

O Devido Processo Legal e o Processo Administrativo

Por: Luís Felipe Valerim Pinheiro

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Due Process of Law – Origem Histórica e Pressupostos. 3. Abrangência do Devido Processo Legal e sua extensão ao Processo Administrativo – o caso norte-americano. 4. Aspectos do Processo Administrativo e a Função Administrativa de Regulação Econômica. 5. NOTAS

1. Introdução.

É imperioso o estudo da cláusula do devido processo legal como condição para entendermos a origem dos princípios de natureza processualística, sua evolução e abrangência ao longo da história e culminarmos com a aplicação de tais princípios na seara da função administrativa, agora inovada pela presença do Estado Regulador.

Nesse estudo, procuramos traçar a origem da cláusula do due process of law e seus pressupostos de aplicação, sobretudo na Ordem Jurídica americana, uma vez que esta consistiu na fonte de inspiração do legislador constituinte pátrio ao redigir o disposto no art. 5º, LIV e LV da Carta Magna.

Em seguida tratou-se da conceituação da cláusula do due process of law, conforme elaborada pela Constituição Federal dos Estados Unidos e pela interpretação de sua Suprema Corte, com o intuito de limitar seus contornos e definir sua aplicação prática, sobretudo no processo administrativo, como meio indispensável para a novel Administração Pública, que se implanta no Brasil, atuar, culminando com a produção de regulamentos ou atos administrativos.

Por fim, procuramos esboçar curtas linhas sobre a importância e a função do processo administrativo na função regulatória do Estado.

2. Due Process of Law – Origem Histórica e Pressupostos.

A cláusula do devido processo legal tem sua raiz histórica na Magna Carta inglesa de 1.215, elaborada sob o reinado de João “sem terra”. Este documento possuía o intuito de limitar as ações do governo monárquico sobre os direitos da nobreza feudal, de inspiração jusnaturalista, como tradição das instituições jurídicas anglo-saxônicas.

O art. 39 da Magna Carta, usando a locução law of the land, instituiu um freio às condutas e aos atos do poder Estatal frente à elite econômica da época, vale dizer, os senhores feudais, que pela posse da terra detinham a sua cidadania, de maneira a apaziguar as tensas relações entre essa nobreza e o governo monárquico. É importante destacar que o caráter elitista dessa garantia é patentemente percebido pelo fato de a Magna Carta haver sido escrita em latim, com o intuito de restringir seu uso pela maioria da população não letrada àquela época, configurando mero pacto entre o rei e a nobreza, aquele para manter-se no poder e esta para conseguir benefícios econômicos e proteção de sua propriedade pelo próprio Estado.

A expressão per legem of terrae ou by law of the land, que corresponderia ao julgamento pela lei da terra, do lugar ou por aquela elaborada pelos homens, vinha a estabelecer a garantia de limitação ou condicionamento dos direitos enumerados como intrínsecos à natureza humana, quais sejam, a vida, a liberdade e a propriedade, apenas após o procedimento previsto pelo direito consuetudinário e sedimentado nos precedentes judiciais, conforme os postulados da tradição jurídica do sistema da common law.

Esta cláusula constitucional saxônica ganhou a grafia due process of law no reinado de Eduardo III, em 1.344, em lei editada pelo Parlamento Inglês com o intuito de barrar os excessos cometidos por esse déspota. É mister destacar que, como doutrina Orlando Bittar, todas essas expressões consistiam em sinônimos, pois a sua previsão nos atos legislativos e aplicação pelos tribunais ingleses revelavam o mesmo conteúdo jurídico, é dizer, uma garantia de preservação dos direitos individuais, primeiro da nobreza e posteriormente dos cidadãos em geral, em face dos abusos cometidos pelo rei em seus atos de governo, ou, em outras palavras, a resistência das garantias individuais de natureza jusnaturalista contra a autoridade arbitrária do Estado.

Em um segundo momento, a cláusula due process of law foi recepcionada pelas Constituições das colônias inglesas na América do Norte, incorporando-a em seu direito constitucional, direito esse que teve, nas palavras de Carlos Roberto de Siqueira Castro, “... o mérito de embalá-la, criá-la e fazê-la florescer com inextinguível criatividade.”

As Constituições coloniais da América do Norte traziam, como regra geral, um rol de Declaração de Direitos similar ao Bill of Rights inglês, com a positivação e proteção de direitos tidos como naturais ao homem (vida, propriedade e liberdade), como mencionados alhures. A redação dos dispositivos referentes a esses direitos naturais, intrínsecos à

natureza humana, obedece a doctrine of vested rights, isto é, à concepção jurídico-filosófica, nascente no período revolucionário dos fins do século XVIII, que atribuí ao rol de direitos naturais fundamentais um caráter supra estatal ou, como diriam os jusnaturalistas: direitos pré-constitucionais ou pré-estatais a serem protegidos pelo Estado.

Nessa linha de raciocínio segue a Carta Constitucional da Federação norte-americana, pós independência, pois dentre suas dez primeiras emendas, as quais incorporam o Bill of Rights, está a 9ª Emenda que traz ao status constitucional outros direitos titulados pelo povo, ou seja, a Constituição Norte Americana adotou a ideologia jusnaturalista de direitos pertencentes ao indivíduo não pela atribuição estatal, mas sim pela própria natureza humana, direitos esses que devem ser observados e garantidos pelo Estado constitucional.

A Constituição da Federação Norte-Americana, promulgada em 1.787, tinha o intuito de consolidar funcionalmente a nação recém constituída, tratando fundamentalmente da organização e competência dos três poderes da Federação. Em um segundo passo, a partir de 1.791, como mencionado antes, foram acrescentados àquele texto primordial dez emendas, que podemos considerar o Bill of Rights norte-americano positivado.

A diferença entre o Bill of Rights inglês e o americano resultou no tratamento que a cláusula do due process of law obteve em cada nação, abrindo asa para que, nesta última, esse standart constitucional obtivesse uma maior concreção jurídica das garantias fundamentais.

Os principais elementos que viabilizaram a criação hermenêutica sobre a cláusula do due process of law foram as peculiaridades do sistema jurídico do common law norte-americano, como p. ex., a existência de uma Constituição escrita e a crescente importância da lei no Estado dirigista, pós década de 30; a intenção da Declaração de Direitos (Bill of Rights) na Carta Constitucional americana; assim como a supremacia do Poder Judiciário, em oposição a supremacia do Poder Legislativo, como ocorre na Inglaterra e na França.

Por primeiro, o direito norte-americano possui, segundo as palavras de René David , “um lugar particular” na família da common law, com características muito particulares que o aproximam do sistema romano-germano. Dentre esses caracteres, ressaltamos a existência de Constituições escritas, tanto para Federação quanto para os Estados-membros, aos moldes do constitucionalismo revolucionário francês. O fato de a Constituição norte-americana possuir o status de norma superior, como fundamento da ação governamental do Poder Público, garante, precisamente à clausula do due process of law, uma eficácia jurídica positiva muito maior que o seu congêneres inglês, uma vez que na Inglaterra a lei ou statute, elaborado pelo Parlamento pode abolir as garantias previstas nos documentos de natureza materialmente constitucional, quais sejam, a Magna Carta e o Bill of Rights .

Pode-se dizer, também, que as Declarações de Direitos americana e a francesa consistiam em ideais universalistas e de cunho liberal, enquanto que o Bill of Rights inglês consistia mais em uma vitória do Parlamento sobre a monarquia. Este caráter liberal das Declarações norte-americanas influenciou sobremaneira a Suprema Corte dos Estados Unidos, através da interpretação de leis e atos governamentais ofensivos ao due process of law, nas primeiras decisões acerca do intervencionismo estatal na vida privada e na regulação econômica, como será visto adiante.

