

O DIREITO ADMINISTRATIVO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

CH. EISENMANN

Professor na Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas de Paris

SUMÁRIO: *A definição do princípio de legalidade. — Os termos da relação de legalidade. — A natureza ou conteúdo da relação da legalidade. — O direito positivo e o princípio da legalidade. — Relação de conformidade e de compatibilidade. — Conclusão.*

1. Não se teve, nas páginas que se seguem, a ambição de apresentar, nem até mesmo de simplesmente esboçar, uma teoria completa do princípio de legalidade no direito administrativo francês.

O objetivo é bem mais modesto; pretende-se examinar apenas duas questões. A primeira — a própria definição deste princípio: o que se entende, o que se deve entender por “princípio de legalidade”? A segunda, é a de saber qual o destino reservado ao princípio pelo direito administrativo, isto é, em que medida êste o consagra ou dêle se afasta. É por demais evidente que a resposta à primeira pergunta rege a resposta à segunda, mais ainda, condiciona o seu exame satisfatório.

I

A DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DE LEGALIDADE

2. A definição do princípio de legalidade, o seu sentido exato apresentariam então alguma dúvida? Não estariam pois assentados, não teriam sido conseguidos com integral certeza? Saber-se-ia sem sombra de equívoco ou dúvida qual o conceito e qual o preceito que correspondem a esta expressão? Dizer que a Administração deve respeitar a lei, observá-la como uma norma superior que a obriga, resignar-se a ela, dizer que a ela está sujeita ou subordinada, que em

conseqüência seus atos devem ser legais, não seria enunciar proposições perfeitamente claras, de que não resultariam quais outros esclarecimentos elas pudessem reclamar ou admitir?

Parece, na verdade, que para os administrativistas, e mesmo para os publicistas franceses em geral, a resposta favorável não padece dúvida: êles, geralmente, explicam o princípio de legalidade em algumas palavras rápidas, onde reaparecem as concepções há pouco citadas; mesmo aquêles que desenvolvem mais o assunto, nem ao menos evocam as dificuldades a sobrepujar, isto é, a escolha a ser feita entre muitas acepções ou definições, que seriam mais ou menos divergentes umas das outras, mas em si igualmente defensáveis.

Não compartilho desta opinião: parece-me, pelo contrário, que tão logo alguém se dedica a analisar com precisão e a comparar as concepções ou as idéias dos diversos autores, ou diversas concepções do mesmo, evidencia-se sem demora que elas estão longe de se ajustarem; donde conclui-se que não se poderia considerar a concepção do princípio de legalidade como praticamente adquirida, certa, fora de discussão. Ao contrário, é preciso nela refletir, e elucidá-la com o maior cuidado.

3. O princípio de legalidade postula uma certa relação entre dois termos ou objetos. Para determinar-lhe o sentido, ou seja, aquilo que êle exige — no âmbito do direito administrativo, como já foi dito e não mais será lembrado —, é preciso, pois, precisar dois pontos: A — quais são os dois termos entre os quais deve existir relação? B — qual a natureza própria da relação?

A — Os termos da relação de legalidade.

4. Dos dois termos entre os quais o princípio de legalidade sugere a existência de uma certa relação, um não cria dificuldades de princípio: é constituído pelos atos da Administração, isto é, pelos órgãos ou representantes administrativos; ou, mais exatamente, — noção mais ampla — pelo comportamento ou conduta dos mesmos, pois as abstenções estão na dependência do princípio de legalidade tanto quanto as ações, o que embora óbvio, não deve, todavia, ser esquecido¹; isto não impede que a seguir se raciocine freqüentemente sobre os atos, em si mais evidentes, o que facilita os enunciados.

Sem dúvida, tanto a definição do órgão administrativo, como, mesmo, mais modestamente, a determinação precisa dos órgãos administrativos, constituem problemas espinhosos: de certo número de casos resultam hesitação e discussões. A solução adotada afeta diretamente, é claro, a composição do grupo dos atos ou procedimentos

¹ Por êste motivo, não é perfeitamente exato apresentar o princípio como uma norma da "função administrativa", com A. de Laubadère, nem, aliás, com outros autores, como uma norma sobre "os atos administrativos": a noção de função não convém senão aos atos e a noção de ato é um aspecto da de ação no sentido de conduta ou procedimento.

administrativos; mas ela não reage do mesmo modo sôbre a concepção do princípio de legalidade, sôbre sua forma.

