

## PROCESSO LEGISLATIVO

Fábio Alexandre Coelho

1ª edição, 2007.

EDITORA JUAREZ DE OLIVEIRA LTDA.  
Editor responsável: *Juarez de Oliveira*  
Capa: *Erico Paulin Gabriel*

CIP BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE  
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

C616p

Coelho, Fábio Alexandre, 1970-  
Processo legislativo / Fábio Alexandre Coelho. – São Paulo: Editora Juarez de  
Oliveira, 2007.

432 p.; 16x23cm.

Inclui bibliografia  
ISBN 978-85-7453-613-2

1. Poder legislativo – Brasil. 2. Legislação – Brasil. 3. Prática parlamentar – Brasil.  
I. Título.

06-4490

CDU 342.52(81)

EDITORA JUAREZ DE OLIVEIRA LTDA  
Rua Conselheiro Furtado, 648, 1º andar – Liberdade  
São Paulo/SP – CEP 01511-000 – Telefax: (11) 3399-3663  
[www.juarezdeoliveira.com.br](http://www.juarezdeoliveira.com.br)  
e-mail: [editora@juarezdeoliveira.com.br](mailto:editora@juarezdeoliveira.com.br)

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução total ou parcial,  
por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos,

*Dedicatória*

*É livro é dedicado ao Professor Wagner Balera,  
a quem agradeço imensamente pela sugestão do tema,  
pelo auxílio na elaboração do texto e, sobretudo,*

de poderes; direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º) –, somos levados a concluir que somente podem ser consideradas limitações materiais as que são indicadas expressamente, bem como as que impedem a supressão do próprio dispositivo que versa sobre as restrições à modificação ou se ligam diretamente à supremacia da Constituição.

Realmente, a indicação de outros limites, salvo as hipóteses expressamente previstas, bem como as situações em que está efetivamente implícita a garantia, representaria restrição ao poder constituinte derivado fora dos casos previstos pelo legislador constituinte originário, significando, particularmente, ofensa ao poder inerente à atividade legislativa, voltada para a emanção de comandos normativos que inovam a ordem jurídica para adequá-la às novas situações. Portanto, tendo em vista as limitações materiais e formais, e observados os contornos impostos, é que deve ser exercida a atividade legislativa.

### 21.3. A relação entre limites e Constituição

O fundamento para a imposição de limites ao poder constituinte derivado é a doutrina da *superlegalidade e supremacia* da Constituição. Sob a ótica da superlegalidade, afirma-se que a Constituição situa-se acima das demais leis, em consonância com as idéias de unidade e ordenação das normas jurídicas e de acordo com o exposto na pirâmide hierárquica descrita por Kelsen, ocupando o vértice da ordem jurídica interna. No que se refere à supremacia, é decorrência da posição ocupada pelas normas jurídicas no ordenamento jurídico interno. De fato, a Constituição é suprema por se encontrar no ápice do ordenamento jurídico e impor juridicamente seus comandos às demais normas. Desse modo, os limites jurídicos impostos pela Constituição não se colocam simplesmente como domínios opcionais da lei. Ao contrário, são obrigatórios e seu cumprimento é vigiado pelos órgãos jurisdicionais.

Nas duas hipóteses – manutenção da superlegalidade e supremacia – o controle visa a impedir que a confiança na lei e no legislador desapareça, fazendo com que a lei seja utilizada como mecanismo para a opressão e domínio de facções que defendam idéias, interesses ou programas próprios<sup>9</sup>.

A importância dos limites constarem do texto constitucional deriva do fato de a Constituição dispor a respeito do conjunto de normas referentes às decisões políticas fundamentais. Desse modo, a Constituição acaba, mesmo que indiretamente, fortalecendo os limites. Portanto, quando sustentamos a obrigatoriedade das normas constitucionais que fixam limites formais ao processo legislativo não queremos pura e simplesmente assegurar a forma em si mesma, mas sim a supremacia da Constituição, pois as formas também significam juízo de valor do constituinte originário, além de expressarem a forma de exercício da democracia representativa.

<sup>9</sup> Manuel Afonso Vaz. *A Lei e Reserva da Lei: a causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 506.

## 22. O DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO

SUMÁRIO: 22.1. A origem da garantia. 22.2. O devido processo formal. 22.3. O devido processo material. 22.4. Alcance da garantia. 22.5. Princípios do processo legislativo e devido processo legal.

### 22.1. A origem da garantia

A origem do princípio do devido processo legal liga-se à Magna Carta, outorgada em 1215, por João Sem Terra, em razão de pressão dos barões ingleses, que postularam o reconhecimento de direitos. Esse documento, também chamado de *Magna Carta Libertatum*, observou o art. 29 dos Artigos dos Barões, que foram apresentados inicialmente ao Rei João Sem Terra para que houvesse a concessão de direitos aos súditos ingleses. Esse artigo dispunha: *Que não se tome o corpo de um homem livre; que não seja preso, exbulhado ou banido ou exilado nem destruído de qualquer maneira, nem que o rei o obrigue pela força, exceto pelo julgamento de seus pares e pelas leis da terra*. Transportado para a Carta Magna, passou a ser o art. 39 e ganhou a seguinte redação: *Nenhum homem livre será preso ou detido em prisão ou privado de suas terras ou posto fora da lei ou banido ou de qualquer maneira molestado; e não procederemos contra ele, nem o faremos vir a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra*.

A função do artigo citado, assim como os demais dispositivos da Carta Magna, era limitar o poder real através de sua sujeição à lei. Esse documento, por sinal, é considerado a base dos direitos civis e políticos. No entanto, inicialmente o art. 39 era considerado apenas uma garantia processual, através da qual se procurava assegurar a regularidade do processo penal, o que ocorreria através da instituição de regras que visavam assegurar o julgamento imparcial e a aplicação da lei da localidade, pois na oportunidade havia uma pluralidade de leis no reino<sup>1</sup> e as condutas muitas vezes eram julgadas com base em leis que não eram sequer de conhecimento dos acusados.

O desenvolvimento do princípio do devido processo legal ocorreu nos Estados Unidos após o advento da 5ª e da 14ª emendas à Constituição Americana. A 5ª Emenda, que faz parte da Declaração de Direitos (primeiras nove emendas à Constituição

<sup>1</sup> “Nos séculos XII e XIII em particular, o soberano destinava freqüentemente a legislação não a todo o país, mas a certas cidades, vilas ou grupos delas. Isso era feito regularmente, na forma de uma carta ou privilégio local, freqüentemente através da solicitação das partes interessadas. Às vezes era contra a vontade delas (o chamado *mouvais privilège*)”. R. C. van Caenegem. *Uma introdução histórica do direito privado*, p. 126.

americana), salientou que nenhuma pessoa pode ser privada da vida, da liberdade e da propriedade sem o devido processo legal. A 14ª Emenda, incluída em 1868, dispõe, no item 1, que todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bem sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

A 14ª Emenda, ao impor aos Estados as garantias processuais previstas na 5ª emenda, acabou abrindo margem para o controle material das leis. Vejamos, então, como se deu, no direito americano, a passagem da garantia, inicialmente, formal para material. No início, a cláusula do devido processo legal, com a feição formal, referia-se "apenas a garantias de natureza processual propriamente ditas, relativas ao direito a *orderly proceedings*, procedimentos ordenados por princípios como, no campo processual penal, a proibição de *bill of attainder* (ato legislativo que importa considerar alguém culpado pela prática de crime sem a precedência de um processo e julgamento regular em que lhe seja assegurada ampla defesa) e de leis retroativas (*ex post facto law*), além da vedação de auto-incriminação forçada (*self incrimination*), do julgamento duas vezes pelo mesmo fato (*double jeopardy*) e do direito à ampla defesa e ao contraditório<sup>2</sup>".

