

O DIREITO DE PETIÇÃO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: UM DIÁLOGO ATRAVÉS DA “LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO” DE LUHMANN

PAULO WANDERLEY DE SÁ LEITÃO NETO

Graduando em Direito. Universidade Potiguar.
E-mail: paulowleitao@hotmail.com

NOEL DE OLIVEIRA BASTOS

Mestre em Direito pela UFRN. Docente da Universidade Potiguar
E-mail: noelbastos@unp.br

Envio em: Junho de 2014

Aceite em: Julho de 2015

Resumo

O presente artigo visa à discussão do Direito de Petição, não apenas como um princípio constitucional de reivindicações da sociedade em relação ao Estado, mas também como mola propulsora de um procedimento, que irá culminar numa norma de decisão que deve ter como norteador os princípios constitucionais, mormente, a segurança jurídica. Por sua vez, para garantir esses pressupostos faz oportuno o estudo, realizado pelo sociólogo e jurista alemão Niklas Luhmann, da Legitimação pelo Procedimento (Legitimation durch Verfahren), doutrinando sobre as balizas das estruturas sistêmicas sociais que irão estabilizar as expectativas normativas e cognitivas dos sentimentos de frustrações que surgem no desenrolar dos procedimentos estatais. Corroborando com as ideias de Luhmann, debruçou-se sobre determinados princípios inerentes ao ordenamento jurídico, ao instituto petitário e a estabilização das estruturas procedimentais, à guisa do devido processo legal, da segurança jurídica e da legalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalidade. Direito de Petição. Legitimação. Segurança Jurídica.

THE PETITION OF RIGHTS AND THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES: A DIALOGUE THROUGH LEGITIMATION BY PROCEDURE BY LUHMANN

Abstract

This article proposes to discuss the Petition of Rights, not only as a guarantor of demands of society from the State, but as a springboard for a procedure that will ending in a rule decision that must be rooted in the constitutional principles, especially legal security. In turn, these assumptions is to guarantee the timely study about Legitimation of the Procedure (Legitimation durch Verfahren) by the german sociologist and jurist Niklas Luhmann, indoctrinating the beacons of systemic social structures that will stabilize the normative expectations and cognitive feelings of frustration that raises from the unroll of state procedures. Corroborating with the ideas of Luhmann leaned over certain inherent jurisdiction, to institute petitionary principles and stabilization of procedural structures, for an example the due process of law, legal security and legality.

KEYWORDS: Constitutionality. Petition of Rights. Legitimation. Legal Security.

1 INTRODUÇÃO

O presente paper visa à discussão principiológica da temática do Direito de Petição, constitucionalizado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo XXXIV, “a”, a partir da obra de Niklas Luhmann (1980) - Legitimação pelo Procedimento (*Legitimation durch Verfahren*) e dos princípios constitucionais norteadores aos procedimentos administrativos impulsionados como garantes do direito petitário nestes procedimentos.

Como problemática a ser enfrentada, tem-se o intuito de demonstrar a importância da referida garantia constitucional para resguardar o ordenamento jurídico contemporâneo, como reflexo de uma estrutura procedimental considerada confiável à sociedade. Trata-se de esclarecer a interface procedimental apta a imunizar as expectativas normativas e cognitivas, por meio da segurança jurídica, repercutindo nos sistemas sociais.

Faz-se oportuno revelar como objetivo geral o argumento que o direito petitário, como mecanismo de proteção, deve reforçar a importância de sua utilidade na solução de conflitos estatais, de forma mais garantista e menos gravosa, que tendem a subsistir nas relações Estado-cidadãos, observando-se a duração razoável do processo administrativo.

Por sua vez, como objetivos específicos, pretende-se percorrer a posição doutrinária da garantia petitoria, do procedimento legitimado frente as estruturas jurídicas contemporâneas e dos princípios norteadores, reverberados em nossa Constituição Federal vigente inerentes aos procedimentos de uma petição proposta à Administração Pública.

A motivação e justificativa, da pesquisa em tela, voltam-se a proporcionar maior relevância aos procedimentos administrativos, reafirmados na legitimidade procedimental, que deve albergar o nosso ordenamento, nos quais foram fomentados a percorrer, de forma a dar máxima eficácia as estruturas desposadas em nosso ordenamento e no Estado Democrático de Direito.

Para efeito metodológico, serão aplicados os métodos da interpretação sistemática sob o influxo da con-

cretização constitucional (*die Konkretisierung von Verfassungsrecht*) no modelo da interpretação conforme a constituição (*die Verfassungskonforme Auslegung*), o direito de petição, a legitimação pelo procedimento, o devido processo legal (*Due Process of Law*), legalidade e a segurança jurídica.

Destarte, o estudo tem como intuito solidificar a harmonização do sistema democrático de direito, reafirmando a confiabilidade dos indivíduos perante seus governantes, e de quem o faça suas vezes, nas normas decisórias de cunho administrativo iniciadas pelo Direito de Petição, que perpassam como procedimento legítimo a solucionar os conflitos instados, e, assim, retirar os sentimentos de frustrações, imunizando as expectativas normativas e cognitivas, narradas por Luhmann (1980).

2 DIREITO DE PETIÇÃO: CONTORNOS E CARACTERÍSTICAS

As primeiras ideias do instituto petitário surgiram na monarquia inglesa, quando os súditos faziam pedidos formais perante as coroas e ficavam no aguardo do deferimento, ou não, do pleito com base exclusivamente na valoração da majestade (juízo de valor): à época, o direito de petição não ostentava status de um “direito” do súdito. Os pleitos dos súditos não eram revestidos de garantias jurídicas aptas a assegurar-lhes pronta concretização.

