

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 35 • nº 140
outubro/dezembro – 1998

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Excesso de poder no exercício da função legislativa

GUSTAVO FERREIRA SANTOS

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Status jurídico dos princípios constitucionais. 3. O fundamento da idéia de limite à liberdade de conformação do legislador. 4. Instrumentos jurídicos de limitação à liberdade do legislador. 4.1. O desvio de poder legislativo. 4.2. O princípio da razoabilidade. 4.3. O princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso. 5. Conclusões.

1. Introdução

O Estado Moderno, herdeiro da crítica iluminista, evoluiu demasiadamente no último século. Entre outras mudanças, o Estado Liberal diluiu-se com a construção da legislação social e a inclusão desses direitos de novo tipo nos textos das Constituições, desaguando no que se convencionou chamar de Estado Social.

O “breve século XX”, na expressão usada por Hobsbawm, foi marcado por profundas transformações na sociedade política. Ao Estado foram apresentadas novas demandas, as quais só ele poderia solucionar. Superou-se a face individualista que o liberalismo clássico havia imposto à vida social até, aproximadamente, a primeira guerra mundial e o Estado foi obrigado a abandonar a letargia que o caracterizava, tendo que praticar uma intervenção mais visível na vida social¹.

Porém, um núcleo conceitual que liga o Estado moderno à defesa das liberdades não foi

¹Apesar da retomada de alguns lemas do liberalismo clássico, pela ideologia conhecida por neoliberalismo, a intervenção estatal continua, e tende a continuar, sendo reconhecida como inevitável, seja na tarefa de impor limites à atuação de forças econômicas, seja como prestador de serviços públicos essenciais.

superado, pelo contrário, apenas se complexificou. Somaram-se aos clássicos direitos “contra” a atuação estatal outros direitos a prestações do Estado.

O rol dos chamados direitos fundamentais se alargou, o que exigiu novos caminhos para os intérpretes da Constituição, que passaram a vê-la em sua especificidade. Nasceu uma hermenêutica constitucional destacada da atividade interpretativa comum. A complexidade dos textos constitucionais do nosso tempo, verdadeiros catálogos de princípios, exige elementos metodológicos próprios para a interpretação e aplicação de suas normas.

Cabe, ainda, ressaltar a necessidade de que a Constituição ocupe o lugar de destaque a ela reservado pelos estudos constitucionais contemporâneos. Faz-se mister a manifestação da “vontade de constituição” em todos os atores sociais, elemento essencial para a verificação da tão pretendida força normativa da constituição (Hesse).

Um tema que avulta na nova realidade dos estudos constitucionais, e que, ao nosso ver, pede urgente atenção em nosso país, é a aferição dos limites que impõe a Constituição à liberdade do legislador.

A atividade de legislar conhece alguns limites explícitos e outros limites implícitos. Seja dando conformação às normas constitucionais, seja restringindo propriamente direitos, o legislador se vê limitado por parâmetros encontrados no texto da Constituição. No presente momento, interessa-nos uma limitação implícita da atividade legislativa que entendemos ser inerente ao conceito hoje consensual de Estado. É o limite radicado na idéia da proibição do excesso.

Inquestionavelmente, ao legislador apresenta-se uma exigência de que, na sua atividade de concreção das normas constitucionais, busque reduzir os efeitos negativos que porventura seus atos possam causar aos chamados direitos fundamentais.

Neste trabalho, partindo de uma discussão sobre o grau de liberdade atribuído pela Constituição ao legislador ordinário, procuramos correlacionar três teorias que, a despeito de terem origens diversas, completam-se (às vezes confundem-se) na fixação de anteparos aos avanços do legislador no campo dos direitos fundamentais. Estudamos, pois, a aplicação do desvio de poder à atividade legislativa, a teoria do *due process of law* (com o princípio da razoabilidade) e, por fim, o princípio da proporcionalidade.

Antes, porém, abordamos, de forma sucinta, a questão da natureza jurídica dos princípios constitucionais, pois os limites à atividade do legislador adiante estudados se apresentam sob a forma de princípios.

2. *Status* jurídico dos princípios constitucionais

A posição dos princípios na topografia constitucional é de inegável destaque. A doutrina constitucional evoluiu, e continua a evoluir, no sentido de dar aos princípios um *status* privilegiado, uma capacidade cada vez maior de atuarem na solução dos conflitos que se apresentam frente ao ordenamento jurídico.

No passado, os princípios tinham uma posição de transcendência, não sendo considerados normas jurídicas. Eram, quando muito, referências a serem manipuladas na atividade de interpretação de alguma norma.

Sustentava-se que os princípios tinham uma generalidade que não lhes permitia incidir diretamente na realidade. Dos princípios não nasceriam direitos subjetivos, que apenas surgiriam quando o princípio fosse concretizado por algum ato normativo.

Superou a doutrina a concepção que diferenciava princípios e normas constitucionais. Tal entendimento constituía-se em limitação à concreta aplicação da Constituição. Hoje, reconhecem-se diferenças entre os chamados princípios gerais do direito, de caráter meramente descritivo e os princípios constitucionais positivados, de conteúdo normativo. Nesse sentido, os princípios são reconhecidos como verdadeiras normas jurídicas.

As normas jurídicas se apresentam, então, sob duas formas: ou como regras, ou como princípios. A sua diferenciação conceitual tem gerado polêmica, mas pode-se extrair do debate em torno do tema algumas proposições que apontam no sentido da solução do problema.

