação aqui retratada, ser este o nome de sua preocupação em 'manter o nome limpo' e honrar com seu compromisso — este devedor, como citado alhures, procurou a empresa para uma recomposição da dívida ou uma alternativa diversa para solução da inadimplência. Prontamente não foi atendido — e situações muitas comprovam o desinteresse de empresas em não renegociar dívidas similares a esta, fazendo valer o contrato e suas 'sanções' — revelando-se não estar disposta a guardar o devido padrão ético de conduta, não tomando atitude de cooperação com o parceiro contratual.

No capítulo em que trata da boa-fé e da justiça contratual, Sampaio salienta ainda, manejos para se alegar a boa-fé objetiva, manejos estes que, inclusive, ecoam em capítulos deste trabalho. São estas suas palavras:

O manejo da boa-fé como instrumento de justiça contratual revela-se entre outras hipóteses: a) na alteração das circunstâncias contratuais, com suas várias nuances jurídicas (*cláusula rebus sic standibus*, teorias da imprevisão, da base do negócio jurídico etc.); b) na aplicação da correção monetária; c) nos institutos da lesão e do estado de perigo; d) na invalidação das cláusulas abusivas (SAMPAIO, 89)

Mas é neste mesmo tópico, em que trata da boa-fé e da justiça contratual — institutos que, para alguns doutrinadores, em nada se diferem no que diz respeito a sua aplicação como função corretiva dos contratos — que encontramos incoerências no papel de universalidade de acesso à justiça a todos que dela carecem.

Vejamos: os casos mencionados, contratos diversos (compra e venda de laranja e *leasing*) têm índices de correção estipulados no mercado internacional — bolsa de mercadorias e futuros de N.Y. e dólar. Pois bem, nestes casos e em outros retratados na obra, nas relações processuais ocorridas quase sempre se tem um litigante “superior” e um “inferior”, em se considerando o aspecto econômico, principalmente. Mas mesmo esta parte tida como inferior conhece seus direitos e sabe como se valer da justiça para alegá-los, seja por iniciativa própria, seja pela orientação jurídica de especialistas particulares. Fatos que, inquestionavelmente nos levam a concluir não poderem estes tidos como “inferiores” serem considerados hipossuficientes culturais, pois são empresas e/ou pessoas tomadoras de grandes créditos no mercado, ou de negociantes de contratos de médios e altos valores, perfis nem de longe possíveis de assemelharem-se ao perfil dos hipossuficientes retratados nesta monografia.

Outro fator que os diferencia dos hipossuficientes aqui retratados é que, nos exemplos citados por Sampaio, as partes que se sentiram prejudicadas sempre recorreram à prestação jurisdicional adequada para verem resolvidas a situação desfavorável em que se encontravam, o que significa serem, estas empresas ou pessoas, mais que conhecedoras de seus direitos, possuidoras de recursos suficientes para arcar com o ônus de toda uma ação judicial. Características estas, portanto, suficientes para que possamos inferir um diferencial extremamente significativo de perfis.

A título de exemplificação para se comprovar a linha de argumentação deste trabalho e até para se justificar o porquê de “alguns” se valerem da justiça para a solução de seus conflitos e “outros” tantos, não, como os hipossuficientes

culturais, citemos um trecho de uma conferência proferida por Selene Maria de Almeida¹³ (2003, p. 22), no qual afirma, de forma convincente:

O Código de Processo Civil é uma obra monumental em homenagem ao princípio do contraditório e da ampla defesa, mas não firmou compromisso com o acesso à Justiça pelas populações carentes que têm pretensões de pequeno valor econômico nem com a prestação jurisdicional para as massas (a imensa burocracia processual do CPC que significa, na Justiça Federal, juntada de milhares de petições, expedição de milhares de mandados...) (...). Um grande número de atos processuais fazem o rito se arrastar: réplica, especificação de provas, seu deferimento, saneador, designação de audiência, apresentação de laudo e manifestação das partes, quesitos preliminares, razões finais escritas. Sem falar dos incidentes processuais e de todos os agravos possíveis e imagináveis contra decisões interlocutórias que são proferidas pelo juiz processante.

Esta realidade não é diferente na Justiça Estadual, e em muitos pontos se reflete também nos braços da justiça que deveriam ser céleres por força de lei e do próprio ato de sua criação, os Juizados Especiais Cíveis. Como garantir o acesso à justiça dessa forma?

Retomando Sampaio, o autor conclui que, ao contrário da teoria clássica, que tinha na autonomia da vontade — “fonte única dos efeitos contratuais” — o elemento capaz de rechaçar quaisquer questionamentos e/ou alterações de um contrato e fazê-lo valer *ad eternum* da forma como fora celebrado, vem a ser a boa-fé objetiva o elemento a se considerar em relação à situações diversas não possíveis de previsão no momento de celebração do contrato, possível de superar o elemento vontade até.

Nossa linha de raciocínio encontra respaldo em excertos de pesquisadores diversos do assunto, renomados e novos. Vejamos:

A nova codificação brasileira oferece vários preceitos que buscam a justiça contratual: ‘o princípio da boa-fé objetiva, que confere ao juiz o poder de reequacionar as condições do negócio jurídico, visando a eliminar distorções existentes, comprometedoras do equilíbrio que deve prevalecer entre o quinhão que se dá e o que se recebe (arts. 113 e 422). O art. 478 prevê a resolução do negócio jurídico á vista de onerosidade excessiva’. [...] (NADER, P. — apud CORDEIRO (2004, p. 220)

De teor complementar, ainda no mesmo trabalho:

REALE, M. **ob. cit.**, p. 7. Sobre o viés social da atual codificação brasileira, ressalta TARTUCE que “No novo Código Civil, em vários dos

