

PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UM BREVE OLHAR DOUTRINÁRIO, JURISPRUDENCIAL E DO DIREITO ALIENÍGENA

Dariel Santana Filho*

Marcelo Borsio**

Jefferson Guedes***

RECEBIDO EM:	17.5.2019
APROVADO EM:	30.11.2019

- ** Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub), mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP), graduado em Direito pela Associação Educacional Unyahna e graduado em Economia pela Universidade Católica de Salvador (Ucsal). Professor da Associação Educacional Unyahna. Procurador federal. *E-mail*: dariel_ok@yahoo.com.br
- ** Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidad Complutense de Madrid (UCM), pós-doutor em Direito Previdenciário pela Universidade de Milão, doutor e mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), especialista em Direito Tributário pela PUC-SP, especialista em Limites Constitucionais da Investigação pela Universidade Santa Catarina e graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professor titular do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) no Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, professor visitante da UCM, professor visitante da Universidade de Milão, professor convidado da Pós-Graduação da PUC-SP (Cogeae), professor de Direito Previdenciário da Pós-Graduação em Direito Previdenciário e Preparatório para Magistratura do Trabalho e Procurador do Trabalho da Faculdade Atame, no Distrito Federal e professor convidado na Pós-Graduação de Direito Previdenciário na Faculdade Baiana de Direito, em Salvador. Editor assistente da 88 da Faculdade de Direito do UDF, membro da Asociación Española de Salud y Seguridad Social e membro fundador da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social, titular da cadeira n. 15. *E-mail*: marceloborsio@yahoo.com.br
- *** Doutor e mestre em Direito das Relações Sociais (Processo Civil) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), especialista em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e graduado em Direito pela Universidade da Região da Campanha (Urcamp), em Bagé-RS. Professor do Centro Universitário de Brasília (UniCeub). Advogado. *E-mail*: professor.carusguedes@gmail.com

• DARIEL SANTANA FILHO
• MARCELO BORSIO
• JEFFERSON GUEDES

- **RESUMO:** A presente pesquisa tem como propósito demonstrar como o princípio da legalidade atravessou um virtuoso processo evolutivo, por meio de uma transição de paradigmas no sistema jurídico brasileiro e latino-americano, devotando um primordial respeito aos direitos fundamentais sociais. O princípio da juridicidade é a versão contemporânea do princípio da legalidade, na medida em que não se limita à letra da lei e propugna pelo respeito aos princípios e valores presentes no ordenamento jurídico em sua integralidade e não apenas no texto da lei. Torna-se, assim, como aqui se demonstrará, um elemento essencial para o reconhecimento dos direitos humanos e respeito a eles, mormente os sociais.
- **PALAVRAS-CHAVE:** legalidade; juridicidade; Administração Pública; direito comparado; jurisprudência.

PRINCIPLE OF LEGALITY AND SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS: A BRIEF LOOK AT DOCTRINARY, JURISPRUDENTIAL AND ALIEN LAW

- **ABSTRACT:** This research aims to demonstrate how the principle of legality went through a virtuous evolutionary process, through a transition of paradigms in the Brazilian and Latin American legal system, devoting a primordial respect to the fundamental social rights. The principle of legality is the contemporary version of the principle of legality, insofar as it is not limited to the letter of the law and advocates respect for the principles and values present in the legal system in their entirety and not only in the text of the law. It thus becomes, as will be shown here, an essential element for the recognition and respect for human rights, especially social ones.
- **KEYWORDS:** legality; legalty; Public Administration; comparative law; jurisprudence.

1. Introdução

Diversos fatores influenciaram e determinaram a forma da vida humana nos dias atuais. A evolução das ciências e da tecnologia é vetor relevante nesse sentido. Os feitos no setor

de transporte – com o surgimento de aviões, helicópteros, trens e automóveis – e no setor de comunicações – com a invenção e propagação dos aparelhos telefônicos, da internet e dos *smartphones* – já apontam para o impacto que tais transformações trouxeram à conduta humana atual. Não menos importantes foram os progressos alcançados na âmbito da medicina, a exemplo do Projeto Genoma, que também acarretaram consequências ou transformações na vida social.

O direito, ciência humana por excelência, não escapa dos efeitos de tais progressos. Essas modificações impactam o direito, e, portanto, ele tem que se adequar ao mundo contemporâneo atualizando-se. O direito é dinâmico, o direito é uma locomotiva em constante movimento, e, portanto, o processo evolutivo é algo intrínseco ao seu desenvolvimento, motivo pelo qual é natural que existam distintas maneiras de compreender as “regras do jogo”.

