

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 43 • nº 170

Abril/junho – 2006

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

O devido processo legal em seu sentido material

Breves considerações

Gil Ferreira de Mesquita

Sumário

1. Considerações preliminares. 2. Devido processo legal em sentido processual (*procedural due process*). 3. Devido processo legal em sentido material (*substantive due process*). 3.1. O *substantive due process* na jurisprudência brasileira. 4. Os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

1. Considerações preliminares

A polêmica é um dos pilares que sustenta o dinamismo do direito.

Na seara processual, por exemplo, é possível afirmar que as questões pacíficas formam um grupo minoritário e, entre elas, a conceituação exata do princípio do devido processo legal é um dos exemplos mais interessantes.

Sabemos que da Suprema Corte dos Estados Unidos nascem os mais abrangentes, polêmicos e históricos julgamentos envolvendo tal garantia e, certamente, o moderno delineamento de seu alcance em todos os ordenamentos ocidentais sofreu, em algum momento, influência constante dos julgados daquele Tribunal.

Contudo, mesmo a Suprema Corte já admitiu a dificuldade de marcar em traços firmes e definitivos um conceito para o devido processo legal. No *Twining x New Jersey*, afirmou-se que “poucas cláusulas do direito são tão evasivas de compreensão exata como essa” e, em face disso, a Corte se tem declinado “em dar uma definição compreensiva

Gil Ferreira de Mesquita é Advogado. Mestre em Direito pela Universidade de Franca - UNIFRAN. Professor do Centro Universitário do Triângulo - UNITRI. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP.

dela e prefere que seu significado pleno seja gradualmente apurado pelo processo de inclusão e exclusão no curso de decisões dos feitos que forem surgindo". Em outra ocasião, no julgamento de *Holden x Hardy*, reafirmou que a Corte "jamais tentou definir com precisão as palavras *due process of law*", bastando dizer que há "certos princípios imutáveis de justiça, aos quais é inerente a própria idéia de governo livre, o qual nenhum membro da União pode desconhecer" (MACIEL, 1997, p. 177-178).

Como bem afirmou o juiz Felix Frankfurter (apud CASTRO, 1989), da Suprema Corte, o *due process* não pode ser aprisionado dentro dos traçozeiros lindes de uma fórmula, pois é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável "confiança na força da fé democrática que professamos". Não é um instrumento mecânico, um padrão. É um delicado processo de adaptação que "inevitavelmente envolve o exercício do julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo" (CASTRO, 1989, p. 56).

Partindo dessa premissa, não se pode pretender esgotar num ensaio como este as questões doutrinárias que dão ao devido processo legal a feição de *superprincípio* ou de *garantia das garantias*, como alguns doutrinadores costumam tratá-lo¹. É preciso limitar a análise, para evitar que ela se torne um mero apanhado de fatos históricos sem ligação lógica entre si.

Portanto, o objeto de análise deste trabalho fixa-se na existência de um duplo aspecto – processual e material – do *due process of law*, tendo por objetivo indicar elementos razoáveis para a compreensão deste último aspecto, especialmente por meio da experiência jurisprudencial norte-americana, demonstrando finalmente a tendência dos tribunais brasileiros (especialmente o STF) em utilizar o *substantive due process* nos julgamentos em que se questiona a constitucionalidade das normas.

2. Devido processo legal em sentido processual (procedural due process)

O devido processo legal nasceu com feições apenas processuais, como garantia que viria a assegurar que as privações de liberdade e propriedade somente seriam possíveis por um processo regular. Com essa característica, manteve-se vivo na Inglaterra, nas Constituições das Colônias Inglesas na América e, posteriormente, nas Emendas 5 e 14 da Constituição dos Estados Unidos. Inicialmente dirigida à jurisdição penal, foi estendida, em seguida, à jurisdição civil e, recentemente, ao processo administrativo.

Porém, o devido processo legal é caracterizado pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, isto é, tutela os bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que diga respeito à tutela da vida, da liberdade ou da propriedade está sob a proteção da *due process clause* (NERY JÚNIOR, 1999, p. 33). Por isso mesmo, para exemplificar, a Corte Americana já entendeu que faz parte do conceito de *liberdade*: a liberdade de imprensa, de opinião, de religião e – mais profundamente – a privacidade. A mesma Corte decidiu pela inconstitucionalidade da lei estadual que proibia o ensino em outra língua que não o inglês, estendendo a proibição às escolas públicas e privadas (*Meyer x Nebraska*, 1923); também invalidou lei estadual que exigia que crianças normais entre 8 e 16 anos somente fossem matriculadas em escolas públicas e proibia as escolas privadas e paroquiais de aceitá-las, entendendo pela irrazoabilidade da lei, que interferiria na *liberdade* dos pais e a na *propriedade* das escolas (*Pierce x Society of Sisters*, 1925) (NERY JÚNIOR, 1999, p. 33-34).