¹³ **Selene Maria de Almeida** é Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e Coordenadora dos Juizados Especiais Federais da Primeira Região.

seus dispositivos, há alteração dos velhos institutos do direito civil, exprimindo a socialidade em sentido amplo. No direito contratual, surge a busca da necessária harmonização entre os interesses privativos dos contratantes e os interesses de toda a coletividade. **Nessa ordem, são tendências do direito privado não só a compatibilização do princípio da liberdade com o da igualdade, como também a busca da expansão da personalidade individual de forma igualitária e o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto**, mesmo que ao custo de diminuir a esfera de liberdade individual” (TARTUCE, F. **A função social...**, p. 23). Nesse sentido, “O firme propósito de trazer o novo Código Civil ao contexto e à ideologia da terceira fase histórica do estado Moderno (as fases anteriores correponderiam às do estado Absolutista e do estado Liberal) foi sempre destacado pelos autores do anteprojeto do Código, nomeadamente por Miguel Reale, quando se refere á **diretriz de ‘socialidade’**, que o teria informado, **particularmente quanto aos princípios sociais do contrato**, explícita ou implicitamente previstos nos seus arts. 421 a 424, a saber: a) princípio da função social do contrato; b) princípio da boa-fé objetiva; c) princípio da equivalência material do contrato (LÔBO, P. L. N.— apud CORDEIRO, 2004, p. 223) - (grifou-se)

No mesmo sentido:

Efetivamente, eis o contexto no qual os negócios jurídicos massificados são celebrados nos dias atuais. Ao contrário do período clássico, quando os sujeitos da relação podiam ser plenamente identificados, tanto assim que se obrigavam tão-somente de acordo com suas vontades, hoje contratantes são quase anônimos, visto que negociar é vital para o ser humano, que se encontra cada vez mais dependente de seus pares. Por conseguinte, merece o princípio da autonomia da vontade uma leitura diversa, também orientada pelo princípio da função social dos contratos. (USTÁRROZ, 2003, , p. 3)

Sampaio encerra sua obra com uma conclusão-recado peculiar aos que não concordam com a aplicação da boa-fé objetiva em equilíbrio com a vontade na formação dos contratos, que reflete também nosso entendimento:

Aos críticos desse novo contrato, marcado pelas preocupações com a ética e a justiça, ainda que a custa, em alguns momentos, da segurança (outrora tão demandada), responde-se com Recasen Siches:

La seguridad, si bien es un valor funcional del Derecho, aquel valor que todo Derecho trata de cumplir por ele mero hecho de sua existencia, no es, ne modo alguno, el valor supremo en el que ele Derecho debe inspirarse; pues resulta evidente que los valores más altos hacia los que ele Derecho debe tender son la justicia y es séquito de valores por ésta implicados, tales como el bien-estar social, etcétera. (SAMPAIO, 2004, p. 91)

Esta idéia, juntamente com a de Almeida (2003), mencionada há pouco, encontra ressonância em trabalho monográfico, também elaborado para a conclusão do curso de bacharelado em Direito, no ano de 2005, de autoria de Cleberson Rodrigo Rocha Siqueira (2005, p. 47 e 48), que, mais do que a boa-fé objetiva e princípios basilares como o da igualdade, da ampla defesa e do devido

processo legal, entende ser o princípio do contraditório um instrumento capaz de fazer a justiça — por meio de seus efetivadores, os juizes — propiciar àqueles que nela se debruçam para a devida prestação a verdadeira justiça. Citemos:

A questão de figurar o juiz como verdadeiro destinatário do princípio do contraditório faz com que este “sinta” o processo, bem como toda sua importância dialética e, assim, esteja mais preparado, técnica psicológica e materialmente, a dar às partes sua verdadeira porção de justiça.

Busca-se esculpir a idéia de que um processo dialético, em que participe, não só as partes, mas também o magistrado, terá maiores chances de melhor representar a Democracia dentro do processo.

Poderá, assim, esculpir no seio do processo sua representatividade como partícula mínima do Estado Democrático de Direito.

Atualmente, nota-se corrente empenhada em deixar os minimalismos processuais que tão-somente acarretam obstáculos técnicos e temporais para dar mais ênfase à verdadeira distribuição da justiça.

Assim, explana Pinto Ferreira (1998, p. 9 e 10):

Por conseqüência, entre o direito e o processo há um encadeamento necessário realizado plenamente no Estado Social de Direito, que é um Estudo de garantias constitucionais, utilizando necessariamente o princípio do contraditório e de sua presença na realização jurídica.

Desde então e com a colaboração de inúmeros juriconsultos mundiais desenvolvendo-se a tendência à realização da plena efetividade do processo, não um processo de filigramas ou de conceitos, porém com resultados práticos, permitindo que a justiça chegasse prontamente ao consumidor dos serviços judiciários.

Sendo deste modo, entendemos ser possível um judiciário mais comprometido, com juizes mais ativos no processo, mais compromissados na realização da justiça, e não, tão-somente na subsunção das regras legais a casos concretos, o que, não raras vezes, resulta na verdadeira realização de injustiça.

E, por fim, remetemo-nos ao filósofo Nietzsche (2001, p. 93), ao manifestar-se sobre o desvirtuamento das razões do homem, para o qual propõe que, “A ciência pela ciência é a última cilada que nos arma a moral — e é precisamente essa que envolve a todos completamente em sua rede”.