Uma das características do direito administrativo é ser um direito jovem em sua formação, um ramo do direito que apenas se inicia. Diferentemente de outros ramos do direito, ele teve seu nascimento com a Revolução Francesa, enquanto outros ramos, a exemplo do direito civil, têm séculos de existência e evolução, razão pela qual já se encontram normatizados de forma quase integral, devendo tão somente ser atualizados para acompanhar as mudanças que surgem na sociedade.

2. Revisitando o conceito de legalidade

O princípio da legalidade, ao evitar a utilização arbitrária do poder, apresenta-se para os cidadãos de forma análoga ao advogado de um réu inocente acusado de um crime. Desde o surgimento do direito administrativo, a legalidade tem tido um papel primordial no sentido de limitar o poder das autoridades públicas, evitando, com isso, o despotismo, as arbitrariedades e o totalitarismo por parte daquelas (TOBAR, 2012).

Trata-se, pois, de uma decorrência natural do próprio advento do Estado de Direito e guarda dois vetores medulares, quais sejam: a segurança jurídica e a justiça. Esta é obtida quando a lei dedica a todos um tratamento equivalente, desde que estejam na mesma situação (igualdade material) (LARENZ, 1991). Já a segurança jurídica é conquistada pelo fato de a lei impedir ações do poder estatal que ela não autorize, evitando-se, com isso, o arbítrio por parte do gestor público (ARAGÃO, 2005).

Ocorre que a legalidade em sentido formal inaugura o próprio declínio quando a lei é empregada, na primeira metade do século passado, por regimes totalitários

- DARIEL SANTANA FILHO
- MARCELO BORSIO
- JEFFERSON GUEDES

para a execução dos seus propósitos, a exemplo dos governos de Hitler na Alemanha, Mussolini na Itália, Franco na Espanha e Salazar em Portugal (BINENBOJM, 2007).

Assim, hodiernamente, existe uma inclinação para se empregar a denominação “juridicidade” e não mais “legalidade” ao se aferir a necessidade ou a conveniência de se praticar um ato administrativo e ao se interpretar a regularidade do ato já praticado. Isso ocorre porque o vocábulo legalidade remete à lei, possivelmente com base na primeira concepção do Estado de Direito, qual seja: o Estado Legal de Direito. Ocorre que, na verdade, o Estado não está adstrito apenas à lei, mas sim ao direito, que engloba, além daquela, diferentes mandamentos jurídicos, compreende a supremacia normativa constitucional e observa os princípios gerais do direito, o que compatibiliza a concepção de Estado Constitucional e Social de Direito.

A juridicidade se alicerça em dois pilares principais: 1. o da supremacia da Lei Maior, segundo o qual, existindo colisão entre a lei e a Constituição, esta deve preponderar; 2. o da máxima efetividade da Carta Constitucional, consoante o qual se impõe a materialização dos preceitos constitucionais no dia a dia dos cidadãos (BARROSO, 2003). Nesse diapasão, impõe-se à Administração Pública, com escora no princípio da juridicidade, deixar de aplicar lei incompatível com a Carta Política de 1988; utilizar técnicas de interpretação que forneçam a máxima eficácia à Constituição para resolver os conflitos administrativos, como no caso do reconhecimento da pensão por morte aos casais homoafetivos; conceber políticas públicas como um poderoso instrumento para a consolidação dos direitos fundamentais.

3. O princípio da juridicidade como salvaguarda dos cidadãos

O princípio da juridicidade é um elemento essencial para o reconhecimento dos direitos dos indivíduos, no sentido de protegê-los e estimulá-los. A juridicidade está ligada a duas vias: 1. assegurar o exercício dos direitos fundamentais e 2. instituir os deveres dos indivíduos diante do princípio da juridicidade.

Em sendo correto que a dignidade da pessoa humana impõe reconhecer e amparar a liberdade, a dignidade e demais direitos inerentes aos seres humanos, não é menos correto admitir que estipula também obrigações mútuas entre os homens e lhes impõe deveres para com a coletividade. Ao mesmo tempo que a Magna Carta assegura a todos os cidadãos o direito à vida, à integridade física, a não ser torturado,

a não trabalhar de maneira forçada, também prescreve o dever de todo indivíduo de respeitar a vida e a integridade física dos demais, além de proibir que se force o trabalho alheio e se torture alguém. Assim, o princípio da juridicidade garante os direitos das pessoas, mas simultaneamente lhes impõe deveres a serem observados e cumpridos.

A Constituição espanhola, por exemplo, adotando o princípio da juridicidade, em seu art. 10, prescreve que a dignidade da pessoa humana e os direitos invioláveis que lhe são inerentes e o livre desenvolvimento da personalidade e o respeito à lei e aos direitos dos demais indivíduos são fundamentos da ordem política e da paz social.

