

UMA CATEGORIA JURÍDICA AMBÍGUA: OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

GEORGES MORANGE

Professor na Faculdade de Direito e de Ciências
Políticas da Universidade de Caen, França.

SUMÁRIO

Introdução

- I — Surgimento e evolução da noção de princípio geral do direito
 - A — As causas estruturais do surgimento dos princípios gerais do direito
 - B — As causas conjunturais do surgimento e do desenvolvimento dos princípios gerais do direito
 - C — As causas constitucionais do declínio dos princípios gerais do direito
- II — As diversas categorias dos princípios gerais do direito
 - A — Os princípios gerais constitucionais
 - B — Os princípios gerais legislativos
 - C — Os princípios gerais regulamentares

Introdução

Os tribunais administrativos fazem uso, parece-nos, cada vez mais em seus julgamentos, dos princípios gerais do direito para examinar a legalidade dos feitos que são de sua competência. Há dez anos, o próprio Conselho Constitucional referiu-se a esta noção para decidir da constitucionalidade das leis submetidas a seu controle.

Todavia, algumas autoridades governamentais pareciam demonstrar alguma resistência, visualizar algo provocativo, frente a esta proliferação de princípios gerais do direito.

Esta reserva nos parece inteiramente justificada; fazer referência aos princípios gerais do direito é fazer referência a um conceito que, ao longo dos anos, tornou-se cada vez mais ambíguo. Basta percorrer os inúmeros artigos e comentários que lhe são consagrados, para se notar desde logo as mais diversas opiniões sobre a origem dos princípios gerais do direito — a fonte — no sentido jurídico da palavra — o lugar dentro da hierarquia das normas, e enfim, o número destes princípios.

Tradução de "Une catégorie juridique ambiguë: les principes généraux du droit", por Henriqueta K. von Wackerriit, com revisão de Lucinda M. P. Ragugnetti e Paulo T. Magni; autorizada pela Revue du Droit Public.

Tal situação, é à primeira vista paradoxal: quanto mais a noção é apresentada como fundamental, mais as dúvidas que a acompanham crescem. Esta confusão tem, segundo nós, duas causas essenciais: a primeira parece-nos residir no apego quase sentimental do Conselho do Estado¹ a uma noção de grande prestígio, que teria tido o mérito de explicar os princípios gerais do direito numa época onde o esforço de síntese que ela representava era de natureza a tornar mais eficaz o seu controle da legalidade. O Conselho de Estado não viu — ou não quis ver — que esta mesma noção perdia, de uma só vez, a maior parte de sua justificação inicial, ou melhor, sua unidade, devido às mudanças constitucionais que a França conheceu em 1946 e 1958. A propensão do Conselho de Estado em minimizar as incidências das mudanças constitucionais no plano administrativo, foi indubitavelmente assinalada de forma muito justa. Nossa alta jurisdição administrativa não deveria, todavia, fazer abstração da vontade do poder constituinte, quando esta for manifestada claramente, sem desconhecer sua missão e perder, por assim dizer, sua razão de ser.

A responsabilidade de uma grande parte da doutrina na confusão atualmente existente não é menor. Muitos autores ficaram literalmente obcecados a partir da entrada em vigor da Constituição de 1958 pela vontade de limitar o poder de regulamentação autônomo, amplamente conferido ao Executivo pelo artigo 37 desta Constituição. Julgando que a submissão dos regulamentos autônomos aos princípios gerais do direito seria o melhor meio de assegurar esta limitação, eles não poderiam senão encorajar o Conselho de Estado a fazer referência cada vez mais a esses princípios e a lhes assegurar uma abrangência geral. Parece que eles não se deram conta, não mais que a nossa alta jurisdição administrativa, de que esta limitação necessária estava assegurada, essencialmente, pela simples execução dos novos princípios constitucionais.

Estas afirmações requerem uma demonstração. Ela será o tema deste artigo. Necessitamos, contudo, antes de emprendermos esta demonstração, esclarecer em que perspectiva iremos nos colocar e os métodos que nos propomos utilizar.

É propositalmente que escrevemos acima que o Conselho de Estado tinha “desenvolvido” — e não “criado” — a noção dos princípios gerais do direito. Por maior que tenha sido, e continue sendo — pelo fato, particularmente, da não codificação do direito administrativo — o papel do juiz na formulação da regra de direito, nós não poderíamos admitir que ele pudesse, de maneira alguma, ser o criador desta regra. Em outros termos, não existe, na nossa opinião, um verdadeiro poder normativo da jurisprudência. Colocar-nos-emos, por conseguinte, para este estudo, em uma perspectiva radicalmente diferente daquela que foi mantida pelo professor Chapus em dois trabalhos publicados pelo *Racueil Dalloz*. O pensamento deste autor, que afirma este poder normativo, e que o faz emanar da posição ocupada, segundo ele, pelo juiz dentro da hierarquia dos órgãos, pode se resumir de forma bastante simples nesta frase, extraída da conclusão de seu segundo trabalho: “A atribuição

ao juiz de uma posição que, embora não se igualando àquela do poder constituinte nem àquela do poder legislativo, é superior à autoridade administrativa mais elevada, bastando para assegurar a autoridade das regras jurisprudenciais...”