Eros Grau, sob a influência dos escritos de Ronald Dworkin, indica duas diferenças básicas entre as categorias de normas: a) as regras jurídicas, não comportando exceções, são aplicáveis de modo completo ou não são, de modo absoluto, não se passando o mesmo com os princípios; b) os princípios jurídicos possuem uma dimensão – a dimensão do peso ou importância – que não comparece nas normas jurídicas².

²A *ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 114.

Outro autor a teorizar sobre a diferença entre regras e princípios é o alemão Robert Alexy. Segundo ele, as regras e os princípios se distinguem pelo grau de generalidade, mais elevado no caso dos princípios. Os princípios, segundo sua teoria, são mandatos de otimização, cuja aplicação depende de determinadas possibilidades fáticas e jurídicas³.

Um momento da aplicação do direito no qual fica evidente a distinção entre regras e princípios é quando se verifica a colisão de direitos.

Quando duas ou mais regras aparentam estar em conflito, a solução é encontrada nos tradicionais critérios de solução de antinomias jurídicas. São três os critérios apresentados pela Teoria Geral do Direito para a eliminação das antinomias: o cronológico, no qual prevalece a norma posterior (*lex posterior derogat priori*); o hierárquico, que faz prevalecer a norma superior (*lex superior derogat inferiori*) e o da especialidade, que constitui o domínio da norma especial (*lex specialis derogat generali*)⁴. Em todos os critérios, a atividade tende a eliminar as regras que não resistem ao julgamento, aplicando-se apenas uma regra ao caso concreto.

Em relação aos princípios, inobstante o reconhecimento de seu *status* de norma jurídica, não é possível a utilização de tais critérios. Os princípios constitucionais não obedecem à lógica do tudo ou nada.

Diferentemente das regras, dois ou mais princípios podem-se compor e incidir sobre um mesmo fato. Ocorre que, na aplicação dos princípios, procede-se uma ponderação de valores, atuando los dois princípios no caso concreto, com pesos distintos, sem que um retire a validade do outro.

J.J. Gomes Canotilho⁵, em uma síntese conceitual da tendência ao reconhecimento da força normativa dos princípios, sugere alguns critérios para diferenciá-los das regras:

a) o *grau de abstração*: os princípios são normas com um grau de abstração mais elevado que as regras;

b) o *grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: as regras têm aplicação

direta, enquanto os princípios carecem de concretização;

c) o *caráter de fundamentalidade no sistema* das fontes do direito: os princípios têm papel fundamental no ordenamento, devido sua posição hierárquica no sistema das fontes e sua função estruturante dentro do sistema jurídico;

d) a *“proximidade” da idéia de direito*: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na “idéia de direito” (Larenz), enquanto as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente funcional;

e) a *natureza normogenética*: os princípios são fundamento das regras, estão na base ou constituem a *ratio* das regras jurídicas.

Dois questões devem ser esclarecidas, segundo o mesmo autor, no intuito de se superar a complexidade da distinção entre regras e princípios: 1) saber qual a função dos princípios (se têm função retórica ou argumentativa ou se são normas de conduta); 2) saber se existe só uma diferença de grau ou se há entre princípios e regras jurídicas uma diferenciação qualitativa.

Quanto à primeira questão, responde o consagrado constitucionalista que os princípios são multifuncionais. No tocante à segunda questão, responde que os princípios se diferenciam qualitativamente das regras jurídicas.

Tal diferenciação qualitativa se expressa nos seguintes aspectos: a) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos, enquanto as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência, que é ou não é cumprida. A convivência dos princípios é conflitual e eles coexistem. A convivência das regras é antinômica e elas se excluem; b) os princípios permitem o balanceamento de valores e de interesses consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. As regras não deixam espaço para outra solução, pois, se a regra tem validade, deve ser cumprida na exata medida (obedece à lógica do “tudo ou nada”); c) no conflito entre princípios, é possível a ponderação e a harmonização. Mas, é insustentável a validade simultânea de regras contraditórias; d) os princípios suscitam problemas de *validade e peso*. As regras colocam apenas a questão da validade⁶.

³Edilson Pereira de FARIAS, *Colisão de direitos*, p. 26.

⁴Norberto BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 91.

⁵*Direito constitucional*, p. 166.

⁶*Ob. Cit.*, p. 167.

3. O fundamento da idéia de limite à liberdade de conformação do legislador

As instituições modernas são alicerçadas na idéia do equilíbrio entre atuação estatal e preservação das liberdades. A crise do Estado Liberal, que sucumbiu por conta de suas próprias mazelas, ensinou-nos sobre o caráter inevitável e, muitas vezes, essencial da intervenção do Estado. Mas, por outro lado, as experiências totalitárias nos alertaram para a necessidade de preservação dos direitos do homem, que exigem o reconhecimento do seu valor universal.

A idéia de limitação do Poder Público é inerente ao processo que redundou na criação do Estado Moderno, a forma de sociedade política que marca o nosso tempo. O grande meio de veiculação dessa necessidade de controle foi a adoção do princípio da separação dos poderes, que permitiu a atribuição a diferentes corpos do exercício das três funções estatais, cada um dos “poderes” responsável, em certa medida, pelo controle do outro, em um sistema de freios e contrapesos.

O surgimento do chamado Estado Moderno foi resultado de um conjunto de movimentos, entre eles a reforma constante, o renascimento e a ilustração, que entravam em choque com os valores e as instituições do antigo regime. Max Weber, um dos mais lúcidos analistas do processo de modernização, chamou tal modificação na sociedade de racionalização.

