

DIREITO CONSTITUCIONAL COMPORTA "PRINCÍPIOS GERAIS"?

NELSON N. SALDANHA

I

Em interessante e recente artigo, aparecido no vol. LXXX, n.º 1 (março 1965) do *Political Science Quarterly*, 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, diante do regime norte-americano. 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 da 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 púnha o problema da submissão do judiciário ao "governo", como se poderia dizer. (1)

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

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 a 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 constitucionalidade, que os juizes norte-americanos “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 (“os juizes franceses podem frequentemente tornar-se fontes de lei tão importantes como seus colegas americanos”), 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 êle o 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.).

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

Este o detalhe que aqui nos interessa.

Para KING “a elucidação dos princípios gerais do direito nos países constitucionais tem-se tornado, cada vez mais, uma tarefa autoconsciente por parte dos tribunais”. 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 diferenciar o julgamento de atos administrativos do de questões ordinárias, deve-se considerar que nestas o juiz concebe princípios gerais sem se desprender dos “interstícios e do espírito do código”, enquanto no caso dos primeiros ele pode fazê-lo tendo em mira alguma concepção bastante geral do homem em relação com o poder.

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 nesse 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 eles, ou pretende fundar-se numa uniformidade que ligue todos os sistemas positivos sobre 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 do direito, os princípios jurídicos gerais representavam uma abstração maior do que naquele 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 normas 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 concluíra, 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. 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, tôda reformulada, e a noção de princípios, que maneja, não é a mesma que, tènicamente, se tem em vista na discussão sobre 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 clássico americano, THOMAS COOLEY, empregou a locução “general principles of constitutional law” como enunciado da intenções didáticas de seu livro. (5) Enfim, o uso da locução pôde generalizar-se nesse 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

(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 Constitutional Français et Comparé*, 4.^a ed., 1906, pág. 41.

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

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

Este conceito, tal como muitos outros, constitui uma das manifestações da influência do direito privado sobre 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, se fez sentir primeiro no âmbito civilístico. Este tópico vem dentro do grande tema das “Fontes”, que se espalhou 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 estes são muitas vezes resultado do enraizamento de práticas efetivas ou da elaboração exercida em tórno 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 deste ramo do direito, implicando a idéia de um “constitucionalismo” cuja amplitude de aceção permitiria, mesmo com base no padrão francês ou continental liberal, abranger tôdas as experiências posteriormente ocorridas em tôda parte do mundo; mas a finalidade da-quele aproveitamento deveria ser, certamente, a de atender à

(6) Exemplo, o famoso ensaio de DEL VECCHIO, “*Sui principi generali del diritto*”, em *Studi sul Diritto*, Milano, 1958, págs. 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 historicamente concretos” (*Derecho constitucional comparado*, Rev. Occidente, Madrid, 1951, p. 104).

situação da aplicação positiva do direito constitucional, como por exemplo, parece ocorrer quando se menciona o princípio de legalidade para fundamentar o contrôlo de atos governamentais. (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, històricamente, 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 contrôle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 2.^a ed., cap. III, n.º 47. PONTES DE MIRANDA, por sua vez, acha que toda 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*, 4.^a ed., 1963, tomo I, Introdução, cap. II, § 5, p. 222.)