5. Em compensação, o outro t rmo apresenta realmente, dificuldade, t rmo que se pode chamar de determinante ou de t rmo de referência (  ele que determina o que os atos administrativos devem ser ou, pelo menos, podem ser para serem legais; com  le serão êstes confrontados para serem jurídicamente apreciados, a fim de serem tiradas, desta aprecia o, conseq ncias, aliás, para diversos problemas, segundo os casos): diversos autores adotam concep es radicalmente divergentes, inconciliáveis, entre as quais   preciso pronunciar-se e optar.

O fato poderia, por certo, parecer surpreendente   primeira vista. As palavras não falam aqui com uma imperiosa evidência? Legalidade não evoca a lei? Pode-se considerar que a expressão “princípio de legalidade” designe rela o diversa que a dos atos da Administra o com as normas legislativas, com “a lei”?

Tal foi, na verdade, por muito tempo, a concep o inconteste: o princípio de legalidade norteava-se, exclusivamente, pela rela o leis-atos administrativos; na posi o de órgãos, traduzia únicamente a situa o dependente entre a Administra o e o Parlamento-Legislador. Se se empregasse a palavra “legalidade” para designar, não mais uma rela o, e sim um objeto — a saber, um conjunto de normas — que   aliás,  le próprio, um dos têrmos da rela o, “a legalidade” compreenderia, e compreenderia únicamente, as normas legislativas, o conjunto de leis no sentido do direito constitucional positivo.

Mas   um fato: hoje, a maioria da doutrina administrativa, ao que parece, e, em todo o caso, os seus representantes mais marcantes, perfilham outros caminhos. Para êles, o princípio de legalidade define uma rela o entre os atos — ou as a es da Administra o e não mais tão-s mente as normas legislativas, mas, no mínimo, tôdas as espécies de normas de direito que têm ou podem ter a marca daqueles atos; “a legalidade”, como objeto,  , no mínimo, o conjunto dessas normas oriundas de fontes diversas.

Tal   a concep o abraçada especialmente por André de Laubad re: a legalidade, expõe  le (*Traité*, n.  369),   o conjunto: a) das leis constitucionais; b) das leis ordinárias; c) dos regulamentos; d) dos tratados internacionais; e) dos usos e costumes; f) das normas jurisprudenciais, entre as quais, em primeiro plano, os princípios gerais do direito, — ou seja, quatro elementos de caráter “escrito”, dos quais os dois primeiros constituem o “bloco legal” (Hauriou), os três primeiros o “bloco legal das leis e regulamentos”, e dois elementos de caráter “não escrito”.

Georges Vedel vai ainda mais longe²;   legalidade, incorpora ainda outros elementos:  s regras de direito obrigatórias para a Administra o vêm unir-se as normas peculiares que a vinculam — as

2 G. Vedel, *La soumission de l'Administration   la loi* (extraido da Revista “Al Quanoun Wal Iqtisad”, ano 22, Cairo). v. not. ns. 26, 31, 47, 58, 59, 94, 165, 166.

dos atos administrativos individuais e as dos contratos. Assim, compõem o “bloco da legalidade” a totalidade das normas cuja observância impor-se-ia à Administração; a legalidade se identifica então pura e simplesmente com a regulamentação jurídica em seu todo, com o “direito vigente” (n.º 47, pág. 101).

E o princípio de legalidade determina, portanto, uma certa relação entre os atos ou as ações administrativas e a massa imensa de normas gerais e de normas individuais.

6. Eis aqui, pois, duas, ou mesmo três, noções da legalidade, objeto e termo de referência na relação de legalidade. E pois duas ou três concepções do princípio de legalidade.

De fato, com a noção originária e restritiva, o enunciado do princípio será dêste tipo: a Administração deve respeitar as normas criadas pelo legislador; as leis, a lei, a obrigam.