A importância da lei escrita (act ou statute) para o direito norte americano é sentida na tendência dirigista do Estado ou capitalismo dirigido, iniciada com o New Deal e o Welfare State, que impôs uma crescente regulação da economia pelo Estado, a fim de solucionar as falhas da economia de mercado liberal. Este intervencionismo estatal, através de leis escritas, muitas vezes feriram a cláusula do due process of law, no entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, como no leading case *Lochner v. New York* , quando esta interpretava as garantias individuais conforme a visão liberal. Este posicionamento jurisprudencial se alterou através do tempo, fundamentado no fenômeno da Mutação Constitucional e na Concepção Instrumental do pensamento jurídico norte-americano, a partir de uma nova visão do conteúdo do due process of law, com maior respeito para com os critérios e formulações dos órgãos formuladores de políticas públicas do Poder Público, vale dizer, os Poderes Executivo e Legislativo.

É interessante tratarmos, no presente estudo, mesmo que brevemente, da supremacia do Poder Judiciário, através da valoração do precedente judicial e do poder de revisão dos atos legislativos e executivos por esse Poder (judicial review) no sistema jurídico norte-americano, com o intuito de explicitar as diferenças em relação aos países que adotam concepções jurídicas romano-germanas e, sobretudo, o Direito francês, bem como o Direito Administrativo brasileiro, e, também, para entendermos a evolução do conteúdo jurídico da cláusula do due process of law na cultura jurídica americana.

A diferença de funções entre o Poder Judiciário norte-americano e inglês está consubstanciada na diferente concepção que esses povos possuem em relação ao Poder Legislativo. Na Inglaterra, o Bill of Rights foi erigido como uma vitória do Parlamento, como legítimo representante da coletividade e das grandes aspirações sociais sobre a monarquia. Enquanto isto, nos Estados Unidos, houve uma grande resistência ao Departamento Legislativo na época colonial, pois essa Casa, defendendo os interesses da metrópole Inglaterra, impunha pesados ônus econômicos e sobre a liberdade dos colonos. Nesse contexto, a partir da Independência dos Estados Unidos, essa nação organizou seu Poderes de forma que os abusos do Poder Legislativo pudessem ser contidos pelo Poder Judiciário, como ocorreu no caso *Marbury*

v. Madison , ao lado do veto presidencial no processo legislativo (controle pelo Poder Executivo).

A fundamentação desse hard case, pelo Juiz Edward Coke, para justificar a teoria do exame judicial dos atos do Poder Legislativo e considerar inconstitucional uma norma estatutária que autorizava a Suprema Corte a expedir atos mandamentais a qualquer autoridade pública foi, resumidamente, a inconsistência desta frente ao direito costumeiro (common law) e à razão .

Notemos que as impressões da cultura americana acerca do Poder Legislativo, como detentor de uma natureza intrusiva nas liberdades e garantias fundamentais, fizeram dotar, sobretudo o Poder Judiciário, de poderes aptos a contornar esses abusos (aval pelo judicial review). A análise do conteúdo dos atos legislativos pela Suprema Corte norte-americana se fazia principalmente através do substantive due process of law, que será analisado detalhadamente no próximo tópico.

Percebemos, então, que o constitucionalismo norte-americano firmou uma idéia de limitação ao Poder Legislativo, solidificando o precedente judiciário (stare decisis) como primordial fonte do direito, ao contrário do pensamento clássico em Inglaterra e França, em que os atos legislativos são sacralizados. Para ilustrar esse posicionamento, trazemos a lume as palavras de René David, que vão no seguinte sentido: “Quando não existe precedente, o jurista americano dirá naturalmente: ‘There is no law on the point’ (Não há direito sobre a questão), mesmo se existir, aparentemente, uma disposição de lei que a preveja.” . Isto demonstra o caráter acidental que a lei possui no sistema common law americano clássico, servindo apenas como mera indicação normativa; devendo, portanto, ser interpretada sempre restritivamente . Para os fins do presente trabalho, é importante clarear algumas distinções acerca do princípio da legalidade e sua relação com a cláusula due process of law, no Direito Inglês e Francês em oposição ao direito norte-americano, para fins de aplicação do conteúdo do devido processo legal no processo administrativo desenvolvido no âmbito das agências reguladoras pátrias, em que a subsunção do princípio da legalidade é tão cara.

Na França, em decorrência de suas visões positivas em relação ao Poder Legislativo, como legítimo representante dos anseios da coletividade, se estabeleceu uma rígida visão do princípio da legalidade , em virtude de seu sistema jurídico ser baseado na família romano-germana em oposição à família da common law (Estados Unidos e Inglaterra). Assim, nesse país, o ato emanado do Poder Legislativo se presume legítimo, em decorrência da votação pela maioria parlamentar , conforme a perspectiva deificadora da lei, proposta pelos iluministas Rousseau e Hobbes, como único instrumento apto de expressão do bem comum e do padrão de justiça.

O princípio da legalidade destina-se no direito francês, assim como no direito brasileiro, pela recepção desse princípio, a conter o arbítrio dos atos do Poder Público, de modo que qualquer ato estatal deve estar amparado nos mandamentos legais e restrito a eles, assim como, por conseqüência, estará obedecendo ao interesse público, ao bem comum e à justiça, previstos tanto pelo legislador quanto pelo constituinte. No direito norte-americano, essa função é cumprida pela cláusula do due process of law (substantivo) , através do exame do conteúdo ou da substância dos atos do Poder Público pelo Poder Judiciário (judicial review), segundo os padrões de razoabilidade e racionalidade do ato em conformidade com os mandamentos constitucionais .

Estas concepções acerca da legalidade e do precedente judicial, respectivamente para os franceses e para os norte-americanos, determinou a amplitude de ação do Poder Judiciário nesses países, de maneira que, no primeiro caso, a atividade jurisdicional se viu muitas vezes contida em mera aplicação da literalidade da lei aos casos concretos, enquanto que, nos Estado Unidos, o Poder Judiciário se via com grande liberdade de criação hermenêutica, a fim de declarar o que era o direito (what the law is).

O estudo e aprofundamento hermenêutico da cláusula do due process of law se faz primordial no Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1.988, que, em seu art. 5º, LIV e LV, previu a proteção da vida e da propriedade, também, pelo devido processo, além das disposições contidas nos atos legislativos (princípio da legalidade). Desse modo, o exercício da função administrativa, através do processo administrativo, deve respeitar, em nossa ordem jurídica, o princípio da legalidade e o devido processo legal, uma vez presente o dever de observância à legalidade pela Administração Pública e o controle judicial de razoabilidade dos atos do Poder Público (lei e ato administrativo), à semelhança do judicial review norte-americano.

É importante lembrar, ainda a respeito do princípio da legalidade, que seu conteúdo jurídico compõe parte do primado do due process of law, à medida que esse busca, em última análise, a subsunção dos mandamentos constitucionais aos atos emanados pelo Poder Público, assim como ocorre com a lei presumida constitucional. Entretanto, a cláusula do due process of law alcança esse fim através de meios mais amplos, quais sejam, a análise da substância do ato, no caso concreto, frente aos parâmetros de razoabilidade, racionalidade e justiça exigíveis para proteção dos direitos fundamentais.

Para encerrarmos esse tópico, devemos traçar alguns contornos a respeito da 5ª e 14ª Emendas à Constituição Federal norte-americana, que serviram de ponto de partida para a estipulação do conteúdo da cláusula do due process of law pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

A 5ª Emenda faz parte do Bill of Rights norte-americano, adicionado à Constituição Federal em 1.789, que dispunha, no tocante ao nosso estudo, que nenhuma pessoa poderia ser privada de sua vida, liberdade ou propriedade sem o due process of law. Enquanto que a 14ª Emenda, juntamente com a 13ª e a 15ª Emendas, foram inseridas com o intuito de estender a garantia do due process of law aos ex-escravos, após a Civil War, e ao direito dos Estados federados; acrescentando, no entanto, o primado do tratamento igualitário pela lei, também para o direito federal. É importante destacar que a cláusula do due process of law deve ser aplicada como meio para elaboração de qualquer ato do Poder Público, em que esteja em questão os bens jurídicos vida, liberdade e propriedade dos cidadãos.

A partir da recepção da cláusula em estudo pela Ordem Jurídica norte-americana, através dessas Emendas à Constituição Federal dessa nação, o due process of law passou por um longo caminho exegético, pela interpretação jurisprudencial da Suprema Corte Americana, servindo para justificar o não intervencionismo estatal, em uma visão liberal, até o forte intervencionismo com o transcorrer do ideal de Welfare State, passando de uma simples garantia processual, para controle do mérito das decisões estatais.