Na fase inicial, a proteção conferida pelo princípio do devido processo legal estava vinculada ao campo penal, a exemplo da origem inglesa. A evolução da cláusula, ainda no aspecto formal, implicou na ampliação de seu campo de abrangência, alcançando o processo civil e o trabalhista. Com isto, também nestes casos se tornou obrigatória a observância do contraditório e da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, da publicidade dos julgamentos etc. Portanto, essa primeira fase é caracterizada pelo fato de que se buscava assegurar a regularidade formal do processo. Sendo assim, não havia, no início, qualquer controle sobre o conteúdo dos atos do Poder Público, em especial do Poder Legislativo, sob o ângulo material.

Da mesma forma, em suas primeiras manifestações a Suprema Corte americana aplicava o princípio do devido processo legal no sentido meramente formal ou processualístico (*procedural due process*). De fato, o aspecto material, ou substantivo, não era objeto de indagação nas apreciações de constitucionalidade feitas pela Suprema Corte. Aliás, essa forma de interpretação importava na adoção da tese de que a 14ª Emenda limitava-se a estender a todas as pessoas nascidas nos Estados Unidos, independentemente da cor ou origem, todos os direitos e imunidades inerentes à condição de cidadão, dentre os quais a capacidade civil e o poder de requerer em juízo utilizando um processo regular e justo (*orderly proceeding*)<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Geraldo Brindeiro, *O Devido Processo Legal e o Estado Democrático de Direito*.

<sup>3</sup> Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, n. 49.

A mudança de entendimento da Suprema Corte a respeito do devido processo legal ocorreu a partir de 1890, quando a cláusula do *due process of law* adquiriu, em decorrência de construção jurisprudencial (*construction*), o sentido de proteção substancial dos direitos e liberdades civis previstos no *Bill of Rights*. Desta forma, critérios de razoabilidade (*reasonableness*) passaram a orientar a proteção dos direitos fundamentais, afastando, assim, ações irrazoáveis e arbitrárias (*protection from arbitrary and unreasonable action*)<sup>4</sup>. Com isso, a validade do ato legislativo deixou de ser considerada apenas sob a ótica formal. Dessa maneira, a partir de então, entendeu-se que para controlar a constitucionalidade das leis não bastaria a análise formal. Ao contrário, a aplicação do princípio do devido processo legal sob a ótica material surgiu para opor-se ao controle meramente formal, considerado inoperante para limitar o arbítrio legislativo, pois a simples observância dos aspectos formais era num primeiro momento o que bastava para que se considerasse respeitado o princípio<sup>5</sup>.

A participação da Suprema Corte americana na transformação da garantia de apelas formal para também substancial ocorreu em razão do aumento da atividade legislativa dos Estados americanos, que buscaram, na segunda metade do século XIX, regulamentar a atividade industrial. Com isso, as corporações prejudicadas passaram a invocar em juízo a proteção do direito de propriedade com fundamento na 14ª Emenda. Ao apreciar esses conflitos, a Suprema Corte considerou que a análise da constitucionalidade das leis liga-se também a sua razoabilidade, o que levou a uma nova apreciação do tema. Desta forma, uma lei que limitasse o número de horas de trabalho seria válida se aplicável à atividade de mineração subterrânea. O mesmo não ocorreria, no entanto, se incidisse sobre uma padaria. O tabelamento de preços também sofreu restrições, sendo que a limitação, nesta circunstância, relacionou-se à utilidade pública<sup>6</sup>.

Também contribuiu para a limitação dos poderes legislativos, no particular do Congresso americano, a Décima Emenda. É que esta emenda salientou que *os poderes não são reservados aos Estados ou ao povo*. Assim, nos casos em que a União não tinha recebido poderes expressos para disciplinar uma matéria, dentro da idéia de poderes enumerados, estava vedada a edição de qualquer lei.

Portanto, do final do século XIX até o início do século XX, a garantia do devido processo legal servia para limitar a regulamentação das atividades econômicas. A Suprema Corte, nesse período, entendeu que a Constituição americana amparava a livre iniciativa e os direitos individuais, não podendo haver controle sobre as atividades privadas. Por isso, na prática, somente situações excepcionais eram admitidas pela Suprema Corte, como é o caso da proteção à saúde pública, que justificaria a vacinação compulsória da população e a inspeção sanitária de alimentos<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Geraldo Brindeiro, *O Devido Processo Legal e o Estado Democrático de Direito*.

<sup>5</sup> San Tiago Dantas, *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*, p. 45.

<sup>6</sup> Leonard W. Levv, *John P. Roche*, p. 45.

No período relatado – final do século XIX e início do século XX –, a Suprema Corte declarou inconstitucionais leis de grande importância, como a referente ao caso Dred Scott, de 1857, quando, ao apreciar o pedido formulado – reconhecimento da liberdade de um escravo com base no fato de ter residido por sete anos como livre em outro Estado – entendeu que o negro não era cidadão, embora pudesse viver em liberdade, o que o impediria de mover ação em tribunais federais<sup>8</sup>. Da mesma forma, no caso *Lochner v. New York*, apreciado pela Suprema Corte em 1905, no qual se apreciou a constitucionalidade de uma lei de Nova York que proibia que os empregados de padarias e confeitarias trabalhassem mais de sessenta horas semanais, a Corte Suprema entendeu que a lei atingia a 14ª Emenda, em virtude de violar a liberdade contratual.

O fenômeno da declaração de inconstitucionalidade repetiu-se em relação às leis sociais sobre o trabalho do menor, julgadas inconstitucionais pela Suprema Corte em 1918 e 1922. O mesmo ocorre com parte da legislação do *New Deal*, julgada inconstitucional entre 1935 e 1936<sup>9</sup>.

Afirma-se, assim, que, no período que vai da segunda metade do século XIX até a década de 30 do século XX, a Suprema Corte buscou afastar as políticas governamentais que afetassem os negócios particulares, julgando-as inconstitucionais. Por isso, esse período é apontado como o de *proteção dos negócios contra o Governo*<sup>10</sup>.

A evolução da cláusula do devido processo legal, antes uma proteção meramente formal, liga-se à doutrina dos direitos assegurados – também chamada de doutrina dos direitos adquiridos (*doctrine of vested rights*). Isto porque a evolução dos significados daquela cláusula do devido processo prende-se a esta concepção filosófica. Esta doutrina dos direitos assegurados foi o resultado direto da filosofia dos direitos naturais do período revolucionário dos fins do século XVIII, onde se acreditava que certos direitos eram tão fundamentais ao indivíduo, que estariam além do controle governamental. O governo constitucional existia para a proteção destes direitos naturais, os quais derivavam da natureza da justiça. Alguns destes direitos estavam especificados nas declarações de direitos das constituições, mas estas listas não deveriam ser interpretadas como exaustivas; dentre estes direitos, estava aquele da propriedade (*indivi-*

<sup>8</sup> Na decisão mencionada, o juiz Taney, um dos integrantes da Suprema Corte, votou contrariamente à pretensão formulada por Dred Scott. Dentre os seus argumentos, constam os seguintes: "a questão, assim, surge, se as previsões da Constituição, relativas aos direitos pessoais e privilégios dos quais o cidadão de um Estado deveria ser titular, alcançariam a raça negra africana, ao tempo, neste País, ou que pudessem, afinal, ser importados, ou que tivessem sido ou pudessem ser libertos em qualquer Estado; e se deixariam no poder de um simples Estado fazê-lo um cidadão dos Estados Unidos e investi-lo de todos os direitos de cidadania em todos ou outros Estados sem seu consentimento. (...) A Corte crê que a afirmação dessas proposições não pode ser mantida. E se não pode, o suplicante não poderia ser um cidadão do Estado de Missouri, dentro do significado da Constituição dos Estados Unidos, e, conseqüentemente, não era titular do direito de vir a juízo perante suas Cortes". Carl Brent Swisher, *Decisões históricas da Corte Suprema*, p. 58.

<sup>9</sup> Lawrence Baum, *A Suprema Corte Americana*, p. 261.

<sup>10</sup> Lawrence Baum, *A Suprema Corte Americana*, p. 271.

