

A MÁXIMA CHIOVENDIANA E O ACESSO À JUSTIÇA

PINTO FERREIRA

1. A Máxima Chiovendiana e a tendência à efetividade do processo

A grande tendência do processo civil moderno é no sentido de resultados práticos, para se permitir a realização do direito e o acesso à justiça, com evidente economia processual e celeridade, para que o povo não fuja da justiça. Um processo lento e demorado equivale a uma injustiça. Todo esse movimento provém de um pensamento teórico que se vem desenvolvendo na história.

A grande escalada técnica pelo desenvolvimento do direito processual no sentido da efetividade procede de uma máxima de Chiovenda em seu trabalho *Dell'azione nascente del contratto preliminare* (in *Saggi di diritto processuale civile*, 2. ed., Roma, Foro Italiano, 1930, v. 1), que assim se expressa: “na medida do que for praticamente possível o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo que ele tenha o direito de obter”.

Outro pronunciamento foi feito pelo processualista Carnelutti em seus livros *Diritto e processo* (Napoli, Morano, 1958, p. 33) e *Profilo dei rapporti tra diritto e processo* (*Rivista di Diritto Processuale*, 1960, p. 545), salientando que entre direito e processo existe um relacionamento lógico circular: “O processo serve ao direito; para que sirva ao direito deve ser servido pelo direito”.

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

Desde então e com a colaboração de inúmeros juristas mundiais desenvolveu-se a tendência à realização da plena efetividade do processo, não um processo de filigranas ou de conceitos, porém com resultados práticos,

permitindo que a justiça chegasse prontamente ao consumidor dos serviços judiciários.

2. O direito como um sentimento de justiça e equidade

O Direito não é a vontade caprichosa dos homens, porém um comando coercitivo do Estado envolvido em um sentimento de justiça e de equidade. Dentro deste círculo mais abrangente do direito se situa o direito constitucional como uma técnica de defesa da liberdade e de auto-limitação do Estado, pois a Constituição é tão-somente uma carta básica das liberdades, tal como surgiu historicamente na *Magna Carta Libertatum* inglesa no século XIII.

As Constituições são cartas de liberdades, mas a liberdade deve ser política e econômica, do contrário será uma mera ilusão constitucional. A expressão ilusão constitucional foi criada pela primeira vez por Marx na Gazeta Renana (*Rheinische Zeitung*, 1842), com normas contidas na Constituição que não se aplicam. Dizia ele: pode-se colocar na lei tudo o que se quiser, contanto que não se aplique. Mais tarde esta idéia floresceu com o pensamento da constitucionalização simbólica, formulado por Niklas Luhman, Loewenstein e tantos outros juristas. Manngoldt nos Comentários à Constituição de Bonn (*Bonner Grundgesetz*) salienta que os textos constitucionais formigam de normas sem nenhuma possibilidade de aplicação.

O Prof. Hart no livro *O Conceito do Direito* bem explica: “as leis são feitas pelos governantes para que sejam obedecidas pelos governantes e pelos governados, mas como são feitas pelos governantes quase sempre são obedecidas pelos governados”.

É preciso então distinguir o discurso constitucional diante do discurso político e do discurso eleitoral, pois eles diferem com respeito ao seu cumprimento. Neste ponto já dizia Rousseau em seu livro *Emílio ou da Educação*: “Para conhecer os homens é preciso vê-los agindo na sociedade. Ouvimos-os falando, mostram seus discursos, escondem suas ações, mas na história estão sem véus e os julgamos pelos fatos. Mesmo suas palavras ajudam a apreciá-los porque comparando o que fazem com o que dizem vemos ao mesmo tempo o que são e o que querem parecer, quando mais se mascaram mas os conhecemos”.

3. Democracia e liberdade

Hegel em um discurso pronunciado ao assumir o cargo de reitor da Universidade de Berlim em 1830 e também em seu livro *Lições de Filosofia*

da História, falou de forma expressiva: “A história é a consciência progressiva da liberdade”. A liberdade é destarte uma força de contenção do Estado que o obriga a uma auto-limitação. Se a humanidade continuar progredindo, haverá sempre uma ampliação da área de liberdade contra o poder. A liberdade é um dos elementos componentes da democracia.