Parece-nos, por outro lado indispensável, para chegar a uma conclusão acerca dos princípios gerais do direito, utilizar sucessivamente, o método histórico e o método jurídico no estado puro.

Convém, na verdade, primeiramente, pesquisar o que a expressão exatamente significou no começo e de que maneira a noção assim liberada evoluiu, ou deveria ter evoluído, principalmente sob o império das mudanças constitucionais que a França conheceu em 1946 e em 1958.

Teríamos então a possibilidade de determinar com todo o conhecimento de causa, a que realidade deveria atualmente corresponder esta noção. Utilizaremos, nesta tentativa de síntese, o raciocínio jurídico no estado puro, abstraindo-se largamente a jurisprudência. À primeira vista, isto é paradoxal, na medida em que unanimemente tem origem puramente jurisprudencial. Mas, como o juiz, por apego excessivo ao conceito inicial dos princípios gerais do direito, falseou, em grande parte, os dados do problema, o recurso a um raciocínio essencialmente lógico nos pareceu indispensável para sair da confusão. Convém, em outras palavras, dar provas deste espírito “matemático”, que muitas vezes, faz falta aos juristas; fato esse que lhes permite conservar tantas definições de contornos imprecisos, fontes posteriores de todas as confusões.

I — Surgimento e Evolução da Noção de Princípio Geral do Direito

O conceito que devia conhecer um tão grande êxito sob a qualificação de “princípios gerais do direito”, já estava claramente presente nas decisões **Roubeau** pronunciadas pelo Conselho de Estado em sete de março de 1911 e nove de maio de 1913. Foi preciso esperar, em seguida, mais de trinta anos para que o Conselho de Estado, sob a influência da doutrina, retivesse definitivamente este qualificativo para designar uma noção cuja paternidade, sem dúvida nenhuma, lhe pertencia.

Mas, mesmo que o ato do qual deriva a paternidade não seja um ato criador, no sentido estrito do termo, a utilização, na iniciativa única do juiz, dos princípios gerais do direito, não nos autoriza a considerar o juiz como o verdadeiro criador das regras assim qualificadas, que extrairiam sua força jurídica da única manifestação de sua vontade.

Estas são as causas estruturais que permitiram o nascimento do conceito que é o tema do presente estudo. Ele, logo em seguida, desenvolveu-se sob a influência

de causas de natureza conjuntural. As mudanças constitucionais que a França conheceu, em 1946 e em 1958 deveriam ter conduzido ao declínio, ou mais exatamente, à diversificação do conceito.

A. As Causas Estruturais do Surgimento dos Princípios Gerais do Direito

A missão primordial do juiz administrativo é, já há muito em nosso país, assegurar a submissão da administração ao direito. Se o juiz pode no início, o que era mais ou menos inevitável, manifestar alguma indecisão no exercício deste controle, ele se ateve de imediato em torná-lo o mais eficaz possível. Ora, pareceu a este juiz, nas últimas décadas da Terceira República, que esta vontade de eficácia — que era a sua — arriscava ser mais ou menos paralisada por uma dupla carência.

A primeira se situava no plano constitucional. As três leis constitucionais que constituíam o quadro jurídico da Terceira República não continham o equivalente do que os antigos autores chamavam de "as garantias dos direitos", isto é, as disposições destinadas a assegurar a efetividade dos princípios fundamentais sob os quais repousava a sociedade política de então. Estes princípios não tinham sido, por outro lado, enunciados em nenhuma declaração de direitos ou preâmbulo.

Por outro lado, o direito administrativo, por razões concernentes ao mesmo tempo, a seu surgimento relativamente recente no cenário jurídico e às condições de seu desenvolvimento, jamais tinha sido objeto de uma codificação. O juiz não podia, por conseguinte, encontrar, em um texto tendo valor de lei ordinária, o conjunto de princípios chamados a regular as relações entre a administração e os administrados. Princípios que, pelo fato de sua adoção pelo Legislativo, teriam necessariamente explicado, neste plano, os princípios políticos fundamentais da Terceira República.

Esta dupla carência não apresentou contudo nenhum inconveniente grave enquanto o poder regulamentar permaneceu um poder estritamente subordinado ao Poder Legislativo. Com efeito, se a natureza das coisas devia, a despeito das concepções revolucionárias, impor ao Executivo o reconhecimento de um poder regulamentar, este permanecia estritamente subordinado por um duplo título: — ele só poderia ser exercido para assegurar a execução das leis, o que supunha, portanto, sempre a intervenção prévia da lei — as leis estariam, geralmente, suficientemente desenvolvidas para reduzir o exercício do poder regulamentar à determinação das modalidades de aplicação no sentido mais restrito da expressão.

Compreende-se mal, desde logo, como o poder regulamentar e, por conseguinte, as autoridades administrativas subordinadas, teriam podido desconhecer os princípios que tinham inspirado a ação do legislador, pois estes princípios, sem serem, na maioria das vezes, expressamente formulados, traduziam-se necessariamente dentro das principais disposições da lei, e por conseqüência, salvo violação da lei, no próprio decreto regulamentar.

Esta situação favorável iria modificar-se em dois tempos, a dupla carência assinalada apresentando desde logo toda sua gravidade no que concerne ao controle de legalidade, em sentido amplo, que o juiz tem a missão de assegurar.