O princípio da juridicidade se integra ao Estado de Direito, orientando-o e direcionando-o para a obtenção dos fins sociais que não podem ser alcançados apenas com a colaboração espontânea dos membros da sociedade (ALCALÁ; CERECEDA, 1990). O Estado, para organizar a vida em comunidade, deverá regulá-la por meio dos instrumentos jurídicos. Assim, ao exercerem os seus direitos, as pessoas não o fazem de qualquer maneira, senão de acordo com os preceitos que regulam tal exercício, evitando-se, dessa forma, o caos social.

4. O princípio da juridicidade em outros países

4.1 Espanha

A Administração Pública na Espanha tem as suas atividades reguladas pela lei. Não se pode deixar de levar em consideração que, de acordo com o art. 103 da Constituição espanhola, a Administração está sujeita à lei e ao direito. Com o advento do Estado Liberal, houve a vitória do princípio da legalidade e o perecimento do poder ilimitado que até então imperava (RODRÍGUEZ-ARANA, 2008).

O poder não é mais absoluto, tem limitações, e seja qual for a compreensão do princípio da legalidade que se tenha, o certo é que a Administração deve cumprir as suas atribuições e políticas públicas com escora na lei, seja no Brasil ou na Espanha. No entanto, além das leis, o juiz e a Administração devem, no momento da análise da adequação do ato administrativo, contemplar outras fontes do direito, a exemplo dos princípios gerais, do direito comparado, da equidade, entre outros.

A doutrina espanhola tem sinalizado que se devem interpretar as distintas expressões constantes na Constituição daquele país, cuja redação apresenta um certo

- DARIEL SANTANA FILHO
- MARCELO BORSIO
- JEFFERSON GUEDES

sincretismo, com uma visão mais abrangente. Por exemplo, o princípio da legalidade veiculado no art. 9.3 da Constituição há de ser interpretado à luz de outros dispositivos.

O art. 103.1 da aludida Carta, ao deliberar sobre a Administração Pública, afirma que esta atua plenamente submetida às leis e ao direito. Há aqui uma importação do modelo alemão e uma forte influência da exposição de motivos da lei de jurisdição contencioso-administrativa de 1956, com sua alusão aos princípios gerais do direito (MINNICELLI, 2012).

A ampliação de um conceito estrito de legalidade se evidencia no art. 106 da Magna Carta espanhola ao tratar do controle pelos tribunais da legalidade da atuação administrativa (MELIAN GIL, 2007), asseverando que o princípio da legalidade deverá coadunar-se não como necessidade de delegação expressa da lei, senão em conformidade à lei - para que não invada o que a ela está reservado - e ao direito.

Ressalte-se que a participação do cidadão espanhol na atuação administrativa do Estado (art. 105) oferece ainda mais corpo ao princípio da juridicidade, sendo: 1. assegurada a colaboração dos cidadãos, diretamente ou por meio de organizações ou associações, na elaboração das normas administrativas que lhes afetem; 2. garantido o acesso dos cidadãos aos arquivos e registros administrativos, salvo quando cause risco à segurança do Estado, quando envolver averiguação de delitos ou fatos relacionados à intimidade das pessoas; 3. resguardada a oitiva do interessado no procedimento administrativo por meio do qual podem ser produzidos atos administrativos.

Na mesma trilha, o art. 106.2 da Constituição espanhola estabelece que os particulares terão direito a ser indenizados por toda lesão que sofram em qualquer dos seus bens e direitos, salvo em casos de força maior, toda vez que a lesão seja em decorrência do funcionamento dos serviços públicos.

A Constituição da Espanha deixa clarividente a presença do princípio da juridicidade em seu território ao estabelecer, em seu art. 9.1, que os cidadãos e os poderes públicos estão vinculados aos preceitos constitucionais e aos mandamentos do ordenamento jurídico em sua integralidade, ou seja, estão subordinados ao direito e não exclusivamente à lei.

4.2 Chile

O princípio da juridicidade no Chile é uma forma evoluída daquela legalidade estrita característica do Estado constitucional chileno do começo do século XIX. Ao ali surgir o

Estado constitucional, a lei foi o instrumento legítimo de estruturação do novo Estado e expressão legítima da vontade geral, sendo, portanto, soberana.

A legalidade se fez juridicidade porque superou o seu caráter meramente regulador das estruturas estatais e normatizador das competências do Estado para fazer-se, logo após a Segunda Guerra Mundial, idealizadora e realizadora do direito. Os cidadãos chilenos e a Administração Pública daquele país não se submetem unicamente às leis em sentido estrito. O princípio da juridicidade está insculpido no art. 6 da Lei Maior chilena quando prescreve que os órgãos do Estado devem submeter as suas ações à Constituição e às normas ditadas por ela e que os preceitos constitucionais obrigam tanto os titulares ou integrantes dos aludidos órgãos como pessoas, instituições ou grupos.