*dual's right to be secure in his possession of private property*). Dessa maneira, o legislador não teria um direito ilimitado de interferir de maneira arbitrária em matéria relativa à propriedade privada<sup>11</sup>.

O desenvolvimento da cláusula do devido processo legal é, como se percebe, obra da jurisprudência americana, sobretudo da Suprema Corte, que relacionou a cláusula do devido processo legal a um sentido material. Decorre do exposto que somente estamos em face do *due process of law* quando a lei não violar os valores fundamentais consagrados na Constituição. Além disso, a verificação da compatibilidade fica a cargo do Poder Judiciário, a quem incumbe assegurar a manutenção do princípio, o que afasta, por completo, a existência de atos que fiquem sem controle, dependendo pura e unicamente da vontade dos governantes<sup>12</sup>. Assim, num sentido amplo a cláusula do *due process of law* ganhou, com a modificação da apreciação do tema pela Suprema Corte, o caráter de garantia de justiça, no sentido mais amplo do termo<sup>13</sup>.

Por trás da evolução dessa visão de controle da atividade legislativa a favor da liberdade está a própria história americana, forjada pela luta contra a onipotência e a arbitrariedade legislativa do parlamento inglês. Esse sentimento permitiu o desenvolvimento do *due process of law* como meio para controlar o conteúdo dos atos normativos do parlamento<sup>14</sup>.

A evolução do controle é também fruto de uma dogmática jurídica a serviço do liberalismo burguês, que visava limitar a atuação do governo e garantir, em contrapartida, a autonomia do indivíduo, com o prevalecimento da economia de mercado<sup>15</sup>. Por isso, nas primeiras interpretações do princípio do devido processo legal com enfoque material a Suprema Corte entendeu que, quando da elaboração da Constituição americana, buscou-se garantir a livre iniciativa e os direitos individuais, tendo o Estado um caráter individualista-liberal<sup>16</sup>.

Entretanto, a partir de 1937, ao apreciar o caso *Junta das Relações Trabalhistas Nacionais v. Corporação de Aço Jones & Laughlin*, relativo à disciplina das relações trabalhistas numa indústria de aço, a Suprema Corte altera sua posição a respeito da política econômica do Governo. Com efeito, na decisão em apreço foi assinalado que a outorga de poderes para disciplinar as relações de trabalho industrial não poderia importar em invasão ao comércio interestadual ou internacional.

Desse modo, é feita uma releitura do poder constitucional do governo, entendendo-se, a partir de então, que poderia atuar na regulamentação e administração da econo-

<sup>11</sup> Luciano Benetti Timm, *A cláusula do devido processo "legal" versus o princípio da legalidade no Brasil*.

<sup>12</sup> Lucia Valle Figueiredo, *Mandado de Segurança*, p. 91.

<sup>13</sup> Humberto Theodoro Júnior, *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*, p. 57.

<sup>14</sup> Geraldo Brindeiro, *O Devido Processo Legal e o Estado Democrático de Direito*.

<sup>15</sup> Luciano Benetti Timm, *A cláusula do devido processo "legal" versus o princípio da legalidade no Brasil*.

<sup>16</sup> Loureiro Júnior, *O controle da constitucionalidade das leis*, p. 141.

mia. De fato, foi abandonado o espírito anti-regulamentar que as decisões da Suprema Corte americana tinham adquirido na metade do século anterior<sup>17</sup>.

Exemplo da nova posição adotada pela Suprema Corte é o ponto de vista de Hugo Lafayette Black, juiz da Suprema Corte americana no período compreendido entre 1937 e 1971, que teve as seguintes considerações a respeito das limitações que eram impostas à política de regulamentação do governo:

"[Como] a pedra angular da minha crença na Constituição é a convicção básica de que ela se destinou a evitar que se pusesse poder demasiado nas mãos de um ou mais agentes públicos, não posso subscrever interpretação tão frágil do 'processo legal', que permita efetivamente aos juízes e, de modo particular, aos da Suprema Corte dos Estados Unidos, considerar inconstitucionais leis de que não gostam. Que outra significação têm os vocábulos 'desarrazoadas', 'arbitrárias' ou 'caprichosas'? Que espécie de limitações ou restrições impõem eles ao poder dos juízes? O que, por exemplo, as expressões 'chocar a consciência' ou 'ofender o senso de honestidade e de decência da comunidade', representam para os senhores? Admito que essas expressões nenhuma limitação ou restrição impõem aos juízes, mas que os deixam completamente livres para decidir questões constitucionais, baseados nos seus próprios juízos de política. Temo, profundamente, pelo nosso sistema constitucional de governo, quando juízes vitalícios podem anular uma lei aprovada pelo Congresso ou por uma legislatura estadual, sem nenhuma justificativa mais séria do que a de que a consideram 'desarrazoadas'<sup>18</sup>."

A nova posição da Suprema Corte pode ser compreendida apenas com a menção ao fato de que entre 1937 e 1983 apenas sete leis federais que tratavam da regulamentação da economia e dos empreendimentos comerciais foram declaradas inconstituo-

<sup>17</sup> Lawrence Baum, *A Suprema Corte Americana*, p. 277.

<sup>18</sup> Hugo Lafayette Black, *Crença na Constituição*, pp. 43 e 44. A propósito, com o mesmo ponto de vista, Kelsen (*Jurisdição Constitucional*, p. 169) salientou que "as disposições constitucionais que convidam o legislador a se conformar à justiça, à equidade, à liberdade, à moralidade, etc. poderiam ser interpretadas como diretivas concernentes ao conteúdo das leis. Equivocadamente, é claro, porque só seria assim se a Constituição estabelecesse uma direção precisa, se ela própria indicasse um critério objetivo qualquer. No entanto, o limite entre essas disposições e as tradições sobre o conteúdo das leis, que encontramos nas Declarações de direitos individuais, se apagará facilmente, e portanto não é impossível que um tribunal constitucional chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei anule-a por ser injusta, sendo a justiça um princípio constitucional que deve por conseguinte aplicar. Mas nesse caso a força do tribunal seria tal, que deveria ser considerada simplesmente insustentável. A concepção que a maioria dos juízes desse tribunal tivesse da justiça poderia estar em total oposição com a concepção da maioria do Parlamento que votou a lei. É claro que a Constituição não pretendeu, empregando uma palavra tão imprecisa e equívoca quanto a de justiça, ou qualquer outra semelhante, fazer que a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político, como o tribunal constitucional".

nais<sup>19</sup>. Da mesma forma, essa nova maneira de apreciar o tema foi observada quando do julgamento do caso Administração Habitacional do Havaí *versus* Midkiff, de 1984, quando a Suprema Corte assegurou, por unanimidade, a constitucionalidade de lei estadual que estabelecia que grandes proprietários de terras teriam que vender parte de suas terras às pessoas que nelas tivessem sua casa de morada<sup>20</sup>.

A posição restritiva a respeito do controle legislativo não conseguiu, porém, destruir a análise material. Sendo assim, irão conviver as análises formais e materiais, mesmo considerando-se que este último enfoque pode vir a sofrer limitações. Deste modo, a cláusula do devido processo legal apresentará os seguintes conteúdos:

a) *sentido formal* — "obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade. Nestes termos, o processo devido é o processo previsto na lei para a aplicação de penas privativas da vida, da liberdade e da propriedade. Dito ainda por outras palavras: *due process* equivale ao *processo justo definido* por lei para se dizer o direito no momento jurisdicional de aplicação de sanções criminais particularmente graves<sup>21</sup>."

b) *sentido material* — "processo justo de criação legal de normas jurídicas, designadamente das normas restritivas das liberdades dos cidadãos. Por outras palavras porventura mais expressivas: o *due process of law* pressupõe que o processo devido legalmente previsto para aplicação de penas seja ele próprio um 'processo devido' obedecendo aos trâmites procedimentais formalmente estabelecidos na constituição ou plasmados em regras regimentais das assembleias legislativas. Procedimentos justos e adequados moldam a atividade legiferante. Dizer o direito segundo um processo justo pressupõe que justo seja o procedimento de criação legal dos mesmos processos<sup>22</sup>."