Neste passo, a concepção da garantia em exame não pode ser formada em termos exclusivamente processuais, como pode parecer à primeira vista. Ao contrário, possui sentido genérico e biparte-se em *substantive due process* e em *procedural due process*. No primeiro aspecto, atua no que respeita à criação das normas de direito material; no se-

gundo, tutela direitos por meio de um processo regular.

No direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi responsável pela inauguração de uma nova etapa para o desenvolvimento do devido processo legal, principalmente pelo ineditismo de sua consagração expressa e, mais importante, pela extensão da garantia aos litigantes em processo civil e trabalhista, aos acusados em processo penal e interessados em processo administrativo. Conseqüentemente, é dever reconhecermos a existência de uma base principiológica derivada do *due process of law*, a determinar seus limites e alcance na esfera processual. Contudo, o objeto de análise deste trabalho não está na aplicação da garantia do devido processo legal em sua feição processual, embora seja esta a mais comentada pela doutrina em razão até mesmo das circunstâncias presentes em sua origem histórica.

3. Devido processo legal em sentido material (substantive due process)

A necessidade de intervenção judicial nas atividades estatais – especialmente no campo legislativo – fez nascer uma bipartição ideológica a pairar sobre o devido processo legal, principalmente no direito norte-americano com os julgados da Suprema Corte. Entendeu-se que não somente em sentido processual deveria o princípio garantir o *trinômio vida-liberdade-propriedade*, porque de tão amplo deveria cuidar de corrigir eventuais abusos do poder soberano ao legislar. Em outras palavras, criou-se a idéia de que o devido processo legal – concebido como cláusula antiarbitrio – seria também responsável por vincular a produção legislativa à idéia de *razoabilidade* ou *proporcionalidade*.

Baseada no espírito que norteou a Magna Carta de 1215, afirma-se que uma lei não pode ser considerada uma *law of the land*, nos termos desejados pelo *due process of law*, se incorrer na falta de razoabilidade, ou seja, quando for arbitrária, exagerada, ilógica ou

incoerente com os anseios da sociedade, considerando-se a ordem constitucional em vigor.

A idéia de “governo dos juízes” – com os tribunais assumindo a função de censores da vida social, política e econômica da nação norte-americana – fez com que a visão unicamente processualista do devido processo legal retratasse a entrada em cena do Poder Judiciário como árbitro autorizado e final das relações do governo com a sociedade, “revelando o seu papel de protagonista e igualmente ‘substantivo’ no seio das instituições governativas” (CASTRO, 1989, p. 57).

Em razão dessa concepção, a doutrina identifica três fases distintas na evolução da jurisprudência norte-americana no tocante ao devido processo legal (DERGINT, 1994, p. 251-252):

Primeira Fase – até 1895 a garantia mantém seu significado tradicional, ou seja, o de tutelar direitos de liberdade contra procedimentos irregulares ou manifestamente únicos por parte do Executivo e do Judiciário, principalmente na esfera penal. Mesmo assim, no ano de 1798, no caso *Calder x Bull*, a Suprema Corte firmou entendimento, por meio do voto do *Justice Chase*, de que os atos normativos (legislativos ou administrativos) que ferissem os direitos fundamentais ofenderiam, por conseqüência, o devido processo legal, devendo ser anulados pelo judiciário (NERY JÚNIOR, 1999, p. 37). É de notar-se que essa decisão veio mesmo antes da famosa decisão de Marshall no caso *Marbury x Madison*, em 1803, considerada pioneira quando se fala em *controle difuso de constitucionalidade das leis*.

Em 1857, a Suprema Corte, presidida pelo *Chief Justice Taney*, adotou o devido processo legal substantivo no caso *Dred Scott x Sanford*, anulando legislação do Congresso Americano que proibia a escravidão nos territórios. Disse o *Justice*: “uma lei que retira do cidadão sua propriedade em escravo simplesmente porque ele traz essa propriedade a um território é arbitrária e desarra-

zoada e, portanto, violadora do devido processo” (SILVEIRA, 1997, p. 177-178).

Segunda Fase – ocorrida no último vintênio do século XIX, com o objetivo de preservar o regime econômico firmado na livre iniciativa, foram invalidados os primeiros atos da legislação intervencionista contemporânea, porquanto vários Estados americanos promulgaram leis de cunho social, buscando proteger o bem-estar e a incolumidade dos trabalhadores, além de leis para controle de monopólios e outros interesses sociais. A tendência que se inaugurava na jurisprudência era a de proteção ao empregador, que não poderia ser privado do gozo pleno e livre de sua propriedade, sendo invocada tal disposição para proteger os indivíduos que detinham o poder econômico dos abusos por parte do Estado (DERGINT, 1994, p. 250-251).