3. Abrangência do Devido Processo Legal e sua extensão ao Processo Administrativo – o caso norte-americano.

O presente tópico procura traçar os contornos da cláusula do due process of law, a fim de podermos deduzir a sua finalidade na ordem jurídica, primeiramente, norte-americana, através do estudo de sua evolução hermenêutica, a partir de simples garantia processual (procedural due process of law), até atingir o seu pleno desenvolvimento, como garantia apta a limitar o mérito ou a substância dos atos do Poder Público (substantive due process of law), sobretudo do ato administrativo, para fins do presente trabalho. Por fim, analisaremos a função da razoabilidade no direito pátrio, através do desempenho da função administrativa das agências reguladoras e da aplicação da garantia do devido processo legal no processo administrativo.

Podemos dizer que o conteúdo jurídico da cláusula do due process of law consiste em seguir um procedimento justo, como instrumento para obtenção de um ato final, qual seja, uma decisão executiva, legislativa ou judicial emitida pelo Estado, nas hipóteses em que estiver em questão os bens: vida, liberdade ou propriedade (procedural due process); assim como a prerrogativa de exame do conteúdo dessa decisão, segundo os padrões da razoabilidade e da racionalidade, para proteção dos direitos fundamentais (substantive due process).

É bem verdade que não podemos admitir que o constituinte norte-americano, em 1.789, tenha previsto essa amplitude de aplicação para a cláusula do due process of law. Esta perspectiva do instituto é dada pela evolução jurisprudencial desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos desde sua previsão constitucional. A Constituição Federal brasileira de 1.988 incorporou em seu texto essa cláusula sobre a denominação devido processo legal, no art. 5º, LIV, com patente inspiração no instituto similar norte-americano. Parece claro que o conteúdo jurídico do devido processo legal, previsto em nossa Constituição, se remete àquele angariado pela Suprema Corte norte-americana no transcorrer desses anos, a fim de propiciar a máxima garantia aos direitos fundamentais e à cidadania na atuação do Poder Público.

É muito interessante a prospectiva análise de Egon Bockmann Moreira acerca da dissecação da expressão devido processo legal, assimilada da cláusula americana, em sua dissertação de mestrado, recentemente publicada.

Nesse estudo, o autor trata o termo “processo” como o iter necessário para que o ato administrativo final ou regulamento resultante (decisão administrativa) sejam legítimos, sempre que versar sobre a liberdade ou propriedade do indivíduo. Sendo assim, o administrado sempre possuirá o processo como garantia de proteção a sua liberdade e propriedade, mesmo naqueles atos administrativos em que existe a presunção de legitimidade, da auto-executoriedade, da imperatividade e da exigibilidade, caso este em que o processo será circunstancial, ou seja, posterior e a juízo do administrado.

O termo “devido”, para o autor, significa o processo adequado, ou seja, em conformidade com a conduta da Administração Pública prevista pela Constituição Federal, hipótese esta que envolve a aferição do conteúdo do processo desenvolvido, segundo os princípios enumerados no art. 37, caput da CF. Vale dizer que o autor enumera o princípio da razoabilidade como pertencente aos parâmetros para medir a adequação do processo administrativo adotado no caso concreto. Contudo, esse princípio não está previsto no texto constitucional (CF; art. 37, caput), mas é perfeitamente dedutível da aplicação substantiva do devido processo legal, como será visto adiante.

O termo “legal”, qualificando o devido processo, como dito anteriormente, revela-se impróprio, pois não traz toda a dimensão semântica que a garantia constitucional possui em seu bojo. Para Egon B. Moreira, esse qualificativo se refere à necessidade de prévia definição legal de qualquer limitação da liberdade e da propriedade dos particulares, como exigência decorrente do princípio da legalidade, vigente em nosso Ordenamento Jurídico.

Nesse sentido, E. Garcia de Enterría doutrina que a Administração Pública deve se submeter ao Direito, além da lei, em conformidade com a totalidade das normas e princípios que a sustentam, cabendo ao administrador público observar os

direitos fundamentais, sua amplitude e adequação de sua conduta com o caso concreto. Este também é o entender do Tribunal Constitucional alemão: “Face às estatuições positivas do poder estadual, pode em certas circunstâncias um mais de direito, que tem suas fontes na ordem jurídica conforme a Constituição, como um todo de sentido e que pode operar como correctivo da lei escrita, achá-lo e realizá-lo em resoluções é tarefa da jurisprudência.”

O entender do Prof. Carlos Ari Sundfeld vai mais além, pois esse mestre vê o princípio da legalidade e da separação de poderes em xeque, diante das novas concepções que o Direito vêm obtendo, em decorrência das imposições do Neoliberalismo e da Globalização Econômica. Para ele, a Administração Pública passa a estar submetida ao direito como um todo e não apenas à lei emanada do Poder Legislativo, o que traz sérios reflexos à relação Poder Legislativo/Administração Pública.

Estamos diante de uma crise das concepções clássicas acerca do conteúdo jurídico do princípio da legalidade e da separação de poderes. Com a hegemonia do Poder Executivo na condução do Poder Estatal, como um todo, temos o crescimento da função de controle dos Poderes Legislativo e Judiciário. O cidadão passa a contar com o processo administrativo como forma de atuação e controle da Administração Pública no desempenho da função administrativa, é dizer, o processo administrativo atua como instrumento de composição entre as liberdades individuais e coletivas e os fins públicos almejados pela Administração.

O objeto de proteção da garantia do *due process of law*, para efeito do estudo do processo administrativo pátrio, consiste nos bens jurídicos relativos à propriedade e à liberdade, aqui incluídas a liberdade de contratar, com as respectivas restrições em observância ao bem comum (CF, art. 170, I a IX); a propriedade entendida como o direito de o proprietário fixar o preço de venda ou uso da coisa; os contratos lícitos e os direitos deles decorrentes; a gestão e operação de determinada atividade; a obtenção de uma licença ou autorização para execução de determinada atividade; entre outros .

O procedural *due process of law* consiste em um conjunto de requisitos mínimos indispensáveis como meio a se obter uma decisão estatal justa, isto é, que respeite as garantias fundamentais. É através desse aspecto da cláusula do *due process of law* que se obtém, também, a observância da legalidade no sistema jurídico norte-americano, uma vez que, por ela, o administrador público, o legislador e o magistrado estão adstritos a seguir o procedimento previamente estabelecido em lei .

Deve ser lembrada a hipótese de o Poder Judiciário dos Estados Unidos aumentar o número de atos a serem cumpridos pela Administração Pública, com o intuito de assegurar, no caso concreto, a observância de um procedimento que culmine com a efetivação da justiça para o administrado e o exercício de sua cidadania. Este é o entendimento de L. M. Mathew, que menciona: “... el *due process* está en función de las circunstancias de cada caso y, por lo tanto, cambian los requisitos del mismo.”

Sob a óptica da jurisprudência norte-americana, um processo administrativo segue a cláusula do *due process of law* se esse atender, no caso concreto, a um patamar mínimo de garantias necessárias para proteção dos direitos fundamentais, previstos constitucionalmente.

O primeiro requisito indispensável ao processo administrativo, levantado pela Suprema Corte norte-americana, refere-se ao direito à notificação e audiência do administrado diretamente atingido pela função administrativa da agência reguladora. Este direito de manifestação do interessado (*hearing*) é cambiante conforme a natureza da decisão a ser tomada pela Administração Pública, devendo preencher os requisitos de razoabilidade e adequação.

O *hard case* norte-americano acerca das garantias processuais necessárias ao cumprimento do *standart due process of law* foi o precedente trazido por *Goldberg v. Kelly* , em 1.970. Nesse julgado, a Suprema Corte norte-americana, através do juiz Brennan, decidiu a questão que envolvia a interrupção do pagamento de benefícios assistenciais por uma agência do governo estadunidense – *Aid to Families with Dependent Children (AFDC)* – a famílias carentes do distrito de Southern no Estado de New York, sem prévia notificação e audiência dos beneficiados, com patente violação à cláusula do *Due Process of Law*, previsto na 14^a Emenda à Constituição Federal.