Com o novo conceito médio (passar-se-á sem dificuldade para o conceito extremo), êle vem a ser: a Administração deve respeitar: 1.º) a lei (normas constitucionais e normas legislativas ordinárias); 2.º) os regulamentos; 3.º) os tratados internacionais; 4.º) a jurisprudência; e 5.º) o costume. Esta enumeração precisa é absolutamente necessária; não se pode reduzir o princípio a um preceito geral, dizendo apenas ou mesmo à primeira vista, por exemplo, que a Administração está presa por “um conjunto de regras de direito” (De Laubadère), não se enunciaria senão um preceito perfeitamente indeterminado, lembrar-se-ia simplesmente que a Administração não é soberana, mas, ao contrário, submete-se a normas cuja enumeração deverá seguir-se dentro em pouco.

Vê-se logo a enormidade da distância. É preciso escolher entre estas concepções.

7. Opto sem hesitação pela primeira, concepção mais restritiva, aquela que se funda na noção de lei, que é a do direito positivo.

a) tem, antes de mais nada, a seu favor, títulos históricos: foi a concepção originária, a dos juristas ou dos publicistas liberais do século XIX, que, na Europa continental, sobretudo na França e nos países germânicos, lutaram pelo princípio de legalidade, pelo “Estado de direito”. Quando êstes homens reclamavam a consagração pelo direito positivo do princípio de legalidade também na Administração, quando afirmavam que era preciso garantir o respeito da lei e do direito pela Administração, garantir que sua atuação fôsse legal, entendiam a “lei” no sentido que a palavra tem no direito constitucional dos Estados liberais, e no qual, seguramente, não é sinônimo de regra de direito, nem com mais forte razão, de normas jurídicas, mas designa exclusivamente uma espécie peculiar, bem determinada, de normas, aquelas que regras, em geral — são estabelecidas pelo Parlamento (ou, pelo menos, com a sua participação — conjuntamente com o chefe do Estado) segundo o “processo legislativo” e consignadas nos atos intitulados “leis”. A luta do liberalismo neste terreno constituiu uma luta pelo respeito desta lei, desta legalidade — apenas isto.

Nunca — e aqui está o ponto essencial, porque, com elas deixa-se o campo da regulamentação legal das fontes do direito —, nunca êsses primeiros protagonistas do “princípio de legalidade” em direito administrativo sonharam que postulando o princípio, afirmariam que a Administração deveria ficar sujeita ao respeito das normas estabelecidas, além da lei, pela jurisdição administrativa essencialmente; não poderiam, é evidente, imaginar o futuro desenvolvimento de um tão importante direito jurisprudencial; para êles, o direito era o direito escrito, e, fundamentalmente, a lei, esta norma estabelecida *a priori* como tal, para reger o futuro, traçando, portanto, por antecipação, para seus súditos, a sua conduta.

As concepções ampliadas da legalidade representam pois alterações profundas da concepção originária do princípio de legalidade.

Concordar-se-á, sem reserva, que êste argumento histórico não é por si só explicativo: muito freqüentemente acontece que uma expressão sirva em épocas sucessivas para designar princípios pelo menos parcialmente diferentes (muitos dizem que um princípio muda de sentido, afirmação, entretanto, bastante inexata, pois, na realidade, a palavra é que muda de sentido, trata-se de um fato de linguagem, pura e simplesmente, ou, então, da aparição de um novo princípio), e poder-se-ia aqui defender esta mutação, argumentando que ela corresponde bem logicamente à evolução do próprio direito positivo, isto é, antes de tudo ao considerável desenvolvimento do direito jurisprudencial.

Notar-se-á apenas como a nova noção do princípio da legalidade-objeto, base da nova concepção do princípio de legalidade, é, em linguagem terminológica, contra-indicada e infeliz: não seria extremamente lamentável qualificar o direito jurisprudencial — e o direito costumeiro também — por elementos da legalidade, enquanto que, na teoria das fontes do direito, todos concordam em colocá-los, necessariamente, em oposição à lei, ao direito legislativo?

Observar-se-á, ainda, que os autores que adotam a noção ampla, extensiva, da legalidade e, por conseguinte, a do princípio de legalidade, não chegam, entretanto, a se liberarem inteiramente da antiga concepção, a restritiva. Assim é que admitem a noção de limites, ou de derrogações ou torções do princípio de legalidade, querendo com isso admitir circunstâncias nas quais a Administração estaria dispensada de respeitar a lei ou os regulamentos. Dispensada por quem? Pelo Conselho de Estado em geral; portanto, pela aplicação de uma norma jurisprudencial. Porém, se normas jurisprudenciais forem consideradas como elemento da legalidade, não se pode dizer que haja, neste fato, atentado algum ao princípio de legalidade. Esta noção perde praticamente tôda significação ou não é mais aceitável no domínio da concepção extensiva.