A racionalização foi caracterizada por um desencantamento do mundo da vida. O fundamento espiritual cedeu lugar à razão. Uma razão que esquadrinha, calcula e, acima de tudo, normatiza. A racionalização foi marcada por uma exigência crescente de eficácia, mas, também, por uma autonomização de esferas de valores antes embutidas na religião, a saber: a ciência, a moral e a arte⁷. A dominação política passou, a partir desse momento, a ter um fundamento legal-racional, baseando-se as relações políticas na crença em normas objetivas coletivamente estabelecidas.

O processo histórico acima descrito promoveu, ainda, a autonomização do indivíduo, frente ao social, com um reconhecimento de um núcleo de direitos inatos, conforme sustentado inicialmente pelo revolucionário jusnaturalismo, direitos esses que aos poucos foram sendo positivados, exigindo proteção.

⁷Sérgio Paulo ROUANET, *Mal-estar na modernidade*, p. 121.

Norberto Bobbio chamou atenção para a radical transformação na relação entre Estado e cidadãos que o Estado Moderno operou:

“passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional”⁸.

A face mais visível dessa nova sociedade política é o conceito de Estado de Direito. Inicialmente ligado à necessidade de proteger o indivíduo do arbítrio estatal, tinha um conteúdo liberal. Em sua essência, o Estado de Direito veiculava o princípio da legalidade, o princípio da tripartição dos poderes estatais e o reconhecimento dos direitos individuais. Evoluiu tal conceito acompanhando a evolução do próprio Direito Constitucional. Hoje, vigora o conceito de Estado Democrático de Direito, abraçado pela Constituição brasileira, com conteúdo mais amplo, anexando à noção clássica de Estado de Direito exigências democráticas que não podem ser negligenciadas por um Estado Constitucional.

Uma característica do Estado de Direito se destaca, merecendo estudo à parte, em face de sua importância para as Constituições contemporâneas: o sistema dos direitos fundamentais. Os primeiros “direitos fundamentais” reconhecidos pelo Poder Público eram, antes de tudo, direitos individuais, como já referido neste texto. Tinham objetivo de proteger o indivíduo do poder arbitrário do próprio Estado.

Como se sabe, esses direitos fundamentais talhados pelo liberalismo tinham por fim preservar uma esfera da vida ao indivíduo, deixando-a livre da ação do Estado. Nessa categoria de direitos estavam o direito de propriedade, a liberdade de locomoção, a liberdade de imprensa etc.

A concepção liberal dos direitos fundamentais foi superada e incluíram-se nas Constituições, como resultado do desenvolvimento de outras exigências por parte da sociedade, direitos de natureza coletiva, que se valiam de uma teoria social. Rompeu-se a compreensão individualista, sendo reconhecidos direitos fundamentais que cabiam ao homem não mais isoladamente, mas como membro de coletividades. Passou-se, também, a considerar o indivíduo

⁸A *Era dos direitos*, p. 3.

titular de direitos a prestações do Estado, prevendo as constituições direitos econômicos, sociais e culturais.

Alguns autores falam em direitos fundamentais de primeira geração, os titularizados pelos indivíduos e oponíveis ao Estado, e direitos fundamentais de segunda geração, os direitos sociais, culturais, econômicos e os titularizados por coletividades. Há quem fale, como Karel Vasak e Etienne-R. Mbaya, em direitos de terceira geração, apoiados na idéia de fraternidade ou na de solidariedade, como o “direito ao desenvolvimento” do qual fala este segundo autor⁹.

Jorge Miranda indica algumas tendências atualmente verificadas no domínio dos direitos fundamentais, a saber:

“a diversificação do catálogo, muito para lá das declarações clássicas; a acentuação da dimensão objectiva dos direitos, como princípios básicos da ordem jurídica, sejam eles quais forem; a consideração do homem situado, traduzida na relevância dos grupos e das pessoas colectivas e na conexão com garantias institucionais; o reconhecimento de um conteúdo positivo, inclusive nos direitos de liberdade; a interferência não apenas do legislador mas também da Administração na concretização e na efetivação dos direitos; a complexidade de processos e de técnicas de regulamentação; a produção de efeitos não apenas verticais (frente ao Estado) mas também horizontais (em relação a particulares); o desenvolvimento dos meios de garantia e a sua ligação aos sistemas de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade”¹⁰.

A criação das leis é um dos momentos mais delicados do exercício das funções estatais. No momento em que estabelece as regras a serem seguidas por todos, o legislador adentra no campo da liberdade individual, muitas vezes limitando direitos, atingindo interesses. Nos deparamos, no curso de nossa investigação, com uma questão de inegável importância: tem o legislador liberdade de escolha no exercício de sua atividade? Ou o seu trabalho é apenas uma execução da Constituição?

Não nos interessam, pela inutilidade evidente, as respostas extremas. Não podemos aceitar

⁹Cf. Paulo BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 480-481.

¹⁰*Manual de direito constitucional*, p. 24.

uma posição que vê a tarefa do legislador como totalmente livre de condicionantes. Mas, por outro lado, não podemos tomar como verdadeira a visão segundo a qual o legislador é apenas um mero executor das tarefas já definidas pelo constituinte.

Não é possível, conforme magistralmente demonstrado por J. J. Gomes Canotilho na sua tese intitulada “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, transpor para o campo do Direito Constitucional a noção administrativa de discricionariedade.