O juiz Brennan estabeleceu os seguintes requisitos a serem seguidos, para que o devido processo fosse o adequado no presente caso:

. Notificação prévia dos beneficiados (“... At the time the suits were filed there was no requirement of prior notice and hearing of any kind before termination of financial aid ... However the State and city adopted procedures for notice and hearing after the suits were brought... the *Due Process Clause* requires that the recipient be afforded na evidentiary hearing before the termination of benefits...”)

. Audiência dos beneficiados pela assistência, através da oralidade, uma vez que considerável parcela desses não possuem formação escolar (“... Thus a recipient is not permitted to present evidence to that official orally, or to confront or cross-examine adverse witnesses. These omissions are fatal to the constitutional adequacy of the procedures ... It is not enough that a welfare recipient may present his position to the decision maker in writing or secondhand through his

caseworker. Written submissions are na unrealistic option for most recipients ... Therefore a recipient must be allowed to state his position orally.”).

. Direito de os beneficiários constituírem um advogado para representá-los (“ Counsel can help delineate the issues, present the factual contentions in a orderly manner, conduct cross-examination, and generally safe guard the interests of the recipient ...”).

. A decisão emitida pela AFDC deveria fundamentar-se exclusivamente nas provas obtidas no processo (Finally, the decisionmaker’s conclusion as to a recipient’s eligibility must rest solely on the legal rules and evidence adduced at the hearing.”).

. O processo deveria culminar com uma decisão imparcial e motivada pelo órgão da Administração Pública (“... To demonstrate compliance with this elementary requirement, the decision maker should state the reasons for his determination and indicate the evidence he relied on ...”).

É interessante trazer a lume o caso *Mathews v. Eldridge* que elege três pressupostos para ocorrência de um processo adequado:

. A ofensa de um direito do administrado pela atuação de uma agência, com sua conseqüente discussão e delimitação, a fim de estabelecer a importância do direito afetado para o administrado no caso concreto;

. O possibilidade de uma errônea privação de tal direito, em decorrência do procedimento utilizado, sobrepondo os bens jurídicos afetados pela conduta administrativa em oposição às garantias para protegê-los, visando à razoabilidade;

. O interesse público tendente a manter os procedimentos existentes, com vistas aos maiores ônus que novos procedimentos, mais complexos, trariam aos órgãos da Administração Pública. Esta visão da Suprema Corte norte-americana é vexatória, pois abre asa para a prevalência do interesse público secundário (Administração Pública como sujeito de direito) em detrimento do interesse público primário (coletividade), conforme teoria desenvolvida pela doutrina italiana .

O evido processo legal, em seu aspecto procedimental ou adjetivo, surgiu para a Administração Pública como forma de imposição dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa, como forma de se evitar o arbítrio do Poder Público, culminando como princípio necessário à manifestação decisória do Estado, com grande relevância na seara do poder de polícia .

Com o advento do Welfare State, o Poder Público passou a intervir na economia de forma a regular a atividade privada, conforme os ditames do interesse público. Nesse contexto, a cláusula do devido processo legal assume um precioso papel no controle dos atos administrativos ou regulamentos (regulations ou administrative rules) exarados como manifestação do poder de polícia, como prerrogativa da Administração Pública, sendo imprescindível a existência da notificação prévia e da audiência (notice and hearing) do administrado afetado pela função administrativa.

O substantive due process of law consistiu em uma evolução da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, pela qual esta, munida dos poderes a ela conferidos pelo judicial review, passou a examinar o conteúdo ou a substância dos atos emanados pelo Poder Público, segundo a interpretação fundada nos pressupostos de razoabilidade e racionalidade do mérito desses atos em consonância com os direitos fundamentais.

Este instituto teve sua origem a partir de decisões da Suprema Corte norte-americana fundadas nas convicções que o liberalismo econômico trazia como modelo ideal de Estado, quais sejam, a concepção de Estado negativo, em que eram atribuídas ao Poder Público apenas a proteção da sociedade contra a violência (contra à vida e à propriedade) e a invasão externa, a manutenção de uma justiça que garantisse a aplicação das regras de direito, sobretudo em proteção do indivíduo e de seus direitos fundamentais e a consecução de algumas obras ou atividades econômicas imprescindíveis à coletividade e que não despertassem o interesse econômico dos particulares.

O substantive due process of law consistiu em um exemplo perfeito do fenômeno da mutação constitucional e da concepção instrumental que permeiam a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, em decorrência última do pragmatismo calvinista presente nessa nação. Podemos destacar três posicionamentos, bem definidos, acerca do controle do mérito dos atos do Poder Público, referentes, precisamente, a atos legislativos reguladores de matéria econômica – conforme intento desse trabalho: Os casos *Slaughter-House cases* , *Lochner v. New York* e *Nebbia v. New York* .

O leading case *Slaughter-House*, ocorrido em 1.873, foi um dos primeiros julgados da Suprema Corte norte-americana relativo ao Poder Regulatório da economia pelo Estado. Este precedente consistiu na discussão, pelo órgão superior do Poder Judiciário estadunidense, da constitucionalidade de uma lei (statute) editada pelo Estado de Louisiana que atribuía às empresas *Slaughter-House Company* e *Crescent City Live-Stock Landing* o direito de abater todos os animais em New Orleans, para fins de alimentação humana. Os açougueiros da região moveram uma ação questionando a validade dessa lei estadual, alegando a criação de um monopólio, em favor daquelas empresas, pelo Poder Público, através da mencionada lei .

A votação da Suprema Corte decidiu, seguindo as razões do Justice Miller, por maioria mínima (cinco a quatro), negar

provimento à apelação, com fundamento na inexistência de privilégios determinados pela lei, assim como pela não ofensa à liberdade individual de desenvolver qualquer atividade econômica pelo desrespeito à cláusula do *due process of law*, deixando a cargo do Parlamento estadual as legítimas decisões relativas às questões comerciais .

É importante trazer a lume a posição do Justice Bradley, vencido em seu voto, pois seu entendimento se tornaria majoritário nas décadas subseqüentes. A posição desse magistrado consistia na decretação da inconstitucionalidade de qualquer lei que estabelecesse monopólio ou privilégios, como decorrência da privação da liberdade e da propriedade dos indivíduos sem o respeito ao *due process of law* e ao princípio da igualdade .

Em 1.905, a Suprema Corte norte-americana consolidou outro importante precedente, com o caso *Lochner v. New York*, proporcionando o grande avanço do judicial review sobre os atos normativos não razoáveis, irracionais e arbitrários, através da cláusula do *substantive due process of law*, sobretudo em matéria econômica.

Nesse precedente, a mais alta Corte dos Estados Unidos examinou a constitucionalidade de uma lei (*statute*) que impedia os empregados das padarias de trabalharem mais de 60 horas por semana. O Justice Peckham entendeu inconstitucional o referido diploma, uma vez que tal interferia no direito de contratar entre os empregadores e os empregados.

Entretanto, nesse entendimento, ficou claro que o Estado possuía o poder de polícia de condicionar a liberdade e a propriedade dos indivíduos, desde que houvessem parâmetros justos e razoáveis para tanto, a fim de proteger a segurança, a saúde, a moral e o bem estar geral do povo, como ocorreu no caso *Holden v. Hardy* , no qual a Suprema Corte entendeu legítima a lei que impedia que os trabalhadores de minas de carvão e de refinarias desenvolvessem suas atividades por mais de 8 horas diárias, em decorrência dos problemas de saúde enfrentados por esses empregados e pelo pouco poder de barganha destes frente a seus empregadores .

O principal fundamento para não intervenção do poder de polícia na relação empregatícia entre os padeiros, utilizado pelo precedente, se refere a falta de razoabilidade existente na lei que restringe a liberdade de contratar dessa classe econômica, que não seria composta por pessoas incapazes de negociarem seus próprios contratos de trabalho conforme seus interesses particulares, consistindo, tal lei, como manifestação do poder de polícia estatal, um abuso não razoável e irracional; portanto, inconstitucional .