Em 1897, no caso *Allgeyer x Louisiana*, completa-se o movimento jurisprudencial em direção ao *substantive due process of law*. Como informa a doutrina, pela primeira vez a Suprema Corte invalidou uma lei estadual com base na garantia do devido processo legal, reconhecendo a existência de uma inequívoca *dimensão substantiva*. O caso envolvia a constitucionalidade da lei que proibia qualquer pessoa de contratar seguro marítimo com companhia não organizada segundo a legislação do Estado da Louisiana. A Justiça estadual havia condenado o cidadão Allgeyer por ter postado um aviso a uma empresa de seguros de Nova York, noticiando o embarque de mercadorias no porto da Louisiana. Essa condenação foi reformada pela Corte com base na 14ª Emenda, sob o argumento de que a lei estadual privava o réu da liberdade de contratar, em flagrante descompasso com os ideais do devido processo legal (CASTRO, 1989, p. 64).

Mas, o exemplo mais famoso do controle judicial da legislação econômica é encontrado no caso *Lochner x New York*, julgado em 1905, em que a Suprema Corte declarou incompatível com a Constituição Estadual uma lei que fixara jornada máxima de tra-

balho para os empregados de padaria em dez horas diárias e sessenta horas semanais, culminando sanção de caráter criminal para o infrator. Lochner, proprietário de padaria, foi condenado a pena restritiva de liberdade e, recorrendo à Suprema Corte, teve reconhecimento desta no sentido de que a garantia do devido processo legal assegurava tanto a empregados quanto a empregadores a faculdade de livremente contratarem a duração do trabalho diário, sem ingerência do Poder Público. Nesses termos, considerou aquele tribunal que a faculdade de contratar as condições de trabalho configura uma liberdade individual (de empregados e empregadores) protegida pela 14ª Emenda à Constituição (CASTRO, 1989, p. 64-65).

Terceira Fase – com a consagração do Estado Social e a reformulação da concepção de interferência judicial na seara econômica e social, o devido processo legal passa a ser aplicado restritivamente a matérias não econômicas (*non economic matters*), numa fase que perdura até os dias atuais. Assim, o devido processo legal passa a servir como “instrumento de controle das invasões estatais nas faculdades essenciais ao exercício da personalidade humana e da cidadania: liberdade de pensamento e de opinião, direito à informação, liberdade de imprensa, de religião, direito das minorias, liberdade de participação política, direito de votar e ser votado, direito de representar e fiscalizar os atos do Poder Público etc.” Ocorre nesta fase um fenômeno interessante, porque a presunção de constitucionalidade das leis deveria reduzir de intensidade sempre que as liberdades civis protegidas pelas dez primeiras emendas (*Bill of Rights*) estivessem em jogo, ou seja, a legislação restritiva dos direitos fundamentais torna-se automaticamente suspeita, exigindo exame judicial cuidadoso para evitar eventuais excessos (DERGINT, 1994, p. 251-252).

Alguns casos bem refletem essa tendência da Suprema Corte dos Estados Unidos:

a) *Griswold x Connecticut* (1965) – a Suprema Corte considerou inconstitucional lei

que proibia métodos anticoncepcionais, entendendo-a lesiva do direito à privacidade, que primeiramente incide sobre as relações conjugais. Asseverou a Corte que as garantias do *Bill of Rights* possuem “sombrias jurídicas extensivas” (*penunbral Rights*) que abrigam outros direitos implícitos decorrentes daqueles expressos na Constituição. O direito à privacidade no campo das liberdades civis pode ser inferido do direito à liberdade de manifestação de pensamento (DERGINT, 1994, p. 252).

b) *Duncan x Louisiana* (1968) – Duncan, cidadão negro, é acusado de agredir branco com um tranco no ombro, pelo que foi condenado a sessenta dias de prisão e ao pagamento de multa equivalente a 150 dólares. Solicitou, então, julgamento pelo Tribunal do Júri, sendo-lhe negado porque a Constituição do Estado da Louisiana somente prevê julgamento pelo júri nos crimes capitais ou sujeitos à condenação de trabalhos forçados. A tese discutida seria: negado o julgamento pelo Júri, estaria sendo violada a Emenda 6, que prevê o julgamento por aquele Tribunal? A resposta da Suprema Corte: sim (7 a 2). A Emenda 6 garante o julgamento de questões penais pelo Tribunal do Júri nos casos fundamentais à essência da justiça americana, sendo os Estados obrigados pela Emenda 6 a promover tais julgamentos (QUEIROZ, 1998, p. 59-60).