Com base no exposto, percebe-se que a garantia do devido processo legal, em sua evolução, acabou por ampliar a sua esfera de proteção. A garantia inicialmente formal, embora com um conteúdo amplo, já que trazia em seu cerne inúmeras formas de proteção, passou a ser também uma garantia de índole material, a ponto de inclusive propiciar ao Judiciário, como responsável pelo controle da constitucionalidade do processo legislativo, ingressar na análise da razoabilidade e proporcionalidade das leis. Essa aferição, no direito americano, é fundada nos valores vigentes na sociedade americana, principalmente a ótica liberal. Além disso, orienta-se pela formação histórica americana, na qual sempre se procurou repelir as investidas do legislador, sobretudo na esfera econômica e dos direitos individuais. Aliás, na própria Declaração da Independência americana, que veio à luz em 4 de julho de 1776, consta como direito inalienável de todos os homens a liberdade, a ser assegurada pelos governos instituídos. Em suma, os

<sup>19</sup> Lawrence Baum, *A Suprema Corte Americana*, p. 277.

<sup>20</sup> Lawrence Baum, *A Suprema Corte Americana*, p. 277.

<sup>21</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 461.

<sup>22</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 461.

americanos historicamente sempre formularam fortes críticas à invasão, por parte dos legisladores, da esfera individual e dos direitos naturais.

O desafio que se põe para nós é como aplicar corretamente a cláusula do devido processo legal dentro de uma realidade que cultua a lei e parte de uma visão meramente formal. Outro problema é compatibilizar uma Constituição prolixa, como a de 1988, com a possibilidade de construção judicial de novas garantias ou mesmo ampliação das existentes, tendo em vista que já é difícil tornar compatíveis os valores consagrados na própria Constituição. Se não bastassem as dificuldades expostas, há outra, de natureza política, que também interfere na possível ampliação da garantia. Trata-se da posição atualmente ocupada pelo Executivo no processo legislativo. De fato, o Poder Executivo fortaleceu-se tanto em nosso país que participa intensamente da elaboração das normas, via medidas provisórias, além de interferir no conteúdo das leis através dos seus representantes no Congresso. Com isso, se já é difícil manter o Executivo dentro de seu campo próprio de atuação, evitando que exceda o seu papel diante da atividade legislativa, muito pior é controlar a atividade legislativa com base na suposta falta de razoabilidade e proporcionalidade das leis, pois eventual decisão do Judiciário acabaria por se chocar com os interesses do Executivo e do Legislativo. Por falar nisso, exemplo dessa dificuldade de controle deu-se quando do confisco dos valores depositados em caderneta de poupança, que se tornaram indisponíveis, efetuado no governo Collor através de uma medida provisória. Na ocasião, os estudiosos do direito salientaram que haveria, no mínimo, violação ao direito de propriedade. Indiscutível era também a falta de razoabilidade e proporcionalidade da medida. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, na função de guardião da Constituição, assim não entendeu<sup>23</sup>. Contudo, naquele momento não poderia ser outra a sua decisão, pois caso contrário o fracasso do plano de estabilização econômica lhe seria imputado. A questão envolvia um problema político sério, difícil de ser enfrentado, sobretudo num país em que ainda se discutem os contornos referentes à liberdade de atuação de cada poder para emitir juízos políticos, baseados na conveniência e oportunidade. Aliás, deve ser lembrado que até hoje sequer se conseguiu delimitar com precisão as noções de relevância e urgência no caso de edição de medidas provisórias. De qualquer modo, fica o desafio de dar plena efetividade ao texto constitucional, inclusive agregando à garantia do devido processo legal, expressa em seu texto (art. 5º, LIV), a necessidade de proporcionalidade e razoabilidade.

<sup>23</sup> A Medida Provisória n. 168/1990, que instituiu o cruzeiro, dispondo também sobre a liquidez dos ativos financeiros, foi convertida na Lei n. 8.024, de 12 de abril de 1990, cuja constitucionalidade foi contestada através da ADIN n. 534-1-DF. O requerente, Partido Socialista Brasileiro - PSB, solicitou a suspensão liminar dos dispositivos impugnados, sendo o pedido indeferido pelo Plenário do STF. Quando do julgamento do mérito, seguindo o voto do relator, Ministro Celso de Mello, o STF entendeu que a transitividade das normas impugnadas e o pleno exaurimento do conteúdo eficaz tornaram a ação prejudicada. Todavia, embora o relator informe que os autos foram encaminhados em 1º de outubro de 1991 à Procuradoria Geral da República e somente recebidos pelo Tribunal em 14 de agosto de 1992, nenhuma providência foi tomada para agilizar a apreciação do tema, o que demonstra o receio com as possíveis repercussões do julgamento.

## 22.2. O devido processo formal

A primeira ótica sob a qual foi vislumbrado o princípio do devido processo legal — a formal — significa que determinados direitos — vida, liberdade e propriedade — somente poderão ser privados caso seja observado o processo previsto em lei. “Conseqüentemente, o acento tônico deve colocar-se na observância ou não do processo criado por lei para a aplicação de medidas privativas da vida, liberdade ou propriedade<sup>24</sup>”. Desse modo, o importante, em se tratando da concepção formal do devido processo formal, é analisar se o processo seguiu estritamente o procedimento previsto para o seu desenvolvimento<sup>25</sup>. Não há, assim, qualquer preocupação quanto ao conteúdo que a lei venha a adquirir<sup>26</sup>.

Com maior precisão, aponta-se que no âmbito procedimental apresentam-se duas garantias: respeito integral ao procedimento estatuído e ao modelo tipificado. Em relação à observância integral do procedimento, veda-se ao juiz suprimir atos ou fases do procedimento. No que se refere ao procedimento tipificado, o juiz terá que seguir estritamente o procedimento previsto, não podendo, assim, inverter a ordem processual ou adotar procedimento diverso em substituição ao legalmente previsto<sup>27</sup>. Por outro lado, deve ser observado que se todas essas garantias referentes ao procedimento são válidas para o âmbito do processo civil e penal, com maior razão devem ser seguidas no processo legislativo, já que não se trata, neste último caso, simplesmente de um instrumento para a realização do direito material, mas sim de elaboração do direito material e processual.

Com base nas garantias que o devido processo legal sob a ótica formal apresenta, parece fácil e simples a identificação de possíveis violações que possam atingi-lo.

<sup>24</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 462.

<sup>25</sup> Os ministros do STF, em sua maioria, não estão trabalhando corretamente com o princípio do devido processo legal em sua ótica formal. Exemplo do que estamos tratando, pode ser visualizado com a leitura da ementa que se segue: “Quanto à alegada inconstitucionalidade formal da MP n. 1.325/1996 inicialmente impugnada, em que se sustentava a ausência do requisito de urgência para a edição da medida provisória (CF, art. 62, caput), o Tribunal, por maioria, decidiu que a conversão em lei da medida provisória supera as alegações de incorrência de seus pressupostos constitucionais. Vencido neste ponto o Ministro Marco Aurélio, que acolhia a arguição de inconstitucionalidade formal ao fundamento de que o processo legislativo é um ato complexo e, havendo vício formal na medida provisória, este vício contaminaria a lei de conversão. De sua parte, os Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, embora acompanhando o Ministro Marco Aurélio no sentido de que o vício formal existente em MP convertida em lei acarreta a inconstitucionalidade da lei de conversão, entenderam que, no caso, estavam presentes os pressupostos de edição da MP atacada”. STF, ADIn 1.417-DF, Rel. Ministro Octavio Galloti, 2.8.1999, in *Boletim Informativo STF n. 156*.

<sup>26</sup> “O devido processo legal procedimental refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo, ou a ordem judicial, são executados. Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei, ou regulamento, viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato.” Paulo Fernando Silveira, *Devido Processo Legal. Due Process Of Law*, p. 82.