Devemos lembrar que as razões que fundamentam o entendimento dos Justices Harlan, White, Day e Holmes, vencidos pela maioria, atentavam para a constitucionalidade da lei em questão, como manifestação do poder de polícia do Estado, a fim de resguardar a integridade física e psicológica dos empregados das padarias, por meio da limitação da jornada de trabalho, como se faria futuramente com o advento dos Direitos Sociais.

O caso *Nebbia v. New York*, julgado em 1.934, consistiu na argüição de constitucionalidade de uma lei do Estado de New York que criava a *Milk Control Board*, órgão este com competência para fixar os preços de venda ao consumidor máximo e mínimo do leite e seus derivados. Este órgão, que exercia uma atividade regulatória do setor lácteo, fixou o preço do quarto de leite em 9 (nove) cents de dólar. Contudo, *Nebbia*, proprietário de uma mercearia, vendia o leite por um preço bem inferior ao estipulado, infringindo a norma jurídica estabelecida pelo órgão estatal. Este particular ingressou em juízo, contestando a constitucionalidade da fixação de preço do leite pelo Poder Público, por ofensa à cláusula do *due process of law* e da igualdade.

A Suprema Corte norte-americana analisando vários aspectos do mercado do leite e seus derivados, tais como, o declínio do preço entre 1.931 e 1.932, a situação dos produtores frente os grandes distribuidores, a importância do leite como fonte alimentar, o fato de o leite ser perecível e da impossibilidade de estocá-lo e a necessidade de ajustar a oferta e a demanda ao longo do ano, concluiu que este era um mercado que deveria ser regulado pelo Poder Público, dadas suas peculiaridades e imperfeições, com o objetivo de atingir o bem da coletividade. Nessas circunstâncias, não haveria, então, ofensa à liberdade de empresa pelo não cumprimento do *substantive due process of law* .

Sendo assim, esse precedente estabeleceu a normalidade da intensa regulação do mercado leiteiro, uma vez que esta objetivava o interesse público e era coerente, mesmo que aplicando, aparentemente, uma regra irracional como o controle de preços em uma economia regida pela livre iniciativa. Nesse sentido, a Suprema Corte estadunidense considerou constitucional a lei estadual que instituiu o órgão regulador do mercado leiteiro local e o controle de preços por ele estabelecido, estando o Estado livre para fazer uso das prerrogativas, através do Poder Legislativo no caso em análise, trazidas por seu poder de polícia em relação às matérias econômicas, desde que de maneira razoável, não discriminatória e não arbitrária .

Com a ilustração da Evolução do *substantive due process of law*, através desses *leading cases* da Suprema Corte norte-americana, procuramos demonstrar além da amplitude semântica dessa cláusula e do conteúdo jurídico dela extraído pela referida Corte, mas, mais ainda, a exigência de razoabilidade e de racionalidade no mérito da decisão estatal pode ser preenchida pelas mais diversas condutas pelo Poder Público, conforme a variação do momento histórico por qual passa a nação.

O caso *Slaughter Houses* consistiu em uma negação de interferência do Poder Judiciário nas decisões econômicas

tomadas pelo Poder Legislativo Estadual, uma vez que este seria o órgão legítimo para aferir quais medidas seriam as necessárias para a efetiva e eficaz regulação do mercado.

O caso *Lochner v. New York* tratou diferentemente da intervenção do poder estatal na economia, pois afastou a aplicação de uma lei considerada como não razoável e irracional em seu conteúdo, em consonância com a visão de um Estado Liberal negativo (Liberalismo Econômico) e de um Poder Judiciário fortalecido pelo judicial review, até mesmo em matéria econômica. Aos olhos dos idealizadores do Estado absenteísta, este deveria limitar-se a assegurar a autonomia do indivíduo e promover o desenvolvimento econômico da nação de forma a prestigiar ao máximo a liberdade e a proteção à propriedade. Nesse contexto, era terminantemente proibido pensar em uma limitação, pelo Poder Público, da liberdade de cada indivíduo contratar sua relação empregatícia. Esta época se revelou como a expansão do judicial review sobre os atos estatais, por meio subsunção da cláusula do substantive due process of law aos mais diversos casos concretos, ainda mais intensamente em matéria econômica, ou, em poucas, mas elucidativas, palavras de Caio Tácito, o due process e state police power transformaram-se em expressões antinômicas, como símbolos da oposição da iniciativa privada e do interesse público.

O caso *Nebbia v. New York* trouxe uma nova visão do conteúdo do substantive due process of law, uma vez que passou a integrar a concepção do Estado Intervencionista, como incentivador e regulador da economia, fomentando o capitalismo dirigido criado pelo New Deal, opção política esta indispensável para uma eficiente economia de mercado. A Suprema Corte estadunidense passou a tratar com maior rigor a aplicação dessa cláusula nas questões econômicas, admitindo condutas fundadas nos condicionamentos da liberdade e da propriedade pelo poder de polícia do Estado, quando razoáveis em relação ao interesse público almejado.

É mister salientar que a posição da Suprema Corte no caso *Slaughter Houses* difere muito daquela adotada no caso *Nebbia v. New York*, apesar de em ambas a Corte decidir pela não interferência do Poder Judiciário na decisão econômica adotadas pelos Estados, por meio do exercício legítimo (racional) de seu poder de polícia, uma vez que o primeiro caso tratou de uma negação de interferência da suprema corte em relação às matérias relativas ao comércio local, enquanto que no caso *Nebbia v. New York* o Poder Judiciário considerou legítima a decisão do Poder Legislativo estadual em fixar os preços do leite, segundo o interesse público local daquele período histórico.

Nos precedentes posteriores a 1.937, a Suprema Corte norte-americana passou a aplicar a cláusula do substantive due process of law apenas em questões não econômicas (non economic matters), mas sim para proteção dos direitos fundamentais elencados no Bill of Rights dessa nação, uma vez que a doutrina estabelecida no caso *Lochner v. New York* estava definitivamente sepultada.

Para concluirmos esse tópico, é imprescindível traçar algumas linhas a respeito da importância da delimitação do mérito dos atos emanados das agências reguladoras, por elas próprias, tanto dos atos administrativos quanto dos regulamentos (contendo normas gerais e abstratas, como exercício de poder normativo), através dos parâmetros de razoabilidade e de racionalidade que protegem a liberdade e a propriedade (CF; art. 5º, LIV), intrínsecos à cláusula do devido processo legal em seu aspecto substantivo.

Vimos que a tradição da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, acerca da cláusula do substantive due process of law, consolidou uma barreira ao exame, pelo Poder Judiciário, do mérito dos atos estatais de natureza econômica, uma vez que estes são emanados de órgãos muito mais legitimados a definir políticas governamentais (Poder Legislativo) e a estabelecer o interesse público em determinado caso concreto (Poder Executivo). É salutar deixarmos explícito que não se procura, aqui, burlar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV da CF, pois sempre caberá ao Poder Judiciário averiguar se o exercício do poder de polícia pelo Estado não foi desmedido (não razoável) ou arbitrário, acabando por ferir os direitos de propriedade e de liberdade protegidos pela garantia do devido processo legal, isto é, medir se os meios utilizados para atingir uma finalidade são os adequados e aptos a garantir a observância dos direitos fundamentais.

Esta natural restrição à determinação do interesse público ao caso concreto pelo Poder Judiciário, constitui competência das agências reguladoras de forma que elas próprias devem emitir suas decisões através de um processo administrativo que respeite, além das características processuais, a razoabilidade e racionalidade entre meios adotados e fins pretendidos, com o intuito de garantir o desempenho da função administrativa em consonância com o princípio do Estado Democrático de Direito, viabilizando a manifestação do cidadão no processo decisório da agência. É impossível admitir, em um Estado Democrático, a conduta da Administração Pública desarrazoada, relegando apenas para o controle jurisdicional a tarefa de fiscalizar e corrigir os meios de exercício da função administrativa.