Assim, o direito pelo direito, como muito se faz, é a maior cilada na qual recai o judiciário. É preciso entender que o necessário, e que constitui nas razões primeiras da ciência jurídica, não é o direito pelo direito, mas sim, o **direito pela justiça**. (SIQUEIRA, 2005, p. 47 e 48)

Pelo exposto, e aproveitando-se da citação final, acima exposta, na qual o autor propõe uma participação mais afetiva dos magistrados defendendo posicionamento novo — talvez nem tão bem compreendido pela doutrina, mas é válido — de que o princípio do contraditório deva ter destinação tríplice, reconhece-se como possível uma nova postura daquele que, investido de autoridade pública, tem o poder de julgar, na qualidade de administrador da Justiça do Estado, e o pode (ou deve) fazer da melhor maneira possível, sendo, portanto, uma sugestão de melhoria, a de ser ele — o magistrado — parte no

processo, pois assim “terá maiores chances de melhor representar a Democracia dentro do processo” (SIQUEIRA, 2005, p. 48)

De outra parte — a do devedor, por exemplo — um comportamento esperado seria o de, numa fase posterior ao negócio, vendo-se impossibilitado de arcar com seu compromisso, procurar seu credor para expor a ocorrência de situação nova e imprevista para tentar compor uma melhor alternativa para resolução do negócio anteriormente, e em situação equilibrada, celebrado. E é o que se fez; mas não houve a ‘contrapartida ética’ de seu credor.

Expectativas estas confirmadas nos dizeres de Ustárroz (2003, p. 3):

Presta-se, por isso, a boa-fé objetiva para tutelar as justas expectativas das partes com a relação negocial, impondo a ambos sujeitos o dever de cooperação e a abstenção da prática de atos lesivos aos legítimos interesses do par. Protege-se, enfim, a confiança entre os negociantes, que podem contar com um comportamento correto de seu companheiro durante todo o iter obrigacional, nas fases pré e pós negociais, inclusive.

Reforça-se, portanto, a suposição de ser possível a um juiz, reconhecendo a inadequação do hipossuficiente cultural — hipótese mais provável ainda se for parte no processo — ao padrão típico do homem médio, a necessidade de se determinar pela boa-fé objetiva, com fundamento no desemprego, um motivo suficiente para a resolução do impasse. Agindo assim, a justiça seria mais acessível e eficaz aos cidadãos, de forma geral.

E por que os magistrados não agem assim em sua grande maioria? Somente por não ser alegado? E o dever de ofício? E a consciência ética?

Em tempo: Quantos não estão por aí, ignorando a existência dos Juizados e das vias ordinárias para reclamar seus direitos? Quantos também não conhecem seus próprios direitos?

E mais: Quantos juizados (supervisores e conciliadores) desconhecem este meio de resolução de conflitos? Lembrando que a ignorância destes (e também dos advogados, de forma geral) tornam ineficaz o acesso à justiça aos carecedores de tal alegação, em especial no nosso estudo, aos hipossuficientes culturais.

CAPÍTULO IV

SOB A ÓPTICA DO DIREITO ALTERNATIVO

*“Viva! Viva!
Viva a sociedade alternativa
(...) Faze o que tu queres,
pois é tudo da lei
— há de ser tudo da lei”
(Raul Seixas)*

O mote para este trabalho, mencionado em capítulos anteriores, ilustra um típico caso de ineficácia do acesso à justiça aos hipossuficientes culturais. Como também fora demonstrado, há possibilidades de se minorar este problema, seja pelas vias ventiladas aqui, como a “Teoria da Imprevisão”, ou por meio do novo dispositivo legal da boa-fé objetiva. Seriam soluções convencionais, simples, mas que até este momento, não vêm sendo aplicadas.¹⁴

Seja por uma ou outra alternativa — ou outras possíveis, mas aqui não trabalhadas por uma simples questão de foco —, creio que qualquer uma delas poderia alcançar maior efetividade se fosse combinada a alguns preceitos alternativos ao convencional. Referimo-nos ao Direito Alternativo. Sim, o Direito Alternativo, tão mal — e injustamente — interpretado pela magistratura paulista em geral.

Não se quer, ao analisar o problema pela óptica do Direito Alternativo, romper com a norma legal, tampouco invalidar um contrato, nem considerá-lo abusivo e/ou injusto. O que se quer é, simplesmente, fazer com que as leis abstratas e providências jurídicas devidas sejam efetivamente prestadas aos hipossuficientes culturais.

Do Direito Alternativo, faz-se necessário ilustrar uma acepção do termo que se reflete neste trabalho. Assim o definiu Amilton Bueno de Carvalho (1998, p. 50), tido, com freqüência, como o “pai do Direito Alternativo” em nosso país:

Ele (o Direito Alternativo) se caracteriza (e assim procuro defini-lo) pela busca (desesperada e urgente) de um instrumental prático-teórico destinado a profissionais que ambicionam colocar seu saber-atuação na perspectiva de uma sociedade radicalmente democrática. Uma atividade

¹⁴ Esta é a conclusão a que chegamos, como já dito alhures, por meio de uma experiência de aproximadamente 9 meses num estágio realizado no anexo do JEC instalado na Toledo; também por conversas informais com professores-juizes, que lecionam na Toledo, professores Eduardo Gesse e Silas Silva Santos.

comprometida com a utópica vida digna para **todos**, com abertura de espaços **visando à emancipação do cidadão, tornando o direito em instrumento de defesa/libertação contra qualquer tipo de dominação**. O direito enquanto concretização da liberdade. Aliás, a natureza da função judicial passa ser esta mesma: ‘... Porfírio Mirando nos recuerda: ‘cuando en la história humana se ideó la función de um juez... fue exclusivamente para ayudar a quienes por ser débiles no pueden defenderse; los otros no lo necesitan. (Grifou-se)

Um conceito até rude, talvez, mas que não escapa de sua essência: a de oferecer uma justiça efetivamente justa e a todos, de forma desigual se preciso for para assim alcançar uma igualdade de fato.