c) *Roe x Wade* (1972) – nesse caso foi questionada a constitucionalidade de uma lei do Estado do Texas que tipificava o aborto como crime, aceitando como excludente apenas o aborto praticado por recomendação médica e com a exclusiva finalidade de salvar a vida da gestante. A Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de toda a legislação que considerava crime a prática abortiva, assegurando o direito intocável da mulher em decidir ter filhos ou interromper a gravidez voluntariamente. Reconheceu que o direito à privacidade era suficiente para abrigar a decisão da mulher em abortar, direito esse insub-rogável pelo Poder

Público, não obstante a sujeição às condições ditadas pela saúde pública (DERGINT, 1994, p. 252).

d) *DeShaney x Winnebago County Department of Social Services* (1989) – em 1984, um garoto de quatro anos entrou em coma com graves problemas mentais em razão de traumatismo causado por agressão de seu pai. O Departamento de Serviço Social da região tentou proteger a criança após receber denúncia, mas não a tirou da guarda do pai. A mãe do menor, alegando que o Departamento de Serviço Social não protegeu a integridade física da criança, ajuizou ação, porque, no seu entendimento, estava o Departamento violando os direitos previstos na cláusula do devido processo legal em seu aspecto substancial, nos moldes da Emenda 14 da Constituição. A tese a ser analisada pela Suprema Corte foi: a falha na proteção do indivíduo contra a violência privada constitui violação da cláusula do devido processo legal da Emenda 14 da Constituição? A resposta: não. A cláusula não impõe obrigação ao Estado de fornecer serviços ao cidadão para protegê-lo de ações privadas. A cláusula é uma limitação ao poder de agir do Estado e, ainda que o proíba de privar o indivíduo da vida, liberdade e propriedade, segundo o devido processo legal, não deve ser interpretada como obrigação de assegurar que tais interesses *não* sejam atingidos por outrem (QUEIROZ, 1998, p. 61-62).

e) *Vernonia School District x Acton* (1995) – os atletas dessa escola estavam usando drogas ilícitas e, preocupado com a possibilidade de tal uso ocasionar um aumento de contusões, o governo distrital resolveu adotar política de combate, permitindo a exigência de exame de urina destinado a descobrir os usuários de droga. Acton, estudante e atleta de tal escola, recusou submeter-se ao teste, sendo impedido de jogar futebol. A tese, então, seria: o teste viola a amplitude e a aplicação da Emenda 14 da Constituição? A resposta da Suprema Corte: não. A razoabilidade da exigência do teste tem dois interesses: a invasão da privacidade contra o

interesse maior do governo. O Estado deve submeter os estudantes a um maior controle do que os adultos, sendo a preocupação estatal superior à tutela da privacidade do jovem litigante. Ademais, os interesses pessoais não seriam atingidos desde que a coleta fosse realizada de modo não constrangedor para os alunos (QUEIROZ, 1998, p. 57-59).

3.1. O substantive due process na jurisprudência brasileira

No direito brasileiro, a aplicação do devido processo legal em seu aspecto substancial é tendência que caminha lentamente, em ritmo incomparável com aquele visto ao longo da história constitucional norte-americana, até porque naquela nação podemos identificar em fases bem nítidas a evolução do conceito substantivo da garantia, enquanto no Brasil a utilização dessa concepção dá-se em casos isolados. Porém, não é difícil perceber em algumas decisões – a se destacar o pioneirismo do Supremo Tribunal Federal – a utilização dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade no controle da produção legislativa.

Consta que o devido processo legal em sua feição substantiva foi pela primeira vez utilizado no Brasil, ainda que não declarado expressamente, numa decisão do STF em 1968, em que o Min. Themístocles Cavalcanti foi relator de um *habeas corpus* (nº 45.232-GB) em que se pretendia a declaração de inconstitucionalidade do art. 48, da Lei de Segurança Nacional (Decreto-lei nº 314/67) com fundamento no art. 150, *caput* e § 35, da Constituição Federal (LIMA, 1999, p. 202-204).

O dispositivo atacado dizia: “A prisão em flagrante delito ou o recebimento da denúncia, em qualquer dos casos previstos neste decreto-lei, importará, simultaneamente, na suspensão do exercício da profissão, emprego em entidade privada, assim como de cargo ou função na Administração Pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista, até a sentença absolutória.”

Por sua vez, o dispositivo constitucional invocado prescrevia: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 35. A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.”

No caso em discussão, os pacientes foram alvo de um despacho judicial proferido no curso de um processo criminal que tramitava pela Auditoria da 5ª Região Militar, em que era imposta uma medida administrativa aos denunciados que consistia na suspensão de suas profissões e atividades particulares.