B. As Causas Conjunturais do Surgimento e do Desenvolvimento dos Princípios Gerais do Direito

Nós as encontraremos nas duas extensões sucessivas que o poder regulamentar conheceu em nosso país desde 1919.

A célebre decisão **Labonne** concretizou a primeira, transmitindo ao nosso direito o conceito de poder regulamentar autônomo. O poder regulamentar constata o reconhecimento do direito de intervir espontaneamente, fora de toda a lei pré-existente sob a condição, todavia, que esta intervenção pertina na missão que lhe é constitucionalmente reconhecida. Admitido, primeiramente em matéria de polícia, este poder regulamentar autônomo deveria em seguida, ser estendido a outros domínios e, principalmente, pela decisão **Jamart**, à organização dos serviços públicos.

O surgimento e o desenvolvimento muito rápidos, nos últimos vinte anos da Terceira República, das leis de habilitação e das **lois cadres**² constituem a segunda das causas conjunturais. Existem certamente diferenças essenciais nos planos constitucional e político, entre a **loi cadre** e a lei de habilitação, sendo a primeira, particularmente, bem mais de acordo com os princípios da democracia representativa que a segunda. Mas estas diferenças não interessam ao nosso estudo. Em um ou outro caso, na verdade, tornando-se o quadro legislativo extremamente flexível, para não dizer inconsistente, o poder regulamentar se vê reconhecer, de fato, nos setores que são objeto da **loi cadre** ou da lei de habilitação, poderes quase tão extensos quanto aqueles que nos outros setores o reconhecimento de um poder regulamentar autônomo acarretou.

Desde então, era grande o risco de ver a Administração escapar aos princípios fundamentais de nossa sociedade política aos quais ela havia sido sujeita, primeiramente, por intermédio da lei que disso era geralmente o reflexo. O apelo à noção dos princípios gerais do direito foi, para o juiz, o meio de evitar a materialização de tal risco. Ele considerou que podia legitimamente submeter a Administração não somente ao respeito à letra da lei — o que se revelaria, para o futuro, uma ligação insuficiente — mas da mesma forma, ao respeito dos princípios que tinham guiado o poder legislativo no conjunto de suas decisões, princípios que se podia destacar, pelo

N. T.² — Loi cadre — DR. CONST. Loi qui se borne à poser des principes généraux et laisse au gouvernement le soin de les développer en utilisant son pouvoir réglementaire. GUILLIEN, Raymond et VINCENT, Jean, Lexique des Termes Juridiques, Dalloz, 6^{me} Edition, 1974.

método jurídico, do conjunto de leis existentes. *Era, dentro de uma elevada preocupação de legalidade, submeter a administração à vontade implícita do legislador, depois de tê-la submetido, já há muito tempo, à sua vontade explícita.*

Esta política jurisprudencial permaneceu, todavia, de aplicação relativamente limitada enquanto a França viveu sob um regime constitucional, cuja fraqueza no plano político era, na verdade, mais e mais seguidamente denunciada, mas cujos princípios básicos permaneciam, no conjunto, incontestados. A opinião do juiz parece ter sido, até o fim da Terceira República, de que o controle do exercício regular do poder regulamentar incumbia essencialmente, na mesma proporção aos órgãos que dele estavam investidos de direito ou de fato, às assembleias parlamentares.

A situação modificar-se-ia profundamente com a derrocada da Terceira República em junho de 1940. A França conheceu, então, durante vários anos, dois regimes de fato: o de **Vichy** e o de **Londres**, a autoridade desse último, que tornando-se única, estendeu-se por todo o território em 1944, com o recuo, além de nossas fronteiras, dos exércitos do III Reich em virtude do avanço dos exércitos aliados.

O regime de **Vichy**, que se dizia de uma ideologia muito diferente daquela que tinha sido, há muito tempo, a ideologia da sociedade política francesa, não possuía, embora algumas pessoas pretendessem, nenhuma base constitucional válida. Sua ação deveria ser **a priori**, condicionada a um juiz formado no quadro das tradições dos regimes políticos anteriores.

O regime de **Londres** teve, ao contrário, desde o início, a vontade de manter, face ao governo de **Vichy**, os princípios políticos tradicionais da França. Mas, em virtude das circunstâncias, ele não podia, mais que este último, possuir uma base constitucional regular e ele assegurou, após a libertação da metrópole, a retomada da ordem no país em circunstâncias problemáticas favoráveis; a experiência prova isto ao exagero, principalmente nos escalões inferiores da hierarquia administrativa.

É nestes períodos intermediários que o chamamento cada vez mais freqüente aos princípios gerais do direito, cujo conceito surgiu na jurisprudência uns trinta anos antes, permitiu ao juiz constranger a administração a respeitar, dentro da medida do possível, os princípios tradicionais da sociedade política francesa, princípios aos quais — todo o mundo bem sabe — nosso país se manteria fiel, quando ele reencontrasse as bases constitucionais estáveis, de acordo com a vontade popular.