De um artigo de João Baptista Herkenhoff, a quem Amilton Bueno de Carvalho já afirmou em diversas palestras e conferências ser o “avô do Direito Alternativo”, é possível extrair conceitos e princípios fundamentais na argumentação que aqui construímos considerando ser o Direito Alternativo essencial para se oferecer efetivamente o acesso à justiça aos hipossuficientes culturais. Vejamos:

Primeiro, algo que justifique a má compreensão, ou má interpretação por parte de muitos em relação ao Direito Alternativo:

[...] Freqüentemente, as opiniões sobre o Direito Alternativo não são forjadas num debate sério e conseqüente.

A culpa pelos equívocos e pela má informação não cabe, a meu ver, apenas àqueles que pretendem denegrir as novas correntes. Também entre os chamados “alternativistas” vejo desvios e omissões. Há muito chão a percorrer, muito debate a travar, muita reflexão a fazer. E tudo a realizar com muita seriedade, dentro dos mais rigorosos princípios da metodologia jurídica. [...] (HERKENHOFF, 2005)

Se não suficiente, acrescente-se as idéias de Augusto Cesar Ramos, que complementa as idéias de Herkenhoff, e até mais incisivo:

Ainda paira uma névoa sobre a acepção do termo Direito Alternativo, o qual tem sido alvo de ataques no sentido de que o juiz alternativo tudo pode, até mesmo julgar contra a lei, o que constitui um grande equívoco, pois, em verdade, poucos compreendem a sua extensão jurídico-social. **Nada é mais assustador para uma sociedade do que magistrados que defendem o cumprimento neutro da vontade da lei e estudantes de direito que repetem um conceito errôneo acerca do que realmente representa a aplicação do direito**, que é um exercício filosófico, e não somente da lei. (RAMOS, 2005)

Herkenhoff vai além: explana conceitos de outros estudiosos deste Direito, e cita uma síntese de Tarso Fernando Genro, a qual atribui o caráter de luminosa, seguindo a esteira dos defensores de tal Direito:

O direito alternativo não é o não-direito, muito menos um direito inventado ou simplesmente intuído. (...) Ele é a melhor possibilidade de um sistema jurídico, dada pelos conflitos sociais e individuais que o geraram, pela sua história e pela cultura da sociedade em que ele emerge. Não é o arbítrio do indivíduo-juiz, nem sua simples vontade política perante a crise de um sistema. (HERKENHOFF, 2005)

E continua, em complementação essencial:

Tentando fazer um balanço do **Direito Alternativo**, Carlos Simões conclui pela sua relevância, uma forma de pensar oposta ao modelo tradicional. Mas observa que essa via aberta **exige um avanço no campo das investigações.**

Parece-nos que a expressão Direito Alternativo não é um conceito absoluto, que se esgota nele mesmo. Pelo contrário, é um conceito relativo, referido a uma realidade histórica. Pretende ser um conceito de contradição, dentro de um sistema que se arroga a posse da verdade absoluta, a titularidade do dogma. Em outras palavras: **o Direito Alternativo não é alternativo em relação ao nada, mas alternativo em relação ao existente, ao posto.**

O Direito Alternativo é a soma de concepções teóricas e de práticas jurídicas que se opõem à visão e à maneira corrente de se entender e exercitar o Direito.

Ao dogma da neutralidade do Direito e do profissional do Direito responde o Direito Alternativo com a idéia de que toda concepção de Direito e toda prática jurídica é política, serve à conservação das estruturas sociais, ou é instrumento de denúncia dessas estruturas e de busca de sua transformação.

Ao dogma da “igualdade de todos perante a lei” contrapõe o Direito Alternativo a afirmação da desigualdade perante a lei, vigente numa sociedade economicamente desigual.

Ao comodismo dos que se protegem de qualquer compromisso com a transformação social, sob o argumento de serem fiéis cumpridores da lei, responde, com ênfase, o Direito Alternativo. Construir um mundo novo, suprimir as injustiças estruturais, ouvir o clamor dos deserdados da lei, submeter a pauta legal a uma interpretação intervencionista, crítica, política — é dever ético do jurista.

O Direito Alternativo, a meu ver, não é uma escola. Porque escola supõe estratificação de conceitos. **O Direito Alternativo está e estará em permanente construção.**

O Direito Alternativo é um convite para tudo ver com novos olhos, talvez com olhos de criança. Com olhos não contaminados pelos interesses envolventes. Mas com cérebro adulto, capaz de enfrentar as incertezas e não se perder, enredado pelos sofismas dos que, muitas vezes, não defendem apenas uma concepção teórica e acadêmica de Direito. Com seus dogmas, defendem a ordem a que esse Direito serve, uma ordem-desordem. É ordem-desordem porque excludente de seres humanos. É “ordem” marginalizadora de vidas que têm, em si mesmas, um valor transcendente. (HERKENHOFF, 2005)

Ímpares as explanações do professor Herkenhoff. Com toda a humildade de um discípulo graduando, não posso deixar de reconhecer que são elas condizentes ao que este estudo se propõe: buscar meios para se efetivar o acesso eficaz da justiça aos que dela carecem — em nosso caso, os

hipossuficientes culturais. Mais que condizentes: são idéias inspiradoras a um fôlego final para nosso trabalho.