A democracia é o governo constitucional da maioria que sobre a base da liberdade concede às minorias o direito de fiscalização e crítica.

Ninguém melhor do que Aristóteles em seu livro *A Constituição de Atenas* definiu a democracia, afirmando que ela é o governo do povo, mas a sua alma é a liberdade. Dizia ainda que “a liberdade é sempre igualitária” (*Tèn eleteurian tèn kata to ison*). Conceito que Rui Barbosa formulou de modo quase igual e à sua maneira em sua *Campanha Civilista* (1919), quando sustentou que se deve procurar uma crescente nivelção das distinções de classe entre os homens.

Há uma oposição entre ditadura e democracia.

A ditadura desencadeia o terror policial, a tortura, o assassinato. Estimula a abdicação suicida da liberdade. À maneira inversa, a democracia se baseia no voto e na liberdade, no princípio igualitário e no princípio liberal que se ajustam em plena harmonia.

Caberia ainda relembrar aquela frase de Rousseau nas épocas de turbulência que precederam a Revolução francesa, quando disse: “O problema mais grave da política, que eu considero igual ao da quadratura do círculo, é encontrar uma forma de governo que coloque a lei acima dos homens”.

O governo que coloca os homens acima da lei é a ditadura, é o Estado autoritário; o governo que coloca lei acima dos homens é o Estado de Direito que evoluiu do Estado liberal para o Estado social.

4. Globalização, desenvolvimento e neo-colonialismo

A humanidade se encontra atraída pela utopia do fim do século que é a globalização, é um movimento irresistível que implica em uma mundialização ou internacionalização da economia de mercado, em uma mundialização do mercado livre em que domina apenas “a mão invisível do mercado” nas palavras de Adam Smith em sua obra *A Riqueza das Nações*.

A globalização econômica é a outra face do neoliberalismo político.

A globalização deve ser vista com prudência pois a globalização é útil e importante para os países hegemônicos ou do primeiro-mundo, porém apresenta riscos, insuficiências e falhas, ao lado de suas vantagens principalmente a

modernização, nos países periféricos ou nas antigas nações coloniais hoje chamadas de nações emergentes.

Nas nações emergentes muitos países se apresentaram como as jóias mais brilhantes do neoliberalismo, porém se viram sufocadas pela adoção de modelos econômicos incompatíveis, provocando o afrouxamento e aniquilamento da soberania nacional e o endividamento gravoso de sua economia ampliando assustadoramente o seu endividamento externo.

Esta crise também assustou com a trepidação generalizada e o mergulho suicida da bolsa de valores em vários países do bloco asiático e também quando a Rússia desferiu um golpe mortal na Meca do capitalismo internacional, Wall Street, com a sua moratória, e o confisco da poupança interna de seus cidadãos.

O Brasil também sofreu os efeitos desta crise, porém tem condições de escapar. A palavra *crise* procede de origem grega, significando soluções alternativas. Os economistas que estudam a crise econômica contemporânea como entre outros Laffer e Krugman salientam que a solução está no crescimento econômico, nos juros baixos, no emprego e na moeda estável, é a solução tipicamente norte-americana que parece ser a antítese da solução do neoliberalismo nas nações emergentes. Nestas o esquema neoliberal se orienta no enxugamento da máquina do Estado, extinção das estatais e dos monopólios, restrições aos direitos sociais, negativa dos direitos humanos da quarta geração, economia de mercado, esquema de importação superando a exportação, dolarização da economia e estabilização da moeda com base na âncora cambial.

Alguns desses países emergentes fizeram o mergulho suicida na bolsa e se tornaram na prática uma colônia do mercado financeiro internacional.

Há dois tipos de globalização: a globalização progressista dos países de economia dominante e a globalização neo-colonialista dos países emergentes, nome sofisticado das antigas colônias das grandes potências européias.

