

DIREITO CONSTITUCIONAL COMPORTA "PRINCIPIOS GERAIS"

Nelson N. Saldanha

(Docente-livre de Dir. Constitucional).

I

Em interessante e recente artigo, aparecido no volume LXXX, nº 1 (março 1965) do **Political Science Quaterly**, JEROME B. KING trata de "Constitutionalism and the Judiciary in France", e estabelece confrontos e revisões muito sugestivas sobre as características do regime de relações entre a lei em geral, a constituição e o judiciário na França, deante do regime norteamericano. Desenvolve a exposição partindo da distinção por todos conhecida entre os dois regimes, para concluir entretanto por constatar certas aproximações entre ambos, ou melhor: certas tendências do sistema francês para aproximar-se do tipo em que um judiciário em instância suprema exerce controle constitucional sobre as leis e os atos em geral.

Diferenciando a concepção do **rule of law**, em que os juízes vêm sendo encarados como suporte da defesa dos direitos e da validade da justiça positiva, da concepção da **suprématie de la loi**, KING, muito acertadamente, recorre à via histórica para mostrar como o ideal da revolução de 1789 deu aos franceses a tendência a omitir o papel do juiz na dinâmica do direito. Aliás, o autor poderia ter mostrado, também, que já a ênfase sobre a "lei", na França, exprimia um ideal de direito positivo um tanto distinto do envolvido pelo termo "law", que na terminologia de língua inglesa

cobre mais do que o direito escrito e provindo do legislativo (statute).

Lembra ainda KING (pág. 66) que, durante muito tempo e dentro das primeiras experiências republicanas francesas, a separação de poderes e a sobrevalência do legislador foram neutralizadas pela ação dos comitês executivos: e daí se punha o problema da submissão do judiciário ao "governo", como se poderia dizer (1).

Assim, a tradição do "judge-made law" se contrapõe à teoria rousseauiana da lei. Naquela, diz KING, a norma legislada é que deve ser justificada, e no fim tal justificação corresponde ao trabalho do juiz; nesta, o judiciário não tem alçada sobre a constitucionalidade das leis, e mesmo a interpretação da lei em geral não lhe compete: a lei se supõe ser completa, perfeita, e por trás disso se implica, como argutamente registra KING, uma "crença de que a vida possa fazer-se corresponder diretamente às próprias palavras" (pág. 68). Claro, aqui entra a dimensão cultural do tema, e todos conhecem como o geometrismo do século XVIII encheu de racionalismo generalizante as formulações políticas de então. Mas o que cumpria destacar, fê-lo o autor do artigo ora citado; é que, da idéia de que a legislação era a expressão por excelência da soberania (ainda Rousseau), vinha a conclusão de que não havia por onde querer controlar sua ação (pág. 69). Assim, um outro derrapamento comprometia a separação de poderes, e era a divinização da vontade geral no ato de dar lei.

Tendeu-se a restringir o alcance da interpretação, por parte do juiz, ao direito privado, e por todo o século XIX a inabalável fé na supremacia da lei fundamentou o entendimento do problema. Como se sabe, a França, à falta do sistema de controle de constitu-

(1) — Aqui a coisa se encaixaria num problema secular, a luta entre *iurisdictio* e *gubernaculum* na terminologia de C. H. MAC ILWAIN, *Constitucionalismo Antigo y moderno*, trad., ed. Nova, B. Aires 1958, passim.

cionalidade, que os juizes norteamericanos “construíram” e exportaram para outros países, desenvolveu para necessidades afins o sistema administrativo (a que aliás não se refere como devia o autor do artigo aqui referido): a compreensão do executivo como parte da constituição faz entender sua ação dentro dos limites constitucionais, e a legislação tem, no poder administrativo, uma espécie de mediador entre ela própria e as alçadas judiciárias (2.).

Anotando, porém, as tendências que se revelam na França, de certa data em diante, para estender o poder do julgador além da aplicação mera da lei e para tomar a idéia de fonte do direito como abrangedora da atividade jurisprudencial (“french judges may often be as much a source of law as their american counterparts”), destaca KING que os códigos deixaram de ser “todo” o direito para os franceses, e que o aumento de extensão da atividade judicante atinge também o direito público. Esse aumento de extensão é o que relaciona com a questão da utilização, pelo juiz, de elementos intelectuais mais amplos. E adota a opinião de que entre tais elementos se encontra centralmente o que se chama de **princípios gerais do direito** (págs. 80 e segs.).

Este o detalhe que aqui nos interessa.