Com a derrocada desse modelo estatal personalista e patrimonialista (enfeixado na figura pessoal do soberano), os ideais republicanos ganharam fôlego, e os cidadãos, doravante, almejam participar do “mundo da vida” (*Lebenswelt de Jürgen Habermas*) da práxis decisória do Estado. A nação, não apenas, participando da vida política, cautelosos ao cumprimento de seus direitos, como também pressionando os governantes em suas ações – pois agora a res é pública – proibindo-os de ficarem omissos as interpelações do povo.

Nesse ponto, inicializa-se a criação/formativa de um corpus formalizado do direito de petição, e, como bem

ressaltado pelo jurista Bonifácio (2004), o desenvolvimento dessa “forma de pedir”, mediante requerimento protocolar aos governantes foi reafirmado em diversas Cartas, as quais proporcionaram grandes contribuições para o atual direito constitucional de petição em seu viés fundamental – por dar ao cidadão mais um canal de democracia –, quais sejam, a *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688).

Frise-se, em um adendo contextual de sua história que, o direito de petição floresce nos resultados das lutas afirmativas dos direitos humanos, como todos aqueles inerentes à dignidade dos seres humanos (*Menschenwürde*), seja econômica, social e política independente de qualquer juridicidade estatal.

A doutrina especializada faz uma sutil diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais (*die Grundrechte*), nas palavras de Comparato (apud WEIS, 2012, p. 24):

É aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (*Grundrechte*). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos *positivados nas Constituições*, nas leis nos tratados internacionais (grifos acrescidos).

Essa concepção é adotada pelas preleções doutrinárias tradicionais, como sendo os direitos humanos (*Menschenrechte*) albergados por “gerações/dimensões”: elas não se anulam na dialética de sua afirmação histórica. Cada “geração/dimensão” atua como complemento da outra, apenas sendo isolados para estudos didáticos e pelos movimentos sociais evolutivos, devido a dinâmica social.

Ressalta-se os direitos de segunda geração. Cuida-se da busca para a coletividade à intervenção estatal nas relações opressoras do capitalismo – até então sustentado na forma negativa do comportamento do Estado. A concepção era as Liberdades Individuais, do francês

Laissez-faire – traduzindo-se ela em “Direitos de participação que requerem políticas públicas encaminhadas a garantir o efetivo exercício daqueles e que se realizam através dos serviços públicos” (WEIS, 2012, p.49).

Vislumbra-se que o petitório não é apenas uma ferramenta sem status do estado democrático, é, pois, junto de outras, de igual importância, um fiel observador para velar princípios e valores do sistema normativo buscando a paz e harmonia do ordenamento jurídico e social, garantido, assim, o conforto e confiabilidade das pessoas nas estruturas sociais.

O instituto petitório encontra seu seio protetor no âmbito dos direitos humanos e fundamentais, segundo Comparato (2012), espraiando-se na organização do Estado, na legalidade e na isonomia – entre outros, de garantias como habeas corpus, mandado de segurança –, promovendo o real equilíbrio entre todas as pessoas. O petitório está no âmago da estrutura do Estado Democrático.

Dentro de toda esta visão humanística e fundamentalista, notar-se-á que o direito de petição é abarcado por uma constitucionalização, sendo um verdadeiro, para autores que perfilham a dicotomia, Direito Processual Constitucional, posto nas normas maiores desde a constituição imperial (em seu artigo 179, XXX), até a atual Constituição Federal de 1988 (no artigo 5º, XXXIV, alínea “a”).

Petito (do latim, petição ou ato de pedir) é o núcleo semântico do direito fundamental em tela. A tentativa é eliminar o óbice maior, uma dúvida que deve ser solucionada. A firmar um posicionamento seguro e inquestionável da administração, depois de percorrido toda as etapas procedimentais, satisfazendo o que fora suscitado pelo cidadão (BONIFÁCIO, 2004) .

Por sua vez, o óbice se encontra na insegurança disposta pela administração pública nas práticas abusivas, a saber, as definidas como ilegais ou autoritárias. Sendo assim, o instituto em apreço visa a equilibrar as relações da administração com o cidadão frente a constituição, maximizando a isonomia, bem como robustecer a segurança jurídica.

Nesse contexto, o magistrado Bonifácio (2004, p. 90)¹ dissertando mais profundo sobre o garante, afirma que o Direito de Petição tem duas vertentes, sendo a primeira negativa, correspondendo na impossibilidade do Estado negar a utilização deste direito fundamental, e outra positiva, na obrigação do ente estatal em ‘receber, examinar e responder as petições’, o qual se reveste de um viés poliédrico.

Tanto o é que caso o Estado negue o direito de resposta ao peticionamento pode ser este responsabilizado “civil, administrativa ou penalmente pela sua leniência”² (MORGADO, 2012, p. 226).

A título de nota, vale suscitar que o jurista uruguaio Couture apud Bonifácio (2004, p. 91) diferencia o Direito de Petição – como instrumento de garantia individual de proteção aos direitos normatizados – do Direito de Ação – sendo, independente dos meios materiais tipificados no ordenamento, o poder dotado ao cidadão de acionar o âmbito do subsistema jurídico. Em tradução livre, delineado pelo autor supra que “a ação civil não difere, em sua essência, do direito de petição face as autoridades. Este é gênero, aquele espécie”³.