De imediato, o Min. Cavalcanti prontificou-se a admitir que tal medida consistia verdadeira pena acessória, aplicada sem processo regular ou antes do procedimento judicial. O exame de tal decisão, portanto, centrava-se na existência ou não de *justa causa* nesta providência cautelar que atingia a liberdade dos pacientes, além de ferir uma de suas mais elementares exigências vitais: a necessidade de prover a própria subsistência. Ademais, sobrevindo uma sentença absolutória, não se poderia reparar os graves reflexos causados aos pacientes por aquela pena.

Para tanto, o Ministro baseou seu voto em ponto crucial: buscou de início solução no sistema jurídico norte-americano, terminando, contudo, por apegar-se à possibilidade de lançar mão de direitos e garantias não expressos no corpo da nossa Constituição, hipótese permitida pelo § 35 do art. 150. Ademais, deu ênfase especial ao *caput* do mesmo artigo, garantidor, entre outros, do direito à vida.

O ineditismo do voto merece destaque com a colação de alguns trechos:

“(...) o rigor das medidas previstas na lei que estamos examinando grita contra a essência dos princípios humanos que se resu-

mem no direito de sobrevivência, que somente a condenação pode limitar o direito ao trabalho (...). Os preceitos indicados, porém, não me parecem de todo adequados à argüida inconstitucionalidade, preferíamos apoiar nosso voto no direito à vida, mencionado no *caput* do artigo 150, como fundamento geral dos direitos enumerados no mesmo artigo, bem como no § 35 do art. 150 que estende aos outros direitos as garantias enumeradas no mesmo preceito constitucional (...). Ora, tornar impossível o exercício de uma atividade indispensável que permita ao indivíduo obter os meios de subsistência é tirar-lhe um pouco de sua vida, porque esta não prescinde dos meios materiais para a sua proteção. A vida não é apenas o conjunto de funções que resistem à morte, mas é a afirmação positiva de condições que assegurem ao indivíduo e aos que dele dependem os recursos indispensáveis à subsistência. (...) O direito à vida de que fala o artigo 150 da Constituição evolui com os problemas do momento e depende dos temas que afetam o indivíduo ou a comunidade.”

A segunda oportunidade em que o *substantive due process of law* foi novamente invocado em decisões do Supremo Tribunal Federal é encontrada no julgamento da Representação de Inconstitucionalidade nº 930-DF, julgada em maio de 1976, que teve como relator o Min. Rodrigues Alckmin. Em tal argüição, examinou-se a Lei nº 4.116/62, que regulamentava a profissão de corretor de imóveis, sendo, ao final, declarada inconstitucional.

O voto do relator apontava que a Constituição Federal assegurava a liberdade do exercício profissional, não podendo o legislador ordinário desconhecer esse direito ao livre exercício da profissão, sendo-lhe permitido apenas limitar ou disciplinar tal atividade pela exigência de condições de capacidade, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos. Mas, no tocante às condições de capacidade, não as poderia estabelecer o legislador ordinário

sem atender ao critério da razoabilidade², cabendo ao Judiciário apreciar se tais limitações estariam adequadas e justificadas pelo interesse público, julgando-as legítimas ou não (LIMA, 1999, p. 205).

Defendendo a inconstitucionalidade da Lei nº 4.116, pronunciou-se o Min. Leitão de Abreu (BRASIL, 1977), tendo como fonte a razoabilidade do direito constitucional norte-americano, especialmente na cláusula do devido processo legal substancial:

“(...) Passará a constituir letra morta o direito individual ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão se deixado ao alvedrio do legislador trancar o acesso ao desempenho de qualquer atividade a quem para isso não preencher os requisitos que, a seu talante, venha a reclamar. Esses requisitos só podem ser, pois, realmente, como demonstrou, à saciedade, o nobre Ministro Rodrigues Alckmin, os que forem compatíveis com o critério da razoabilidade, critério contrariado, frontalmente, pela Lei nº 4.116”.

Desde então, pode-se destacar outros exemplos de aplicação do *substantive due process of law* por nossos tribunais:

a) O Supremo Tribunal Federal concedeu medida cautelar proposta na ADIn nº 855-2-PR, suspendendo a Lei nº 10.248/93, do Estado do Paraná, que obrigava a pesagem dos vasilhames de GLP (Gás Liquefeito de Petróleo), a pretexto de defender o consumidor. O Min. Sepúlveda Pertence apoiou-se nos critérios de razoabilidade para fundamentar a decisão favorável. Eis a ementa: “Gás Liquefeito de Petróleo – Lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou pagamento imediato de eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§, 25, § 2º, e 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a

declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida” (BRASIL, 1993).

b) O STF concedeu liminar em ADIn proposta contra lei do Estado do Amazonas (nº 1.897/89) que concedeu gratificação de férias (1/3) aos servidores inativos, entendendo que a vantagem pecuniária seria irrazoável e destituída de causa. Eis um trecho da ementa: “A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do *substantive due process of law*, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa (BRASIL, 1995).