E, enfim, notar-se-á que com a concepção extensiva, o princípio se reduz a uma simples lembrança, a uma simples repetição da análise das fontes das normas, ou mesmo das normas, do direito administrativo (eis por que, sob o título “fontes da legalidade”, A. de Laubadère

nada podia, inevitavelmente, fazer senão retomar, salvo algumas divergências essenciais, o parágrafo anterior intitulado “fontes do direito administrativo”, (*Traité* ns. 374 e ss., e ns. 27 e ss.).

b) Objeções teóricas e de fundo, entretanto, condenam, no meu ponto de vista, as concepções extensivas da legalidade e, portanto, do princípio de legalidade.

Em primeiro lugar, é impossível aceitar a inclusão, nesta legalidade que visa o princípio de legalidade, de tôdas as espécies de normas de direito além das normas legislativas que entram na ordem jurídica administrativa.

A observação visa aos regulamentos administrativos. É preciso lembrar que, segundo opinião unânime, o princípio de legalidade deve ser colocado no nível das normas fundamentais do direito administrativo, daquelas que governariam e dominariam tôda a atuação “da Administração”, considerada em todos os seus elementos, ou, dito de outra maneira, como um bloco. Ora, não se pode certamente dizer que os regulamentos vinculam a Administração no mesmo sentido em que o fazem as leis: êles não constituem, como estas, mesmo os mais elevados, regulamentos de Estado, ou decretos regulamentares — uma esfera de normas superiores à Administração, isto é, impondo-se, como aquelas, a todos os representantes administrativos.

O que caracteriza finalmente a força das leis para a Administração, a situação desta em face das mesmas, é que as leis são intangíveis pela Administração, que delas não pode dispor, não tendo o poder de ab-rogá-las, de modificá-las ou de derogá-las; isto constitui a superioridade da lei em face da Administração, das normas legislativas em face dos atos administrativos. Salta aos olhos que o mesmo não acontece com os regulamentos relativamente aos seus autores; não escapam às suas investidas (o que significaria que uma vez publicados, escapam ao poder regulamentar); seus autores são seus senhores — mesmo se, enquanto permanecem em vigor, devem respeitá-los em decisões individuais ou específicas cuja tomada seria da alçada de seus poderes. Em suma, não se discute que a relação dos atos administrativos com o regulamento seja a mesma que a relação entre êles e a lei. É evidente *a priori*: os regulamentos são êles próprios atos administrativos; como poderiam ter valor superior ao bloco maciço dos atos administrativos, situar-se acima de todos êles? Como poderiam pertencer ao grupo das normas que todo representante, todo ato administrativo deveria respeitar? A observação é em si contraditória. E pois, por conseguinte, não pode ser senão grave êrro apresentar o princípio de legalidade como definindo e englobando igualmente a relação atos administrativos-leis e a relação atos administrativos-regulamentos; ainda que, delegados pela Constituição, os regulamentos legítimos gozem, aparentemente, da mesma autoridade e da mesma proteção que as leis.

É óbvio que as observações ora apresentadas a respeito dos regulamentos valem igualmente para êsses atos administrativos individuais e para os contratos administrativos associados por G. Vedel

à noção de legalidade. Nos dois casos, pode-se criticar os autores de confundirem normas vinculando a Administração e normas vinculando certos representantes administrativos (talvez quase todos).

Em compensação, elas não fazem objeção à extensão da noção de legalidade nem aos tratados internacionais, nem mesmo às normas jurisdicionais; tratados internacionais e jurisprudência são fontes de onde podem surgir normas tendo o mesmo valor, ocupando, em face de toda a Administração, posição idêntica a daquelas que podem provir da lei.

Pode-se, em segundo lugar, criticar a concepção lata de apresentar como resposta a um só e único problema as respostas dadas a muitos problemas inteiramente distintos, as quais permanecem por consequência também distintas, ainda que sejam formalmente idênticas. Dizer que a Administração é vinculada por normas legislativas que lhe dizem respeito, é fixar a relação de poder entre o conjunto dos órgãos administrativos e o Parlamento-legislador. Afirmar que a Administração há-de respeitar as normas criadas pela jurisprudência, isto é, notadamente pelo Conselho de Estado, é fixar a relação de poder entre a máquina administrativa e as jurisdições administrativas. É bem possível que, nas duas direções, a Administração se veja subordinada a outro elemento da máquina estatal; não se trata, portanto, de dois corolários de um princípio único.