A imprestabilidade da noção de discricionariedade ocorre, primordialmente, em função da especificidade da posição constitucional do legislador, que, pelo princípio democrático, teria assegurada uma liberdade de escolha além da que se atribui ao administrador.

Ressalte-se, ainda, que o princípio da legalidade exige do administrador que, mesmo no exercício do poder discricionário, submeta-se aos fins definidos na lei, apenas cuidando de escolher meios adequados aos fins. Já na atividade legislativa não há essa estrita vinculação aos fins, sendo dado ao legislador a possibilidade de também eleger, em várias ocasiões, fins a serem buscados.

Aceitamos a existência de uma liberdade de conformação do legislador, porém, mitigada, reconhecendo, também, que ao legislador são dirigidas exigências e limites. Não esqueçamos a advertência de J. J. Gomes Canotilho de que “a lei, no Estado de Direito Democrático-Constitucional, não é um ato livre dentro da constituição; é um acto, positiva e negativamente determinado pela lei fundamental”¹¹.

Fala-se em conformação de normas constitucionais, quando o legislador dá contornos à definição do preceito constitucional, aclarando seu sentido. Por outro lado, fala-se em verdadeira restrição de direitos quando, na atividade concretizadora, limita-se o âmbito de proteção desses direitos. Suzana Toledo Barros, analisando a atividade do legislador, leciona que

“uma lei não há que ser considerada restritiva se, objetivando aclarar o âmbito de proteção de um direito, venha expurgar uma conduta que a própria Constituição, por meio de uma interpretação sistemática, repele”,

¹¹*Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 244.

complementando a autora que

“as fronteiras entre restrição de direitos e simples conformação da norma constitucional só podem ser demarcadas por processo de interpretação, diante, pois, de uma situação concreta, constituindo a primeira questão a ser dirimida em sede de controle da constitucionalidade da lei tida como restritiva a direito fundamental”¹².

A Constituição não erige apenas limites materiais, proibindo o legislador de editar determinados atos, as chamadas determinantes negativas, mas, também, estabelece ordens, dirigindo a atividade legislativa, as chamadas determinantes positivas. Este segundo modelo de norma constitucional marca profundamente as constituições programáticas ou dirigentes.

O surgimento de formas de controle da constitucionalidade da omissão legislativa, além de indicar a existência de “direitos às normas”, confirma que a atividade legislativa é profundamente condicionada pela Constituição, que, em alguns casos, dirige uma ordem peremptória ao legislador.

Põe-se, por fim, o problema da densidade das normas constitucionais. Como é evidente, não há uma uniformidade na configuração dos preceitos constitucionais, existindo normas com grau de densidade elevado, trazendo já contornos precisos, enquanto há outras que são tão genéricas que exigem a mediação do trabalho do legislador para terem efetividade.

Diz-se possuir a norma *abertura* quando carece de definições mais aprofundadas e *densidade* quando já traz os elementos necessários à sua aplicação. É no magistério do já citado Professor J. J. Gomes Canotilho que encontramos de forma clara esses conceitos:

“a abertura de uma norma constitucional significa, sob o ponto de vista metódico, que ela comporta uma *delegação* relativa nos órgãos concretizadores; a *densidade*, por sua vez, aponta para a maior proximidade da norma constitucional relativamente aos seus efeitos e condições de aplicação”¹³.

A limitação do poder do legislador tem que ser operada por institutos jurídicos que se apresentem como critérios objetivos, evitando re-

¹²O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, p. 151.

¹³Direito constitucional, p. 189.

meter-nos a noções vagas, presas fáceis da subjetividade do intérprete e aplicador, tais como a idéia de “justiça” ou a exigência de “bom senso”.

Em nosso país, não há, ainda, uma tradição jurídica que fundamente a imposição de tais limitações; apesar de terem surgido, nos últimos tempos, obras doutrinárias a estudar o tema, especialmente sob a inspiração de experiências de outros países, não avançamos muito na matéria, havendo debilidade na apreciação jurisdicional dos limites. Comentando a teoria administrativista do desvio de poder adotada pelo Conselho de Estado francês, Victor Nunes Leal ensaia uma explicação sociológica para a questão:

“nossa concepção da divisão de poderes, lastreada pela tradição imperial da quase completa desproteção do indivíduo, em face dos atos administrativos ilegais ou abusivos, não comportaria tão extensa interferência dos órgãos jurisdicionais que constituem um poder autônomo na atividade dos órgãos administrativos, que pertencem a outro poder”¹⁴.

Desde o século passado, a necessidade de limite à atuação do Estado, presente na ideologia que construiu as instituições modernas, evoluiu qualitativamente, ultrapassando os muros da literalidade dos clássicos direitos do homem. As novas exigências passaram a manifestar-se na prática, como se verá a seguir, com a Suprema Corte norte-americana e o Conselho de Estado francês encetando controles da atuação estatal baseados no *due process of law* e no desvio de poder, respectivamente. Neste século, na Alemanha, desenvolveu-se outro princípio com a mesma preocupação: o princípio da proporcionalidade.

4. Instrumentos jurídicos de limitação à liberdade do legislador

4.1. O desvio de poder legislativo

A teoria do desvio de poder origina-se na França. Nasce a partir de postulados teóricos do Direito Administrativo. O contencioso administrativo no Conselho de Estado francês, a partir da primeira metade do século passado, avançou sobre os chamados “atos de império”, que antes não eram passíveis de controle. Cons-

¹⁴Apud José CRETELLA JÚNIOR, *Desvio de poder na administração pública*, p. 30.

tatava-se, naquele momento, que haviam elementos regradados mesmo nos atos discricionários, elementos esses que poderiam ser objeto de fiscalização.