Parece o Direito Alternativo ser, se não resposta, um meio para se encontrar respostas à perguntas conclusivas de capítulos anteriores e não respondidas pelos profissionais de nosso Direito exposto, vigente e tradicional. Se aquilo que parece não é suficiente para extirpar ainda qualquer possível aversão aos propósitos do Direito Alternativo, eis outra explanação bastante esclarecedora e pertinente:

Mas, afinal, o que é Direito Alternativo? Para responder a essa indagação, poder-se-ia invocar os ensinamentos de Amílton Bueno, Edmundo Arruda, Lédio Rosa, etc., mas basta que se diga que os juízes alternativos se preocupam sociologicamente com o resultado de suas decisões e que, no processo de interpretação e aplicação do direito, transcendem a literalidade da lei com vistas a desvendar os seus conteúdos político, ideológico, filosófico e sociológico. Isso porque o juiz tem no seu mister a distribuição de justiça, e não de leis, afastando-se, portanto, de uma aplicação apenas tecnicista do ordenamento jurídico. Mas, se o Direito Alternativo é "só" isso, por que tanta reação? Certamente porque a postura dos juízes em desvencilharem-se do embuste de que são os porta-vozes da lei e de que lhes cabe tão-somente o estrito cumprimento da lei abala a "segurança jurídica", entenda-se o statu quo da classe dominante, que vê na lei um instrumento de manutenção de privilégios.

Em última análise, o Direito Alternativo visa a resgatar, no arcabouço jurídico, o respeito à dignidade da pessoa humana, que deve ser o fundamento de todos os direitos e pressuposto de qualquer lei, com vistas à construção de uma sociedade mais justa e solidária. A lei é não é um fim em si mesma, mas um dos meios de que se serve o Direito para alcançar a justiça. (RAMOS, 2005)

Completa a seriedade com que aqui apontamos o Direito Alternativo como um caminho possível aos hipossuficientes culturais de à justiça, um relato acerca de um grupo de estudos e iniciadores da vertente jurídica em nosso país, relatada em PINTO (2004, p. 149)

O que se faz mister enfatizar é que todos eles, mais de trinta magistrados, dispõem de sólida cultura jurídica, muitos deles portadores de títulos de Mestres ou de Doutor em Direito, alguns com obras publicadas, e cujas decisões certamente se apóiam, não em levianas considerações de caráter emocional ou protelismo político-partidário, mas em teses de doutrinas jurídicas de valor científico inquestionável, em considerações jurídico-filosóficas, eis que todos se dedicam ao estudo da teoria geral e da filosofia do direito. Suas atitudes podem gerar oposição em questões de opinião, pois direito não é matemática e em direito tudo é discutível, mas jamais o desprezo ou o desrespeito por suas idéias, que, em suam, constituem autêntico corte epistemológico em nossa ciência jurídica tupiniquim.(...) Entretanto, apesar de comungas das mesmas idéias fundamentais do grupo, discordo da maneira como usam a palavra alternativo.¹⁵

¹⁵ Luiz Fernando Coelho, citado em Pinto, na p. 149, entende, em consonância com Willis Santiago Guerra Filho que, "em vez da utilização do termo *alternativo*, poder-se-ia simplesmente referir-se a esse movimento

Bom conciliador e reconhecedor de que a causa é maior que um conflito de nomenclatura, encerra ponto final à discórdia menor o bom pesquisador Igor Ferraz Pinto, ao afirmar que

Por tudo isso é que se torna necessário que os jovens não sejam alheios aos problemas sociais, pois a essência da Teoria Crítica do Direito, bem como do Direito Alternativo, é a obtenção de uma visão realista da sociedade, e para que esta seja efetivamente justa, boa ou má, só depende de nós. (PINTO, 2004, p. 150)

Devaneio? Pode ser; mas confortante: imagino nosso ilustre jurista Rui Barbosa (1849-1923), vivo e atuante em pleno início do século XXI. Certamente se emocionaria ao ver seus ideais de justiça serem tão bem compreendidos e insistentes em ganhar corpo ante uma mesmice ineficaz e assumidamente incapaz de trilhar um novo caminho de justiça a nossa sociedade tão desigual. Peço licença poética para fundir conceitos em comum, de Rui Barbosa, com os escritos de Herkenhoff, condizentes com a milenar lição aristotélica:

Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real (Rui Barbosa, o mestre)

Ao dogma da 'igualdade de todos perante a lei' contrapõe o Direito Alternativo a afirmação da desigualdade perante a lei, vigente numa sociedade economicamente desigual. (Herkenhoff, J.B., o discípulo)

Perfeita harmonia de ideais, contrastante com tão assimétrica realidade social.

Nossa sociedade tão desigual em muitos aspectos é igual no papel de vítima de um Judiciário tão arcaico, que reconhece sua necessidade de reforma — eis aí a EC 45/04 —, sabedor que é da necessidade de evolução. Mas em sua reforma, escapa-lhe algo fundamental: a necessidade de reforma do pensamento jurídico, o estar pronto para o novo, o admitir de que há alternativa para o Direito posto e ultrapassado em demasia, sem necessariamente ter de se romper com nossa legislação, como pensam muitos profissionais do Direito, especialmente no

como um movimento de *crítica do Direito*, isto porque ele abrange vários alternativismos: direito insurgente, uso alternativo do direito, direito alternativo, direito achado na rua e etc., e o objeto da Teoria Crítica do Direito é exatamente consolidar os fundamentos científicos a partir de uma visão realista da sociedade, fazendo com que se repense a função social do direito e dos juristas, e não apenas realizar críticas ao sistema social capitalista. Portanto, a crítica do direito não se restringe ao Direito Alternativo, mas este é, na verdade, a primeira manifestação brasileira prática desta dialética crítica.” *Data venia*, não comungamos do entendimento do ilustre jurista Luiz Fernando Coelho, tanto que neste trabalho, inclusive, combatemos a possível associação de idéias com o chamado “Uso Alternativo do Direito” — nota 23, p. 40 — e defendemos a nomenclatura de Direito Alternativo, inclusive por soar, nas palavras de Coelho, como verdadeiramente “a primeira manifestação brasileira prática desta dialética crítica”.

estado de São Paulo. Somente com esta reforma, que contagie a demais setores de vanguarda na formação de um Estado, é que poderemos sonhar com um possível equilíbrio não apenas econômico, mas principalmente cultural e educacional — essenciais à verdadeira liberdade — para que não mais exista a hipossuficiência cultural.