8. Assim pois, no âmbito da teoria do “princípio de legalidade”, deve-se rejeitar a definição extensiva da legalidade-objeto como termo de referência da relação; não se deve admitir que o princípio visa a própria relação entre todo o conjunto dos atos administrativos e a totalidade das espécies de normas de direito que os podem reger, — com mais forte razão ainda a relação entre estas normas e uma parte dos atos administrativos. É preciso manter ou restaurar a concepção primitiva e restritiva: o princípio de legalidade tem por objeto exclusivamente as relações entre todos os atos administrativos e as leis, a relação entre o corpo inteiro da Administração e o Parlamento-legislador.

Parece ceder apenas a um cuidado de extrema precaução, talvez excessiva, salientar que a posição há pouco tomada não implica de modo algum em negação da existência de outras espécies de normas além das legislativas, válidas, quer para toda a Administração, quer *a fortiori* para alguns órgãos administrativos, e que servirão para julgar os atos administrativos. Sobretudo, é bem certo que o princípio de legalidade implica na obrigação de respeitar todas as normas de direito e mesmo as normas publicadas pelas autoridades às quais a própria lei dá poder para tanto: sujeitando-se a elas, por exemplo, cumpre-se indiretamente a lei, a norma legislativa de competência. A legalidade-objeto não é, apesar de tudo, senão um elemento da regulamentação, da ordem jurídica administrativas; a legalidade-relação não é senão uma espécie peculiar da regularidade. Entretanto, não haveria interesse algum em asseverar um “princípio de regularidade” dos atos administrativos, do qual o “princípio de legalidade” não seria

senão uma das especificações, porque, como já se salientou, êste “princípio” por si mesmo não teria conteúdo algum definido: remetindo implicitamente ao rol das fontes do direito administrativo, êle próprio se reduziria em suma a esta pobre tautologia segundo a qual os órgãos administrativos devem respeitar as normas, e de forma ainda mais plena, as normas que os vinculam.

B — *A natureza ou conteúdo da relação de legalidade*

9. Assim como no que concerne o sentido dos termos, não se pode anuir que a essência da relação dita “princípio de legalidade” esteja fora de discussão, conhecida de forma clara e incontestável, adquirida para a teoria do direito administrativo. Sòmente não percebendo os problemas possíveis, é que se poderia pensar assim.

Mesmo nas explicações de alguns autores descobrem-se logo motivos para conjecturar que o sentido dos termos “legal”, “legalidade”, poderia bem não ser tão unívoco e simples como muitos parecem pensar. A. de Laubadère, por exemplo, dá a seguinte noção para o princípio de legalidade: “êle diz respeito a tôdas as atividades das autoridades administrativas; antes de tudo, em primeiro plano, a decisões individuais, para as quais êles significa que tôda medida particular deve estar conforme as normas gerais preestabelecidas; mas também aos atos administrativos regulamentares, que devem êles próprios possuir um fundamento legal e não podem infringir a lei” (n.º 369, cf. n.º 377). Parece impor-se a pergunta: por que então duas fórmulas distintas, uma para as decisões individuais, outra para os atos regulamentares? E isto não sugere logo poder tratar-se de duas relações diferentes?

Parece-me que, na realidade, acontece o seguinte: quando se fala de legalidade dos atos administrativos, pode-se pensar em uma ou em outra de duas relações extremamente diferentes, às quais correspondem duas noções do princípio de legalidade, uma delas poder-se-ia chamar (e ver-se-á a razão) de mínima, e a outra, de máxima. Segundo a noção mínima, a legalidade é uma relação de não-contrariedade, de não-incompatibilidade, ou, positivamente, de compatibilidade. Segundo a noção máxima, a legalidade é uma relação de conformidade.