Em uma mudança na jurisprudência do Conselho de Estado, surgiu um recurso chamado de “excesso de poder” para controlar os atos de autoridades públicas em alguns aspectos. No início, o recurso controlava o vício de incompetência do órgão de onde emanava o ato, passando, em pouco tempo, a alcançar, também, o vício de forma. Eduardo García de Enterría afirma ter sido a técnica do desvio de poder

“a terceira via de penetração na esfera isenta da discricionariedade: a liberdade de decisão conferida ao órgão não o autoriza a afastar-se do fim em consideração ao qual a potestade se outorgou”¹⁵.

A técnica do desvio de poder serve como critério a controlar o chamado mérito do ato administrativo, que se apresenta quando há a utilização do poder discricionário pelo administrador. Segundo Seabra Fagundes, o mérito do ato administrativo “se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concerne ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos”. O mesmo autor complementa:

“ao ângulo do merecimento, não se diz que o ato é ilegal ou legal, senão que é ou que não é o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor do que outro. E por isto é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, como um aspecto do ato administrativo, relativo à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à finalidade, aos princípios da boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal”¹⁶.

Tal postulado teórico, portanto, sustenta que não devem ser reputados válidos os atos administrativos editados com finalidade distinta daquela estabelecida pela regra de competência que atribui o poder à autoridade. Fulmina os atos editados com finalidade outra que não aquela que aparenta buscar.

Na definição de André de Laubadère,

“há desvio de poder quando uma autoridade administrativa cumpre um ato de

¹⁵Curso de direito administrativo, p. 400.

¹⁶Apud Maria Sylvania Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 180.

sua competência mas em vista de fim diverso daquele para o qual o ato poderia legalmente ser cumprido”¹⁷.

Apesar das evidentes diferenças entre a atividade administrativa e a atividade legiferante, posteriormente houve a transposição da idéia do desvio de poder para o campo do controle dos atos legislativos. Caio Tácito nos ensina que a idéia de aplicar a teoria do desvio de poder à análise constitucional foi pioneiramente sustentada por Santi Romano¹⁸.

O que fundamenta a migração do direito administrativo para o campo do direito constitucional é a constatação de que, tal qual a atividade administrativa, a atividade legiferante é finalística, havendo, portanto, a possibilidade de se controlar o ato legislativo, cotejando a sua finalidade com a regra de competência que atribuiu o poder ao órgão legislativo e outras normas constitucionais pertinentes à matéria.

Na França, não avançou muito sobre a matéria, em razão da especificidade do controle francês da constitucionalidade das leis, que, por ser um controle político e não judicial, limitou a aplicação da teoria do desvio de poder sobre a atividade do legislador.

No Brasil, registra-se, já há algum tempo, a aplicação pelo Poder Judiciário da teoria do desvio de poder legislativo em sede de controle de constitucionalidade das leis.

Em 1951, o Ministro Orozimbo Nonato, do Supremo Tribunal Federal, sustentou que, com base na caracterização do desvio de poder, era inconstitucional uma lei que estabelecia, na cidade de Santos-SP, imposto de licença sobre as cabines de banho, pois, segundo seu entendimento, “o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir”¹⁹.

Em decisão de agosto de 1967, cujo relator era o Ministro Prado Kelly, o Supremo considerou inconstitucional dispositivo que buscava, no bojo de uma lei de organização judiciária, beneficiar apenas um serventuário, sob o argumento de que não obedecia ao escopo do interesse público²⁰.

O principal problema da aplicação da teoria do desvio do poder legislativo está na dificul-

¹⁷Apud Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 56.

¹⁸Desvio de poder legislativo, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1: 67.

¹⁹Cf. Suzana Toledo BARROS, p. 99.

²⁰Cf. Caio TÁCITO, *ob.cit.*, p. 66.

dade, já anteriormente referida, de se aplicar ao Direito Constitucional conceitos próprios do Direito Administrativo, como por exemplo a noção de discricionariedade, essencial a esta teoria.

A atividade do legislador não está tão vinculada a fins como a atividade do administrador, sendo que, em muitos momentos, ao legislador se apresentam apenas os “fins últimos” definidos pela Constituição, não havendo, para o ato concreto a ser editado, uma finalidade específica definida pelo Constituinte, sendo-lhe dado definir os fins.

Em alguns casos, não se caracterizará o desvio de poder, apesar de ser possível notar-se a irrazoabilidade ou a desproporcionalidade da medida. Isso ocorrerá quando o legislador, perseguindo o fim definido pelo Constituinte, tomar medida de eficácia duvidosa ou que prejudique direito cuja proteção se afigure, no caso concreto, mais importante do que o direito que a medida legislativa visa proteger.

4.2. O princípio da razoabilidade

O princípio da razoabilidade tem suas origens ligadas ao desenvolvimento da doutrina do *due process of law*, de matriz anglo-saxã. Apesar de sua origem remeter-se a preceitos da *Magna Carta*, de 1215, foi a *práxis* constitucional da Suprema Corte norte-americana que delineou o chamado devido processo legal e com ele o princípio da razoabilidade.