Sobre estas ponderações, é preciso reconhecer que

Por utópico que possa parecer, trata-se de um projeto político pelo qual vale a pena lutar (COELHO, apud Pinto, 2004, p. 150)

É justamente sobre esta óptica do direito alternativo, a de aplicar o direito como meio de se conseguir a liberdade e a efetiva justiça que fomos buscar numa situação muito comum do cotidiano um fato real que possibilita a constatação da ineficácia da justiça, pois se esta não serve a todos, assim deve ser entendida. Ressalte-se ainda que, de acordo com PINTO (2004, p. 149), **“O Direito Alternativo é respaldado no estudo da Filosofia do Direito, porém com posição política adotada em favor dos pobres e oprimidos”** e aqui, no presente trabalho, mais que um posicionamento político em favor dos pobres e oprimidos, ampliamos sua abrangência aos *hipossuficientes culturais* que não necessariamente são pobres (no sentido estrito da palavra) e/ou oprimidos, mas que substancialmente, são representados pelos segmentos da sociedade que mais sofrem com as conseqüências de distúrbios sociais de nosso país: jovens, negros, mulheres e também os desempregados, independente de idade, cor da pele ou sexo.

A busca pela óptica do Direito Alternativo teve como motivação uma recomendação apreendida na busca de referências para a elaboração de um pretense estudo que, porventura, pudesse vir a ser uma contribuição efetiva à solução de problemas que atingem o dia-a-dia popular de nosso país. E não se trata de uma pretensão de grandeza, mas sim de um objetivo menos utópico e mais plausível; que não ficasse apenas no âmbito de discussão teórico — sem menosprezar o saber teórico, mas opondo-se à falta de praticidade de muitos — sem focar num problema carente de solução. Reconhecemos que nem de longe este trabalho pode ser tomado como uma solução para a ineficácia do acesso à justiça aos hipossuficientes culturais, mas é, inegavelmente, uma pergunta que fica em aberto. E sem resposta.

Buscava-se, portanto, algo que tivesse em si uma utilidade prática, ou, ao menos, que questionasse e que, de alguma maneira, pudesse vir a ter alguma utilidade.

É por esta motivação que fomos buscar alternativas no Direito Alternativo¹⁶, o que — esclareça-se — não significa fazer uso alternativo do Direito, como muitos equivocadamente presumem.

Para que não seja confundido com o uso alternativo do Direito e até para reforçar o conceito atribuído por Amilton Bueno de Carvalho — em destaque no início deste capítulo — valhamo-nos também do conceito de Oscar Corrêas, In Coelho (2003, p. 326), apud Pinto (2004, p. 148), o qual especifica:

o uso do direito é o uso do direito hegemônico, identificado no direito positivo oficial, para conseguir resultados não propriamente compatíveis, ou pelo menos, não desejados por esse mesmo direito hegemônico; **já o direito alternativo alude à existência de um ordenamento inserido ou parcelado ao direito hegemônico, mas que legitima o afastamento, a não observância ou mesmo a violação das normas desse direito.** (grifou-se)

“Que legitima o afastamento, a não observância ou mesmo a violação das normas desse direito” em nome de uma igualdade real e necessária. A igualdade das palavras de Rui Barbosa. tão sábias em sua “Oração aos Moços” (1957, p. 32)

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. **Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.** Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

Esta blasfêmia contra a razão e a fé, **contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria**, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria.

¹⁶ Para que não seja confundido com uso alternativo do Direito e até para reforçar o conceito atribuído por Amilton Bueno de Carvalho — em destaque nesta mesma página — valhamo-nos também do conceito de Oscar Corrêas, apud PINTO, Igor Ferraz (2004), o qual especifica: “*o uso do direito é o uso do direito hegemônico, identificado no direito positivo oficial, para conseguir resultados não propriamente compatíveis, ou pelo menos, não desejados por esse mesmo direito hegemônico; já o direito alternativo alude à existência de um ordenamento inserido ou parcelado ao direito hegemônico, mas que legitima o afastamento, a não observância ou mesmo a violação das normas desse direito.*”

Mas, se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança. Tal a missão do trabalho.

Por uma questão de ética e por idealismo acadêmico, necessário a todo pesquisador, no papel de “cada um” preconizado por Rui Barbosa, prefiro “reagir” também por aqueles que não tiveram a oportunidade de educação a mim concedida, e que me move a querer realizar alguma atividade, com a perseverança dos otimistas, envolvendo-me com a causa dos desafortunados cultural, educacional e economicamente, de justiça e de esperança: os hipossuficientes culturais. Sendo esta a missão deste estudo.

CONCLUSÃO

*“You may say I’m a dreamer,
but I’m not the only one,
I hope some day you’ll join us,
And the world will live as one.”¹⁷
(John Lennon)*

Teve esta monografia, assim como seu artigo de origem¹⁸, no prelo, não o objetivo de concluir o óbvio — o acesso à justiça, na prática, não é universal nem é Justiça eficaz em nosso ordenamento —, mas sim, o de apontar especificidades críticas que nem de longe encerram o assunto, e, principalmente, investigar alternativas de melhoria para se democratizar de fato o acesso à justiça, tendo como motivação uma idéia de Deisy Ventura (2002), que é a de pesquisar temas polêmicos da atualidade, cuja elucidação seja útil para a sociedade e para o próprio Poder Judiciário, aliviando a carga de inúmeras ações de execução e cobrança pelos motivos expostos no caso específico retratado neste trabalho, e seus similares. Para tanto, estamos certos de que é necessário romper com o pré-conceito de que fazer uso de ideais afins com o Direito Alternativo seja refutar o ordenamento, pois assim o entendem os que o associam à tese do pluralismo jurídico.