A cláusula do devido processo legal assume, assim, alegoricamente, o papel de uma válvula jurídica-positiva do Ordenamento, capaz de viabilizar o uso da razão como parâmetro para aferição da constitucionalidade dos atos emanados das agências reguladoras, em garantia dos direitos fundamentais. O fato de a Constituição Federal brasileira incorporar a cláusula do devido processo legal gera o dever do exegeta conciliar o princípio da legalidade (CF, art. 5º, II) com a regra da razoabilidade (rule of reasonableness), como forma de controle dos atos estatais.

Por fim, a observância do devido processo legal substantivo nos processos administrativos, adotados pelas agências reguladoras, ganha dimensão à medida que ocorre a delegação de competências, pelo Poder Legislativo, para esses órgãos da administração pública, principalmente de poder normativo. A edição de normas jurídicas pelo Poder Executivo já se fez predominante com a supremacia desse Poder no Estado Intervencionista, como mencionado anteriormente, tal característica se reafirma no Estado Regulador, pelo aumento da densidade normativa em decorrência da menor intervenção direta na economia. A edição de normas gerais e abstratas, com o intuito de concretizar o interesse público no caso concreto e previsto genericamente na lei, torna imperativo a observância da razoabilidade entre o processo administrativo adotado e o ato decisório final (regulamento ou resolução).

Este aspecto também é sentido no aumento da discricionariedade das decisões tomadas pelas agências reguladoras, em decorrência da crescente complexidade técnica que esses órgãos especializados da administração pública lidam quotidianamente, com o intuito de definir e obter o interesse público no caso concreto. Nessa hipótese, também se faz imperativo o uso da razoabilidade como parâmetro para o exame da substância da decisão a ser prolatada pela agência reguladora.

4. Aspectos do Processo Administrativo e a Função Administrativa de Regulação Econômica.

Conforme mencionado alhures, as funções do Poder Executivo, através da Administração Pública, se encontram posição de destaque no plexo de competências do Estado Social e Democrático de Direito. O princípio da legalidade e da separação de poderes, como vinham sendo descritos pela doutrina clássica, não mais abarca os anseios da sociedade técnica e pluralista contemporânea, em um Estado que pretende prover comodidades positivas aos seus cidadãos. Nesse contexto, surge a Reforma do Estado que procura, principalmente, dar amparo jurídico, tanto de existência como de atuação, para esse Poder Executivo.

A Reforma, por qual vem passando a Constituição Federal pátria, é fruto, em grande medida, dessa tentativa de inserir um modelo de Estado que possa cumprir com suas competências de conteúdo social e garantir, como objetivo último, o desenvolvimento econômico da Nação, o qual se reverte em dignidade da pessoa humana, desenvolvimento nacional e bem-estar social.

Em um contexto em que o princípio da Separação dos Poderes e da Legalidade têm seus conteúdos jurídicos revistos, é importante traçar algumas linhas acerca do aumento de importância do processo administrativo como forma de garantir a atuação da Administração Pública conforme o Direito. Em outras palavras, o estudo do meio e do modo de formação da vontade da Administração Pública é, atualmente, a principal forma de controle do Poder de Autoridade do Estado.

A função regulatória do Estado assume papel de destaque nesse agigantamento do Poder Executivo, uma vez que o Poder Público substitui sua atuação direta na economia pela regulação econômica dos mercados (intervenção indireta) e das utilidades públicas. O Estado Administrativo tem, no processo, o instrumento hábil para implementação das políticas públicas e de controle de sua atuação conforme os ditames do Direito.

Vale destacar, aqui, a abertura à participação procedimental tão necessária ao desempenho da função administrativa regulatória. Este é um requisito imprescindível para que as decisões das agências reguladoras atendam aos padrões de eficiência e de eficácia, necessários à implementação, in concreto, das decisões políticas tomadas pelos legisladores, isto é, que tais decisões sejam legitimadas no e pelo corpo social.

O tema da participação procedimental se desdobra na abertura do processo à participação do cidadão ou de uma coletividade (associações), como interessados, para a defesa de interesses e direitos individuais ou difusos e coletivos ameaçados ou abrangidos pela futura decisão estatal. A participação procedimental tem o caráter de propiciar uma decisão administrativa dotada de melhor qualidade técnica, um vez que a consideração das contribuições trazidas pelos maiores conhecedores dos direitos envolvidos, vale dizer, os próprios afetados pela decisão, é imprescindível para que a Administração Pública tenha contato com todas as peculiaridades abrangidas por sua futura decisão.

Outro enfoque da participação procedimental é a abertura do processo para contribuição de terceiros, a fim de a Administração colher subsídios para suas decisões, principalmente através das Audiências Públicas e das Consultas Públicas à sociedade. Temos, aqui, uma forma de representatividade direta dos interesses de cada cidadão, não alcançada, até mesmo, no âmbito do Poder Legislativo. Vê-se, portanto, que o processo administrativo é condição para desempenho da função administrativa regulatória, como a mais concreta garantia ao Estado Social e Democrático de Direito, visto que compõem-se, assim, o desempenho das competências pública de caráter social juntamente com a observância da mais elevada Democracia.

O novo desafio para os operadores do direito consiste em uma sólida construção doutrinária acerca das peculiaridades do processo administrativo, como forma de explicitar os requisitos para cada espécie de decisão da Administração Pública em cada caso concreto, assim como tornar a observância do devido processo legal uma rotina no âmago da

5. NOTAS:

Este dispositivo da Magna Carta assim rezava: “ No free man shall seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.”

A esse respeito, ver comentário de Celso Albuquerque Mello em: SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil, 2ª ed., 1.989, Rio de Janeiro, Ed. Forense, p. 9.

Ver pormenorizada análise do sistema jurídico da common law em: DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, 3ª ed., 1.998, São Paulo, Ed. Martins Fontes, pp. 281 e segs. Fazer remissão a futuro comentário nesse tópico.

Apud SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil, 2ª ed., 1.989, Rio de Janeiro, Ed. Forense, p. 11.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. Op. cit., p. 11.

A esse respeito ver detalhada evolução histórica das Constituições coloniais americanas em: SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. Op. cit., pp. 13 a 15.

O caráter jusnaturalista e contratual desses direitos pode ser conferido no art. I, item X da Constituição do Estado de New Hampshire: “Government being instituted for the common benefit, protection, and security of the whole community, and not for the private interest or emolument of any one man, family or class of men; therefore, whenever the ends of government are perverted, and public liberty manifestly endangered, and all other means of redress are ineffectual, the people may, and right ought, to reform the old, or establish a new government. The doctrine of non-resistance against arbitrary power, and oppression, is absurd, slavish, and destructive of the good and happiness of mankind.”

O texto da 9ª Emenda à Constituição Americana possui a seguinte redação: “The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.” Esta visão jusnaturalista dos direitos humanos fundamentais ou penumbral rights também foi absorvida por nossa Constituição Federal, como previsto no art. 5º, § 2º, conforme observado por Carlos Roberto de Siqueira Castro (SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil, 2ª ed., 1.989, Rio de Janeiro, Ed. Forense, p. 36 e 73) e tratado, por nós, adiante.

DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, 3ª ed., 1.998, São Paulo, Ed. Martins Fontes, p. 363.

Por esse motivo, segundo afirma Bernard Schwartz: “...o conceito de Declaração de Direitos é primariamente americano em sua origem. A existência anterior do Bill of Rights inglês em 1.689 tende obscurecer esse fato. Todavia, exceto pelo nome, o estatuto de 1.689 pouco tem em comum com o documento americano anterior. Em primeiro lugar, o Bill inglês foi aprovado, como lei, pelo Parlamento e estava, assim, em sentido jurídico, sujeito a ser emanado ou revogado à discrição da legislatura que o criara. A noção americana de um Bill of Rights incorpora garantias de liberdade individual a um documento constitucional no qual se define e limita as áreas de legitimidade da ação legislativa. Nesse sentido, a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1.776, foi o primeiro Bill of Rights moderno, desde que foi o pioneiro em usar uma Constituição escrita para imunizar direitos individuais dos ventos cambiantes dos caprichos legislativos.” Apud SIQUEIRA CASTRO, Carlo Roberto de. O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil, 2ª ed., 1.989, Rio de Janeiro, Ed. Forense, p. 25.