A evolução de uma noção meramente procedimental do *due process of law*, que marcou o seu nascedouro, para uma noção substantiva, hoje reconhecida, não foi tranqüila. Essa trajetória da jurisprudência da Suprema Corte em torno da cláusula do devido processo legal pode ser dividida em três fases nitidamente distintas²¹.

Uma primeira fase, que vai de 1835 a 1890, foi caracterizada por sua natureza adjetiva, processual. Reconhecia-se, nessa fase, o direito a um procedimento regular. Consagraram-se as garantias processuais do contraditório e da ampla defesa.

No final do século passado, nota-se a extra-polação do campo processual para uma prática de verificação dos fundamentos de justiça na decisão do legislador. Inaugura-se uma segun-

²¹Aqui utilizamos os marcos temporais apresentados por Raquel Denize STUM, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, p. 153.

da fase do desenvolvimento do devido processo legal, que persiste até 1935²².

O controle da “razoabilidade” das normas era feito sob o pretexto de proteger os direitos individuais. Visava, principalmente, a defesa do direito de propriedade e da liberdade contratual, numa clara indicação de que a ideologia econômica que guiava as decisões era o liberalismo, do *laissez-faire laissez-passer*.

Nesse período histórico, em que o mundo conhecia a emergência da legislação social, o governo norte-americano teve dificuldade de estabelecer certos direitos trabalhistas, em virtude da resistência da Suprema Corte, que invocava o princípio da razoabilidade na defesa da liberdade de contrato e declarava a inconstitucionalidade de medidas como a que estabelecia uma jornada máxima de trabalho. Várias decisões reconheciam a inconstitucionalidade de atos normativos sob o fundamento de violação ao conteúdo substancial da cláusula do devido processo legal, tendendo, a maioria das decisões, a um subjetivismo, o que rendeu ensejo às mais diversas críticas²³.

Alguns autores referem-se a esse período como sendo o do “governo dos juizes”, em referência ao grande número de decisões atinentes ao mérito de decisões de governo, decisões essas, como já falado, baseadas em critérios subjetivos.

A política do *New Deal*, do presidente Roosevelt, foi decisiva na superação dessa fase histórica, acabando por consolidar mudanças estruturais, exigidas pelo capitalismo de então, consagrando o intervencionismo estatal e o chamado Estado do Bem-Estar²⁴.

Uma terceira fase na história da aplicação da doutrina do *due process of law* pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que vem de 1937

²² “Após alguns ensaios de aplicação do *substantive due process*, a Corte finalmente invalidou, por inconstitucional, uma lei estadual que impedia que os residentes de Louisiana contratassem seguros de seus bens com empresas de fora do Estado. A decisão que melhor simbolizou esse período, todavia, foi proferida em *Lochner vs. New York*, onde, em nome da liberdade de contrato, considerou-se inconstitucional uma lei de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros”. Luís Roberto BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 201.

²³Cfr. Suzana de Toledo BARROS. *ob. cit.*, p. 58-61.

²⁴Raquel Denize STUM, *Ob. Cit.*, p. 157.

aos dias atuais, é caracterizada pela restrição do seu uso a contextos não econômicos, o que inclui a liberdade de expressão, a liberdade de culto, o direito à imagem, o direito à privacidade, entre outros direitos.

Trata, pois, o princípio da razoabilidade de uma exigência dirigida ao legislador no sentido de que, ao limitar direitos individuais, seja procedida uma verificação da legitimidade dos fins da medida adotada. Com isso, abre-se ao Poder Judiciário a possibilidade de examinar o mérito do ato legislativo, procedendo um julgamento valorativo, com o intuito declarado de preservar, o quanto possível, as liberdades individuais franqueadas pela Constituição.

Há uma dificuldade concreta em definir a razoabilidade, que vem do caráter amplo do *due process*. A própria Suprema Corte dos Estados Unidos, em mais de uma oportunidade, reconheceu essa dificuldade. No julgamento do caso *Solesbee vs. Balkcon*, o Juiz Felix Frankfurter afirmou que “*due process of law* é aquilo que diz respeito às mais profundas noções do que é imparcial, reto e justo”²⁵.

Em um esforço teórico de sistematização da matéria, Luís Roberto Barroso apresentou uma definição bastante rica, segundo a qual

“o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”.

Afirmando que tal princípio é mais fácil de ser sentido do que conceituado, asseverou que ele “se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva”. Por fim, o referido constitucionalista arremata:

“é *razoável* o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”²⁶.

No Brasil, a Constituição adota a cláusula do devido processo legal, enunciada entre os direitos fundamentais. Sua principal aplicação prática, porém, tem sido no campo do direito processual. Isso não significa, entretanto, que

não se tenha projetado aqui a noção substantiva do instituto.

Apesar da forte influência norte-americana na formação de nosso direito constitucional, especialmente por meio dos institutos do federalismo e do controle judicial de controle da constitucionalidade das leis, não avançamos muito no entendimento dessa faceta material da cláusula do devido processo legal, diferentemente da Argentina, que já consolidou o princípio da razoabilidade em seu sistema constitucional.

O princípio da razoabilidade é reconhecido pelos doutrinadores e pela jurisprudência nacionais. No campo doutrinário, a mais freqüente referência está no Direito Administrativo, em que o princípio tem a função de balizar a atividade discricionária do administrador. Weida Zancaner, administrativista paulista, alerta-nos que o princípio da razoabilidade “exige, simplesmente, que a Administração Pública no exercício da atuação discricionária seja racional, equilibrada, sensata e de modo compatível com o bem jurídico que ela pretende curar”²⁷.

