

O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

Tenho verificado que algumas bancas de concurso, notadamente a FGV, têm adotado, em concursos de alto nível, pensamentos de doutrinadores que se afastam das idéias consolidadas pela doutrina majoritária, razão pela qual se torna importante verificar os entendimentos de dois doutrinadores em especial, quais sejam, os professores Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Gustavo Binbenbojm.

Essas correntes doutrinárias mais modernas têm se referido, com frequência, ao dito *princípio da juridicidade*. Na visão do professor Diogo de Figueiredo, tratar-se-ia em verdade do mais importante princípio de Direito Administrativo, tomando o lugar do conhecido *princípio da legalidade*.

Segundo aquele autor, esse princípio reflete uma conjunção dos princípios da legalidade, da legitimidade e da moralidade, nos seguintes termos:

O *princípio da juridicidade*, como já o denominava Adolf Merkl em 1927, engloba, assim, três expressões distintas: o *princípio da legalidade*, o da *legitimidade* e o da *moralidade*, para altear-se como o mais importante dos *princípios instrumentais*, informando, entre muitas teorias de primacial relevância na dogmática jurídica, a das *relações jurídicas*, a das *nulidades* e a do *controle da juridicidade*.

O *princípio da juridicidade* corresponde ao que se enunciava como um “*princípio da legalidade*”, se tomado em sentido amplo, ou seja, não se o restringindo à mera submissão à *lei*, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a *toda a ordem jurídica*.

Importa aqui verificarmos a diferença entre legalidade e legitimidade. É certo que parte da doutrina utiliza os conceitos *presunção de legalidade* e *presunção de legitimidade* de forma indistinta, com o mesmo significado, quando, de fato, possuem conotações um tanto diversas.

Enquanto a *legalidade* se prende à conformação do ato praticado pela Administração com a *lei*, verificando-se se aquela atuação possui previsão expressa anterior em lei, a *legitimidade* se dá quando a atuação administrativa encontra respaldo popular, ou seja, quando efetivamente se atende aos anseios da coletividade, o que importa analisar conceitos bem mais subjetivos. Nas brilhantes palavras do mestre, “*a vontade juridicamente positivada pelo Estado é o campo da legalidade, enquanto a vontade democraticamente expressa pela sociedade, indiferentemente positivada ou não, situa-se no campo mais vasto da legitimidade*”.

É nesse sentido, por exemplo, que a Constituição Federal trata, em seu artigo 70, caput, do controle da Administração Pública, segundo o qual “*a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder*”, numa clara e inequívoca alusão a tratar-se de institutos próprios e distintos.

No que tange aos conhecimentos costumeiramente exigidos em concursos públicos, importa tratar de assunto corriqueiro, qual seja, o que trata dos atributos dos atos administrativos, dispostos pela doutrina majoritária como *presunção de legitimidade, imperatividade, auto-executoriedade e tipicidade*. Divergindo dessa doutrina majoritária, o mestre Diogo de Figueiredo substitui o atributo da *presunção de legitimidade* pela *presunção de validade*, a qual, segundo este autor, abrange as *presunções de legalidade, de legitimidade, de veracidade e de licitude*. Defende ele que aquela *presunção de validade* importa na *presunção de que o ato foi editado conforme a lei, de acordo com os anseios de toda a coletividade, que os fatos alegados pela Administração são verdadeiros e que atendem aos princípios da moralidade, de forma a retratar, respectivamente, as quatro presunções anteriormente dispostas*.

Importa aqui reconhecer, como já foi dito, a distinção entre a legalidade e a legitimidade, nos termos apresentados, de forma contrária a grande parte da doutrina, que utiliza de forma indistinta os termos de *presunção de legalidade e presunção de legitimidade* como termos sinônimos.

Ampliando o entendimento de que o *princípio da juridicidade* deve se sobrepor ao *princípio da legalidade* é que o professor Gustavo Binbenbim, depois de defender que a atual proliferação em grande escala de leis pelos membros do Poder Legislativo tem gerado a criação de normas de má qualidade, desconformes com todo o sistema jurídico, chega a afirmar em sua obra que o agente público deve agir independentemente de previsão legal ou até mesmo de forma contrária à lei, desde que sua atuação esteja fundada na própria Constituição Federal, nas seguintes palavras:

A idéia de *juridicidade administrativa*, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da *legalidade administrativa*, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independentemente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

Por óbvio, tais entendimentos não devem ser tomados de forma absoluta, sobretudo em se tratando de questões objetivas de concursos públicos, no sentido de responder-se que o agente público poderia agir sem previsão expressa de lei, desconsiderando-se o conceito tradicional do princípio da legalidade, no entanto, vale a pena ter em mente a tendência de evolução doutrinária acerca do tema.

É isso aí, amigos, um abraço a todos e boa sorte nos estudos!

Gustavo Mello Knoplock

Referências bibliográficas:

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.