Para KING, “the elucidation of the general principles of the law in the constitutional realm has increasingly become a self-conscious task on the part of the courts”. Ele acha que as condições trazidas pela segunda guerra mundial, e as novas exigências ocorridas, contribuíram para avolumar a jurisprudência administrativa no tocante ao aparecimento de “princípios”: e mais, parece-lhe que o controle de atos administrativos (pág. 81) tem desenvolvido maior grau de princípios gerais, no século vinte, do que o julgamento de questões ordinárias. Aqui está um problema importante. O autor em tela acrescenta que, para diferen-

(2) — A respeito, MAURICE HAURIOU, *Principios de Der. publico y constitucional*, ed' Reus, Barcelona 1927, pp. 140 e segs.; idem, *Précis de Droit Administratif*, Paris 1895, pp. 25 ss, 87 ss.

ciar o julgamento de atos administrativos do de questões ordinárias, deve-se considerar que nestas o juiz concebe princípios gerais sem se desprender dos "interstices and the spirit of the code", enquanto no caso dos primeiros êle pode fazê-lo tendo em mira alguma concepção bastante geral do homem em relação com o poder.

Evidentemente a alusão a princípios gerais foi a saída de que o articulista em causa dispôs para reatar os laços entre os sistemas francês e americano, cuja distinção tinha antes acentuado. Mas o problema não é tão fácil, e não nos parece tão segura a sua utilização do conceito.

II

De fato, o tema da "justiça constitucional", ou, por extensão, o da aplicação do direito dito público, pode legitimamente levar ao problema dos princípios gerais. Por trás da acepção positiva e ordenamental de "justiça", acha-se a conotação ética e axiológica da palavra, que, trazida de volta ao jurídico após contemplada nêsse ângulo, desata a exigência dos princípios, que por sinal têm de ser gerais no caso.

Mas a verdade, por isso mesmo, é que o problema dos chamados **princípios gerais do direito** é sempre um problema de teoria jurídica geral: a referência a êles, ou pretende fundar-se numa uniformidade que ligue todos os sistemas positivos sôbre a base de certas constantes, vistas por um conhecimento empírico, ou pretende que antes do conhecimento mesmo dos sistemas se possa articular o feixe de conceitos que devem corresponder ao jurídico. Num sistema, entretanto, em que **la loi** era o centro o direito, os princípios jurídicos gerais representavam uma abstração maior do que naquêle em que se dizia **law** para qualquer manifestação de direito objetivo.

Mas também, para trazer ao campo constitucional e administrativo a idéia de princípios gerais, era preciso passar através do tema da "interpretação das nor-

mas constitucionais". Somente na medida em que, em direito constitucional e administrativo, a tarefa interpretativa tiver o mesmo sentido que em direito privado, onde caracteristicamente se veio compreendendo em ligação com o sistema de fontes, nessa medida caberá incluir para a técnica de aplicação das normas constitucionais o recurso a elementos como analogia, princípios gerais, etc. Certos autores têm frisado que a interpretação em direito público deve diferir, por seu sentido, da do direito privado: é o caso de SANTI-ROMANO, no seu ensaio "L'Interpretazione delle leggi di diritto pubblico" (3).

III

A propósito da legitimidade da alusão a "princípios gerais do direito" em direito constitucional, convém citar o escrúpulo que ocorreu ao hoje clássico ESMEIN, quando, ao fim da Introdução de seus *Éléments*, dispôs o "plano da obra"; e como a primeira parte do livro compreendia os princípios gerais, perguntava se haveria isto em direito constitucional (4). Por ter comparado direito constitucional e sociologia, donde concluiu que esta é abrangedora de temas gerais sobre o Estado, enquanto aquêle toma as instituições de um Estado em particular, parecia que não devia haver princípios gerais num ramo do direito sempre amarrado a cada ordem constitucional; mas, acrescentava logo, o espírito das revoluções americana e francesa tinha assentado, sobre uma base que vinha da Inglaterra, um conjunto de princípios inegligenciáveis, ligados, com as respectivas instituições, à liberdade moderna.

(3) — Em *Prolusioni e discorsi accademici*, Modena 1931, págs. 10 e segs. Dentro do tema, CARMELO CARBONE, *L'Interpretazione delle norme costituzionali*, Padova 1951. Também o nosso velho CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do Direito*, Porto Alegre 1933, números 357 e segs.

(4) — *Éléments de Droit Constitutionnel français et comparé*, 4a. éd., 1906, pág. 41.