5. O Projeto Florença de democratização do direito e do acesso a justiça

É de salientar ademais que o direito é ainda muito restrito a uma minoria sem a sua efetividade nas camadas mais amplas da população pelo seu alto-custo e pela demora na prestação jurisdicional. Daí o movimento que foi desencadeado por Chiovenda e depois com o Projeto Florença, apoiado pela Fundação Nacional Ford e dirigido por Mauro Cappelletti e Bryan Garth para universalizar o direito a ser utilizado pelas camadas mais amplas da população e pelos consumidores dos serviços judiciários, isto é, um direito efetivo e não filigranas jurídicas.

O direito está indissolúvelmente ligado ao processo. Sem direito não há ação e sem a ação não há direito. Há uma relação de circularidade entre direito e processo, como salientam Chiovenda, Calamandrei e Carnellutti. Daí a máxima chiovendiana que este jurista italiano expressou no seu livro *Da Ação Nascente no Contrato Preliminar*, republicado nos ensaios de *Direito Processo Civil* (Roma, 1930): “Na medida do que for praticamente possível o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo que ele tenha o direito de obter”.

O direito é a substância, o processo é a forma. O direito é a tese, o processo é a hipótese. O direito é a força em potência, o processo é a força em ação. É pelo processo que o direito se transforma de abstrato em concreto, de estático em dinâmico, de idéia em realidade. O direito sem ação nada é, a ação sem o direito não é nada.

6. A politéia no pensamento aristotélico, os tipos de constitucionalização na classificação de Loevenstein e a marcha para o Estado Social de Direito

A palavra constituição já era conhecida dos gregos com Platão e Aristóteles com o termo *politéia*. Aristóteles escreveu o livro *A Constituição de Atenas*, cujo manuscrito grego foi encontrado nos fins do século 19 e traduzido pelo Prof. Rackman da Universidade de Harvard em texto bilíngüe grego e inglês, em primorosa edição publicada com as suas obras completas, juntamente com as de Platão, tudo em texto bilíngüe, Aristóteles entendia a constituição como um ordenamento do Estado. Entre os romanos já se usava a expressão *rem publicam constituere*, ou organizar a coisa pública como se verifica em Mommsen em seu *Direito público romano*.

Em inglês a obra de Aristóteles intitula-se *The Athenian Constitution*, com o título em grego *Athenaition Politéia* (London, Canbridge, 1938, ano da dita edição bilíngüe). Cabe lembrar que o livro foi achado em 1880 em duas folhas semi-estragadas de papiro, guardados no Museu de Berlim, porém mais outras folhas completaram tal descoberta e foram recolhidas ao British Museum, tendo sido encontradas nas areias do deserto do Egito. As ditas folhas foram recolhidas pelo livreiro F. G. Kenyon. Desde este primeiro escrito de comentário a uma Constituição grega até a atualidade houve uma grande caminhada culminando nas nações mais civilizadas com o Estado social de Direito.

Com o significado moderno surge sobretudo com as revoluções. A liberdade é uma filha das revoluções. Na época da Revolução francesa o abade

Sieyès idealizou a teoria do Poder Constituinte, com as expressões *potestas constituens e potesta constituta*, poder constituinte originário e poder constituinte derivado, a este último alguns autores dando o nome de poder de reforma constitucional. Tal nome não é universalmente aceito na teoria e prática, porque mestres consagrados de direito e também as constituições empregam a palavra revisão, emenda e reforma como unidas na mesma sinonímia, e outros com sentido diferente, a Constituição alemã usando a expressão *Verfassungsaenderung*.

A palavra constituição no sentido moderno significa também focaliza a idéia de uma força de contenção do arbítrio e do poder e da garantia das liberdades constitucionais, alguns incluindo nesta proteção as quatro gerações dos direitos humanos.

O aludido poder de reforma tem limites temporais, circunstanciais, formais e materiais. Destacam-se as chamadas cláusulas pétreas como impedimentos absolutos às mudanças de constituição, entre os quais se incluem na teoria e na prática constitucional os direitos fundamentais positivados no texto constitucional.

