

## NÃO EXCLUSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Prof. Alberto Deodato Maia Barreto Filho

SUMÁRIO: 1 — O princípio nas Constituições brasileiras. 2 — Nas duas anteriores. 3 — A expressão “lesão de direito individual” contida na anterior Constituição e a atual redação. 4 — Compreensão das expressões. Tutela de interesse — Meta individuais ou supra-individuais. 5 — O Devido Processo Legal. 6 — Origem e desenvolvimento. 7 — O art. 5º, LIV da vigente Constituição.

1 — Em embrião encontra-se o princípio na Constituição do Império — art. 179, inciso 12 — que assegurava a independência do Poder Judiciário, determinando que “Nenhuma autoridade poderá avocar as causas pendentes, sustá-las ou fazer reviver os processos findos”.

No entanto, isto não constituía um comando que fortificasse a unidade da jurisdição, motivo pelo qual perdurou o “contencioso administrativo”.

As primeiras Constituições da República não continham dispositivos expressos a respeito, mas entendiam os comentaristas que ele estava implícito, decorrente da separação dos Poderes (V. Rui Barbosa, “Comentários à Constituição Federal Brasileira”, vol. IV, 1.933, págs. 41-46).

E significativo que o art. 75 do Código Civil tenha estabelecido que “A todo o direito corresponde uma ação que o assegura”.

Encontram-se, não obstante, neste período, normas que limitaram o seu âmbito. Na reforma de 1926, a proibição de recurso judiciário contra a intervenção nos Estados, na declaração do estado” de sítio e em relação ao mandato dos membros do executivo e do Legislativo.

Na Constituição de 1934, restrições quanto a atos do governo provisório e de natureza política.

A carta de 1937 limitou mais ainda a apreciação judiciária.

Incluído expressamente na Constituição de 1946, foi mantido

na de 1967. Mas nesta última, como na Emenda de 1969, excluídos foram os atos do Comando Supremo da Revolução e, de maneira geral, os praticados com base em Atos Institucionais.

2 — A Constituição anterior, na redação da Emenda nº 1, assim dispunha:

“A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido” (art. 153, parág. 4º).

A atual Constituição, em seu art. 5º, XXXV, afirma:

“A lei não excluía da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a “direito”.

3 — A regra é a cognição pelo Poder Judiciário. Nem a lei poderá excluir tal apreciação. Ao crivo do Judiciário submete-se toda a matéria que implique lesão ou ameaça a direito.

O antigo texto referia-se a “lesão de direito individual” e o atual a “lesão ou ameaça a direito”.

A nova redação é de superioridade técnica. Encampou o que a doutrina e a jurisprudência entendiam implícitos.

Ninguém pode afirmar que antes da vigência da atual Constituição necessária era a lesão efetiva. E que não bastasse a ameaça. O Poder Judiciário não poderia restar impotente ante a simples ameaça. Em todos os ordenamentos processuais brasileiros já havia referencia à ameaça, como por exemplo, nas ações possessórias e nas ações cautelares. Não é difícil encontrar a referência. E que a ameaça já se considera lesão.

Explicitou, portanto, o constituinte, aquilo que estava implícito.

4 — Para fazer compreender entre os direitos individuais aqueles públicos subjetivos, Pontes de Miranda (“Comentários à Constituição de 1967”, vol. V, págs. 99/100) ensinava que “Direito individual está, aí, pelo que pode ser *“res in iudicium deducta”*”.

E Seabra Fagundes — (“Bancos — Liquidação Extrajudicial” — Revista Forense, 173/109), que o que o constituinte teve em mira foi a lesão de direito em sentido lato e a palavra “individual” significa “do indivíduo, da pessoa, de qualquer indivíduo ou pessoa”.

Há que se fazer referência ainda à tutela de certos interesses metaindividuais ou supra-individuais: “os interesses públicos, os coletivos e os difusos”.

Os primeiros são exercidos com relação ao Estado. Trata-se de interesses como a ordem pública, a segurança pública, de que todos compartilham. A perspectiva ainda é do conflito indivíduo contra Estado.

Os interesses coletivos são os interesses comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas, mas ainda repousando sobre um vínculo definido que as congrega. A sociedade comercial, o condomínio, a família. Os respectivos interesses não se confundem com os interesses individuais. O interesse coletivo do sindicato pertence a este gênero.