O Direito Alternativo somente guarda uma semelhança com o movimento do Direito Livre de Eugen Ehrlich (1903), na medida em que ambos são contra ‘uma aplicação puramente esquemática do preceito da lei à situação da vida’, conforme salienta Luiz Fernando Coelho. (PINTO, 2004, p. 147).

Pelos estudos realizados, concluímos que as bases do Direito Alternativo são úteis para a fundamentação das críticas e necessárias ao apontamento de possíveis soluções para problemas semelhantes aos relatados neste trabalho.

Teve ainda este estudo o objetivo de questionar o entendimento de que a “Teoria da Imprevisão” seja suficiente para resolver quaisquer problemas que digam respeito à mudança de estado das partes de um determinado contrato em relação ao momento de sua celebração e que careçam do amparo judicial para a

¹⁷ Tradução: Você pode me chamar de sonhador, / mas não sou o único, espero que um dia você nos siga e o mundo será um só”

¹⁸ SILVA, Rogério José da; GITAHY, Raquel Rosan Christino - orientadora/co-autora. **A ineficácia do acesso à justiça aos hipossuficientes culturais — uma abordagem sob a ótica do Direito Alternativo.** (Artigo científico apresentado no I Congresso de Iniciação Científica das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, mai/2005, no prelo)

solução de impasses possíveis. A argüição desta teoria é, sem dúvida, relativa, pois para o caso-situação motivador deste estudo concluímos sê-la inaplicável. E o que nos preocupa é não se tratar de um caso isolado, pelo contrário, é sim, a situação de milhares de brasileiros...

No desenvolvimento da pesquisa, deparamo-nos com uma nova possibilidade, em termos de conceito que, combinado ao princípio do contraditório em uma acepção nova, aqui também relatada, — ressalte-se que esta nova acepção guarda preceitos do próprio Direito Alternativo — poderia a boa-fé objetiva ser plenamente eficaz na resolução de casos diversos; uma alegação possível a uma infinidade de casos que atingem uma grande massa de nosso país. O problema é, como garantir o este acesso eficaz a pessoas? Trata-se de uma aplicabilidade nova da lei que, se não argüida, não se pode contar com a possibilidade dos magistrados alegarem-na sempre de ofício.

Neste sentido, podemos entender o Direito Alternativo até como um meio para se conhecer que é novo — e que já nasceu velho — por meio de estudos filosóficos destinados a se encontrar uma alternativa para a solução de conflitos que atingem em especial os hipossuficientes culturais. A princípio, pode o Direito Alternativo, aliado (e não o sobrepondo) a previsões de nosso sistema legislativo, romper, não com os preceitos legais — o que geraria o caos —, mas com posturas, posicionamentos e interpretações aquém das necessidades dos carentes de amparo judicial. O amparo aos hipossuficientes culturais deve se dar pela disposição real de acesso à justiça, propiciando alternativas que realmente possam resolver seus problemas — fazendo jus ao caráter de oferecer acesso irrestrito e universal a todos —, seja por meio da “Teoria da Imprevisão”, pela alegação da boa-fé objetiva, por uma via alternativa de solução de conflitos — neste trabalho entendemos ser o Direito Alternativo bastante eficaz por si só, mas também o seria caso tivesse sua “filosofia” aplicada aos institutos citados anteriormente —, seja pela formalização dos *JIC*'s ou pela criação de novo percurso jurídico que garanta a publicidade dos atos, a celeridade, a proteção ao carecedor do amparo judicial e a efetiva solução de litígios, sem constrangimentos às partes contratantes e, principalmente, sem maiores prejuízos de ordem material e moral aos hipossuficientes culturais.

Conclui CORDEIRO em seu trabalho, acerca da revisão contratual, ser possível para resolução um manejo por meio dos princípios constitucionais também ventilados nas legislações infraconstitucionais. Vejamos:

A principiologia constitucional não atua somente no redimensionamento do papel da revisão contratual, mas também fundamenta uma hermenêutica reconstrutiva que possibilita retirar de dispositivos legais alternativas que consubstanciam a preservação do contrato. Nesse sentido, a nova codificação brasileira contém artigos que, se lidos à luz das cláusulas gerais da boa-fé, da função social do contrato, do enriquecimento sem causa e dos princípios e valores constitucionais, potencializam a preservação do contrato.

Assim, a lesão (artigo 157), o abuso do direito (artigo 187 - ainda mais em conjugação com os dispositivos protetivos do contratante aderente - artigos 423 e 424), viabilizam a revisão dos contratos por causas contemporâneas à contratação. Os artigos 317 e 478, embora tragam ao nosso ordenamento a teoria da imprevisão, se lidos em consonância com os valores e princípios constitucionais, permitem ao juiz a valoração de elementos concretos e possibilitam a concretização da justiça contratual. A revisão contratual tem, assim, seus contornos redimensionados e passa a exercer papel condizente com o seu tempo: a de instrumento de revitalização do contrato redesenhada nos termos constitucionais. (CORDEIRO, 2005, p. 247)

Solução esta, *data venia*, possível aos casos de grande monta, passíveis de alegações inovadoras embasadas em teorias e estudos recentes, para grandes — e caros — advogados, e, sem dúvida, convencional aos mais conservadores — aos temerosos do Direito Alternativo —, mas que, sabemos, de difícil aplicação prática aos casos de pequena monta, aos casos da grande massa nacional.