10. A norma segundo a qual os atos administrativos devem ser legais, a afirmativa de que a Administração está prêsa pela lei, a esta submetida, que a lei lhe é superior, a ela se impõe, significam por certo, no mínimo, que nenhum órgão administrativo nada deve fazer que seja contrário a uma norma vigente da legislação, incompatível com uma tal norma. “A Administração deve atuar legalmente” implica, no mínimo, que ela só deve proceder de forma compatível com o sistema das normas legislativas, isto é, que não desconheça, não contradiga, não fira ou não infrinja dispositivo algum da lei. Precisemos: se uma norma legislativa prescreve a um representante administrativo determinado ato, ou certo modo de agir, êle deve executar o ato, ou seguir êste modo; se uma norma legislativa proíbe

a um representante administrativo, ou a todos, certo ato, ou certa maneira de agir, êles não o devem executar ou dela se servirem, e sim absterem-se.

11. Mas, pode acontecer que se dê à palavra legalidade uma aceção que vá muito além daquela há pouco evocada, que torne a relação muito mais rigorosa, bem mais estrita: seria uma relação de conformidade. Dir-se-á legal o ato conforme a uma regulamentação legislativa (emprega-se esta expressão porque ela engloba as duas hipóteses de uma norma única e de um conjunto de normas). O princípio de legalidade exigiria em todos os atos dos representantes administrativos a conformidade a uma regulamentação legislativa; dito de outra maneira, a Administração não poderia praticar outros atos que não sejam atos conforme a uma tal regulamentação.

Falta precisar perfeitamente esta noção de conformidade; é a única forma de mostrar a diferença com a noção — que aqui não necessita de outras explicações — de compatibilidade ou não-contrariedade, e de reagir em plena clareza contra a debilidade da linguagem habitual que tende, isto é certo, a tomar como sinônimos “conforme” e “não-contrário”, “conformar-se-á” e “não ir contra”.

O que é pois um objeto (B) conforme a um outro objeto (A)? É um objeto que foi modelado sôbre êste outro, feito à sua imagem e que aparece, por consequência, como lhe sendo semelhante (em sentido comparável ao da linguagem científica). Êsse último, o objeto A, faz figura de modelo do objeto B, de protótipo, de arquétipo, reproduzido ou realizado por êle.

Estas fórmulas não constituem de todo a proposição pessoal de uma definição; a essência, senão o sentido literal são simplesmente tirados por empréstimo da linguagem corrente, através dos grandes dicionários. Assim pois, a conformidade de um objeto a um outro, é a similitude a êste outro, que êle reproduz, que nêle se reconhece, sob cujo modelo foi feito.

Esta similitude apresenta duas variantes: a) pode consistir, antes de mais nada, em uma pura e simples reprodução “com perfeita semelhança” do objeto A no objeto B, sob qualquer forma: cópia de um original, desenho ou quadro, representando uma pessoa ou uma coisa, leitura ou recitação de um texto escrito; moldagem, etc. É de lembrar-se a expressão “cópia autêntica”, atestação de perfeita identidade do teor de uma cópia de documento com o documento original. Trata-se realmente de identidade, de identidade de natureza, poder-se-ia dizer: de uma conformidade material ou física; b) Ao lado desta primeira espécie de conformidade, existe outra mais sutil, menos literal, que se poderia chamar de conformidade lógica ou racional. É a que existe entre um objeto (no sentido lato e neutro da palavra) e um tipo ideal, geral, abstrato, do qual constitui uma realização concreta, visto que o mesmo devia ser semelhante para quem pretendia esta realização. Assim um juízo singular, uma proposição atinente a um indivíduo (no sentido desta palavra em lógica, onde ela não se limita apenas aos seres vivos) será conforme

a um juízo coletivo, a uma proposição geral atinente a uma classe ou categoria da qual o indivíduo faz parte; e ainda: a conduta seguida por uma pessoa em uma determinada conjuntura, será conforme a norma de moral a qual prescreve precisamente que, quando ocorrer tal conjuntura, descrita abstratamente, os homens, ou certa categoria de homens, devem seguir determinada conduta, também esta abstratamente descrita.

Nesta segunda variante, A é efetivamente modelo de B, B feito segundo A, nêle calcado; entretanto, não o reproduz pura e simplesmente, visto que A é abstrato, B concreto. Pressente-se logo que, em nosso caso, esta segunda variante da relação de conformidade é que vai importar.

12. É oportuno patentear a distância considerável que separa a simples idéia de compatibilidade da de conformidade, na hipótese da relação entre atos administrativos e leis. Basta aquilatar os respectivos corolários.