O apelo cada vez mais freqüente aos princípios gerais do direito, pelas razões que acabamos de colocar, devia conduzir aos primeiros estudos de síntese que a eles dizem respeito. Referimo-nos, principalmente, aos artigos de M. Bouffendeau e de M. Letourneur — ambos membros eminentes do Conselho de Estado — publica-

dos em 1947 e 1951 pela revista **Études et Documents**. Eles confirmam, ao menos implicitamente, a explicação da proliferação dos princípios gerais do direito que nós acabamos de adiantar.

Ora, no momento em que estes estudos foram publicados pela Revista **Études et Documents**, a razão de ser inicial dos princípios gerais do direito já tinha desaparecido. Ninguém parece ter se apercebido disso ...

C — As Causas Constitucionais do Declínio dos Princípios Gerais do Direito

“O rochedo Tarpéienne está perto do Capitólio” costumavam dizer os antigos. A profunda verdade que esta expressão traduz, aplica-se, ou melhor, teria de se aplicar ao conceito jurídico que é objeto deste estudo. A hora da glória dos princípios gerais do direito se situa entre 1940 e 1946, isto é, no decurso de longo período intermediário que a França conheceu no plano constitucional; ora:

- a entrada em vigor da Constituição de 1946 retiraria toda a utilidade dos princípios gerais anteriormente desenvolvidos pela jurisprudência;
- a entrada em vigor da Constituição de 1958 devia logicamente reduzir o campo de aplicação daqueles que eram suscetíveis de aparecer no futuro.

A elaboração das instituições da Quarta República teve como objetivo, todos se recordam, dois projetos sucessivos. O primeiro projeto, denominado projeto de abril, foi rejeitado através de referendo. Este primeiro projeto era precedido de uma declaração dos direitos em boa e devida forma, que pretendia, de uma só vez, assegurar a continuidade e a mudança. Certas disposições incluídas nesta declaração pareciam haver inquietado setores significativos de opinião e contribuído, em consequência, para o fracasso do referendo. Daí a prudência dos redatores do segundo projeto que iria tornar-se a Constituição da Quarta República. Este projeto era precedido de um simples preâmbulo cujas ambições eram, entretanto, as mesmas que aquelas da declaração precedente: este preâmbulo, com efeito, reafirmava solenemente o valor dos princípios que tinham sido inscritos na declaração dos direitos de 1789 ou que tinham inspirado as leis da República; ele enunciava em seguida um certo número de outros princípios considerados como particularmente necessários em nossa época.

A entrada em vigor da Constituição de 1946 assinalaria, pois, neste plano, uma ruptura com a situação que tínhamos conhecido na Terceira República: **a ausência de toda a formulação dos princípios gerais de nossa sociedade política nos textos constitucionais. Uma das causas estruturais que tinha conduzido o juiz a criar o conceito dos princípios gerais de direito, que era a vinculação da administração a estes, havia terminado.**

Era necessário, todavia, para que esta nova situação pudesse traduzir plenamente todas as suas conseqüências, que os princípios aos quais o preâmbulo fazia referência, ou que ele enunciava, tivessem o valor jurídico reconhecido. Uma fração importante da doutrina sempre afirmou, que os princípios inseridos nas declarações dos direitos e preâmbulos constitucionais tinham valor filosófico ou político, mas não jurídico.

O Conselho de Estado pronunciou-se pelo reconhecimento do valor jurídico através dos acórdãos **Dehaene, Condamine et Syndicat des Ingénieurs Conseils**, e concordamos com M. Chapus, em julgar que a solução tinha sido alcançada desde o acórdão **Dehaene**. Esta solução parecia se impor pelos motivos desenvolvidos em um artigo publicado por esta revista em 1945, consagrado expressamente, é verdade, apenas aos princípios inseridos nas declarações dos direitos propriamente ditos. Estando o problema um pouco afastado de nosso assunto, pedimos ao leitor, caso necessário, reportar-se a ele.

Tendo o juiz administrativo reconhecido valor jurídico, ou melhor constitucional, ao preâmbulo, tornava-se ilógico desde então, ele se referir em suas decisões, aos princípios gerais do direito, tais como tinham sido entendidos até então em preferência aos princípios enunciados pelo preâmbulo, ou aos quais este fazia referência, pela razão muito simples de que havia necessariamente na maioria dos casos, identidade de conteúdo entre uns e outros. É bastante evidente, por outro lado, que em caso de contradição, o princípio constitucional deva necessariamente dominar sobre o princípio geral do direito antigo formulado.

Havia, por outro lado, duas vantagens práticas, para se invocar em todos os casos de identidade de conteúdo, os princípios enunciados ou indicados pelo preâmbulo, de preferência aos princípios gerais do direito anteriormente destacado pelo juiz:

— os princípios enunciados ou indicados pelo preâmbulo tinham um valor jurídico superior àquele dos princípios gerais do direito, no sentido anterior da expressão, e uma autoridade maior, democraticamente falando;

— os princípios tinham um conteúdo mais preciso pelo fato de sua formulação dentro de um texto, com exceção, é claro, no concernente aos princípios reconhecidos pelas leis da República aos quais o Conselho de Estado devia dedicar-se, num trabalho de síntese que consistia em destacar os princípios gerais do direito, da fórmula antiga.