Assim, num oposto extremo, voltando-se aos casos de pequena monta, entendemos ser a decisão mencionada em nota de rodapé na Introdução deste trabalho (p. 17, nota nº 2), na qual o magistrado se valera da boa-fé objetiva *ex officio*, de um caráter filosófico muito próximo daquele que entendemos ter o Direito Alternativo, o que nos alimenta a esperança de que é tempo de lutarmos para uma realidade em que não mais haverá a tolerância às injustiças dogmáticas positivadas, pois se essa vier a ocorrer estaremos diante daquilo que poderemos chamar de verdadeira justiça.

Por fim, não foi pelo prazer de tecer críticas à ineficácia do acesso à justiça aos hipossuficientes culturais que se prestou este trabalho, mas principalmente, para apontar sugestões e, simplesmente, clamar aos operadores do Direito em

nosso país que estendam a Justiça a todos, com equidade e rompendo com os tradicionalismos que aqui foram postos para se fazer a verdadeira justiça.

Não postulamos aqui o uso alternativo do direito, mas sim uma visão alternativa ao que presenciamos atualmente em nosso ordenamento. Visão esta que, repetimos o que fora dito alhures, não significa romper com as normas vigentes, mas sim fazer com que as leis abstratas e providências jurídicas devidas sejam efetivamente prestadas aos hipossuficientes culturais.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA**, Selene Maria de. **O paradigma social do liberalismo e o acesso à justiça**. Conferência proferida no "Seminário sobre Acesso à Justiça", realizado pelo Centro de Estudos Judiciários, nos dias 24 e 25 de abril de 2003, no auditório do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte-MG. — R. CEJ, Brasília, n. 22, p. 20-24, jul./set. 2003
- ANGHER**, Anne Joyce, Organiz. **Coleção de Leis Rideel 2005 - "Vade Mecum Acadêmico de Direito"**. São Paulo: Rideel. 2ª ed., 2005. — Obras consultadas: **Constituição Federal (CRFB) e Código de Defesa do Consumidor (CDC)**
- BARBOSA**, Rui. **Oração aos moços**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Organização Simões Editora, 1957.
- BITTAR FILHO**, Carlos Alberto. **Teoria da Imprevisão – Dos poderes do juiz**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994. — (Coleção Primeira leitura. Constituição de 1988; v. 16)
- CARVALHO**, Amilton Bueno de. **Teoria e prática do Direito Alternativo**. 1ª ed., Porto Alegre: Síntese, 1998.
- CORDEIRO**, Eros Belin de Moura. **A Revisão dos Contratos na Nova Sistemática Codificada Brasileira e a Constituição do Brasil**. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite. Curitiba, 2005.
- DINIZ**, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, Saraiva: 2003, p. 152.
- HERKENHOFF**, João Baptista. Artigo intitulado **"Direito Alternativo a quê?"**, disponível no endereço <http://www.oneófito.com.br> — Acesso em 20 out 2005.
- LOPES**, José Reinaldo de Lima. **O direito subjetivo e os direitos sociais: o dilema do Judiciário no estado social de direito**. In: FARIA, José Eduardo, Org. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MARQUES**, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MOREIRA**, José Carlos Barbosa. **Novo Processo Civil Brasileiro**. 22ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.
- NAVARRO**, Maria Beatriz Bravo. **Os poderes instrutórios do juiz frente ao acesso à ordem jurídica justa**. 2003. 77 f. Monografia (Bacharelado em Direito) — Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente.
- NEGRÃO**, Sônia Regina e GUIMARÃES, Angélica Bezerra Manzano. **Alguns aspectos de incidência da boa-fé sob a perspectiva do novo Código Civil**. monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Civil, "O novo Código Civil e o Direito Civil no 3º milênio", das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente/SP.
- NEGRÃO**, Theotônio e **GOUVÊA**, José Roberto Ferreira. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. São Paulo: Saraiva, 36ª ed., 2004.
- NÓBREGA**, Airton Rocha. **Assistência judiciária aos necessitados: um fator de ampliação do acesso à Justiça**. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 202, 24 jan. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4735>. Acesso em: 15 out 2005.
- PINTO**, Igor Ferraz. **A sociedade complexa: Justiça Diferenciada**. Dissertação de mestrado em Direito orientada por Luiz Fernando Coelho. Marília/SP, Centro Universitário Eurípides de Marília — Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha [s/n], 2004.
- PINTO**, Robson Flores. **Hipossuficientes - Assistência Jurídica na Constituição**. São Paulo: LTR, 1997.
- RAMOS**, Augusto César. Artigo intitulado **"Direito Alternativo: uma questão de justiça"**, disponível no endereço <http://www.oneófito.com.br> — Acesso em 20 out 2005.
- SAMPAIO**, Laerte Marrone de Castro. **A boa-fé objetiva na relação contratual**. Barueri, SP: Manole, 2004. — (Cadernos de Direito Privado: v. 1 / Escola Paulista de Magistratura)

SANTOS, Mônica Aparecida da Silva. **Os poderes instrutórios do juiz sob a ótica do acesso à Justiça**. 2001. 76 f. Monografia (Bacharelado em Direito) — Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente.

USTÁRROZ, Daniel. **As Origens Boa-fé Objetiva no Novo Código Civil**. Artigo publicado no Jornal Síntese nº 71 - JANEIRO/2003, pág. 3. O autor é Advogado, Mestrando em Direito pela UFRGS.

VENTURA, Deisy. **Monografia Jurídica — uma visão prática**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

SILVA, Ezequiel Theodoro. **Raiva e Revolta em Educação**. Campinas-SP: editora Autores Associados, 1998.

SIQUEIRA, Cleberson R. R. **Análise Zetética do Princípio do Contraditório no Processo Civil**. Monografia jurídica de conclusão de curso, a ser apresentada para exame em novembro de 2005, nas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo.

Trechos de músicas: disponíveis no site <http://www.cifras.com.br>, por sistema de busca inteligente. Acesso em 30 out 2005.