A esse respeito, consultar interessante análise em: DAVID, René. Op. cit., pp. 363, 365 e 381.

198 U.S. 45 (1905).

1 Cranch 137 (1.803).

A esse respeito ver detalhadamente em: DAVID, René. Op. cit., pp. 395 e 396.

A existência desse caráter de legislador negativo ao Poder Judiciário norte-americano é um dos fundamentos para que em muitos Estados os juízes sejam nomeados e sabatinados pelo Senado ou tenham sua indicação avalizada pelo povo, como forma de dar um maior lastro democrático às decisões proferidas com fulcro no judicial review.

É importante notar, também, que o sistema de aferição da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro é inspirado no modelo norte americano do judicial review, adicionado, com a Constituição Federal de 1.988, em seu art. 5º,

LIV, pelo exame do conteúdo dos atos legislativos e executivos pela garantia ao devido processo legal, isto é, o exame da razoabilidade das leis.

DAVID, René. Op. cit., p.367.

DAVID, René, Op. cit., p.398.

Pode-se dizer que em decorrência da valoração da lei como fonte do direito no direito francês e na família romano-germânica como um todo, o Poder Legislativo assume um papel de destaque nessas ordens jurídicas, em oposição à supremacia do Poder Judiciário no sistema jurídico norte americano. Ver a esse respeito: SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. Op. cit., p. 150.

Nas palavras de Carlos R. S. Castro: "... Resulta daí, em conseqüência, uma marcante diferença na própria formulação do conceito de legalidade (rule of law), que, para os americanos, coincide com a supremacia da Constituição segundo declarada pelos juizes e tribunais, ao passo que, para os ingleses, significa a vontade do Poder Legislativo expressa nas leis votadas segundo o princípio da maioria parlamentar." (SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. Op. cit., p. 17.)

Nesse mesmo sentido, o entender de René David: "A regra francesa, segundo a qual um comerciante não deve praticar concorrência desleal em detrimento dos seus concorrentes, não será olhada pelos juristas ingleses (e americanos) como uma verdadeira regra de direito. Ver-se-á nela uma fórmula vaga, destinada a dar aos juizes uma diretiva geral de equidade. Para se encontrar em presença de uma legal rule é necessário esperar que os tribunais tenham sido levados a pronunciar-se sobre um caso concreto, tenham decidido se nas circunstâncias desse caso concreto havia ou não concorrência desleal, expondo-se o autor da prática à censura do direito." (DAVID, René. Op. cit., p. 328).

É importante mencionar que a Constituição Federal norte-americana não possui o princípio da legalidade expressamente previsto em seu texto.

Devemos observar que a valorização da legalidade, contida nos Ordenamentos Jurídicos pertencentes à família Romano-Germânica, atribui um papel transcendente à lei como instrumento de definição dos contornos e limites às liberdades individuais, previstas nas Constituições dos Estados. Ocorre, aqui, a conformação de direitos e de liberdades, tanto individuais como sociais, na Ordem Jurídica, por meio de previsões restritivas até de direção e de realização das referidas liberdades (Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional, Ed. Almedina, Coimbra, 6ª ed., 1993, pp. 1131 e segs.). O Direito Positivo pátrio enumera os atos mínimo-necessários, para a observância da garantia do devido processo legal, através da Lei Geral de Processo Administrativo Federal, nº 9.784, de 29 de janeiro de 1.999. Este diploma legal prevê os os atos administrativos mínimos para que a Administração Pública Federal cumpra o desempenho da função administrativa em observância aos ditames constitucionais inerentes ao princípio do Devido Processo Legal, isto é, o processo administrativo é delineado por essa lei. A conformação legal do processo administrativo não exclui a análise da razoabilidade das leis pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de aferir se o conteúdo desse ato normativo (atos que enumera) é capaz de cumprir sua função (garantir uma decisão administrativa justa, eficiente e eficaz).

Assim dispunha a 5ª Emenda: "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation."

Assim dispunha a 14ª Emenda; "All person born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction there of, are citizens of the United States and the State where in they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."

Deve-se ressaltar que o Bill of Rights americano foi elaborado em 1.789, sob a égide de uma visão liberal e individualista dos direitos fundamentais. Hoje, entretanto, estão plenamente circunscritos nos direitos que devem ser albergados pela garantia do devido processo legal, aqueles referentes ao interesse público difuso ou coletivo, sobretudo na atuação das autarquias independentes ou com regime especial (agências reguladoras), as quais exercem a regulação ampla ou setorial da economia, como p. ex., o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, a Agência Nacional do Petróleo, entre outras. Estas entidades tratam de proteger o interesse dos usuários de serviços públicos (direitos do consumidor), os interesses ambientais e de saúde pública, assim como a ordem econômica (direito à livre iniciativa e à livre

concorrência). A esse respeito é interessante a observação de José Luis Muga Muñoz, que infere um direito de propriedade da coletividade nos serviços de caráter social, de modo que seu benefício deve ser amparado pela cláusula constitucional do *due process*, atingindo assim a proteção da participação do administrado, em defesa de interesses difusos e coletivos, na atuação das agências reguladoras (CARBONELL, Eloísa e MUGA, José Luis. *Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América*, 1ª ed., 1.996, Ed. Marcial Pons, Madrid, p. 102).

Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Republicização do Estado e os Interesses Públicos*, 1.999, p. 285 – Tese de doutoramento apresentada ao departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

A respeito do Direito do Consumidor e o direito à proteção regulatória: MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e a Defesa do Consumidor*, 1ª ed., 1.998, Ed. Max Limonad, São Paulo, p. 299 a 302.

Cf. CARBONELL, Eloísa e MUGA, José Luis. *Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América*, 1ª ed., 1.996, Ed. Marcial Pons, Madrid, pp. 97 e 98.

Ver as diferenças de interpretação (restrita e ampla) da cláusula do *due process of law* em: CARBONELL, Eloísa e MUGA, José Luis. *Op. cit.*, p. 100.

A tradução para o vernáculo da cláusula do *due process of law* foi infeliz, pois *law* corresponderia, mais propriamente, a “direito”; formando a expressão devido processo em direito, uma vez que lei, em inglês, seria *act* ou *statute*. Esta concepção, parcialmente seguida pelos espanhóis (CARBONELL, Eloísa e MUGA, José Luis. *Op. cit.* p. 95), reflete com maior exatidão a amplitude de aplicação do instituto em estudo, pois esse não se restringe ao processo previamente estabelecido apenas em lei, mas sim, estende-se à aferição da razoabilidade do processo (meio) em relação aos seus fins (decisão estatal) no caso concreto, bem como ao ingresso no conteúdo da decisão proferida, em observância dos direitos fundamentais.

MOREIRA, Egon Bochmann. *Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*, 1ª ed., 2.000, Ed. Malheiros, São Paulo, pp. 214 a 220.

É de se notar que a Constituição Estadual Paulista, em seu art. 111, prevê expressamente o princípio da razoabilidade como parâmetro para aferição do mérito do ato administrativo ou do regulamento administrativo. As recentes leis de processo administrativo, no art. 2º da Lei Federal 9.784/99 e no art. 4º da Lei Estadual Paulista 10.177/98, também trazem em seu texto o princípio da razoabilidade como parâmetro para a conduta administrativa.

ENTERRÍA, Eduardo García e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*, 1.991, Ed. RT, São Paulo, p. 375.

Apud MOREIRA, Egon Bochmann, *Op. cit.*, p. 69.

SUNDFELD, Carlos Ari. “A Administração Pública na Era do Direito Global”, in: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito Global*, 1ª ed., 1.999, Ed. Max Limonad, São Paulo, pp. 166 e 167.

Cf. CARBONELL, Eloísa e MUGA, José Luis. *Op. cit.* p. 105 a 107.

Esta lei pode referir-se, no contexto do presente estudo, ao *Administrative Procedure Act – APA*, que consiste na Lei Geral Federal de processo administrativo norte-americana, ou às leis que instituem as chamadas *Agencies*, com a previsão de procedimentos específicos, conforme a multiplicidade de competências dos órgãos vinculados ao Poder Executivo.