A Constituição de 1946, se ela tiver sido corretamente interpretada sob este aspecto, deveria ter sido considerada como tendo esvaziado de sua substância e categoria dos princípios gerais do direito, sem se opor, para o futuro, a um certo ressurgimento deles. Na verdade, por razão que desenvolveremos na segunda parte, os princípios das leis da República, que tiveram reconhecimento de valor constitu-

nal, eram os princípios que inspiraram as leis anteriores à entrada em vigor da Constituição. Ora, considerando a evolução das leis, o legislador poderia ser chamado a elaborar, em vista do futuro, leis inspiradas pelos novos princípios. Nada se opunha, **a priori**, a que estes princípios sejam um dia, desenvolvidos pelo juiz e impostos à administração com aquela autoridade dos antigos princípios gerais do direito.

A Constituição de 1958 não se opõe a tal ressurgimento, mas reduz, de uma só vez, o número eventual e, sobretudo, o alcance destes novos princípios gerais do direito. É a conseqüência da combinação dos artigos 34 e 37 desta Constituição. É bastante evidente, de início, que tais princípios aparecem somente nos setores reservados ao Legislador pelo artigo 34 da Constituição. Não é menos evidente, por conseqüência, que tais princípios, admitindo-se que eles possam ser destacados, não possam ter nenhuma força jurídica no setor visado pelo artigo 37, isto é, aquele do poder regulamentar autônomo. A Constituição impede, neste setor, toda a intervenção da lei, no sentido orgânico do termo. Aquilo que a lei não pode fazer expressamente, ela não poderia implicitamente.

Chegou o momento de aproveitar a lição deste longo, mas necessário histórico ao qual nossa primeira parte foi consagrada.

II — As Diversas Categorias de Princípios Gerais do Direito

A lição essencial que devemos tirar do exposto, é que a noção dos princípios gerais do direito, devido às mudanças constitucionais de 1946 e de 1958, perdeu a unidade que inicialmente tinha sido sua. Hoje em dia, quando nos referimos aos princípios gerais do direito, referimo-nos a regras que podem ser de natureza e de alcance muito variáveis. É afirmar que uma classificação destes princípios tornou-se indispensável, sob pena de haver confusões graves.

Existem, em nossa opinião, três categorias: os princípios gerais constitucionais, os princípios gerais legislativos e os princípios gerais regulamentares.

Não reivindicamos de modo algum, a autoria desta classificação. Ela foi, desde 1958, enunciada, ou pelo menos, percebida pelos outros autores. Pensamos particularmente, nos representantes do governo Fournier, Théry et Braibant, a MM. Long, Weil et Braibant com seu comentário da decisão **Syndicat Général des Ingénieurs-Conseils**, aos professores Auby, Drago e Roche.

Separamo-nos, todavia, da maioria destes autores pela importância que concedemos a esta classificação. Para a maior parte deles, ela responde a uma exigência do espírito, sem grande alcance prático. Na primeira edição de seu tratado sobre o contencioso administrativo, os professores Auby e Drago escreviam por exemplo: "... Antes de 1958, como após, o governo devia respeitar os princípios gerais do direito porque estes princípios têm um valor jurídico superior às regras emanadas do

órgão executivo. Este valor era reputado como legislativo, devendo atualmente ser apresentado como constitucional, mas, antes como após 1958, esta distinção é sem valor para o juiz administrativo".

Pensamos, ao contrário, que o alcance de um princípio varia conforme o qualificativo que se lhe possa atribuir. É esta colocação que demonstraremos agora, passando em revista as três categorias de princípios cuja existência afirmamos.

A. Os Princípios Gerais Constitucionais

Dedicar-nos-emos a determinar, sucessivamente, a natureza, o valor jurídico e o alcance prático destes princípios.

Uma leitura atenta do preâmbulo da Constituição de 1946, ao qual o preâmbulo da Constituição de 1958 faz expressamente referência, para lhe manter valor constitucional, permite determinar com facilidade a natureza destes princípios. Eles se dividem em três subcategorias:

— Os princípios inseridos na Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789;

— Os princípios formulados expressamente pelo preâmbulo da Constituição de 1946 como particularmente necessários à nossa época;

— Os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República.

As duas primeiras subcategorias não apresentam problemas, a não ser aquele da compatibilidade entre certas regras formuladas na Declaração de 1789, e outras apresentadas pelo preâmbulo de 1946 como particularmente necessárias à nossa época. Trata-se de uma dificuldade assinalada desde a entrada em vigor da Constituição de 1946, cujo exame nos levará longe demais e não apresenta além disso, nenhum interesse para o nosso objetivo.

É indispensável, por outro lado, precisar, no que concerne à terceira subcategoria, quais são as leis da República que convém levar em conta para desenvolver os princípios que tiveram reconhecido valor constitucional.

Estas são, a nosso ver, todas as leis adotadas e promulgadas antes da entrada em vigor da Constituição em 1958, mas somente estas.

Os membros da Assembléia Constituinte, que estiveram presentes quando da origem da inserção da fórmula antes lembrada no preâmbulo da Constituição de 1946, não tinham talvez, como os trabalhos preparatórios parecem provar, uma idéia bem precisa do alcance exato desta curta fase. Mas a fórmula é clara e não de-

ve, por conseqüência, prestar-se a interpretação mais ou menos sutil. Ela exige que se leve em consideração todas as leis anteriores a 1958 para se desenvolver todos os princípios que aí se encontram implicados. É desta forma que primeiramente o Conselho de Estado e depois o Conselho Constitucional entenderam esta matéria.