Se o direito consagra unicamente o princípio de que a Administração não deve atuar contrariamente à lei, de que está obrigada a respeitar a legislação, segue-se que ela poderá, com tôda a regularidade, praticar todos os atos que não lhe forem defesos, melhor: que não forem previstos pela regulamentação legislativa. É um truísmo que, onde não existe lei, não pode haver ilegalidade; irregularidade pressupõe norma. Reserva muito evidente, seja feita entretanto; se a própria lei estabelecer o princípio absolutamente genérico, de que os representantes administrativos não podem praticar senão os atos que ela lhes permite, ou seja, que falta de autorização equivale a interdição.

Se, pelo contrário, o direito abraça o princípio de que os atos administrativos devem ser conformes a uma regulamentação legislativa (ver-se-á em breve porque é mais correto dizer *uma* regulamentação do que *a* regulamentação), a Administração não poderá praticar senão os atos que forem previstos e, neste sentido, autorizados pela legislação; os outros, os atos ignorados pela lei, não sendo por definição conformes a uma regulamentação legislativa (inexistente), não serão legais.

Em outras palavras, o “princípio de conformidade” postula a existência da regulamentação-modelo como condição necessária para cada ato; a ausência de regulamentação impede *a priori* que possa ser satisfeito. Portanto, êle deve, conseqüentemente, excluir todo ato não previsto por uma tal regulamentação.

Assim pois, o “princípio de compatibilidade” permitirá à Administração fazer tudo o que não lhe seja, de uma forma ou de outra, interdito pela lei. O “princípio de conformidade” não lhe permitirá fazer o que não lhe fôr permitido, de uma forma ou de outra, por esta mesma lei. E a ausência de lei relativa a um ato, que assegura *a priori* sua não-contrariedade, exclui pelo contrário *a priori* sua conformidade. Não está aí a prova e o sinal mais certos de que se há-de

tratar de duas relações, e pois de dois princípios profundamente diferentes?

Mas é na verdade preciso notar que essas conseqüências práticas nada mais fazem senão manifestar uma diferença na própria substância da relação.

A conformidade é uma relação positiva entre dois objetos perfeitamente individualizados: um ato administrativo não estará conforme “à legislação” tomada globalmente, mas a uma norma — ou regulamentação — legislativas determinadas. A conformidade define, por assim dizer, uma regularidade positiva.

Podem-se sem dúvida falar também de compatibilidade entre dois objetos particularizados, mas a compatibilidade pode muito bem ser considerada como uma relação negativa e verificar-se ou aquilatar-se entre um objeto particular e um objeto global, um grupo inumerável de objetos muito diferentes. E sempre, define, pode-se dizer, uma regularidade negativa. É perfeitamente correto dizer-se que um ato administrativo é compatível com “a legislação”, isto é, com o conjunto de normas legislativas em vigor: isto quer dizer que não está em contradição com nenhuma delas, talvez, já o dissemos, porque nenhuma existe que tenha por objeto o dito ato.

Todavia, se se quiser definir totalmente as conexões das duas relações, é preciso ainda acrescentar o seguinte:

O caráter de conformidade inclui em si mesmo o de compatibilidade: o objeto conforme é, por essência, compatível. Há mais: quando a conformidade é prescrita, apenas o objeto conforme é compatível com a norma que prescreve e traça o modelo: neste caso, confundem-se conformidade e compatibilidade.

Mas a recíproca não é verdadeira: o caráter de compatibilidade não inclui de forma alguma o de conformidade, é distinto, e suscetível de uma existência autônoma e isolada.

Vê-se agora porque é possível dizer que o “princípio de conformidade” é bem mais estrito que o “princípio de compatibilidade”: a exigência de uma relação de conformidade liga a Administração e seus atos à legislação de forma muito mais estreita e rigorosa ou rígida como não acontece com a de uma relação de compatibilidade; encerra-la-á e sujeita-la-á, limitará sua liberdade de ação e seus poderes em medida muito superior; no sistema de conformidade, os representantes, a Administração não podem atuar senão depois de uma intervenção do legislador que haja traçado o modelo prefigurativo de suas ações futuras; no sistema de compatibilidade, eles o podem sem uma tal intervenção, na falta de qualquer modelo. Muitos juristas isso explicariam dizendo que, no primeiro sistema, a presunção existe no sentido da restrição, no segundo, no sentido da liberdade.