c) Em 2002, o STF considerou inconstitucional Lei Distrital que dispunha sobre a emissão de certificado de conclusão do curso e autorizava o fornecimento de histórico escolar para alunos da terceira série do ensino médio que comprovassem aprovação em vestibular para ingresso em curso de nível superior. A ação, proposta pela COFENEN (Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino) em face da Câmara Legislativa do Distrito Federal, foi julgada procedente à unanimidade, pois o Tribunal Pleno considerou que a referida lei usurpou a competência legislativa outorgada à União pela CF e era destituída do “necessário coeficiente de razoabilidade”, ofendendo o princípio da proporcionalidade, pois a atividade legislativa foi exercida com desvio de poder.

Segundo a decisão, a Constituição instituiu um “sistema de condomínio legislativo” nas matérias taxativamente indicadas no art. 24 – entre as quais aquela concernente ao ensino (inciso IX) –, deferindo ao Estado-membro e ao Distrito Federal competência para legislar “inexistindo lei federal sobre normas gerais” desde que “para aten-

der a suas peculiaridades” (§ 3º). Desse modo, os Estados e o DF não podem, mediante legislação autônoma, agindo *ultra vires*, “transgredir a legislação fundamental ou de princípios que a União Federal fez editar no desempenho legítimo de sua competência constitucional e de cujo exercício deriva o poder de fixar, validamente, diretrizes e bases gerais pertinentes a determinada matéria (educação e ensino, na espécie).”

Assim, segundo o STF, para efeito de sua validade material, todos os atos do Poder Público estão necessariamente sujeitos à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabilidade, que se qualifica como parâmetro de aferição da constitucionalidade material desses atos. Daí, no processo de formulação das normas legais, devem ser observados critérios de razoabilidade “que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law*”³.

d) recentemente, o STF concedeu mandado de segurança em favor de empresa do Rio Grande do Sul em face de ato do legislativo estadual que instituiu norma exigindo dos inadimplentes a quitação de débitos com a Fazenda Pública Estadual para, assim, obterem autorização para impressão de blocos de notas fiscais (BRASIL, 2005).

Assim como ocorreu em outros julgados⁴, o Tribunal considerou que o Poder Público não pode utilizar-se de meios gravosos e indiretos de coerção para compelir o contribuinte inadimplente a pagar tributos⁵, pois tais exigências transgridem os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, inviabilizando, sem justo fundamento, o exercício da atividade econômica ou profissional lícita pelo sujeito passivo da obrigação tributária. Esse tipo de imposição estatal ofende o *substantive due process of law*, pois não é facultado ao Estado legislar de modo abusivo ou imoderado.

Invocando lição de Orosimbo Nonato, conclui o STF que a liberdade do legislador “não pode chegar à desmedida do poder de destruir”.

4. Os critérios de razoabilidade e proporcionalidade

A partir do pequeno rol de decisões apresentado no tópico anterior, é possível observar que o devido processo (em sua feição substantiva) também é utilizado em nosso país na análise da constitucionalidade de normas jurídicas. Contudo, merece atenção o fato de que os tribunais utilizam ora o fundamento da *razoabilidade*, ora o da *proporcionalidade* para a concessão de medidas em respeito ao *substantive due process*, de modo que é importante identificar na doutrina a distinção entre os dois conceitos.

Gilmar Ferreira Mendes (1994, p. 469-475) publicou importante trabalho em que analisa a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Para o autor, não há dúvida de que os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade são semelhantes, porque “um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito)”.

Além disso, a conclusão que apresenta a respeito da argüição de inconstitucionalidade do art. 5º e seus parágrafos da Lei nº 8.713/93 leva-nos a concluir que, na opinião do autor, os conceitos são semelhantes (MENDES, 1994, p. 469):

“(…) o Supremo Tribunal Federal considerou que, ainda que o legislador pudesse estabelecer restrições ao direito dos partidos políticos de participar do processo eleitoral, a adoção de critério relacionado com fatos passados para limitar a atuação futura desses partidos parecia inadequada e, por conseguinte, desarrazoada. Essa

decisão consolida o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem a sua *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV).”

Caio Tácito (1996, p. 3) assevera que a Constituição Federal adotou o princípio da legalidade ao determinar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, querendo significar que a lei é vontade geral da nação, nascida da manifestação dos agentes delegados da sociedade – legitimados pelo mandato eletivo. Mas, para que tal poder não reste absoluto, a regra da separação dos poderes constitucionais submete os atos do Legislativo ao controle final do Poder Judiciário, para que leis contrárias à Constituição ou violadoras de direitos e liberdades sejam anuladas e destituídas de eficácia. Dessa forma, o princípio da legalidade ganhou aperfeiçoamento à medida que a vigilância a respeito da *finalidade da lei* passou a ser exigida.