<sup>27</sup> Antonio Scarance Fernandes, *Processo Penal Constitucional*, p. 105.

Porém, não o é, conforme veremos na seqüência, sobretudo porque não há posições claras a respeito dos vícios que ocorrem no processo legislativo, salvo quanto ao vício de iniciativa, ressaltado em inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, cumpre lembrar, de início, que o princípio do devido processo, sob o aspecto unicamente formal, visava assegurar a observância estrita do processo previsto para a restrição da vida, liberdade e propriedade. Assim, a principal pergunta que se faz nesta introdução é se essa definição inicial ainda se justifica. Além disso, outras indagações poderiam surgir. Por falar nisso, algumas das mais importantes as seguintes:

1ª) Será o princípio aplicável apenas às hipóteses descritas – vida, liberdade e propriedade –, o que afastaria a proteção nas demais situações?

2ª) A amplitude que se possa dar a esses valores – vida, liberdade e propriedade – permite proteger todas ou pelo menos a maior parte das situações em que a presença da garantia é necessária?

3ª) Ao se individualizar em regra procedimental o princípio conserva a sua força normativa original, o que impõe sua observância em qualquer hipótese?

À primeira indagação, que versa sobre a possível limitação do princípio à proteção da vida, liberdade e propriedade, respondemos que não. Com efeito, estamos falando de um princípio, que por sua própria natureza não pode ficar limitado apenas aos casos que envolvem a vida, a liberdade e a propriedade. De fato, por ser princípio, a garantia se irradia por todo o texto constitucional. Por isso, embora a Constituição de 1988 faça restrição em relação aos bens jurídicos que devem estar em conflito para a aplicação da garantia – liberdade ou propriedade –, entendemos que abrange, mesmo assim, quaisquer bens jurídicos.

Também não consideramos possível ampliar o sentido e alcance das expressões vida, liberdade e propriedade no intuito de dar-lhes uma interpretação abrangente, apta a solucionar todos os possíveis problemas hermenêuticos em torno da garantia. Por isso, ao invés de ficarmos discutindo em cada caso concreto se estão presentes os bens jurídicos vida, liberdade e propriedade, o ideal é entender que a garantia é ampla, não necessitando de uma interpretação ampliativa desses valores.

O maior problema ocorre em relação à terceira indagação, na qual se colocou se o devido processo legal sob a ótica formal permitiria a convalidação ou mesmo o desprezo de determinados vícios do processo por serem irrelevantes. Com efeito, se o procedimento previsto em lei for sempre obrigatório não teremos como sustentar, por exemplo, a manutenção do princípio da instrumentalidade das formas, aplicado no âmbito do processo judicial. A solução seria entender que a instrumentalidade das formas também integra o devido processo formal quanto à legislação infraconstitucional, pois permitiria que a ausência de determinados requisitos, tidos como secundários, não levasses à nulidade do processo, e, conseqüentemente, à violação do princípio do devido processo legal, uma vez que a construção do princípio foi feita no sentido de privilegiar o aspecto material sob o formal. Assim, a aferição do princípio dependeria da

a possibilidade de aproveitamento dos atos relacionados a um processo que alcançou a sua finalidade, embora com o desrespeito a aspectos formais. Desse modo, nada impediria que estivesse previsto que atingiria o procedimento, a ponto de torná-lo nulo, a desobediência a alguns aspectos formais. No entanto, como já ressaltado, o princípio do devido processo legal é garantia de segurança, não sendo possível, desta forma, considerar que em seu bojo está inserido o princípio da instrumentalidade das formas, quanto às normas constitucionais, por serem incompatíveis. A conclusão é reforçada pelo fato de nossa Constituição não abrir ao intérprete qualquer possibilidade de rejeitar qualquer parte do processo legislativo previsto, sobretudo em razão de não nos depararmos com um direito material que iria se sobrepor ao enfoque formal, uma vez que é através do processo legislativo que surge o direito material.

Ao término desta análise formal do princípio do devido processo legal, podemos concluir que na primeira fase de desenvolvimento do princípio, que deixava de lado a matéria, é nítida a intenção de assegurar o cumprimento da lei por meio apenas do respeito aos procedimentos previstos.

### 22.3. O devido processo material

A análise do devido processo sob a ótica material pode levar em consideração, basicamente, a influência do direito natural ou do direito positivo. Representando a primeira hipótese, temos o exemplo dos países europeus após a Segunda Guerra Mundial. De fato, se a princípio proclamavam a prevalência do direito posto pelo Estado (leis em sentido amplo) ou por ele reconhecido (costumes), foram levados a rever a sua opinião em razão das ditaduras totalitárias que os assolaram, demonstrando que os postulados positivistas estavam equivocados. Efetivamente, a razão não poderia permitir mais que a validade das leis ficasse condicionada apenas à observância do procedimento formal. Surgiu, então, a necessidade de criação de mecanismos eficazes de controle, o que não poderia ser obtido no seio do próprio direito positivo, já que nem todas as condutas são previsíveis. Em suma, era necessário encontrar algo fora do direito positivo que pudesse figurar como fator de garantia. Diante disto, procurou-se transferir esse papel de controle ou limitação para o direito natural, representativo dos ideais de lógica e racionalidade, de acordo com o qual as normas devem obedecer a padrões superiores de justiça (*iustum quia iustum* = ordenado porque justo).

Quanto ao direito positivo, também houve a preocupação de incluir em seu bojo mecanismos que pudessem garantir o devido processo legal na vertente material. Sua compreensão exata passa, entretanto, pelo estudo particularizado de determinados ordenamentos. Neste sentido, ocupa lugar de destaque a Constituição espanhola, que proíbe expressamente a atuação arbitrária dos poderes públicos (art. 9.3). Em nosso país, não há na Constituição de 1988 qualquer menção neste sentido. Todavia, não há como imaginar que o exercício dos poderes do Estado possa ser realizado de forma arbitrária. Com efeito, no Estado de direito todo poder almeja uma determinada finali-

expressar, necessariamente, a vontade popular e não aos caprichos do legislador, como sabidamente expõe o preâmbulo da Constituição espanhola, ao ressaltar que a consolidação de um Estado de Direito requer que se assegure o império da lei como expressão da vontade popular.

Por outro lado, considerada em si mesmo, a vinculação do legislador no âmbito material pode ser analisada confrontando-se o resultado da atividade legislativa com o conteúdo material obrigatório ou verificando-se também se era razoável, no caso concreto, a emissão de determinado comando normativo.

A segunda hipótese é a que efetivamente nos interessa no momento, visto que representa a incidência do princípio do devido processo legal. Além disso, o confronto entre um comando normativo e a Constituição abrange também a proporcionalidade, outro princípio que limita a eventual discricionariedade do legislador. Na verdade, em nosso país, os dois princípios são, na maior parte das vezes, reduzidos a apenas um. De fato, enquanto no ordenamento jurídico europeu predomina o uso do princípio da proporcionalidade, nele incluída a razoabilidade, nos Estados Unidos ocorre o oposto, pois nele prevalece a análise fundada na razoabilidade, não nos definimos ainda quanto à terminologia. Todavia, independentemente da denominação utilizada, em se tratando do Poder Legislativo, o devido processo material importa, também, no afastamento das condutas abusivas da atividade legislativa, conforme está manifesto na seguinte passagem:

*"O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público."*

*O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação da dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.*

*A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV).*

*Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador"*<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> STF, ADIMC-1407/DF, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Celso de Mello, j. 7.3.1996, DJ 24.11.2000, p. 86.

Cumprir observar, no entanto, que a idéia de limitação das condutas despidas de razão ou desproporcionais era inicialmente aplicada apenas para o controle do Poder Executivo. Aliás, encontramos no art. 20 da *Magna Charta Libertatum*, texto elaborado em 1215, a seguinte passagem:

*"Não se poderá multar um homem livre por pequena transgressão, exceto de acordo com o grau de transgressão; e por transgressão grave será multado de conformidade com a gravidade da transgressão (...)"*<sup>29</sup>.