Nesse diapasão, o art. 7 da Constituição daquele país assinala que nenhuma pessoa ou grupo de pessoas pode se atribuir, nem sob pretexto de circunstâncias extraordinárias, outra autoridade ou direitos que não os expressamente conferidos pela Constituição ou pelas leis.

No capítulo em que trata dos direitos e deveres constitucionais (art. 19, § 26), a Lei Maior assevera que a segurança de que os preceitos legais que, por mandato da Constituição, regulem ou complementem as garantias que esta estabelece ou que as limitem nos casos autorizados no art. 19, não poderão afetar os direitos em sua essência, nem impor condições, tributos ou requisitos que obstem o seu livre exercício.

Assim, a evolução jurídica chilena converteu o princípio da legalidade, anteriormente compreendido com uma simples submissão externa à lei, no princípio da juridicidade, com a busca da promoção e concretização material do direito. Nessa marcha, esse princípio rege todo o agir da Administração Pública chilena, especialmente em relação à sua organização e atuação.

4.3 Equador

O princípio da juridicidade também representa um pilar primordial do Estado de Direito no Equador, servindo como um mecanismo de proteção para os particulares contra os abusos e as arbitrariedades por parte do Estado.

A Constituição equatoriana, em seu art. 226, dispõe que todas as instituições do Estado, seus organismos, servidoras ou servidores públicos, além das pessoas que atuam em virtude de uma permissão estatal, exercerão somente as competências e faculdades que lhes sejam outorgadas pela Constituição e pela lei. Ademais, terão o dever de coor-

- DARIEL SANTANA FILHO
- MARCELO BORSIO
- JEFFERSON GUEDES

denar ações para o cumprimento de suas finalidades e tornar efetivo o gozo e exercício dos direitos reconhecidos pela Constituição.

Já o art. 425 do mesmo diploma normativo estabelece uma ordem hierárquica para a aplicação das normas na seguinte ordem: 1. a Constituição; 2. os tratados e as convenções internacionais; 3. as leis orgânicas; 4. as leis ordinárias; 5. as normas regionais e distritais; 6. os decretos e os regulamentos; 7. as ordenanças; 8. os acordos e as resoluções; 9. os demais atos e decisões dos poderes públicos. Estabelece ainda que, em caso de conflito, os juízes, as autoridades administrativas e os servidores públicos resolverão aplicando a norma hierárquica superior.

Novamente enaltecendo o princípio da juridicidade, a Lei Maior equatoriana determinou, em seu art. 426, que todas as pessoas, autoridades e instituições estão sujeitas à Constituição. Os juízes, as autoridades administrativas e os servidores públicos aplicarão diretamente as normas constitucionais e as prescritas em instrumentos internacionais de direitos humanos todas as vezes que sejam mais benéficas do que as fixadas na Constituição, ainda que as partes não as invoquem expressamente.

Ademais, salienta que os direitos consagrados na Constituição e nos instrumentos internacionais de direitos humanos serão de imediato cumprimento e aplicação e que não se poderá alegar ausência de lei ou o desconhecimento das normas para justificar a vulneração dos direitos e das garantias previstos na Constituição para descartar a ação interposta em sua defesa, nem para negar o reconhecimento de tais direitos.

Infere-se, pois, que o ordenamento jurídico equatoriano adota o princípio da juridicidade, valorizando não apenas os direitos e deveres contidos na lei, mas sobretudo os previstos na sua Constituição e nos tratados e nas convenções internacionais, mormente os ligados aos direitos humanos.

Em Quito e nas demais localidades desse país vizinho, os direitos e as garantias prescritos na Magna Carta (art. 11.3) e nos instrumentos internacionais de direitos humanos serão de direta e imediata aplicação por e perante qualquer servidor público, no âmbito administrativo ou judicial, de ofício ou a requerimento da parte. Para garantia desses direitos não se exigirão condições ou requisitos que não estejam previstos na Constituição ou na lei.

Em suma, no Equador, nenhuma norma jurídica - inclusive a lei - poderá restringir o conteúdo dos direitos e das garantias constitucionais, e os servidores públicos, na seara administrativa ou judicial, deverão aplicar a norma e a interpretação mais favorável à sua efetiva vigência, nos termos do art. 11.4 de sua Constituição.