Reflete-se, nessa linha argumentativa, que o direito de petição é uma garantia ambivalente (formal e materialmente), pois imputa ao Estado a responsabilidade de julgamento de determinado mérito do pedido⁴.

Pela apresentação, vislumbra-se que em nossa conjuntura democrática o peticionamento serve como mecanismo de manutenção e controle político, garantindo conforto ao cidadão, lhe reafirmando e atuando (positiva ou negativamente) nos direitos fundamentais, agindo

como respostas para os abusos ou dilacerações inatos ao íntimo da humanidade.

Por ser um direito com clássica eficácia vertical, porquanto é dirigido às autoridades públicas (ou, simplesmente, ao Estado), imputa-se a responsabilidade da resolução da situação em sua práxis procedimental ao Poder Público. É o que a doutrina afirma que o peticionamento não pode ficar a margem do interesse estatal. Se assim o fosse, como pronuncia Rocha (1996, p. 09) “o direito de petição ficaria reduzido a nada se, em contrapartida, não obrigasse a uma resposta do órgão a quem for dirigida”.

O Direito de Petição é uma das ferramentas da Constituição Federal de 1988 – considerados pela doutrina como remédios constitucionais – protetor dos direitos fundamentais numa relação direta com o Estado, chamando para este a necessidade de dar notável atenção ao que se pleiteia, pois a vinculação da administração à resposta é que irá harmonizar o ordenamento mantendo viva a essência do estado democrático e princípios da humanidade.

3 LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO (LEGITIMATION DURCH VERFAHREN)

Legitimação pelo ou através do procedimento (*Legitimation durch Verfahren*) é um estudo da lavra do sociólogo e jurista alemão Niklas Luhmann (1980). A concepção de sua análise sistêmica perpassa pela indagação do procedimento como mecanismo social de estabilização das expectativas sociais, ao proporcionar

1 Apesar de tudo o magistrado, em sua obra, registra que é prática reiterada da administração pública trazer insegurança ao cidadão, ferindo toda a harmonia social por comportamentos arbitrários, nos procedimentos do contencioso administrativo, tolhendo princípios, como o da boa-fé, segurança jurídica, entre outros. Pela má-fé estatal ela é demanda em diversas ações judiciais, quase sempre vencida.

2 Menciona-se, *verbi gratia*, o art. 1º da Lei 8.429: “Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei”.

3 Texto original: “La acción civil no difiere, en su esencia, del derecho de petición ante la autoridad. Éste es el género; aquélla es una especie”.

4 Vale repisar que este termo “mérito do pedido” é um critério que abarca o âmbito dos processos judiciais, localizado no Código de Processo Civil, em seu artigo 269. Porém optou-se por utilizar este termo para melhor compreensão da obrigação que tem a Administração Pública de tomar uma decisão, posicionado com base no que foi objeto de dúvida questionado pelo cidadão.

segurança e confiança na práxis decisória estatal.

Para o cientista social alemão, o procedimento (*Verfahren*) que, em seu conjunto, gera uma sequência de atos e termos voltados à solução de um conflito originário.

Ato contínuo, o intuito é chegar a uma decisão normativa que seja aceita por todos, no afã de eliminar as frustrações que possam surgir. Sendo, desta forma, consoladas por meio de uma imunização das expectativas cognitivas e normativas postas no caso.

À luz dessa ideia, afirma Luhmann (1980) que a função da legitimação pelo procedimento é uma técnica que serve para neutralizar uma decisão – independente da seara – recobrando-a de uma imunidade que irá blindá-la das decepções que são inevitáveis⁵.

Depreende-se que o procedimento legitimado, como uma estrutura permeada de pressupostos, integrante de um sistema, irá conduzi-lo ao aperfeiçoamento e evolução da sociedade.

Não apenas isso, a legitimidade de procedimentos normalmente é arraigada por condições políticas vigentes nos Estados contemporâneos nos diversos sistemas sociais, a citar o administrativo e jurídico, demonstrado como estruturas específicas para solucionar conflitos sociais difusos produzindo decisões (IZAIAS, 2010).

Faz-se entender que legitimação difere de procedimento. Este é um sistema que modifica ou prolonga-se no contexto social, a depender de seu grau de segurança reverberado nos indivíduos; enquanto aquele é a necessidade de positivar, fundamentar o segundo para aferir a confiabilidade, reduzir as frustrações e aumentar a parcimônia dos indivíduos às decisões.

Nas palavras eloquentes do teórico dos sistemas autopoieticos, a diferença é identificada no sentido de que (LUHMANN, 1980, p. 7-44):

Procedimento deve ser entendido como um sistema social de forma específica, portanto como uma solidariedade de sentido da ação

fática; e legitimação deve se entendida como a tomada de decisões obrigatórias dentro da própria estrutura das decisões [...] As decisões obrigatórias têm, também, de ser aceitas pelos participantes indiretos, senão publicamente, então perante os seus mediadores e essa generalização social é [...] condição essencial para a legitimação da decisão, pois o indivíduo só a pode aceitar com apoio social.

Por sua vez, a validade de um processo decisório necessita da adequação social para não se tornar apenas um pedaço de papel fulminado por dúvidas e críticas, sendo a hermenêutica uma mola fundamental para a interação das diversas estruturas.

A falta de pacificação doutrinária sobre o procedimento faz com que haja limitação no estudo procedimental, passando por dificuldades esbarradas no ordenamento jurídico e mister voltar ao estudo de procedimentos embasados no sistema sociológico.