Por isso, dizia, os “povos livres do Ocidente” possuem princípios gerais de direito constitucional. Falava no início de nosso século, além disso aquela comparação com a sociologia teria de ser hoje tãda reformulada, e a noção de princípio, que maneja, não é a mesma que, tècnicamente, se tem em vista na discussão sôbre princípios gerais como se faz em teoria geral; apesar de tudo isso, a dificuldade em que o pôs a ocorrência do termo é ilustrativa.

Aliás um clãssico americano, THOMAS COOLEY, empregou a locução “general principles of constitutional law” como enunciado das intenções didáticas de seu livro (5). Enfim, o uso da locução pôde generalizar-se nêsse sentido: como alusão à intenção de sintetizar ou de unificar os problemas fundamentais do direito constitucional como disciplina de estudo, tal como se pode fazer para com qualquer dos demais ramos do direito, — princípios gerais de direito civil, penal, internacional.

Neste caso, porém, o uso vai passando sem maior indagação, e a expressão não tem o sentido que possui no caso de usada para designar elemento de **aplicação** positiva do direito constitucional por via judiciária.

IV

Êste conceito, tal como muitos outros, constitui uma das manifestações da influência do direito privado sôbre a mentalidade jurídica geral. Com efeito, a idéia de princípios disponíveis em grau genérico e com apêlo aos quais se pudesse sempre “explicar” dispositivos legais, veio da necessidade de adaptar normas genéricas a casos particulares, necessidade que, no plano da aplicação e da sistematização interpretativa,

(5) — The general principles of constitutional law in the United States of America, Boston 1880: o enunciado se explica à p. III do prefácio.

se fêz sentir primeiro no âmbito civilístico. Este tópico vem dentro do grande tema das "Fontes", que se espraçou como problema jurídico fundamental sem deixar de manter a estrutura privatista; em direito constitucional, a alusão às fontes tem sempre redundado em equívoco ou em banalidade. Não será preciso registrar aqui tôdas as marcas que o ponto de vista privatista deixou na estruturação de certas partes da doutrina em direito administrativo, por exemplo. Basta assinalar que a noção de "princípios gerais" sempre foi entendida em sentido estranho ao direito público (6). É sempre preciso prestar atenção à relação entre certos conceitos e o tipo de experiência jurídica que serviu de circunstância à sua gestação, mesmo porque, se em certa medida o direito positivo supõe a influência de certos "princípios" admitidos, é também certo que êstes são muitas vêzes resultado do enraizamento de práticas efetivas ou da elaboração exercida em torno da aplicação de regras dadas (7). No caso do direito constitucional, o aproveitamento da noção de princípios gerais significa a possibilidade de tornar "gerais" os fundamentos dêste ramo do direito, implicando a idéia de um "constitucionalismo" cuja amplitude de acepção permitiria, mesmo com base no padrão francês ou continental liberal, abranger tôdas as experiências posteriormente ocorridas em tôda parte do mundo; mas a finalidade daquêle aproveitamento deveria ser, certamente, a de atender à situação da aplicação positiva do direito constitucional, como por exemplo parece ocorrer quando se menciona o princípio de legalidade para fundamentar o contrôle de atos governa-

(6) — Exemplo, o famoso ensaio de DEL VECCHIO, "Sui principi generali del diritto", em *Studi sul Diritto*, Milano 1958, pp. 205-277.

(7) — "Los conceptos lógicos fundamentales de la jurisprudencia no son más que generalizaciones, diz GARCIA PELAYO, de la técnica jurídica de unos sistemas históricamete concretos" (*Derecho constitucional comparado*, Rev. Occidente, Madrid 1951, p. 104).

mentais (8). De qualquer sorte, o emprêgo da expressão requer ressalvas e explicações.

O que não quer dizer, de resto, que a divisão entre direito público e privado deva ser aceita como um axioma. Ela deve ser reconhecida na proporção em que, historicamente, condicionou produções diferentes no acêrvo de conceitos e de categorias que formam o saber jurídico.

(8) — É o que faz SEABRA FAGUNDES, em seu notável *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 2a. ed., cap. III, n. 47. PONTES DE MIRANDA, por sua vez, acha que tôda constituição contém um "princípio supremo", pelo qual ela se faz base do sistema vigente, e que vale seja qual fôr a técnica de aplicação das normas e a respectiva diferenciação entre regra constitucional e regra ordinária (*Comentários à Constituição de 1946*, 4a. ed., 1963, tomo I, Introdução, cap. II, § 5, pág. 222).