Constitucionalistas modernos sobretudo na Alemanha e nos Estados Unidos falam de ilusões constitucionais. Kindermann usa a expressão de legislação *alibi*, que busca apenas convencer o público das boas intenções do legislador constituinte, porém com meras ilusões constitucionais.

Para o exame da constitucionalização simbólica é sobretudo importante a concepção desenvolvida por Loewenstein distinguindo três tipos de Constituição, a saber: Constituições normativas, nominalistas e semânticas.

As Constituições normativas são aquelas em que o processo de poder está de tal forma disciplinado que as relações políticas e os agentes do poder subordinam-se às determinações do seu conteúdo e do seu controle procedimental.

As Constituições nominalistas contêm disposições de limitação e controle de dominação política, sem ressonância na sistemática de processo real de poder, e com insuficiente concretização constitucional.

Enfim as Constituições semânticas, que podem também ser chamadas de Constituições instrumentais, são simples reflexos da realidade política, servindo como mero instrumento dos donos do poder e das elites políticas, sem limitação do seu conteúdo.

Existem limites expressos e limites tácitos. As Constituições que não tenham a previsão de tais limites transformam-se em simples leis provisórias, em Constituições em branco (*Blanko-Verfassung*).

Canotilho participa dessa orientação escrevendo o seguinte (*Direito constitucional*, p. 751): “A aceitarem-se limites imanentes deduzidos a partir do texto constitucional, então terá de exigir-se que esses limites não sejam meros postulados, mas autênticas imposições da constituição, verdadeiros limites impostos por vontade da Constituição (*Wille der Verfassung*)”. Vide também a respeito Siefenthaler, em *Die Materiellen Schranken der Verfassungsrevision als Problem des positivien Rechts* (Bern, 1970, p. 268).

Em suma, a supressão de limites da revisão é no fundo uma fraude à Constituição, *Verfassungsbeseitigung*, a que aludem os doutrinadores alemães. É no fundo uma supressão da Constituição, uma válvula de escape, que corresponde mais a golpe revolucionário do que a uma revisão total da Lei Magna. A revisão total é uma forma camuflada de um golpe de Estado ou de um processo revolucionário provocando a supressão do Texto Constitucional, uma ruptura constitucional, que os alemães denominam de *Verfassungsdurchbrechung* (v. a respeito Ehmke, *Verfassungsänderung and Verfassungsdurchbrechung*, AOER, 1:385 e s., 1935-54, e Motzo, *Disposizioni di revisione materiale e procedimento de “rutura” della Costituzioni*, RDP, 1:323, 1964).

O raciocínio é concludente: se a revisão da Constituição pode atingir todos os dispositivos, pode atingir as liberdades públicas, o sistema de garantia da pessoa humana, a democracia, destruindo o Estado de Direito, como aconteceu nas épocas de Hitler e Mussolini. Portanto, significa não uma revisão constitucional, porém uma supressão da Constituição, podendo assim transformar uma democracia em ditadura, o que é um contra-senso.

Historicamente durante milênios houve uma marcha histórica com o progresso para o regime constitucional, mediante as formas do Estado liberal, o Estado neoliberal, o Estado social de direito e o Estado socialista existente, com prevalência da forma do Estado social de direito nos países mais avançados, que representam a aristocracia dos povos, mediante o iniciado das liberdades humanas e dos direitos da quarta geração, buscando universalizar a garantia dos direitos humanos.

7. A feição atual do binômio lei-liberdade e a garantia dos direitos fundamentais

A Constituição é uma força de contenção contra o arbítrio. Nasceu historicamente como uma grande carta de liberdades; é a luta da liberdade contra o poder. O regime constitucional é justamente o equilíbrio razoável entre o poder, a ordem e a liberdade. O Estado de Direito é o coroamento desse processo de civilização, em que o cidadão e o Estado agem conforme o direito.

Agir conforme o direito e não de modo arbitrário é a característica formal do Estado de Direito, como salienta Nicolò Trocker na obra *Processo civile e Costituzione* (Milano, 1954, p. 96). O Estado de direito é substancialmente um Estado social que realiza programas estabelecidos sobretudo em sua Constituição.