Com esta conotação o procedimento adequado socialmente tende a proteger a coletividade contra os abusos que possam aparecer daquele que administra a máquina estatal, sendo o núcleo procedimental – nas concepções clássicas – a busca da verdade como objetivo.

Dessa forma, o procedimento seria um conjunto organizado, com autonomia dada pela conjuntura social, orientando a decisão para ser justa, legítima, e – por redundância – verdadeira, fazendo com que, na sociologia moderna, gere um *decisum* imparcial.

Todo o exposto pode ser referendado pelo brocardo de Guizot (apud LUHMANN, 1980, p. 21-22):

Toutes les combinaisons de la machine politique doivent donc tendre, d'une part, à extraire de la société tout ce qu'elle possède de raison, de justice, de vérité, pour les appliquer à son gouvernement; de l'autre, à provoquer les progrès de la société dans la raison, la vérité, et à faire incessamment passer ces progrès de la société dans son gouvernement [Todas as combinações da máquina política devem tender, por um lado, a extrair da sociedade tudo o que

⁵ Para o sociólogo um litígio instaurado ao chegar numa decisão irá produzir decepção. Este sentimento na verdade será reconfortada na aceitação em uma decisão considerada justa pelo sistema regente, se este for da confiabilidade da sociedade, legítimo.

ela possui de razão, justiça, verdade, para as aplicar no seu governo; por outro lado devem tender a provocar o progresso da sociedade na razão, na verdade, e a transpor constantemente para o seu governo os progressos da sociedade].

Percebe-se que da passagem acima o procedimento formal e materialmente legitimado pela sociedade força a máquina pública a agir em uma administração dialógica: abrem-se verdadeiros diálogos estatais com a sociedade, garantindo-lhes respectivos direitos fundamentais do ordenamento jurídico através do que hoje se conceitua segurança jurídica, enquanto instrumento democrático da práxis decisória do Estado.

Torna-se importante enfatizar que as ideias da legitimidade surgiram na Idade Média para coibir a tirania da realeza. Posteriormente houve uma perda de sua expressão no período da revolução do período Napoleônico. Atualmente, o contorno esta voltado para a convicção das normas e decisões do direito baseado na valoração dos princípios.

Baseado no consenso da maioria para dar durabilidade as estruturas – pois sem isso não há confiabilidade e evolução social – a legitimidade é definida “*como uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância*” (destaque no original, LUHMANN, 1980, p. 30).

Fica claro que o fim almejado pela ideia da legitimação será a verdade. Esta terá por blindagem o uso dos princípios e valores estabelecido no contorno social, conferindo às estruturas, antes dubitáveis, em procedimentos que detêm a confiança da sociedade.

O procedimento, por sua vez, é tido como um histórico que registra os atos, passo a passo, estabelecendo as premissas do ordenamento, desembocando na decisão. Assim, não apenas nos conceitos jurídicos em que se encontra o procedimento, este é parte, hoje, dos modelos sociológicos modernos como um sistema social de ação.

Na visão de um modelo social da ação, o procedimento é uma estrutura que tenta restringir o número de

comportamentos possíveis que os indivíduos possam assumir, determinando limites – pois sem estes não é possível a evolução da complexidade social e seus sistemas – no espaço e tempo, e conscientizando-os através de símbolos e representações, aplicando à ação sua expectativa exata (LUHMANN, 1980).

Dessa forma, o estudo das premissas e a tentativa de limitar o comportamento dos indivíduos é que traz a segurança para a legitimação do procedimento, caso assim não o fosse o único sentimento aflorado seria a indignação, assim afirmou Luhmann (1980, p. 42):

As oportunidades desperdiçadas não voltam mais. Os protestos atrasados não são dignos de crédito. Só por meio de ardis especiais se pode voltar a abrir uma complexidade já reduzida, se pode conseguir uma nova segurança e se pode fazer que volte a acontecer o que já aconteceu; agindo assim, geralmente, desperta-se a indignação dos outros participantes, sobretudo quando se tenta isto demasiado tarde.

Não só restringível aos processos judiciais, mas aos legislativos e administrativos – este como foco –, as decisões precisam de um julgador que seja o máximo possível impessoal, porém não isolado do contexto social, pois este é ao mesmo tempo julgador e membro integrante de grupos sociais.

Para melhor definir, Luhmann (1980, p. 61) assevera que a:

Autonomia aplica-se, em contrapartida, à orientação destes processos de intercâmbio, através de estruturas e métodos próprios do sistema, portanto parte logo do princípio de que o sistema não é independente. Autonomia não exclui, porém, do seu meio ambiente, uma grande dependência dum sistema de realizações [...] orientada segundo critérios próprios de seleção.

Corroborando com essas ideias, caso o sistema político-administrativo não garanta a autonomia para a práxis do procedimento, não há de se falar em segurança jurídica, devido processo legal e legalidade, como princípios assecuratórios das expectativas normativas e cognitivas em status constitucional. Sendo assim, se

não houver imunização da segurança, não haverá credibilidade. Não havendo credibilidade, o sistema em sua unidade se desarmoniza, e conseqüentemente, o procedimento de uma seara deverá ser compensado por outro campo, cuja função não lhe fora delegada originalmente.

Da mesma forma é necessário que as decisões para se manterem íntegras não podem ser longínquas, devem se manter num período razoável de duração para, novamente, não caírem na complexidade e decepções. Deve-se atentar que a longevidade não se encontra na economia pessoal e sim na processual – quanto mais eficaz e eficiente a marcha procedimental para obter a decisão.