Não se deveria levar em conta as leis posteriores à entrada em vigor da Constituição. A adoção da solução contrária conduziria, na verdade, a uma verdadeira abdicação da soberania do poder constituinte, poder supremo no Estado, que aprovaria antecipadamente todas as decisões do poder legislativo, poder simplesmente delegado. Isto é juridicamente impossível.

A determinação do valor de nossos princípios acarreta ainda menos dificuldades do que aquela de sua natureza. Produtos da vontade do Poder constituinte, eles ocupam, na hierarquia das normas, o mesmo lugar que as disposições puramente orgânicas da Constituição. Eles têm, portanto, valor constitucional.

O alcance prático destes mesmos princípios, algo incerto no início, é agora bastante grande. Seu respeito se impõe, concomitantemente ao Executivo e ao Legislativo.

A submissão do Executivo a esses princípios é assegurada pelo juiz. Foi preciso esperar, todavia, para ter certeza, a evolução de jurisprudência que se concretizou nas decisões **Dehaene, Condamine et Syndicat Général des Ingénieurs-Conseils**. Essa submissão pode, entretanto, ser posta em dúvida, apenas no setor definido pelo artigo 34 da Constituição, se a violação inicial do princípio é conseqüência de uma lei, o decreto tomado para sua aplicação não sendo inconstitucional senão por via de conseqüência. Para evitar julgar a constitucionalidade da lei, o juiz se recusaria neste caso, a toda censura da decisão do Executivo.

Esta última hipótese, de pouca importância prática, posta a parte a submissão do Executivo aos princípios constitucionais, não traz nenhuma dúvida. Ela conseguiria ser posta mais em evidência pelo juiz. Seria necessário para isto que ao menos no setor definido pelo artigo 37 da Constituição, o juiz qualificasse expressamente de "constitucionais" os princípios aos quais ele impõe o respeito ao Executivo. Ao referir-se simplesmente, aos princípios gerais do direito, sem qualificá-los, o juiz pode dar a ilusão de que o Executivo permanece submisso, no exercício de seu poder de regulamentação autônomo, aos princípios com valor simplesmente legislativo. Ora, isto é juridicamente impossível.

O poder Legislativo submete-se tanto de fato como de direito, igualmente, desde a entrada em vigor da Constituição de 1958, ao respeito destes princípios constitucionais. É a conseqüência da criação, por esta Constituição, do Conselho Constitucional e da missão que lhe foi confiada. A célebre decisão de 1971 não deixa nenhuma dúvida sobre a extensão eventual deste controle e é bem evidente que as no-

vas normas de posse de bens de raiz, previstas pela lei constitucional de 29 de outubro de 1974, são de natureza a fazê-la mais efetiva. Seria necessário, todavia, para que ele se torne imediatamente efetivo, uma nova ampliação destas normas. É bastante evidente, na verdade, que os particulares serão muitas vezes mais sensíveis à violação de princípios constitucionais do que os poderes públicos, inclusive as frações mais ou menos numerosas das assembléias parlamentares.

B. Os Princípios Gerais Legislativos

Esses são os princípios gerais tais como foram entendidos à época em que eles deram entrada no mundo do direito. Desta categoria jurídica que parecia prometer, há uns trinta anos, um futuro promissor, não resta muito atualmente.

Convém precisar, desde logo, quais são estes princípios. São os suscetíveis de destacar do conjunto de leis adotadas depois da entrada em vigor da Constituição de 1958. Realmente, aos princípios que podem ser destacados das leis adotadas anteriormente, foi conferido valor constitucional pelo poder constituinte.

Estas afirmações se impõem no que concerne a esta segunda categoria de princípios gerais do direito.

Esta categoria teria desaparecido do cenário jurídico se a fórmula inserida no preâmbulo da Constituição de 1946, ao qual o preâmbulo da Constituição de 1958 faz referência, fosse entendida como conferindo, de uma vez por todas, valor constitucional aos princípios destacados das leis, que tenham sido adotadas antes ou após da entrada em vigor destas duas Constituições. Mas vimos que uma interpretação assim, que implicaria em uma verdadeira alienação do poder constituinte, é juridicamente inaceitável.

A nosso ver, deve-se levar em conta para destacar estes princípios legislativos, leis anteriores a 1958 na condição de que estas leis sejam insuficientes, por elas mesmas, para permitir destacar o princípio (senão estaríamos na presença de um princípio constitucional) e que se recorra igualmente, às leis posteriores à entrada em vigor da Constituição de 1958.

Conclui-se enfim, que a despeito desse corretivo de natureza a estender o campo de aplicação desta categoria, o número de princípios que disso decorre é, doravante, muito reduzido. A categoria é, todavia, suscetível de se enriquecer em virtude da evolução rápida, atualmente em andamento, em um certo número de setores, (social, econômico, urbanístico, ambiental, etc.).