O terceiro grupo, dos interesses difusos, compreende interesses que não encontram apoio em uma relação-base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais extremamente genéricos, a dados de fato freqüentemente acidentais e mutáveis: habitar uma mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições socioeconômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos.

São interesses “espalhados” e informais à tutela de necessidades, também coletivas, sinteticamente referidas à qualidade de vida. Esses interesses freqüentemente polarizam grupos contra grupos, como, por exemplo, nos usuários de determinado produto estrangeiro e nos habitantes sujeitos à poluição.

Duas notas caracterizam destacadamente os interesses difusos. A titularidade, pois pertencem a uma série indeterminada de sujeitos.

Também a indivisibilidade do seu objeto, que é sempre um bem coletivo, insuscetível de divisão, sendo que a satisfação de um interessado implica necessariamente a satisfação de todos, ao mesmo tempo em que a lesão de um indica a lesão de toda a coletividade (Barbosa Moreira. “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos” — “Temas de Direito Processual”, São Paulo: Saraiva, 1.977, págs 111/112 e “A legitimação para a defesa do interesses difusos no direito brasileiro” — Rev. Forense, 270/1).

Contesta, com razão, Ronaldo Cunha Campos, em trabalho para o Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da UFMG, que necessariamente exista o requisito da indivisibilidade, de tal sorte que a satisfação de um consista na satisfação de todos. E argumenta citando o exemplo dos consumidores de um determinado produto que podem sofrer prejuízo em virtude de defeito de fabricação. Mas a indenização obtida isoladamente de um não significa indenização de todos.

De qualquer forma, o que se vê é que a proteção judiciária do interesse difuso refoge ao conceito clássico que investia só o indivíduo do exercício de direitos subjetivos, e quando a sua configuração era coletiva caracterizava-se pelo contraste indivíduo-autoridade.

Não obstante, já há muito vigorava a lei da Ação Popular e mais recentemente, a da Ação Civil Pública.

Andou, pois, bem o Constituinte em se referir apenas a “direito”, sem qualquer qualificação.

5 — Se a Constituição entregou aos juízes a tutela da Ordem Jurídica, que deve ser feita através da função jurisdicional, certo também é que a jurisdição só atua e se desenvolve pelas vias processuais. E quem fala em processo, fala não em qualquer processo, ou simples procedimento, mas sim em “devido processo legal”, com procedimento adequado ao exame do contraditório do litígio.

Daí porque os doutrinadores, diante da ausência de texto constitucional específico, entenderam que o art. 141, parág. 4º da anterior Constituição já consubstanciava o Direito de ação e o devido

processo legal. (Veja-se, por exemplo, Ada Pellegrini Grinover “Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil”, José Bushatsky Editor, 1975, pág 18; ou da mesma autora “As Garantias Constitucionais do Direito de Ação”. RT-Editora, 1973 — pág. 156/157.

6 — A partir da “Magna Carta”, de João Sem Terra, em 1215, confirmado por Eduardo I, em 1297, onde se falou em “juízo dos pares” e segundo a “lei da terra”, até o “devido processo legal”, não se localiza mais do que um fenômeno de desenvolvimento, como assinala Couture. Quase todas as Constituições do mundo e em especial as americanas, proclamam o princípio que se transformou em símbolo de garantia jurisdicional em si mesma (Couture, Eduardo J. “Las Garantias Constitucionales del Processo Civil” in “Estudios de Derecho Procesal Civil”, vol. 1º, Buenos Aires: Depalma, 1979, pág. 51).

Humberto Theodoro, em sua tese de doutoramento na Faculdade de Direito da UFMG, repetindo Vigoriti, recomenda que na expressão “due process of law”, constante da Constituição norte-americana, “due” deva ser traduzido não apenas como “devido” e, sim, como “justo” (pág. 61 da tese — Belo Horizonte — 1987).

Diz também o Prof. Humberto Theodoro Júnior que o princípio está em franca evolução, podendo-se encontrar uma síntese evolutiva dele na Declaração Universal dos Direitos do Homem onde se lê que toda pessoa tem recurso perante os tribunais nacionais competentes, contra atos que violem seus direitos fundamentais. Tem direito de ser ouvida publicamente, em condições de plena igualdade, com justiça, por tribunal independente e imparcial, para determinação de seus direitos e obrigações ou para exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal.

7 — A nossa atual Constituição, em seu art. 5º, LIV, consagra o princípio:

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.