Para tanto, preleciona Luhmann no sentido de que (1980, p. 166-167):

O projeto-padrão duma lei administrativa (1963) orienta-se juridicamente pelos regulamentos e pareceres jurídicos existentes, por lacunas, contradições e necessidades que surjam de completar e adaptar, e, sobretudo, por necessidades de uniformização. No âmbito do cálculo de gastos, decide-se unicamente sobre uma automatização dos métodos de decisão, o que requer, todavia, uma análise exata de todas as diligências parciais que careçam de decisão e, na prática, decide-se sob o ponto de vista da economia de pessoal, enquanto que os próprios teores de decisão não são tratados como dados constantes e já apresentados (grifo adicionado).

Para elevar a credibilidade e imparcialidade é necessário que os atos estejam conformes o ordenamento jurídico vigente, só assim, as decisões poderão reduzir as incertezas dos indivíduos de que seu direito tolhido corresponde a harmonização social, e assim aceitar a solução do litígio.

Complementa-se, ainda, no contexto social, em que se encontra o Estado para dar validade, como já dito anteriormente, dos seus mecanismos estruturantes. Assim, no estado democrático não basta uma fundamentação na decisão sem preocupação com toda a cadeia, mas também a estrutura ligada a esta (seja judicial, legislativa ou administrativa).

Luhmann (1980) enfoca na racionalização, na espe-

cialidade da função, atrelada a outros fatores para retirar a pressão imposta na jurisdição administrativa e assim poder legitimar o seu procedimento como mecanismo democrático.

Destarte, não será possível legitimar a procedimentalidade, se as normas decisórias não atenderem às fundamentações coerentes e uniformes, atrelada à racionalização da participação dos agentes, na pragmática da comunicação decisória. Só assim, será instalado o precedente decisório que trará expectativas cognitivas e normativas de paz e conforto dos indivíduos postulantes, frente aos atos/termos administrativos que decidem sobre seus conflitos, obtendo segurança e confiança ao sistema social às suas estruturas.

Por fim, como esposado até o presente momento, vê-se que os procedimentos iniciados através de um pedido feito ao administrador público devem ter o viés de trazer não apenas a confiança, como a segurança – qual seja, na garantia de que a administração pública não cometerá arbítrios – e certeza – na qual o órgão estatal irá solucionar a questão suscitada no pedido – jurídicas.

4 PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS: SEUS CONTEXTOS E PERFIS

4.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO

Com a promulgação da *Magna Charta Libertatum*, durante o reinado de João Sem-Terra, responsável por inúmeras investidas tirânicas em relação a seus súditos – celebrou-se o sobredito documento protocolar que formalizou um verdadeiro acordo entre aquele tirano e os barões de sua época. Sem cumprimento a posteriori de ambas as partes, deflagrou-se uma guerra civil, cujo desfecho adveio a gênese do devido processo (*Due Process of Law*).

Em um de seus dispositivos a *Magna Charta Libertatum* assim definiu o instituto em apreço:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou

exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país (destaque não consta do original).

As noções básicas residem na possibilidade de só sofrer alguma restrição àquele que necessariamente percorreu um procedimento regular. Com a evolução do conceito passou, o *Due Process of Law* (Devido Processo Legal), não apenas a revestir o aspecto material – pela tipificação exposta no dispositivo – como no aspecto formal das relações.

Nesse sentido, instrui Morgado (2012, p. 218), in verbis:

Absorvido pelo Estado Democrático de Direito, cumpre logo afiançar que o devido processo legal – *due process of law* – é princípio sobre a ordem jurídica que abriga o direito material em si, denominado substantive due process, e sobre a ordem jurídica que tutela o direito de ação e seus derivativos, o procedural due process.

Dessa forma, o devido processo legal – independente de ocorrer no âmbito administrativo, judiciário ou legislativo, que garantem não só a legalidade, como a isonomia para as partes de se manifestarem – ressalta a ampla defesa e o contraditório, entre outros, para limitar as indulgências do Príncipe e sobressair o direito em sua essência⁶.

Como visto e reafirmado por Meirelles (2011, p. 105), o devido processo legal tem como reflexo a ampla defesa e o contraditório, ambos assegurados pela Carta Mor (artigo 5º, LV), que não mais limita o instituto e seus desdobramentos em apreço apenas a procedimentos punitivos, mas a todo e qualquer compilado de ações que culminem em decisões administrativas.

O devido processo legal é, ainda, a necessidade das

decisões passarem por uma sequência regular, formal e a possibilidade de ambos os polos levantarem os pontos contraditórios para que o resultado não seja uma frustração, ou atitude precipitada, que possa causar danos ilegítimos, e sim, a solução de forma legal, justa e moral.

Coaduna assim o iminente jurista Mello (2011, p. 115) ao informar que o devido processual legal é “processo formal regular” para evitar que sejam infligidos à liberdade, e propriedade, fazendo com que a administração não tome “decisões gravosas a um dado sujeito”.

4.2 LEGALIDADE (*LEGALITÄTSPRINZIP*)

Primariamente, reflete-se que há determinados princípios e direitos fundamentais que são alocados na constituição por serem inatos da forma como o Estado está sendo organizado. Adotado para limitar que o Poder Reformador modifique o sistema jurídico a interesses particulares.

Dessa maneira, as limitações impostas visam à estabilidade de uma Constituição para dotá-la de supremacia em favor da Comunidade.