Apud CARBONELL, Eloísa e MUGA, José Luis. *Op. cit.* p. 95 (MATHEW, V. M. *Due Process of law – 5th and 14 th amendments of the U.S. Constitution*, Ed. Portland, 1.980, p. 7)

A esse respeito, ver: CARBONELL, Eloísa e MUGA, José Luis. *Op. cit.* pp. 108 e 109. 397 US 254 (1970).

Os trechos dessa decisão da Suprema Corte norte-americana foram extraídos da obra: CASS, DIVER e BEERMANN. *Administrative Law – Cases and Materials*, 3ª ed., 1.998, Ed. Aspen Law & Business, New York, pp 641 a 652.

424 US 319 (1976). Ver a esse respeito: CARBONELL, Eloísa e MUGA, José Luis. *Op. cit.* pp. 112 a 114.

Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 11ª ed., 1.999, Ed. Malheiros, São Paulo, p. 32.

Cf. SIQUEIRA DE CASTRO, Carlos Roberto. *Op. cit.*, pp. 49 e 50.

A respeito do poder de polícia no Estado de Bem-Estar Social ver:

SUNDFELD, Carlos Ari. *Administração Ordenadora*, 1ª ed., 2ª tiragem, 1.997, Ed. Malheiros, São Paulo, pp. 13 a 15.

TÁCITO, Caio. “O Poder de Polícia e seus Limites”, in *RDA*, vol. 27, 1.950, p. 8.

O fenômeno da mutação constitucional refere-se, genericamente, à mudança de conteúdo semântico das expressões contidas na Carta Magna, através dos métodos hermenêuticos, a fim de transformar a função de determinado instituto jurídico dentro do Ordenamento Jurídico. A função instrumental da Constituição norte-americana é denotada a partir de

sua longevidade, como Diploma Jurídico fundamental de um Estado Liberal, até o final da década de 20, assim como de um Estado Intervencionista e Regulador da economia, sem alterações em seu texto. Conclui-se, assim, que a Constituição Federal estadunidense é um “instrumento de governo”, que legitima as ações do Poder Público, segundo os padrões da razoabilidade e racionalidade, em determinado momento histórico. A esse respeito consultar: RORWITZ, Morton J. *The Emergence of the Instrumental Conception of American Law, 1.780 - 1.820, 1.960*, New York.

WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua Linguagem*, 2ª ed., 1.995, Ed. Sérgio Antônio Fabris Editor, p. 80.

83 US (16Wall.) 36, 21 L.Ed. 394 (1873).

198 US 45, 25 S. Ct. 539, 49 L. Ed. 937 (1905).

291 US 502, 54 S. Ct. 505, 78 L. Ed. 940 (1934).

“... The plaintiffs in error accepting this issue, allege that statute is a violation of the Constitution of the United States in this Several particulars: That it creates na involuntary servitude...; That it abridges the privileges and immunities of citziens ...; That it denies to the plaintiffs the equal protection of the laws; that deprives them of their property without due process of law ...”.

“Under no construction of the due process clause that we have ever seen, or any that we deem admissible, can the restraint imposed by the State of Louisiana upon the exercise of their trade by the butchers of New Orleans be held to be a deprivation of property within the meaning of that provision. ... we may safely leave that matter until Congress shall have exercised its power ...”.

“... The granting of monopolies or exclusive privileges to individuals or corporations, is na invasion of the rights of others to choose a lawful calling, and a infringement of personal liberty ... In my view, a law which prohibits a large class of citziens from adopting a lawful employment ... does deprive them of libertyas well as property, without due process of law. Their right of choice is a portion of their liberty; their occupation is their property. Such a law also deprives those citziens of equal protection of the laws ...”.

169 US 366, 18 S. Ct. 383, 42 L. Ed. 780 (1898).

(The general right to make a contract in relation to his business is a part of the liberty of the individual protected by the Fourteenth Amendment of the Federal Constitution ... There are, however, certain powers, existing in the sovereignty of each State in the Union, somewhat vaguely termed police powers ... Those powers, bradly stated and without, at present, any attempt at a more specific limitation, related to the safety, health, morals and general welfare of the public.”).

“ It must, of course, be conceded that there is a limit to the valid exercise of the police power by the State ... There is no reasonable ground for interfering with the liberty of person or the right of free contract, by determining the hours of labor, in the occupation of a baker. There is no contention that bakers as a class are not equal in intelligence and cappacity to men in other trades or manual occupations, or they are not able to assert their rights and care for themselves without the protecting arm of the State ...[P]olice power has been reached and passed in this case ... Under such circumstances the freedom of master and employé to contract with each other in relation to their employment, and in defining the same, cannot be prohibited or interfered with, without violating the Federal Constitution ...”.

“The Fifth Amendment, in the field of federal activity, and the Fourteenth , as respects state action, do not prohibit governamental regulation for the public welfare ... And the guarantee of due process, as has often been held, demands only that the law shall not be unreasonable, arbitrary or capricious, and that the means selected shall have a real and substancial relation to the object sought to be attained. It result that a regulation valid for one sort of business, or in given circunstances, may be invalid for another sort, or for the same business under other circunstances, because the reasonableness of each regulation depends upon the relevant facts.”

“If the laws passed are seen to have a reasonable relation to a proper legislative purpose, and are neither arbitrary nor discriminatory, the requirements of due process are satisfied ... the free operation of the normal laws of competition is a wise and wholesome rule for trade and commerce is no economic question wich this court need not consider or determine ... Price control, like any other form of regulation, is na unconstitutional only if arbitrary, discriminatory or demonstrably irrelevant to the policy the legislature is free to adopt, and hence na unnecessary and unwarranted interference with individual liberty.”

A esse respeito, Carlos Roberto de Siqueira Castro ensina: “Inaugurava-se , aí, a era do governo dos juízes, com os Tribunais assumindo um papel de censor da vida social, política e econômica da nação ... A dialética do poder e as metafísicas questões do direito público encontram, enfim, no plano institucional, a autoridade dotada de prerrogativa decisória e revestida dos predicados de intérprete derradeiro do sentido da Constituição: o Poder Judiciário (SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. Op. cit., p. 57.)

TÁCITO, Caio. “O Poder de Polícia e seus Limites”, in: RDA, Ed. FGV, vol. 27, 1.950, p. 7.

Este é o entendimento de Carlos R. S. Castro: “... o controle judicial a ser exercido acerca da legislação econômica

deveria ser menos rigoroso e, desse modo, mais respeitador para com os critérios e valorações adotados pelos órgãos formuladores das políticas governamentais sediados no Legislativo e no Executivo. Contrariamente, deverá crescer em rigor a judicial review a ser efetivada em face da legislação que tenha por objeto qualquer restrição de direitos fundamentais...” (SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. Op. cit., p. 70).

Nesse sentido: SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. Op. cit., p. 77.

Podemos citar, como exemplo, a definição do conceito fluido referente ao termo “mercado relevante”, trazido pela Lei Federal 8.884/94. A determinação do seu conteúdo, no caso concreto, cabe ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, delimitando qual será o mercado considerado para a análise dos impactos econômicos resultantes de determinada conduta anti-concorrencial ou de um ato de concentração. A infinidade de setores da economia, as diversas considerações geográficas e de produtos existentes em um determinado momento são variáveis que devem ser analisadas pelo CADE, no intuito de precisar qual é o impacto que determinada conduta ou ato de concentração terá no mercado e se haverá prejuízo à livre concorrência.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1.988. 1ª ed., 1.993, São Paulo, Ed. RT, pp. 50 a 52.

Cf. DUARTE, David. Procedimentalização, participação e fundamentação: Para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório, Ed. Almedina, Coimbra, 1ª ed., 1996, pp. 103 a 130.

O legislador infra-constitucional bem observou o aspecto da participação procedimental na elaboração da Lei Federal nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, adotando uma concepção ampla de legitimidade, em seu art. 9º, viabilizando a participação, como interessados, de entes coletivos para a tutela de interesses e direitos coletivos e difusos, assim como a participação de terceiros na formação da vontade administrativa, através das Audiências Públicas e Consultas Públicas (arts. 31 a 33).