Salienta o autor (TÁCITO, 1996, p. 3-4) que a jurisprudência francesa construiu a noção do desvio de poder ou desvio de finalidade como fundamento da declaração de nulidade de atos administrativos; a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana construiu, para conter abusos dessa natureza, o requisito do devido processo legal em sua dimensão substantiva, por intermédio do teste de racionalidade, e, a seguir, o padrão de razoabilidade para aferir a legalidade da legislação; o direito alemão adotou o princípio da proporcionalidade, ou princípio da proibição de excesso, para permitir ao intérprete aferir a compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais; e, na Espanha, também domina igual princípio.

Porém, embora saliente a variação de princípios adotados em tais ordenamentos, ao tratar do direito brasileiro, também eleva

ao mesmo significado as noções de proporcionalidade e razoabilidade. É certo que cita vários julgados de nossos tribunais, apontando para a utilização deste, daquele ou de ambos princípios, mas sempre manifesta-se no sentido de igualá-los. À guisa de conclusão, enfatiza:

“A Constituição de 1988 deu ênfase aos princípios éticos que lastreiam sua estrutura. (...) E incorpora ao quadro constitucional o princípio do devido processo legal como elementar à garantia da liberdade e do patrimônio (art. 5º, LIV). No curso de sua elaboração, o rol dos princípios reguladores da atividade da administração pública contemplava, a par daqueles que permaneceram no atual art. 37, o requisito da razoabilidade dos atos administrativos. (...) A rigor, o princípio da razoabilidade filia-se à regra da observância da finalidade da lei que, a seu turno, emana do princípio da legalidade. A noção de legalidade pressupõe a harmonia perfeita entre os meios e os fins, a comunhão entre o objeto e o resultado do ato jurídico. A vontade do legislador, como da autoridade administrativa, deve buscar a melhor solução e a menos onerosa para os direitos e liberdades, que compõem a cidadania. A atribuição ao Judiciário do controle das leis mediante o juízo de valor da proporcionalidade e da razoabilidade da norma legal não pretende substituir a vontade da lei pela vontade do juiz. Antes, porém, a este cabe pesquisar a fidelidade do ato legislativo aos objetivos essenciais da ordem jurídica, na busca da estabilidade entre o poder e a liberdade” (TÁCITO, 1996, p. 6-7).

Também encontramos a opinião de Carlos Roberto de Siqueira Castro (1989, p. 380-381) em seu valioso estudo sobre o devido processo legal e a razoabilidade das leis. Como claramente sugere o título de sua obra, o autor prefere o princípio da razoabilidade para explicar a utilização do devido processo legal em seu aspecto material no controle da constitucionalidade das leis⁶. Adverte o autor que o cânone da razoabilidade foi suprimido na fase de elaboração

da atual Constituição Federal e, embora tivesse pertinência direta com os atos administrativos (art. 37), a sua aplicação à generalidade das regras jurídicas seria resultado inafastável da interpretação extensiva e sistemática do dispositivo constitucional. Ainda que, por apego ao método literal e precário de interpretação das normas jurídicas, assim não se entendesse, restaria indubitável que o postulado da razoabilidade das leis deriva diretamente da aplicação do *substantive due process*, a ser empregado com criatividade e senso de justiça pelos órgãos responsáveis pela guarda à Constituição.

Critica o autor que, em face das “peripécias do debate constituinte”, se perdeu a oportunidade de se consagrar em matriz constitucional esse importante postulado para a idoneidade das manifestações do Poder Público. Por outro lado, salienta, acolheu-se no rol dos direitos fundamentais a garantia *mais abrangente e magnânima de todas as suas congêneres* – a cláusula do devido processo legal, nela incluída não só o *princípio da razoabilidade*, como a exigência de *motivação dos atos estatais* (CASTRO, 1989, p. 381).

Diferentemente se manifesta Raquel Denize Stumm (1995, p. 169), que encontra no princípio da proporcionalidade o substrato que justifica a aplicação do devido processo legal em sua feição material. Para a autora, pressupondo a existência de um Estado Federal e uma Constituição rígida, o Poder Judiciário atua na busca de dois objetivos principais: *a harmonização dos conflitos entre a União e os Estados-membros e a proteção das liberdades civis e dos direitos fundamentais ostentados por todos os destinatários do poder*.

Na trilha desse último objetivo, o devido processo legal substantivo apresenta-se como o instrumento de maior amplitude, por funcionar como limite à aplicação de atos normativos arbitrários e irracionais. Mas tal aplicação dá-se em decorrência da proporcionalidade, como quer a autora (STUMM, 1995, p. 173): “A fundamentação do princípio da proporcionalidade, no nosso sistema, é realizada pelo princípio constitucio-

nal expresso do devido processo legal. Importa aqui a sua ênfase substantiva, em que há a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados.”