4.4 Argentina

A doutrina argentina também se inclina no sentido de realocar a concepção de legalidade, progredindo para a juridicidade, considerando-se que esta, por seu caráter genérico, retrata mais adequadamente o fenômeno que consiste na obrigação de a Administração Pública atuar sustentando o seu agir em um conjunto de normas, observando-se não apenas a lei em sentido formal, mas também o sistema jurídico como uma unidade (COMANDIRA, 2012).

Assim, todas as atividades da Administração Pública argentina devem respeitar o bloco de juridicidade, atuando, pois, com os olhos na Constituição, nas leis e nas demais normas que compõem o ordenamento jurídico argentino, inclusive os instrumentos internacionais aos quais a Argentina aderiu.

Portanto, para se assegurar a juridicidade no exercício da função administrativa estatal resulta necessário que a Administração Pública exerça um controle preventivo da convencionalidade dos seus atos com base nas convenções e nos tratados internacionais ratificados pela Argentina e aos quais ela aderiu (BIELSA, 1964). A própria Constituição argentina, em seu art. 39, estabelece que não serão objeto de iniciativa popular os projetos referentes aos tratados internacionais.

Assegurando a observância do princípio da juridicidade, a Magna Carta argentina, em seu art. 43, dispõe que toda pessoa pode ajuizar ação contra ato ou omissão de autoridades públicas ou particulares que restrinja, viole ou prejudique com arbitrariedade ou ilegalidade manifesta os direitos e garantias estabelecidos na Constituição, em um tratado ou na lei.

Em seu art. 86, a Carta Política prescreve que o defensor do povo, agente público similar ao defensor público brasileiro, defenderá e protegerá, com autonomia funcional, os direitos humanos e outros direitos, garantias e interesses estipulados na Carta Magna e nas leis, diante das condutas comissivas e omissivas da Administração e no controle do exercício das funções administrativas públicas.

4.5 Uruguai

O Estado de Direito no Uruguai se caracteriza não somente pelo aspecto substantivo do acolhimento e da tutela dos direitos fundamentais, mas também pela maneira como

- DARIEL SANTANA FILHO
- MARCELO BORSIO
- JEFFERSON GUEDES

essa meta é obtida, submetendo-se o Estado e, por consequência, a Administração Pública uruguaia à lei (DELPIAZZO, 2013).

No entanto, essa submissão não se dá unicamente em relação à letra fria da lei, mas também profusamente diante da heterogeneidade de fontes que se apresentam no direito contemporâneo. É justamente por isso que se torna mais apropriado, do ponto de vista conceitual, também no Uruguai se falar em princípio da juridicidade a nortear todo o ordenamento jurídico.

A Carta Constitucional uruguaia, em seu art. 8º, afirma que todas as pessoas são iguais perante a lei, não se reconhecendo outra distinção entre elas a não ser a dos seus singulares talentos e virtudes. Ademais, afirma em seu art. 129 que a Comissão Permanente, composta de quatro senadores e sete representantes eleitos pelo sistema proporcional, velará pela observância da Constituição e das leis, advertindo o Poder Executivo sobre qualquer violação.

Naquele país, o intendente, responsável pelas funções executivas e administrativas do governo departamental, tem como uma das suas mais relevantes atribuições cumprir e fazer cumprir a Constituição e as leis (art. 275).

Em uma sinalização da aplicação não apenas da lei formal e sim da juridicidade em seu ordenamento jurídico, a Lei Maior uruguaia estabeleceu, em seu art. 303, que os decretos da Junta Departamental e as resoluções do intendente municipal contrários à Constituição e às leis, não suscetíveis de objeção diante o Tribunal Contencioso-Administrativo, serão apeláveis para a Câmara de Representantes.

4.6 Venezuela

Também na Constituição venezuelana há a previsão da adoção do princípio da juridicidade. Em seu art. 141, a Carta estabelece que a Administração Pública está a serviço dos seus cidadãos e se fundamenta, entre outros princípios, na honestidade, na celeridade e na eficiência, com submissão plena à lei e ao direito.

Estabelece, ainda, em seu art. 25, que todo ato proveniente do Poder Público que infrinja os direitos outorgados pela Constituição e pela lei é nulo, e os funcionários públicos que o ordenem ou executem devem ser responsabilizados civil, penal e administrativamente, sem que caiba como justificativa a alegação de cumprimento de ordens superiores.

Ainda versando sobre o princípio da juridicidade, quando trata dos direitos econômicos, a Carta venezuelana, em seu art. 112, dispõe que todas as pessoas podem dedi-

car-se livremente às atividades econômicas de sua preferência, sem limitações que não as contidas na própria Constituição e na lei.

Nesse diapasão, agora abordando as questões relativas aos direitos indígenas, a Lei Maior daquele país, em seu art. 120, prescreve que o aproveitamento dos recursos naturais nos habitats indígenas por parte do Estado se fará sem causar danos à integridade social, cultural e econômica dos índios e que tal aproveitamento por parte dos povos indígenas deve observar e respeitar a Carta constitucional e a lei.