Em nosso país o mesmo entendimento encontra-se presente nas súmulas 70 (é inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributos) e 323 (é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para o pagamento de tributos) do Supremo Tribunal Federal, que tratam de condutas do Poder Executivo que foram consideradas desproporcionais.

Na seara legislativa, a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, impõe a observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e ressalta que a atuação do Executivo observará a lei e o Direito (art. 2º), deixando claro que o administrador não está vinculado apenas à lei em sentido estrito, mas ao Direito. O mesmo ocorre em outros países, como é o caso de Portugal, onde o art. 4º do Código das Expropriações (Decreto-lei n. 845, de 11.12.1976) prevê que a expropriação não poderá ir além do necessário para a realização de seu fim<sup>30</sup>.

Todavia, a possibilidade de controle das condutas irrazoáveis e desproporcionais que nos interessa efetivamente é a que abrange o Legislativo. A propósito, o Regimento do Parlamento Europeu dispõe, ao versar sobre procedimentos legislativos, que na apreciação de propostas legislativas o Parlamento deverá conferir particular atenção ao respeito aos direitos fundamentais e, em especial, à conformidade dos atos legislativos com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade e com o Estado de Direito (art. 58º). Do mesmo modo, a Constituição Suíça afirma, ao tratar dos "princípios da atividade do Estado de Direito", obviamente incluindo o Poder Legislativo, que "a atividade do Estado deverá responder ao interesse público e ser proporcional à finalidade perseguida" (art. 5.2).

Diante do exposto, podemos concluir que a razoabilidade e a proporcionalidade procuram impor que se empregue na feitura da lei meios razoáveis e proporcionais no atingimento da finalidade almejada. Ademais, os meios devem guardar relação substancial com os propósitos do ato, não importando em limitação irrazoável ao direito dos atingidos<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Roscoe Pound, *Liberdade e garantias constitucionais*, p. 94.

<sup>30</sup> José Osvaldo Gomes, *Fundamentação do acto administrativo*, p. 184.

<sup>31</sup> Luciano Benetti Timm, *A cláusula do devido processo "legal" versus o princípio da legalidade no Brasil*.



Pois bem, se a razoabilidade e a proporcionalidade são parâmetros vinculativos no exercício da atividade legislativa é importante estabelecermos se devem encontrar agasalho no ordenamento jurídico, nos valores pessoais do julgador ou se decorrem da conjugação de ambos. De acordo com a primeira hipótese, a razoabilidade e a proporcionalidade devem fundar-se apenas e tão-somente na lei, pois a interpretação não pode abandonar o seu objeto. Para a segunda corrente, a razoabilidade e a proporcionalidade não decorrem do texto constitucional e, do mesmo modo, não dizem respeito a limitação prevista de forma expressa para a atuação do legislativo. Na verdade, a razoabilidade e a proporcionalidade fundam-se na concepção filosófica econômica e social do juiz que aprecia, no caso concreto, a presença ou não destas relevantes limitações no seio das leis<sup>32</sup>. Por fim, afirma a última corrente que a razoabilidade e a proporcionalidade decorrem da conjugação da lei com os valores pessoais do intérprete.

Quando cotejamos as posições descritas acerca da razoabilidade e da proporcionalidade chegamos à conclusão de que a posição correta é a que sustenta que encontram fundamento na lei e nos valores pessoais do intérprete. Esta conclusão ocorre, em primeiro lugar, em virtude da lei, entendida em sentido amplo, jamais poder ser afastada para que preponderem os valores pessoais do intérprete. Também lhe dá suporte o fato da interpretação da lei ser feita por homens, que jamais conseguem deixar de lado os seus valores pessoais.

Continuando nossa análise verificaremos que a proporcionalidade e a razoabilidade servem como parâmetros para que possamos aferir se a previsão normativa guarda relação com o benefício a ser aferido, sobretudo quando impõe limitações ao gozo de direitos. Por isso, fala-se, também, em idéia de conformidade ou adequação de meios, significando que 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. O atendimento à relação custo-benefício de toda decisão político-jurídica a fim de preservar o máximo possível do direito que possui o cidadão”<sup>33</sup>. Desse modo, quaisquer excessos tornam a medida adotada desproporcional e desarrazoada, e, em consequência, inconstitucional. Por força desse entendimento, os campos apresentados ao desenvolvimento do sentido material do devido processo legal podem importar em invasão da atividade legislativa; risco agravado em razão de tratarem, às vezes, de conceitos abertos, como é o caso da limitação fundada na justiça, racionalidade e razoabilidade das leis.

A dificuldade no estabelecimento dos contornos da cláusula do devido processo legal sob o ângulo material pode ser também aferida indiretamente. Para tanto, basta simplesmente recordar da dificuldade que se tem para controlar os atos administrativos chamados discricionários, embora a lei facilite a tarefa do intérprete ao estabelecer

<sup>32</sup> Luciano Benetti Timm, *A cláusula do devido processo “legal” versus o princípio da legalidade no Brasil*.

<sup>33</sup> Raquel Denize Stumm, *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*, pp. 79 e 80.

vinculação quanto à competência, finalidade e forma. Deveras, mesmo a menção à finalidade até hoje não possibilitou o desenvolvimento de parâmetros seguros para o controle dos atos administrativos. Por isso é tão difícil a fixação, no direito brasileiro, de contornos precisos para o devido processo material. De fato, somente situações extremas é que permitem garantir de forma segura a força do princípio. No mais, permanece dentro de um vasto campo de indeterminação. De qualquer forma, não obstante as dificuldades que a delimitação do princípio do devido processo legal apresenta, o Supremo Tribunal Federal procura estabelecer o sentido do devido processo material através de suas decisões, fundando-se no critério da razoabilidade, conforme pode ser constatado nos fundamentos das decisões a seguir reproduzidas.

1ª) Considerou que o inciso VIII, do art. 5º, da CF (impede a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical), não é incompatível com o § 5º, do art. 543, da CLT, (impõe a comunicação ao empregador da candidatura), sob o fundamento de ser razoável impor-se a comunicação para o gozo do benefício (STF, RE n. 224.667-MG, Relator Ministro Marco Aurélio, in *Boletim Informativo n. 151*, de 24 de maio a 4 de julho de 1988).

2ª) Entendeu que a instituição de programa de pensão de um salário mínimo mensal para crianças geradas a partir de estupro viola o princípio da razoabilidade, já que desconsidera a necessidade, levando em conta apenas a forma como a criança foi gerada (STF, ADInMC 2.019-MC, Rel. Ministro Ilmar Galvão, 1º.7.1999, in *Boletim Informativo n. 155*, de 4.8.1999).

3ª) Salientou que o direito à privacidade (art. 5º, X, da CF) não é absoluto, podendo ceder na forma e observado o procedimento previsto em lei, desde que seja razoável, no caso concreto, a sua quebra (STF, RE n. 219.780-PE, Rel. Ministro Carlos Velloso, in *Boletim Informativo n. 161*, de 15.9.1999).

Da análise das decisões citadas fica evidente que o conteúdo da Constituição precisa ser confrontado com a legislação infraconstitucional para que se possa extrair verdadeiramente o sentido do devido processo material, como está fazendo o Supremo Tribunal Federal.

#### 22.4. Alcance da garantia

A garantia do devido processo legal jamais poderá servir, em primeiro lugar, para afastar a aplicação de dispositivos constitucionais. Sua fonte de inspiração – ou fundamento de validade – é a Constituição. Diante disto, nunca poderá ser usada como campo em branco, livre para o arbítrio judicial. Também em relação às normas infraconstitucionais é preciso que o fundamento alegado para afastá-las fique claro e esteja devidamente amparado em valores consagrados no texto maior. Desse modo, como se depreende do exposto, o princípio se expressa da seguinte forma:

“a) elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (substantive due process of law, segundo o desdobramento da concepção norte-americana);

b) aplicação judicial das normas (não só da lei, como tal própria e estritamente concebida, mas, por igual, de toda e qualquer forma de expressão do direito), através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o 'processo' (judicial process)<sup>34</sup>.