Se a determinação exata dos princípios que decorrem da categoria dos princípios legislativos apresenta algumas dificuldades, atualmente, o mesmo não ocorre com seu valor jurídico. Realmente estes princípios são, por hipótese, desenvolvidos a partir de um certo número de leis, no sentido orgânico e formal do termo.

É afirmar que repousando na vontade implícita do legislador, estes princípios devem ter reconhecido o mesmo valor jurídico que a lei, e se inserir na mesma categoria que a lei está na hierarquia das normas.

De natureza imutável desde a origem, os princípios que qualificamos de legislativos, sofreram dois retrocessos sucessivos. As constituições de 1946 e de 1958 diminuíram consideravelmente o seu número e, sobretudo, seu campo de aplicação eventual reduziu-se por força desta última.

Suponhamos que um princípio legislativo tenha podido desenvolver-se a partir de leis, por exemplo, em matéria social, surgidas após 1958. É bastante evidente que estes princípios somente teriam autoridade jurídica no setor legislativo — especificado pelo art. 34 da Constituição, com exclusão do setor regulamentar objetivado pelo art. 37. De fato, como já assinalamos na primeira parte, o poder legislativo perdeu, pela vontade do poder constituinte, toda a competência fora do setor determinado pelo art. 34. Na seção visada pelo art. 37, nenhuma lei pode intervir legitimamente. Ora, aquilo que o poder legislativo não pode mais fazer explicitamente, ele não deveria, **a fortiori**, fazer implicitamente, vinculando o poder regulamentar pelos princípios que inspiram sua ação legislativa.

Todavia, a tese contrária tem sido sustentada por um número significativo de autores, principalmente por M. de Laubadère. Pensamos traduzir fielmente o pensamento deste último, colocando que, segundo ele, a entrada em vigor da Constituição de 1958, não teve por consequência estabelecer, como temos sustentado, uma dupla hierarquia de normas. Na hierarquia restante, então única, a lei continuaria a ocupar uma categoria superior ao regulamento, mesmo autônomo; seria simplesmente vedado ao legislador intervir no setor visado pelo art. 37 da Constituição. Os princípios gerais desenvolvidos a partir do conjunto da legislação em vigor, e que se situam no mesmo nível que a lei, continuariam a ocupar uma categoria superior aos regulamentos, mesmo autônomos, e em consequência, a vincular o poder regulamentar.

Esta tese é tipicamente política, no sentido nobre do qualificativo. Ela permitia, — no momento em que se temia que o poder de regulamentação autônoma conferido ao Executivo pudesse degenerar em poder arbitrário — continuar a submeter este Executivo à observância de regras protetoras dos cidadãos.

Mas compreender não é necessariamente aprovar. Esta tese era, desde o início, inconstitucional; a vontade de limitação que ela traduzia tornou-se inútil com o tempo.

É possível aprovar ou desaprovar, do ponto de vista da ciência política, o sistema de legislação instituído pelos artigos 34 e 37 da Constituição de 1958. Nós somos, por razões cuja exposição não terá lugar aqui, francamente hostis a tal siste-

ma. Contudo, ele representa pelo tempo em que a Constituição ficar em vigor, o Direito positivo da França. Ora, este sistema repousa inteiramente na vontade do poder de impedir toda a interferência do Poder Legislativo na sessão regulamentar que ele instituiu. Era interpretar a Constituição de 1958 como a permitir ao Poder Legislativo realizar implicitamente o que lhe era interdito fazer abertamente.

O esforço de limitação do poder regulamentar, que representava a tese de M. de Laubadère tornou-se, em todo o caso, inútil a partir do momento em que o juiz se decidiu a reconhecer valor jurídico aos princípios enfocados pela Constituição ou por ela sustentados. Desde logo, a vinculação do Executivo estava automaticamente assegurada pelos princípios, tendo praticamente o mesmo conteúdo que os antigos princípios gerais do Direito como uma força superior, uma vez constitucional.

Em suma, a Constituição de 1958, deixava espaço a uma submissão eventual do Executivo aos princípios oriundos de sua própria regulamentação.

C. Os Princípios Gerais Regulamentares

A existência destes princípios gerais regulamentares foi examinada pelos autores que sustentavam a ideia de uma classificação tripartida dos princípios gerais e, de uma maneira geral por todos aqueles que levam em conta os princípios do procedimento ao lado desta categoria mais nobre que seria aquela dos princípios gerais do direito. Mas a natureza, o valor e o alcance destes princípios não foram, na maioria dos casos, suficientemente especificados.

Os princípios, que neste parágrafo nós qualificamos de regulamentares, são os princípios passíveis de destacar:

1 — dos regulamentos autônomos, decretados em cumprimento ao art. 37 da Constituição que entraram em vigor em 1958;

2 — dos textos de forma legislativa vigorantes antes de 1958 na seção desde então qualificada de regulamentar, textos que o Executivo pode modificar, por decisão própria, em virtude do referido art. 37.

São realmente os artigos 34 e 37 da Constituição atualmente em vigor que abriram o caminho a esta terceira categoria de princípios cuja existência repousa inteiramente sobre eles.