O aforismo que simboliza a moderna escalada do princípio da legalidade e da constitucionalidade, configurando a feição atual do binômio lei-liberdade, pode ser assim definido: “não mais direitos e liberdade na medida das leis, porém leis na medida dos direitos e liberdade”.

Por isso é que alguns países defendem veementemente as liberdades sociais. É o caso da *Verfassungsbeschwerde*, introduzida na República Federativa da Alemanha por simples lei ordinária autorizada na Constituição e posteriormente elevada a dignidade constitucional, com um sentido amplo, aplicando-se “não somente à liberdade pessoal, mas a todos os direitos individuais e sociais proclamados pela Constituição de Bonn” (cf. Cappelletti, *Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo*, in Studi in onore di Enrico Tullio Liebman, Milano, Griuffrè, 1979, v. 1, p. 159).

O remédio alemão, que é a da competência da Corte Constitucional Federal, destina-se sobretudo à efetividade dos direitos fundamentais (*Grundrechte*), decorrentes das próprias normas constitucionais.

8. Rousseau, Kant e a idéia de justiça social

Finalizando cabe salientar que o Estado se organiza para manter e assegurar a coexistência da liberdade e da justiça social. A justiça se reduz à realização do bem comum, como uma constante exigência histórica de uma convivência social bem ordenada segundo os valores da liberdade e da igualdade.

A justiça social tem dois componentes, liberdade e igualdade e isso foi bem salientado por Rousseau e Kant. Este último disse de Rousseau: “Descobriu a natureza do homem escondida no fundo da pluralidade das formas humanas manifestadas em suas leis”.

A lei é aquilo que o Estado dita como tal, porém esta imposição da lei pelo Estado decorre de sua determinação prévia pela vontade de todos, a vontade geral, que no fundo é a vontade expressa em um Congresso Constituinte, em uma Assembléia Nacional Constituinte. Os dois componentes da justiça social são a liberdade e a igualdade.

Kant em suas obras póstumas *Opus Postumum*, publicada em suas *Obras Completas (Gesamelte Schriften)*, 5ª edição, 24 volumes, vol. 20, p. 40, e outros

trabalhos definiu a liberdade do mesmo modo que Rousseau, é a faculdade que tem o cidadão de dar assentimento à lei que ele mesmo criou.

Aqueles homens que lutaram pela democracia e pela liberdade acreditavam que a finalidade do Estado é a de permitir a satisfação das necessidades humanas e dos seus direitos, acreditavam que o poder de se pensar o que se quiser e de se disser o que se pensar é o apanágio da democracia. Acreditavam que a coragem é o fundamento da liberdade e esta é a coragem de resistir ao medo, à violência, à opressão.

A discussão sem liberdade de crítica e de contestação é fatal para o Estado e um perigo mortal à liberdade dos cidadãos. A ordem social não deve ser fundada sobre o medo, não se deve desencorajar a esperança e a imaginação dos homens, porém sempre permitir a liberdade das afirmações.

A autoridade legal é a que obedece à lei. Ora, se não obedece à lei não é legítima. Ora, se não é legítima não devem ser considerados como rebeldes os que contra ela se rebelam. O dever do povo de obedecer ao governo, cessa quando o governo transforma a lei em arbítrio. A usurpação de uma autoridade, que a lei não lhe atribui deslegítima e desconstitui o poder.

Quando o governo impõe a lei do silêncio a única solução plausível é a plena liberdade de palavra. A liberdade é o equivalente metafísico do infinito matemático, cresce com o progresso da humanidade e se amplia à medida do avanço da ciência e da maior capacitação do homem vencendo a natureza e construindo a sua cultura e transformando lentamente o Estado liberal em um Estado social protegendo os direitos da quarta geração.

É sobre esta comunhão humana de uma sociedade livre e amante de uma paz universal onde se deve construir este grande empreendimento de nossa cultura para a elaboração de uma verdadeira democracia e da paz universal.