Fator que dificulta a compreensão do conteúdo da garantia é o fato de ser princípio e, assim, ser dotada de generalidade e abstração, num grau maior, o que dificulta sua análise no caso concreto. Se não bastasse esse fato, esse princípio serve para a aplicação de valores que muitas vezes acabam não sendo claros.

Obstáculo para melhor delimitação para fins de controle também decorre da própria dificuldade de conceituar razoabilidade e proporcionalidade. Com efeito, razoabilidade liga-se a razão, julgamento, raciocínio, inteligência, bom senso, prudência, moderação, sensatez etc.<sup>35</sup>. No que diz respeito à proporcionalidade, está relacionada a proporção, significando assim relação entre coisas, comparação, harmonia, simetria, conformidade etc.<sup>36</sup>.

Também não nos auxiliam muito as decisões judiciais. Com efeito, as decisões do Supremo Tribunal Federal apreciaram o tema sem propiciar, no entanto, linha de desenvolvimento que pudesse facilitar o entendimento acerca das noções gerais da matéria, pois envolviam questões específicas.

Convém observar, porém, que a doutrina<sup>37</sup> aponta os seguintes parâmetros para sua aferição no caso concreto do sentido das expressões razoabilidade e proporcionalidade:

- a) *adequação*. Diz respeito à adequação da medida utilizada para atingir a finalidade de perseguida. Deve haver relação lógica entre o meio usado e o fim a ser alcançado;
- b) *necessidade*. Refere-se aos meios utilizados. Não deve haver um meio menos gravoso de atingir a finalidade buscada. Deve ser realmente necessário se valer da medida adotada;
- c) *proporcionalidade em sentido estrito*. Traduz a análise do binômio custo-benefício no caso concreto. O benefício alcançado deve ser maior que o prejuízo eventualmente causado.

No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que a razoabilidade exige que os motivos alegados para a prática do ato sejam adequados, compatíveis e proporcionais, para que atendam à finalidade pública específica<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Rogério Lauria Tucci; José Rogério Cruz e Tucci, *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*, pp. 18 e 19.

<sup>35</sup> Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Minidicionário da Língua Portuguesa*, p. 462.

<sup>36</sup> Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Minidicionário da Língua Portuguesa*, p. 446.

<sup>37</sup> Neste sentido: Raphael Augusto Sofiati de Queiroz, *Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade das Normas: e sua Repercussão no Processo Civil Brasileiro*, p. 47 e Celso de Albuquerque Silva, *Interpretação Constitucional Operativa*, pp. 88/91.

<sup>38</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Legitimidade e discricionariedade*: .... p. 57.

Diante da necessidade de ser examinada a adequação, compatibilidade e proporcionalidade, na seara legislativa a exposição de motivos, que deve acompanhar todo projeto de lei<sup>39</sup>, assim como o veto do Presidente da República, assumem papel primordial para permitir o controle da atividade legislativa. Para tanto, é imprescindível que os motivos tenham sido expostos de maneira consistente, não bastando a mera menção a determinados fatos quando estes não são acompanhados de seus fundamentos.

Por fim, convém lembrar que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, na linha do exposto anteriormente, trabalha com a idéia de proporcionalidade, entendendo que esse verdadeiro princípio manifesta-se através da adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A respeito das expressões utilizadas, recebem a seguinte configuração:

- a) a *medida adequada* é a que melhor realiza ou cumpre o fim almejado com a providência a ser tomada;
- b) a *exigibilidade* refere-se à escolha da medida que, sendo apta para atingir o objetivo pretendido, produza o menor prejuízo possível;
- c) a *proporcionalidade em sentido estrito* está, por sua vez, relacionada ao fato de que as vantagens devem superar as desvantagens, colocando-se, para tanto, em confronto os interesses da comunidade e as garantias dos indivíduos que a integram<sup>40</sup>.

Ao lado das considerações efetuadas, compete observar que os parâmetros abstratos fixados pela doutrina invocam, para a correta delimitação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade<sup>41</sup>, a presença do caso concreto, para que, aí sim, possamos estabelecer, com precisão, se há ou não razoabilidade e proporcionalidade.

Resultado do exposto que não é fácil delimitar o sentido e o alcance do princípio do devido processo legal. Esse fato liga-se à observação de Roscoe Pound de que o razoável não é definido previamente por qualquer regra ou princípio de direito, estando, em realidade, vinculado a circunstâncias de tempo e espaço que estão em constante mutação, como é o caso do padrão jurídico de devido cuidado, conduta honesta e serviço e

<sup>39</sup> Embora nossa Constituição não disponha expressamente sobre a necessidade da exposição de motivos acompanhar os projetos de lei, assim como o veto, tal como faz a *Constituição do Paraguai* (art. 204. (...)) Todo projeto de lei será apresentado com uma exposição de motivos), é indiscutível que se trata de um requisito inerente ao processo legislativo de um Estado Democrático de Direito. Por isso, é importante consignar que o Decreto n. 4.176, de 28 de março de 2002, que dispõe sobre os projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, agiu de maneira tecnicamente correta ao prever que a exposição de motivos dos atos normativos a serem editados deverá justificar e fundamentar a expedição do ato normativo (art. 38, I).

<sup>40</sup> Willis Santiago Guerra Filho, *Teoria Processual da Constituição*, pp. 84/86.

<sup>41</sup> Como exemplo do que colocamos acima, temos as seguintes decisões: 1º) Concluiu ser possível pronunciamientos diferentes de magistrados acerca de elementos subjetivos do crime, por serem dotados de razoabilidade, já que as duas interpretações eram possíveis (STF, HC 0067.959-5/1130-SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Aldir Passarinho, j. 9.10.1990, DJ 7.12.1990); 2º) Entendeu que não é razoável impor, para fins de prequestionamento, o número do dispositivo supostamente violado (STF, RE 128.518-4-DF, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Marco Aurélio, j. 27.9.1990, DJ 8.3.1991).

instalações razoáveis. De qualquer modo, é indispensável — prossegue o autor — trabalhar com a racionalidade em sentido concreto e não abstrato, o que foi feito nos Estados Unidos a partir de 1916<sup>42</sup> e, no caso do nosso país, está sendo feito pelo Supremo Tribunal Federal.

As dificuldades citadas não devem, no entanto, afastar o trabalho de aplicação da cláusula, pois se trata de uma verdadeira garantia contra o arbítrio legislativo, ao possibilitar a apuração das razões que levaram o legislador a decidir em determinado sentido. Afinal, como bem pondera Tomas-Ramon Fernandez, a razão adotada pelo legislador deve ser coerente com os fins que justificaram a edição da norma, sendo o meio adequado para alcançar os fins perseguidos sem impor sacrifícios desnecessários ou excessivos<sup>43</sup>. Portanto, a legitimidade do exercício do poder está vinculada ao afastamento de qualquer forma de arbitrariedade.

Diante do exposto, é fácil notar que não há como sustentar que o legislador possa atuar de forma arbitrária. Com efeito, mesmo durante o absolutismo procurou-se afastar a arbitrariedade, sendo estabelecido, para tanto, que a vontade do soberano não poderia desprezar a razão: *sit pro voluntate ratio*. Neste sentido, afirmava-se que a vontade do monarca era soberana desde que não se afastasse do justo e razoável<sup>44</sup>. Sem dúvida, atualmente o mesmo deve ocorrer, pois o poder, como bem afirma Miguel Reale<sup>45</sup>, está condicionado aos fatos e valores presentes na sociedade, sobre os quais é feita a opção por uma das soluções regulativas possíveis, dentro do contexto de *institucionalização* ou *jurisfação do poder na nomogênese jurídica*.