Em seu art. 137, a Carta Magna assinala que os gestores públicos deverão exercer as suas atribuições observando a lei e a Constituição, ou seja, a juridicidade do ato administrativo irá ordenar ou executar. Ao abordar sobre o devido processo legal nos âmbitos judicial e administrativo, em seu art. 49, a Lei Maior salienta que toda pessoa tem direito a ser julgada por seus juízos naturais com as garantias estabelecidas na Constituição e nas leis.

4.7 México

Para se ter uma melhor noção acerca da adoção do princípio da juridicidade pelo México contemporâneo, é importante lembrar fontes históricas do princípio da legalidade em terras mexicanas. A Constituição de Apatzingán, de 1814, em seu art. 28, estabelecia como tirânicos e arbitrários os atos praticados contra um cidadão sem as formalidades legais (RAMÍREZ, 2002).

A Carta Política mexicana de 1857, por sua vez, prescrevia, em seu art. 16, que ninguém poderia ser molestado senão em razão de ordem escrita da autoridade competente, a qual deveria necessariamente motivar o ato com a causa legal que permitia a sua prática (RAMÍREZ, 2002). O princípio da juridicidade no México, assim como nos países latino-americanos já mencionados, está ligado à aplicação de princípios primordiais, a exemplo da justiça e da equidade, os quais não apenas são encontrados no ordenamento jurídico mexicano, mas também possuem um caráter transnacional (AUSTIN, 2011), o que remete à imprescindibilidade de os atos administrativos atentarem para a “convencionalidade” (LÓPEZ, 2014).

A ideia de supraconstitucionalidade é possivelmente o elemento-chave para delimitar uma clara distinção entre legalidade e juridicidade. Assim, a juridicidade pode ser compreendida como a adequação do princípio da legalidade ao arcabouço complexo da lei na contemporaneidade, que já não se resigna meramente com as regras,

- DARIEL SANTANA FILHO
- MARCELO BORSIO
- JEFFERSON GUEDES

mas também com princípios e valores não positivados obrigatoriamente (GALVÁN; GALLARDO; AVEDILLO, 2017). A ideia de uma ordem legal suprapositiva, portanto, tem uma vinculação direta com a dignidade humana, considerada como direito fundamental, haja vista que o pensamento sobre uma normatividade suprapositiva leva à proteção dos direitos fundamentais.

Nessa toada, a Lei Maior mexicana, após a reforma constitucional de 2011, decretou, em seu art. 1º, que a integralidade dos indivíduos gozará dos direitos humanos nela garantidos ou nos tratados internacionais de que o México seja parte, bem como das garantias para sua proteção.

Como se pode perceber, a Carta Política mexicana atual reconhece os direitos humanos às pessoas pelo simples fato de serem pessoas, circunstância diametralmente antagônica à ideia positivista de outrora, seguindo uma clara tendência de constitucionalização dos direitos internacionais que versam sobre direitos humanos e a consequente observância da juridicidade naquela pátria.

5. O reconhecimento do princípio da juridicidade pela jurisprudência brasileira

A jurisprudência pátria também vem acolhendo o princípio da juridicidade, senão vejamos. O Tribunal de Justiça do Ceará, ao julgar a Apelação n. 00385804520128060064-CE, deparou-se com o pedido de uma mãe para ter sua carga horária reduzida por ter filho com síndrome de Down - acompanhada de alguns problemas como hidronefrose, hipertensão pulmonar e estrabismo - e compreendeu que, muito embora inexista previsão na lei municipal para o afastamento com tal objetivo, tal fato, por si só, não obstará a pretensão da autora, considerando-se as peculiaridades do caso, haja vista que, segundo o princípio da juridicidade, a atuação estatal deve possuir harmonia com o direito à saúde, ficando apartada a ideia de legalidade estrita.

O Tribunal de Justiça da Bahia, ao apreciar o Mandado de Segurança n. 00221905420148050000-BA, avaliou uma situação envolvendo a promoção de policiais civis e deliberou que, não havendo vagas suficientes para a promoção de servidores, não é ilegal o ato administrativo que promove apenas parte dos policiais, ainda que a lei tenha asseverado que “todos” serão promovidos, tendo em vista que a expressão “todos” deve ser interpretada sopesando as condições orçamentárias do Estado à luz do princípio da juridicidade.