O princípio da razoabilidade, em sua aplicação à atividade administrativa, tem, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, fundamento nos mesmos preceitos constitucionais que dão base aos princípios da legalidade e da finalidade, ou seja, os arts. 5º, II e LXIX, 37 e 84 da nossa Carta Magna²⁸.

Na jurisprudência, apesar de mais freqüentemente tratar de temas administrativos, há decisões que se referem ao princípio no exercício do controle da constitucionalidade das leis.

A principal crítica dirigida ao uso do princípio da razoabilidade associa o *substantive due process of law* ao chamado “governo dos juizes”, alertando para a possível reedição dos fatos que marcaram um período da história judicial dos Estados Unidos de recordação não muito boa.

Mas, o subjetivismo pode ser substituído, e o tem sido pelos autores que tratam do problema, por uma aplicação cuidadosa das noções de equilíbrio e moderação. Não é tarefa difícil estabelecer um conceito comum de “ato arbitrário” a servir de parâmetro negativo a ser imposto ao Estado. Mas, por outro lado, só a reiterada aplicação do critério pode dar ao conceito as características de objetividade de que ele necessita.

²⁵Apud Adhemar Ferreira MACIEL, *Due process of law*, *Revista de Informação Legislativa*, n. 124: 97.

²⁶ob. cit., p. 204.

²⁷Razoabilidade e moralidade na Constituição de 1988, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 2: 209.

²⁸Ob.Cit., p. 55.

4.3. O princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso

O princípio da proporcionalidade, também conhecido por princípio da proibição do excesso, manifestou-se primeiramente, ainda sem a forma hoje conhecida, na Suíça²⁹. Apesar disso, esse princípio tem no direito constitucional alemão o seu principal espaço de aplicação. Sua noção mais aceita na atualidade foi construída a partir de indicadores formulados pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.

No século passado, já eram registradas, na Alemanha, as idéias que baseariam o entendimento hoje existente de proporcionalidade. Jellinek, em 1791, advertia que “o Estado somente pode limitar com legitimidade a liberdade do indivíduo na medida em que isso for necessário à liberdade e à segurança de todos”³⁰.

Porém, somente neste século, no segundo pós-guerra, é que o princípio da proporcionalidade ganha força, com a sua adoção pelo Tribunal Constitucional Federal alemão.

A experiência do regime implantado pelo Partido Nacional-Socialista mostrou não ser suficiente a previsão de um complexo catálogo de direitos fundamentais em uma Carta Política, como o que havia sido editado na Constituição de Weimar.

Após um período de certa indefinição conceitual, a referida Corte estabeleceu, em decisão de março de 1971, o seguinte *standard*:

“o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental³¹”.

Com o tempo, a jurisprudência iria evoluir para o entendimento segundo o qual o princípio da proporcionalidade tem uma estrutura complexa, sendo ele formado por três subprincípios, a saber: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, como forma de averiguar a constitucionalidade ou não de determinada medida legislativa, exige que sejam manipulados os três subprincípios sucessivamente, como um verdadeiro “teste” da proporcionalidade entre o meio escolhido pelo legislador e o fim que alega buscar.

O princípio da adequação é o primeiro passo na aferição da constitucionalidade da lei frente ao princípio da proporcionalidade. Indaga tal subprincípio se a medida é adequada à obtenção do fim que o legislador pretende atingir.

O segundo passo é a aplicação do princípio da necessidade. Nele reside a exigência de que o legislador não pode tomar medida restritiva de direito fundamental se existem outras medidas menos gravosas que podem ser adotadas. Havendo, assim, meio mais idôneo para a consecução do fim pretendido, não se justifica a adoção da medida restritiva.

Nesse momento da aplicação do princípio da proporcionalidade, o juiz deve indicar qual é o meio mais adequado ao fim. Na lição de Raquel Denize Stumm,

“a opção feita pelo legislador ou o executivo deve ser passível de prova no sentido de ter sido a melhor e única possibilidade viável para a obtenção de certos fins e de menor custo ao indivíduo”³².

Por fim, há o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que cuida da ponderação entre direitos, bens ou interesses. Em via de regra, uma medida legislativa visa proteger determinados direitos, bens ou interesses. Ocorre que, ao incidir na realidade, a medida, por via oblíqua, acaba por atingir outros direitos, bens ou interesses constitucionalmente protegidos, limitando-os. Apresenta-se, nesse caso, uma colisão de direitos, que se resolve pela ponderação de valores. Caso seja constatada a precedência, no caso concreto, dos direitos a serem limitados, não deve prevalecer a medida, por desproporcional, devendo ser declarada a sua inconstitucionalidade.

Suzana Toledo Barros afirma, para a clarificação dos conceitos, que

“a diferença básica entre o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito está, portanto, no fato de que o primeiro cuida de uma otimização com relação a possibilidades fáticas, enquanto este envolve

²⁹Cfr. Paulo BONAVIDES, ob.cit., p. 332.

³⁰*Idem*, p. 328.

³¹*Idem*, p. 330.

³²*Ob. Cit*, p. 79.

apenas a otimização de possibilidades jurídicas”³³.

A “sede material” do princípio da proporcionalidade está nos direitos fundamentais, que clamam por uma proteção efetiva, e no conceito de Estado de Direito. Assim, conclui-se que, na aplicação da nossa Carta Política, podemos invocar o princípio da proporcionalidade, por fundar-se tal princípio em institutos por ela adotados.