Inserir-se, nesse pensar, o conceito de Constituição Garantia, voltada não apenas para perpetrar o poder contemporâneo, mas como bem nos ensina o douto Bonifácio (2012, p. 24):

Esse mecanismo de defesa da Constituição, dos seus valores e princípios deve ser acompanhado de uma cultura exegética garantidora do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais. Essa, aliás, a *exponencial função da Constituição*: garantir e viabilizar a dignidade da pessoa humana, proporcionando aos cidadãos o acesso aos bens da vida, a um viver mais qualitativo. Chamamos a esse *procedimento direito-serviço*: as *diretrizes do Estado a serviço do Cidadão* (destaque próprio).

Em linhas gerais, o princípio em manejo é verdadeiro corolário do Estado Democrático de Direito. A cláusula

⁶ Não cabe neste trabalho enfatizar a dicotomia perfilhada por alguns autores entre processo e procedimento nas diversas searas. Adotar-se-á aqui, para a seara administrativa, a titularidade da sequência de atos finalizando numa decisão como procedimento.

da legalidade (*Legalitätsprinzip*) é implantada em nosso ordenamento jurídico, de forma expressa no artigo 37 da Constituição Federal de 1988⁷, reverberando em um dos princípios que sustentam e residem o Estado Democrático de Direito, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (grifo próprio).

Esse princípio foi implantado na tentativa de coibir a prática de atos contrários a *res publica* – que hodiernamente podem ser caracterizadas de diversas formas de abuso ou desvio de poder –, bem como legitimar poderes de coerção – aqui lembra-se do poder de polícia – frente aos administrados pelos predicativos da lei.

Não basta apenas o administrador público agir de estrita obediência a lei (seja o ato vinculado ou discricionário), deve sempre preservar os princípios que regem o estado como a moralidade administrativa, pois mesmo que cumpra a função legal estrita, ainda assim pode o agente infligir em ações ou omissões imorais capazes de reduzir a essência principiológica.

Vê-se que a legalidade é na verdade um conceito limitador de atuação do Estado e do indivíduo.

Nesses dizeres é que Meirelles (2011, p. 89-90) afirma que para o verdadeiro exercício de forma legítimas pelos agentes públicos, a atuação deve pautar não apenas no conceito legal *strictu sensu*, mas também aos ideais da moralidade e finalidade. Se assim acontecer, será o momento de real cumprimento do direito moralmente concebido.

Coaduna assim com o pensar da administrativa Di Pietro (2012, p. 65), ao explicar que o princípio em análise é uma evolução (perpassada pelos ordenamentos mundiais: Francês, Alemão e Anglo-Americano, inclusive o nosso ordenamento de 1934) da relação do Estado-povo, do ideal de Príncipe para o agente social.

Hodiernamente, sendo a explanação voltada no sentido de que a “Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei”.

Em suma, a legalidade repisa que o relacionamento do Príncipe com o povo não pode ser uma imposição absoluta dos caprichos daquele, pois, com o implemento eficaz do princípio, “o Estado, seus dignatários e os cidadãos estão com suas vidas e relações regidas pelo direito” (MORGADO, 2012, p. 90).

A legalidade (*Legalitätsprinzip*) é a tentativa de coibir o favorecimento pessoal e as práticas da administração patrimonialista⁸ até então manifestamente abusivas do trato das ações estatais.

Na lavra do notável administrativista Mello (2011, p. 100), tem-se que:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político [...]. O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da cidadania. (destaques no original)

⁷ Lembrando que no presente artigo a referência é que cabe ao administrador público e os agentes que façam presente o Estado, só podem atuar no que a lei lhes permite. Sendo oposto o artigo 5º, II do mesmo digesto supremo que permite a todos – exceto na qualidade de agente público – realizarem tudo o que a lei não proíba. Vale repisar que este princípio também se encontra em outros mais artigos da Magna Carta, e. g., art. 5º, XXXIX - nullum crimen nulla poena sine lege; art. 150, I; art. 60, §2º. Em resumo, aos particulares aplica-se a ideia de atuar na não confrontação com a lei, já ao agente público subordiná-lo-á.

⁸ Regime de gestão de bens que perdura de formar maior no período da monarquia até o início do governo de Getúlio Vargas. Em 1936, Vargas promove a primeira reforma administrativa, implantando os conceitos weberianos da burocracia face aos abusos cometidos pelos gestores – pois, até então há confusão do patrimônio público com o privado do administrador – na tentativa de tornar impessoal a máquina estatal, como ela deva ser, e reconstruí-la para os novos paradigmas mundiais, devido à globalização (PEREIRA, 1996).

Complementando suas ideias, salutar é elevar o conceito da legalidade (*Legalitätsprinzip*), não se restringindo apenas a lei em sentido estrito, qual seja, aquela produzida pelo Legislativo em sua função típica. Deve-se compreender como um conceito amplo, até mesmo para evitar o engessamento devido pela dinâmica social. Implica em dizer, não se limita apenas aos textos escritos, mas também as práticas adotadas e reafirmadas pela sociedade.

Nesse sentido a ideia de atender a legalidade em sentido amplo da palavra reflete-se no conceito de Supremacia ou Prioridade da Lei (*Vorrang des Gesetzes*), referência no conceito de todo e qualquer ato em sentido abstrato e material, como assinala Marrara (2013).