Ao tratar de previdência complementar, que também é um direito fundamental social, o Supremo Tribunal Federal, ao deparar com o Recurso Extraordinário n. 5011849-61.2012.4.04.7000-PR, decidiu que a alteração das alíquotas ou da forma de participação no custeio por parte da Administração e do servidor público não viola, entre outros princípios, o da juridicidade, na medida em que, em relação à previdência complementar, não há direito adquirido à perpetuação de critérios relativos ao sistema de custeio de plano de saúde.

Em uma demanda sobre transferência de presos, o Supremo Tribunal Federal deliberou que está superado o pensamento tradicional de que o Poder Judiciário não pode syndicar os atos administrativos praticados pelo gestor público, tendo em vista que não há mais que se falar em princípio da legalidade estrita, mas em juridicidade, a exigir um atuar administrativo pautado não apenas em lei, mas também no ordenamento jurídico em sua totalidade.

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, ao tratar de demanda envolvendo servidor público, decidiu que a Lei n. 8.429/92 tem como meta obstar a permanência no serviço público daquele que revela pouco apreço pelo princípio da juridicidade, ostentando, portanto, uma deterioração de caráter incompatível com a função pública.

O mesmo colendo tribunal, ao analisar um caso de exigência de apresentação de certidão de quitação eleitoral para inscrição no Conselho de Enfermagem, afirmou que a ausência de lei não afasta o dever da Administração de dar cumprimento à Constituição, razão pela qual entendeu absolutamente equivocada a tese invocada na exordial, uma vez que empregou arcaica concepção do princípio da legalidade esquecendo-se de que atualmente é o princípio da juridicidade que deve ser utilizado como *standard* de averiguação do agir do administrador público.

6. Conclusão

Como visto, o princípio da legalidade não mais abarca as necessidades da Administração Pública contemporânea, seja do ponto de vista doutrinário, jurisprudencial ou do direito comparado. O gestor público deve decidir, por meio do ato administrativo, levando em conta não somente a lei, mas também o arcabouço jurídico em conjunto, como uma unidade, para se conceder a máxima eficácia à Carta Política e proporcionar a exequibilidade indispensável e efetiva aos direitos fundamentais, inclusive os sociais.

- DARIEL SANTANA FILHO
- MARCELO BORSIO
- JEFFERSON GUEDES

O direito deve ser interpretado e aplicado como um todo do qual a lei é uma parte (CHUEIRI, 1997). O gestor público deve superar a ideia do agir administrativo meramente formal e atuar com substancialidade em cada ato administrativo. Isso poderá ser alcançado quando se der a importância devida à Constituição e se perceber que a Administração Pública deve ser a locomotiva que leva em seus vagões a concretização dos direitos fundamentais sociais, aplicando-se para tanto o princípio da juridicidade. A juridicidade como princípio deve ser compreendida como uma ideia de respeito e preocupação para com todo o sistema jurídico do país, o qual é baseado em normas, princípios e valores, axiológica e teleologicamente hierarquizados, considerando-se permanentemente a observância absoluta aos direitos humanos, mormente os sociais.

Os atos da Administração Pública devem estar conectados com as premissas do Estado Democrático de Direito, e isso se dá por meio de uma visão além do texto legal, sujeitando-se o administrador público ao direito como um todo, havendo um primordial reconhecimento dos princípios e das regras que compõem o sistema jurídico em sua totalidade, com a superação do princípio da legalidade pelo da juridicidade.

Os desafios atuais do Poder Público estão atrelados à efetivação dos direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico como um todo, especialmente na Lei Maior de 1988. É necessária, para tanto, uma readequação do regime jurídico-administrativo, devendo-se dar um passo além do modelo exegético de outrora de interpretar os textos normativos administrativos (OHLWEILER, 2003).

Diante de todo o exposto, a interpretação apropriada do fenômeno da juridicidade simboliza primordialmente a superação da legalidade estrita, ajustando-se o marco jurídico a um hodierno arcabouço de flexibilidade tendente a dedicar uma maior ênfase aos princípios constitucionais protetores e garantidores da dignidade humana das pessoas no trato social.

REFERÊNCIAS

- ALCALÁ, H. N.; CERECEDA, F. C. *Derecho político: introducción a la política y teoría del Estado*. Santiago: Universidad Nacional Andrés Bello, 1990.
- ARAGÃO, A. S. de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, 2005.
- AUSTIN, J. *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*. Ciudad de México: Fontamara, 2011.

BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BIELSA, R. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: El Ateneo, 1964. t. 1.

BINENBOJM, G. *Uma teoria de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CHUEIRI, V. K. de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, L. S. *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997.

COMANDIRA, J. R. (coord.). *Curso de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012. t. 11.

CONSTITUIÇÃO DA ARGENTINA. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Acesso em: 5 set. 2019.

CONSTITUIÇÃO DO CHILE. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf. Acesso em: 8 set. 2019.