Na jurisdição constitucional em nosso país, não houve, ainda, um desenvolvimento do conceito de proporcionalidade a ensejar uma aplicação tão ampla como a que esse princípio conhece no direito alemão. Apesar disso, já existem decisões referindo-se ao princípio quando declara o Supremo a inconstitucionalidade de dispositivo legal.

Ainda se verifica, nessas decisões, uma certa confusão, às vezes uma identificação completa, com o princípio da razoabilidade. Em decisão de 1993, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de lei do Estado do Paraná, sob a alegação de ofensa ao princípio da “proporcionalidade e razoabilidade das leis”. Vejamos a redação da ementa:

Ementa – Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e paras., 25 e par. 2, 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 a economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida” (Reqte: Confederação Nacional do Comércio. Reqdos: Governador do Estado do Paraná e Assembléia Legislativa do Estado do Paraná).

Como se nota, não há, ainda, um grau de sistematização a permitir que, objetivamente, conheça-se o alcance do princípio. Não queremos, com isso, pregar a transposição acrítica ao direito nacional da doutrina germânica reconhecida dos subprincípios do princípio da

proporcionalidade. Apenas constatamos que, apesar de já introduzido em nosso meio, necessita ser tratado com atenção pela doutrina e pela jurisprudência para, em conformidade com nosso sistema constitucional, conferir-se a tal princípio uma feição mais concreta que lhe dê efetivas condições de aplicação.

Diversos países, sob influência do constitucionalismo tedesco, já conhecem e adotam o princípio da proporcionalidade como princípio de direito positivo constitucional, destacando-se, neste rol, Portugal e Espanha.

Consideramos que, entre os três critérios aqui estudados, o princípio da proporcionalidade é o que melhor cumpre a tarefa de limitar a liberdade de conformação do legislador.

O princípio da proporcionalidade, com os seus subprincípios, mostra-se compatível com o conceito de Robert Alexy, já citado neste trabalho, segundo o qual os princípios são mandatos de otimização, pois o critério da proporcionalidade auxilia no momento em que o intérprete deve aquilatar o alcance da norma enunciada nos princípios. Assim, é grande a sua importância na interpretação especificamente constitucional³⁴.

Sobre a relevância do princípio da proporcionalidade, Paulo Bonavides afirma que a sua aplicação ao Direito Constitucional é

“tão revolucionária e tão importante quanto a da Tópica há algumas décadas na esfera da Teoria do Direito e dos métodos interpretativos, graças a ela, largamente renovados e reavaliados”³⁵.

5. Conclusões

1. A idéia de limitação do poder é inerente ao Estado Moderno, especialmente à versão mais atual de Estado Democrático de Direito, justificando-se positivamente a imposição, ao legislador, de exigências quanto ao equilíbrio entre meios e fins no exercício de suas funções.

2. Os princípios constitucionais se apresentam como normas juridicamente vinculantes, sendo mandatos de otimização (Alexy). As Constituições contemporâneas são verdadeiros catálogos de princípios, sendo essa a forma como

³⁴Cf. Inocêncio Mártires COELHO, *Interpretação constitucional*, e Márcia Haydée Porto de CARVALHO, *Hermenêutica constitucional*.

³⁵*Ob.Cit.* p.320.

³³*Ob.Cit.*, p. 81.

se apresenta, no mundo jurídico, a maioria dos direitos fundamentais.

3. A teoria do desvio de poder se aplica à atividade legislativa que é, assim como a administrativa, finalística, mas enfrenta problemas práticos em virtude da imprestabilidade para o direito constitucional de alguns conceitos próprios do direito administrativo, fundamentais para a noção de desvio de poder, como, por exemplo, o conceito de discricionariedade.

4. O princípio da razoabilidade pode ser deduzido do texto da Constituição brasileira, que enuncia a cláusula do *due process of law*, necessitando, porém, de definições mais claras a respeito do seu conteúdo, pois a análise entre meios e fins fundada em uma noção de justiça pode redundar em decisões judiciais subjetivamente marcadas pelo aplicador da Constituição, sendo a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, especialmente na fase atual que aplica o princípio da razoabilidade a contextos não econômicos, uma importante fonte inspiradora.

5. O princípio da proporcionalidade, em virtude do grau de objetividade alcançado na doutrina e na prática da Corte Constitucional da Alemanha, é o instrumento, entre os referidos neste texto, que mais se adequa às necessidades constatadas de limitação da liberdade do legislador. Ainda avulta a sua importância como cânone da interpretação constitucional dos princípios, entendidos como mandatos de otimização, pois seus subprincípios da necessidade e da adequação “testam” as circunstâncias de fato e de direito às quais se remetem os princípios.

Bibliografia

- BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB; São Paulo: Polis, 1989.
- . *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- . *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Hermenêutica constitucional*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *O “desvio de poder” na administração pública*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1995.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de & FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: RT, 1990.
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón & ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: RT, 1990.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1991.
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. *Due process of law*. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 124, p. 95-100, Out./dez. 1994.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. V. IV. Coimbra: Coimbra, 1988.
- MOREIRA, Vital & CANOTILHO, J. J. Gomes. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- TÁCITO, Caio. *Desvio de poder legislativo*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, v. 1, p. 62-68, 1993.
- STUM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995;
- ZANCANER, Weida. *Razoabilidade e moralidade na Constituição de 1988*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, v. 2, p. 205-210, 1993.

*Notas bibliográficas conforme original.