Por sua vez, o autor acima citado, afirma que o respeito ao Direito vigente remete-se a reserva legal ou da lei (*Vorbehalt des Gesetzes*) fazendo com que o Poder Público não possa atuar sem lei que o permita. Tudo isso reverbera na garantia da “Legitimação Democrática”.

4.3 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO (DIE VERFASSUNGSKONFORME AUSLEGUNG) E SEGURANÇA JURÍDICA

A interpretação (*Auslegung*) é o ato de compreensão (*Verständnis*), a partir de elementos da própria experiência do intérprete (*Vorverständnis*) veiculados mediante procedimentos ou cânones de interpretação, visando à concretização de determinado direito. Assim, igualmente entende Gadamer (apud MENDES, 2008, p. 103):

Interpretar sempre foi, também, aplicar; aplicar o direito significa pensar, conjuntamente, o caso e a lei, de tal maneira que o direito propriamente dito se concretize; e, afinal, o sentido de algo geral, de uma norma, por exemplo, só pode ser justificado e determinado, realmente, na concretização e através dela.

A Hermenêutica Jurídica, como teoria da interpretação jurídica, compreende em uma série de técnicas desenvolvidas para atribuir a um texto normativo funcionamento orgânico e ordenado, harmonizando-a com os princípios, regras e programas, e outros, da Carta Maior. A propósito

do tema, são elucidativos os dizeres de Carrazza (2012, p. 52) ao definir a interpretação como sendo:

Uma atividade cognoscitiva que visa a precisar o significado e o alcance das normas jurídicas, possibilitando-lhes uma correta aplicação. [...] Exige a constante invocação dos grandes princípios, mormente em face das disposições incertas e das palavras equívocas ou polissêmicas que costumam recamar nossos textos legislativos.

Esse intuito da interpretação que acima foi posto vale para tornar o corpo jurídico seguro, evitar tolhimentos que atualmente, pelo avanço dos estudos jurisdicionais, já não seriam comportados pela sociedade; a integração de todo ordenamento funcionando como uma unidade, evitando-se que a constituição seja um mero apanhado de dispositivos independentes que não se atraiam.

A constituição – uma manifestação legal do Estado não apenas como um mero feitor de normas, mas um agente para alcançar o fim espiritual proposto na ordem maior – deve ser um instrumento de harmonia social, e capaz de solucionar os conflitos para manter a unidade social, restringindo os abusos do constituinte derivado na qual desemboca em repetidas inconstitucionalidades.

Em outras palavras, a interpretação conforme a constituição terá a intenção de retirar ao máximo a efetividade – ampliando em toda oportunidade para a uma maior eficácia, mas não excluindo entre si – os princípios e fundamentos constitucionais, visando garantir as premissas do Estado Democrático para coibir um retrocesso do ordenamento jurídico e social, e assim buscar a verdade, a *intentio constitutionis*.

Dessa forma, a segurança jurídica pode ser demarcada coma a aplicação da boa-fé na relação do Poder Público com o indivíduo, na tentativa de entrelaçar os votos da confiança pleiteando a harmonia tanto perquirida pela ordem jurídica, respaldada nos moldes do art. 5º, XXXVI da Constituição Federal.

Como efeito da Hermenêutica jurídica manifesta-se na interpretação da segurança jurídica, respaldada não apenas na doutrina, como também o é na jurisprudência do Tribunal Supremo, bem observado no MS 22.357-0-

DF no qual o relator, Min. Gilmar Mendes, pontualmente a define como uma base para toda e qualquer ação da Administração Pública caracterizando, na ideia deste precedente jurisprudencial, como conceito de ética:

EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária - INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. *Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente.* 6. *Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público.* 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido. (grifo adicionado)

A propósito desse tema, pela linha traçada pelo tributarista Carvalho (2007, p. 15-17), na importância de resguardar outros princípios, bem como ser inerente à democracia a “segurança jurídica, é por excelência, um sobreprincípio”⁹.

Sendo sobreprincípio, a falta da segurança jurídica irá contribuir para ruir por completo as conquistas até então empreendidas pela conjuntura social e trazer retrocesso, bem como transtornos a ponto mais íntimo do indivíduo.

Assim, afirma-se, entre outras, a segurança jurídica não se encontra apenas na seara jurídica, mas impregnado no contexto social, na qual a atual conjuntura, incabível seria falar de Estado Democrático sem segurança jurídica, afetando até o mais íntimo dos valores, sendo o mecanismo capaz de estabilizar a ordem.

Coadunando-se com o esposado, pode-se dizer que a o devido processo legal, a legalidade e a segurança jurídica são consectários formais e materialmente concretizáveis através da legitimação pelo procedimento, como bem prelecionou Luhmann (1980).

O Direito de Petição acaba por garantir a interface procedimental democrática e plural, entre os interesses dos cidadãos e as respectivas respostas do Estado-Poder Público, em vista a solucionar eventuais demandas, no âmbito dos sistemas sociais, garantindo constante imunização das frustrações das expectativas cognitivas e normativas, à luz dos princípios constitucionais da segurança jurídica, do devido processo legal (*Due Process of Law*) e da legalidade (*Legalitätsprinzip*).

Em suma, a legitimação mediante procedimento (*Legitimation durch Verfahren*) assegura, no exercício da práxis de concretização constitucional do Direito de Petição, a manutenção da confiança entre Estado e cidadãos ou súditos.