CONSTITUIÇÃO DO EQUADOR. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf. Acesso em: 2 set. 2019.

CONSTITUIÇÃO DA ESPANHA. Disponível em: <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>. Acesso em: 3 set. 2019.

CONSTITUIÇÃO DO MÉXICO. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>. Acesso em: 7 set. 2019.

CONSTITUIÇÃO DO URUGUAI. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentos yleyes/constitucion>. Acesso em: 5 set. 2019.

CONSTITUIÇÃO DA VENEZUELA. Disponível em: <https://venezuela.justia.com/federales/constitucion-de-la-republica-bolivariana-de-venezuela/>. Acesso em: 3 set. 2019.

DELPIAZZO, C. E. *Derecho administrativo general*. Montevideo: AMF, 2013. v. 1.

GALVÁN, I.; GALLARDO, N.; AVEDILLO, J. Princípio de legalidad vs. principio de juridicidad: evolución constitucional em México. *Letras Jurídicas*, n. 35, p. 15-28, 2017. Disponível em: <http://www.letrasjuridicas.com.mx/wp-content/uploads/2017/01/R35-Art1.pdf>. Acesso em: 6 set. 2019.

JUSBRASIL. Apelação: APL 00385804520128060064 CE. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=princ%C3%ADpio+da+juridicidade&idtopico=T1000001&idtopico=T1000002&idtopico=T1000004&idtopico=T1000006&idtopico=T1000006&idtopico=T1000007&idtopico=T1000009&idtopico=T1000010>. Acesso em: 5 set. 2019.

JUSBRASIL. Mandado de Segurança: MS 00221905420148050000 (TJ-BA). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=princ%C3%ADpio+da+juridicidade&idtopico=T1000001&idtopico=T1000002&idtopico=T1000004&idtopico=T1000006&idtopico=T1000006&idtopico=T1000007&idtopico=T1000009&idtopico=T1000010>. Acesso em: 5 set. 2019.

JUSBRASIL. Recurso Especial: RE 5011849-61.2012.4.04.7000-PR. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=princ%C3%ADpio+da+juridicidade&idtopico=T1000001&idtopico=T1000002&idtopico=T1000004&idtopico=T1000006&idtopico=T1000006&idtopico=T1000007&idtopico=T1000009&idtopico=T1000010>. Acesso em: 5 set. 2019.

- DARIEL SANTANA FILHO
- MARCELO BORSIO
- JEFFERSON GUEDES

JUSBRASIL. Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 5048207-89.2007.8.13.0024 MG. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=princ%C3%ADpio+da+juridicidade&idtopico=T10000001&idtopico=T10000002&idtopico=T10000004&idtopico=T10000006&idtopico=T10000066&idtopico=T10000007&idtopico=T10000009&idtopico=T10000010>. ARE 5048207-89.2007.8.13.0024-MG. Acesso em: 5 set. 2019.

JUSBRASIL. Recurso Especial: Resp 1.706.729 - RJ. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=princ%C3%ADpio+da+juridicidade&idtopico=T10000001&idtopico=T10000002&idtopico=T10000004&idtopico=T10000006&idtopico=T10000066&idtopico=T10000007&idtopico=T10000009&idtopico=T10000010>. Acesso em: 5 set. 2019.

LARENZ, K. *Derecho justo*. Madrid: Civitas, 1991.

LÓPEZ, M. A. El control de convencionalidad en la administración pública. *Novum*, México, 2014.

MELIAN GIL, J. L. El poder normativo del Estado. A propósito de ley y reglamento em derecho español. In: MELIAN GIL, J. L. *El derecho administrativo*. Buenos Aires, 2007.

MINNICELLI, A. *Principios generales y políticas públicas: herramientas del derecho administrativo para optimizar la satisfacción de necesidades y universalizar los derechos humanos en un Estado eficaz*. 2012. Tesis (Doctoral em Derecho Administrativo) - Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012. Disponível em: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/121197/DDAFP_MinnicelliAlesandra_Tesis.pdf;jsessionid=E9FFF4836160D359E94A8E5E932D7901?sequence=1. Acesso em: 2 set. 2019.

OHLWEILER, L. Estado, Administração Pública e democracia: condições de possibilidade para ultrapassar a objetificação do regime administrativo. In: ROCHA, L. S.; STRECK, L. L. (org.). *Anuário do programa de pós-graduação em direito - mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

RAMÍREZ, F. *Leyes fundamentales de México 1808-2002*. 23. ed. Ciudad de México: Porrúa, 2002.

RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Un nuevo derecho administrativo*. Buenos Aires: El Derecho, 2008.

TOBAR, M. M. *Análisis y actualidad del derecho administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012.