Não obstante os avalizados posicionamentos, parece mais adequada a doutrina que vê nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade uma possível relação de intimidade, mas não uma coincidência que permita a utilização de ambos termos como sinônimos, sem maiores explicações. Ficamos com Willis Santiago Guerra Filho (1997, p. 25-26), que formulou uma útil distinção entre os dois princípios:

a) o *princípio da proporcionalidade* tem origem no direito público alemão e desobedece-lo significa ultrapassar irremediavelmente os limites do que as pessoas em geral considerariam aceitável, em termos jurídicos. É princípio com função negativa.

b) o *princípio da razoabilidade* tem origem anglo-saxônica e opera seus efeitos na medida em que pretende demarcar aqueles limites aceitáveis, indicando como nos mantermos dentro deles, mesmo quando não pareça *irrazoável* ir além. É princípio com função positiva, portanto.

Por isso mesmo, em conclusão, devemos entender que, embora distintos, o conteúdo de tais princípios os faz relacionados, de maneira indissolúvel, com o princípio da proporcionalidade, carregando em si a noção de razoabilidade, o que justifica a presença alternada de ambos os princípios na jurisprudência brasileira.

Fique claro, contudo, que a utilização de ambas as expressões, sem qualquer explicação, terá lugar apenas nas situações em que se possa dispensar o rigor científico, nas situações em que a menção a qualquer um dos princípios seja suficiente para demonstrar que se está diante de uma norma inconstitucional, ficando a distinção apresentada nos parágrafos anteriores para um segundo plano, pois, num ângulo mais amplo, tanto a proporcionalidade quanto a razoabilidade são subprincípios responsáveis

pela efetivação do devido processo legal em sua dimensão material.

Notas

¹ Já manifestamos nossa opinião – alinhada à de Cândido Dinamarco – de que o devido processo legal pode ser entendido como *cláusula de fechamento do sistema processual*, justamente porque possui um caráter sistemático, pois fecha o círculo de garantias constitucionais relativas ao processo, afirmando a indispensabilidade de todas elas e reafirmando a autoridade de cada uma, pois os princípios gerais do processo estão unidos entre si por um *entrelaçamento sistêmico* (Cf. MESQUITA, 2004. p. 84).

² O art. 2º da Lei exigia para o registro como corretor de imóveis, entre outros documentos: atestado de capacidade intelectual e profissional e de boa conduta, passado por órgão de representação legal da classe; folha corrida e atestado de bons antecedentes, fornecido pelas autoridades policiais das localidades onde houver residido nos últimos três anos; atestado de sanidade; atestado de vacinação antivariólica.

³ ADI 2667 MC-DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Celso de Mello – J. 19.06.2002.

⁴ RE 413.782/SC, RE 09.956/RS, RE 09.958/RS, RE 414.714/RS, RE 24.061/RS e RE 434.987/RS, somente para citarmos alguns exemplos.

⁵ Conseqüência lógica de entendimentos já consolidados: Súmula 70 – É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo; Súmula 323 – É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos; e Súmula 547 – Ao contribuinte em débito, não é lícito à autoridade proibir que adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

⁶ No mesmo sentido, Nelson Nery Júnior (1997, p. 35-38) e Augusto do Amaral Dergint (1994, p. 253-254).

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de inconstitucionalidade n. 855-2, Paraná, 1993. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário Oficial da Justiça da União*, Brasília, 1 out. 1993.

_____. _____. Ação declaratória de inconstitucionalidade n. 1.158, Amazonas, 1995. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário Oficial da Justiça da União*, Brasília, 26 maio 1995.

- _____. _____. Recurso especial n. 374.981, Rio Grande do Sul, 2005. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário Oficial da Justiça da União*, Brasília, 28 mar. 2005.
- _____. _____. Representação n. 930, Distrito Federal, maio 1976. Relator: Min. Rodrigues Alckmin. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 2 set. 1977.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- DERGINT, Augusto do Amaral. Aspecto material do devido processo legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 709, p. 249-255, nov. 1994.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: S. Fabris, 1999.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. O devido processo legal e a constituição brasileira de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 85, p. 175-180, jan./mar. 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 23, p. 469-475, dez. 1994.
- MESQUITA, Gil Ferreira de. *Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: J. Oliveira, 2003.
- _____. *Teoria geral do processo*. Uberlândia: IPEDI, 2004.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. O devido processo legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 748, p. 47-63, fev. 1998.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal: due process of law*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 335, p. 3-7, jul./set. 1996.