Portanto, a utilização da razão também deve servir como fundamento para a aferição do devido processo legal sob o aspecto material, afastando a idéia de que o legislador é soberano, principalmente por vivermos num Estado Democrático de Direito, que não pode ficar apenas no papel.

### 22.5. Princípios do processo legislativo e devido processo legal

Além dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo legislativo, o Senado Federal incorporou ao seu Regimento Interno, através da Resolução n. 6/1992, determinados princípios, denominados de princípios gerais. Esses princípios fazem parte do Título XV do Regimento Interno, que possui o seguinte título: *Dos Princípios Gerais do Processo Legislativo*. No caso, estamos perante as opiniões predominantes a respeito dos elementos essenciais que devem, obrigatoriamente, integrar o processo de elaboração legislativa. Assim, o estabelecimento de princípios almeja garantir um conteúdo mínimo para o processo legislativo. Em outras palavras, levando-se em consideração

<sup>42</sup> Roscoe Pound, *Liberdade e garantias constitucionais*, p. 81.

<sup>43</sup> Tomas-Ramon Fernandez, *De la arbitrariedad del legislador*: ..., p. 160.

<sup>44</sup> Berthand de Jouvenel, *La soberanía*, p. 223.

<sup>45</sup> Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito*, p. 61.

que o processo legislativo é o instrumento para a elaboração legislativa, os senadores procuraram indicar quais os temas que devem necessariamente integrá-lo. Trata-se, em realidade, da indicação dos elementos do processo legislativo, abrangendo tudo que deve fazer parte do seu desenvolvimento como conteúdo mínimo. Por isso, os fatores apontados serão considerados no começo de qualquer construção legislativa, servindo, em suma, como diretrizes para a elaboração da lei.

A respeito dos princípios indicados pelo Regimento Interno do Senado, chamados de *princípios gerais*, há inicialmente menção ao fato de que a legitimidade na elaboração da norma legal é assegurada pela aplicação conjunta das disposições regimentais e dos princípios gerais arrolados (art. 412).

Na seqüência, o regimento refere-se à participação plena e igualitária dos Senadores, desde que observados os limites regimentais (art. 412, I). Evidentemente, estamos perante uma emanção específica do princípio da igualdade, previsto genericamente no *caput* do art. 5º da Constituição de 1988. Portanto, esta determinação valeria independentemente de menção expressa.

Em seguida, está previsto que a modificação da norma regimental apenas pode ocorrer se for editada uma norma legislativa pertinente e que tenham sido observados os procedimentos regimentais (art. 412, II). Manifesta o dispositivo em apreço a aplicação do princípio do devido processo legal em relação às normas regimentais.

O próximo item trata da impossibilidade de prevalência dos acordos de liderança ou decisão de Plenário, mesmo que unânimes, sobre as normas regimentais (art. 412, III). Ressalta, portanto, que o regimento interno é a lei da Casa Legislativa, não podendo ser desrespeitada, mesmo que essa seja a vontade de todos os senadores.

Quanto ao assunto tratado em seguida, reforça a previsão anterior, pois está consignado que será nula qualquer decisão que contrarie norma regimental (art. 412, IV).

A solução dos conflitos normativos (*antinomias*) é também mencionada pela resolução em estudo, tendo em vista que nela consta que a norma especial prevalece sobre a geral (art. 412, V). Temos, portanto, a menção expressa ao *critério da especialidade* como base para a solução do conflito envolvendo normas gerais e especiais.

A supressão das lacunas é o assunto disciplinado logo depois. Para tanto, foi estabelecido que a analogia e os princípios gerais de Direito seriam utilizados nos casos omissos (art. 412, VI). A vinculação às normas regimentais e, em última análise, aos comandos normativos em sentido amplo, está claramente posta neste dispositivo, já que não se fez menção aos costumes como fonte normativa supletiva.

A preocupação com o direito das minorias durante a tramitação legislativa é colocada em relevo pelo próximo dispositivo (art. 412, VII). Trata-se, mais uma vez, de dispositivo que reflete a igualdade na elaboração legislativa. Agora, no entanto, há referência à igualdade entre os senadores que integram a maioria e a minoria dos blocos.

O tratamento a ser dispensado às questões de ordem corresponde à próxima matéria mencionada. Sendo assim, recordamos que questão de ordem corresponde a qual-

quer dúvida sobre a interpretação ou a aplicação de normas regimentais (art. 403). De acordo com o regimento em apreço, as questões de ordem são solucionadas pelo Presidente. Há, contudo, possibilidade de recurso para o plenário (art. 405). Em se tratando ainda da norma em estudo, prevê que a definição normativa dada pela Presidência terá que ser observada pela Mesa quando surgir uma questão de ordem (art. 412, VIII).

Outro assunto versado diz respeito à necessidade de que as decisões sejam colegiadas, salvo quando se tratar de competências específicas, com previsão diversa (art. 412, IX). O dispositivo em tela afasta, a princípio, as decisões unipessoais, garantindo a tomada de decisões com a participação de um número maior de representantes populares.

A garantia de observância do *quorum* regimental é a matéria tratada a seguir (art. 412, X). Para tanto, está previsto que todas as deliberações terão que observar o *quorum* regimental. É mais um dispositivo ressaltando a força vinculativa do regimento interno.

O conhecimento prévio da pauta de decisões é o próximo assunto disciplinado (art. 412, XI). Pretende-se não apenas transmitir informações aos senadores, mas assegurar o seu devido conhecimento. Sendo assim, é necessário assegurar o conhecimento real e não meramente formal das matérias que serão decididas.

Em prosseguimento, fala-se na publicidade das decisões tomadas, salvo havendo menção em sentido contrário no regimento (art. 412, XII). Temos, aqui, referência ao princípio da publicidade, que norteia a atuação de todas as funções estatais. A restrição, portanto, pode ocorrer apenas em situações excepcionais, quando se torna necessário proteger um valor superior.

Por fim, garante-se a ampla negociação política, desde que sejam observados os procedimentos regimentais previstos (art. 412, XIII). A propósito, a negociação política é inerente ao sistema de representação, tendo em vista que vontades divergentes manifestam-se sobre os assuntos analisados. Assim, é indispensável chegar, através de acordo, a consenso a respeito das matérias. Contudo, procura-se limitar os acordos, prevendo que deverão seguir as normas regimentais.

Além dos incisos citados, que integram o art. 412 da Resolução n. 6/1992, existe, ainda, o art. 413 dispondo acerca da transgressão aos princípios expostos acima. Neste sentido, prevê o procedimento a ser adotado em caso de violação aos princípios mencionados. Para tanto, será utilizado o mecanismo usado para a solução das chamadas questões de ordem, referente à aplicação e interpretação do regimento. A transgressão, por sinal, será apurada de forma completa, como deixa claro o parágrafo único do dispositivo em apreço.

Decorre do exposto, que o trabalho do Senado, digno de elogio, complementa o princípio do devido processo legal, de acordo com a configuração que lhe foi atribuída pela Constituição. É também muito importante por demonstrar o interesse do Legislativo no cumprimento do princípio e, ainda, por servir como importante diretriz no trabalho judicial de controle dos atos legislativos. Assim sendo, não se poderá aduzir, em caso de descumprimento do princípio, que o Judiciário não pode apreciar a suposta violação, embora estejamos em sede de ilegalidade e não de inconstitucionalidade. De fato,

sendo o regimento também uma lei, embora em sentido amplo, pode vir a lesar direitos individuais ou atingir a função legislativa. Por isso, não é correto ocultar os vícios que surjam sob a alegação de inviolabilidade dos atos *interna corporis*. Deveras, mesmo o artigo que prevê que a transgressão a quaisquer dos princípios mencionados poderá ser denunciada mediante questão de ordem não afasta a possibilidade de quem se sentir prejudicado ingressar no Poder Judiciário. Efetivamente, a Constituição é expressa no sentido de que a lei não poderá excluir do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Portanto, o parlamentar que se sentir prejudicado pode ir ao Judiciário solicitando que afaste a suposta transgressão ou ameaça a seu direito.