O conteúdo desta categoria poderia pela experiência, revelar-se bem mais substancial que aquele da categoria precedente. A explicação para este fato está na importância do setor que a Constituição colocou no domínio regulamentar. Pensamos, como outros autores e à vista de decisões recentes, que um dos terrenos de eleição destes princípios regulamentares poderia bem ser o procedimento administrativo ou contencioso.

O valor jurídico dos princípios dependente desta terceira categoria é, em todo o caso, fácil de estabelecer. Destacados de um conjunto de textos que tiveram desde a origem valor de regulamento autônomo, ou que perderam, devido à Constituição, seu valor legislativo inicial para tomar aquele dos regulamentos autônomos, estes princípios devem necessariamente, ter seus valores de regulamentos de base reconhecidos.

O alcance prático destes mesmos princípios é deduzido automaticamente disto. Repousando sobre a vontade implícita do autor dos regulamentos autônomos, (como os antigos princípios gerais do direito tiravam sua força da vontade implícita do legislador) estes princípios:

- não deveriam vincular o próprio autor (Presidente da República, Primeiro Ministro, ou, muito excepcionalmente Ministros) aos textos de onde ele foram extraídos;
- deveriam, ao contrário, impor-se a todas as autoridades administrativas situadas, na hierarquia, em categoria inferior àquela do autor dos textos, seja no exercício do poder regulamentar que pode lhes ter sido confiado por textos especiais, seja na elaboração de decisões individuais que entrarem no exercício de sua função. Não é, para os administradores, uma garantia negligenciável, pois a experiência prova que as ilegalidades estão situadas, na maior parte das vezes, nos escalões intermediários ou inferiores da hierarquia administrativa.

Não deveríamos, todavia, silenciar sobre uma dificuldade de aplicação suscetível de entrar o desenvolvimento desta terceira categoria de princípios. Os regulamentos autônomos de base podem ter como autor, ou o Presidente da República, o Primeiro Ministro, ou, enfim a título excepcional, os ministros. Estas diversas autoridades exercem as suas competências sob variadas formas. Dai resulta que uma hierarquia deve ser, necessariamente, estabelecida entre os diversos regulamentos autônomos de base, em função da personalidade de seu autor e das formas empregadas; hierarquia esta que deveria ter por consequência o estabelecimento de uma hierarquia paralela dos princípios destacados a partir destes mesmos regulamentos autônomos de base.

A dificuldade seria tal no plano prático, que sua natureza viria a desencorajar o juiz a desenvolver plenamente uma categoria de princípios gerais, que entretanto a lógica do sistema lhe imporia.

N. T. 1

Fonte: "RFI" — Artigo de Claude Jadoul — junho de 1981

O CONSELHO DE ESTADO FRANCÊS

O Conselho de Estado é o primeiro grande corpo administrativo do Estado. Anualmente os primeiros colocados no concurso da Escola Nacional de Administração — um dos estabelecimentos de maior prestígio dentro do sistema educativo francês — optam por essa instituição.

O Conselho de Estado tem funções jurisdicionais, enquanto instância de apelação dos tribunais administrativos e instância de cassação de todas as jurisdições e, sobretudo, do Tribunal de Contas. Ele tem também atribuições de ordem consultiva. O Conselho deve, por exemplo, examinar os projetos de lei, de decisão ou de decreto, antes de seu exame pelo Conselho de Ministros. Caso queiram, os membros do Conselho de Estado podem deixá-lo a qualquer momento. Mas, em geral, reassumem a função.

O Conselho de Estado "exporta" seus membros para todos os setores da administração e da vida nacional francesa. Muitos ministros, parlamentares e dirigentes de empresas saíram de suas fileiras. Assim, os membros da instituição mantêm um contato permanente e vivo com todos os setores da sociedade francesa, o que lhes dá ao mesmo tempo uma visão de conjunto e a distância necessária para o exercício das funções, no âmbito de suas missões.

Aliás, há algum tempo, por incentivo de Christian Chavanon, ex-vice-presidente da instituição, assistimos a um desdobramento do número de membros do Conselho, enquanto outros ex-membros eram reincorporados, uma vez terminadas suas missões fora da instituição.

Mais recentemente, o Conselho de Estado decidiu modernizar seu instrumento de trabalho, apelando para a informática. O programa atualmente em vias de preparação estará operando plenamente em 1983. A partir dessa data, a instrução dos processos será inteiramente automatizada e os advogados credenciados (60 membros) poderão informar-se imediatamente sobre como se encontram os processos que instruem.

Esse trabalho é colossal. Anualmente, examinam-se 10.000 recursos. Há 12.000 processos em atraso e o serviço do contencioso não consegue seguir o ritmo. A informatização poderá trazer uma solução para essa situação.

Mil e quinhentos estagiários estrangeiros associam-se, anualmente, à vida corrente do Conselho de Estado Francês. Familiarizaram-se com seus mecanismos e suas atribuições, que são muito amplas, pois vão do exame da queixa de um empregado despedido aos litígios fiscais que podem surgir entre o Estado, os cidadãos e as empresas privadas.

O valor exemplar da instituição parisiense será ilustrado por uma nova iniciativa: será criada, dentro em breve, uma associação internacional dos Conselhos de Estado. Uma centena de países deverão participar de uma Conferência Internacional, em Paris, no próximo mês de dezembro, quando será oficialmente criada a referida associação.