5 À GUIA DE CONCLUSÃO

Como foi vislumbrado, o Direito de Petição retrata uma evolução das lutas sociais perante governos autoritários que submetiam ao reinado suas vontades e os abusos como se direito fosse. Contudo, nos dias atuais não mais cabe cogitar em tais atitudes por parte do Estado em virtude de todo o ordenamento e princípios consagrados na evolução do saber.

Por sua vez, para não ocorrer retrocesso de toda uma gama de conquistas é que se faz imperioso um orde-

⁹ Para o referido autor sobreprincípios são os irão reafirmar e dar possibilidade de aplicação dos princípios. Desta forma, os sobreprincípios estariam num patamar normativo acima dos princípios, pois sem aquele se tornaria inviável garantir estes.

namento jurídico consubstanciado numa Carta de cunho regulatório e duplo pressuposto: um positivo angariando direitos aos cidadãos e Estado, outra negativa impondo obrigação a ambos.

Não basta apenas estarem princípios e garantias alocados nessa carta, é necessário que os mesmos atendam aos anseios sociais. Perfaz-se, neste íterim, que as estruturas assim definidas – sejam as administrativas, jurídicas ou legislativas – devem dotar de uma linha sequencial condizente com a verdade, denominado de procedimento. Este por sua vez, deve se robustecer de garantias – nas quais, hoje, podem ser vislumbradas, *e. g.*, pela segurança jurídica, devido processo legal.

Desta forma, o instituto petitório visa a garantia de direitos sociais, dando início a um procedimento fulminando numa decisão. Esta por sua vez deve conter em si segurança e verdade suficiente para tentar ao máximo acalantar as frustrações advindas dos conflitos sociais e das suplicas feitas ao Estado.

Para tanto, a segurança jurídica, como sobreprincípio, aplicada ao Direito petitório dá fundamento para este revestir-se de princípios constitucionais, tais como legalidade e devido processo legal, sendo uma ferramenta de efetivo controle social ao ordenamento jurídico nacional.

Coíbe-se, deste modo, a Administração Pública agir

de forma patrimonialista, obtendo, como reflexo, a obediência daquela aos princípios do Estado Democrático de Direito, desembocando na paz aos administrados, com estruturas estáveis na perpetuação temporal e, ao mesmo, confiáveis do agir impessoal de quem faz as vezes da seara pública.

Assim, cuida-se do pressuposto finalístico da legitimação do procedimento: nada mais sendo do que o depósito da confiança e redução das frustrações inerentes a um conflito instaurado. Refuta-se, um procedimento seguro e igualitário dota à administração pública o crédito outrora dado pela sociedade na solução equânime dos conflitos.

A essência do direito será plenamente concretizada. O Direito de Petição será vivido em sua máxima efetividade, com procedimentos potencialmente acalentadores dos clamores sociais, ao mesmo tempo dotados de segurança – consequentemente perdurando no decorrer do tempo – fortalecendo cada vez mais as estruturas adotadas pelo Estado que em sua essência lhe fora delegada pelo grupo social.

Com estas implicações torna-se possível construir a harmonia tanto prolatada no texto constitucional e no Estado Democrático de Direito. A harmonização irá refletir diretamente numa confiabilidade das ações tomadas pelo Estado frente aos administrados.

REFERÊNCIAS

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Magna Carta - 1215 (Magna Charta Libertatum)**. Disponível em < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html> > Acessado em: 23 de abr. 2014.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de Petição: Garantia Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2004;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 05 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acessado em: 22 de outubro de 2013.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil**, 25 de março de 1824. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm > Acessado em: 14 de março de 2014.

_____. **Lei nº 8.429**, de 02 de junho de 1993. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indi-

reta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm > acessado em 04 de Fevereiro de 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança n. 22.357/DF. Impetrante: Ivete do Socorro Abreu de Souza e outros. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Gilmar Mendes. LEX: Supremo Tribunal Federal, Brasília, v. 26, n. 312, p. 135-148, 05 de Outubro de 2005. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24.SCLA.+E+22357.NUME.%29+OU+%28MS.ACMS.+ADJ2+22357.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bek9zx3> > Acessado em: 04 de Março de 2014.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. O Princípio da Segurança Jurídica em Matéria Tributária. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 16, mai./jun./jul. 2007. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/princ_seguran%C3%A7a_jur%C3%ADica_pbc.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.

IZAIAS Rafael Silva. **A Legitimação do Estado Democrático de Direito na Modernidade Periférica**: uma observação a partir do caso brasileiro. 2010. 158 f. Tese (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980;

MALLET, Estevão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 71, n. 3, p. 134-149, set./dez. 2005.

MARRARA, Thiago. As fontes do Direito Administrativo e o princípio da Legalidade. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto- SP, v. 1, n. 1, p. 23-51. 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MELLO, Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORGADO, Vladimir Miranda. **Princípio do Procedimento Administrativo Tributário Aplicáveis ao Debate Extrajudicial dos Tributos**: Estudo comparativo entre o direito Português e o direito Brasileiro. 2012. 412 f. Tese (Doutoramento em Direito) Universidade Autónoma de Lisboa – Lisboa, Portugal, 2012.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. **Revista do Serviço Público**, Brasília, n. 47, jan./abr. 1996.

ROCHA, Valdir de Oliveira. **A Consulta Fiscal**. São Paulo: Dialética: 1996.

STRECK, Lênio Luiz. O Juiz do RN e o Tamanho da Petição - o Nobel é Nosso! **Consultor Jurídico**. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2014-abr-17/senso-incomum-juiz-rn-tamanho-peticao-nobel-nosso> > Acessado em: 04 de maio de 2014.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