13. É portanto bem verdade que a expressão “princípio de legalidade” pode designar duas relações profundamente diversas entre atos administrativos e leis (e ainda não terminamos de examinar toda a distância, precisando todos os aspectos destas relações, da segunda em particular).

Mas não se cogita aqui nem de rejeitar, nem de criticar uma ou outra das duas definições: não se pode fazer objeções nem a uma nem a outra; ambas parecem igualmente legítimas e aceitáveis. É preciso apenas tomar nota da sua dualidade; é preciso, em outras palavras, ter plena consciência de que, se se quiser examinar, em condições satisfatórias de clareza, a posição do direito positivo em face do princípio de legalidade, duas questões devem ser abordadas:

1.^a — Em que medida o direito positivo consagra o princípio de conformidade dos atos administrativos à legislação?

2.^a — Em que medida o direito positivo consagra o princípio de não-contrariedade dos atos administrativos às leis?

II

O DIREITO POSITIVO E O PRINCÍPIO DE LEGALIDADE

I — *Em que medida o direito positivo consagra o princípio de conformidade dos atos administrativos à legislação?*

14. Exigir para os atos dos órgãos administrativos uma relação de conformidade com a legislação, é, relembremos, postular que estes atos sejam a realização concreta de um esquema ou modelo pretraçado nesta legislação.

A idéia de conformidade deixa-se aplicar mal às abstenções: certamente, o próprio fato de abster-se pode ser dito conforme à norma que o prescreve; mas “em si mesma”, a abstenção não é senão o nada, ao qual é difícil atribuir um modelo.

Existe toda uma categoria desses atos para a qual representar-se com nitidez o que significa a aplicação integral de um tal princípio não oferece dificuldade real: são aquêles batizados de “atos materiais” (agrupam-se sob esta denominação todos os atos que não correspondem à noção de ato jurídico; e infelizmente, pois muitos dentre eles constituem essencialmente operações intelectuais: atividades de ensino, atividades de elaboração de planos de todas as espécies, industriais, militares, ou arquiteturas; mas este ponto é aqui de pouca importância) ³.

Em compensação, o mesmo não acontece com os atos jurídicos, atos estes que seria preferível chamar de “atos normativos”, pois a verdadeira definição da sua essência consiste em serem eles portadores, criadores de normas, isto é, de disposições de ordem jurídica,

3 É preciso, com efeito, lembrar que o princípio de legalidade não tem qualificação para ser considerado como uma lei fundamental de ação da Administração senão a condição de valer para os atos de toda natureza dos representantes administrativos, e, antes de tudo, para seus “atos materiais” assim como para seus “atos jurídicos”. A. de Laubadère, que o apresenta, na verdade, como o princípio dominante da teoria geral da função administrativa, admite em seguida fórmulas que não visam senão as “decisões” (*Traité*, ns. 364 e 373).

quer gerais, quer particulares. Para êstes, é preciso explicitar com o maior cuidado, com nitidez e precisão, o conteúdo integral do princípio. Por que esta diferença? Ela diz respeito à circunstância seguinte, que embora não seja aplicável senão aos atos jurídicos, a distinção de sua forma e de seu fundamento adquire nêles entretanto relêvo particularmente acentuado, e, por conseguinte, maior importância. Poder-se-ia quase dizer que os dois elementos se dissociam para produzir dois conceitos, ou, em todo caso, duas representações, do ato jurídico.

Aplicado integralmente aos atos jurídicos, princípio de conformidade — como aliás também o princípio de compatibilidade — reteria, por definição, tanto a sua forma quanto a seu fundamento.

Atingiria, em primeiro lugar, a operação de promulgar normas, a operação normativa, isto é, o conjunto mais ou menos complexo de “atos e procedimentos” de sêres humanos — redação de escritos, declarações e votos, ações materiais — que devem acompanhar e como que vestir a promulgação das normas. Implicaria aqui — para acompanhar o seu primeiro efeito — em que a legislação previsse e regulasse as diferentes operações normativas que quisesse tornar possíveis, portanto, em que ela determinasse: 1.º) os agentes ou autores dessas operações, as pessoas que nelas poderão intervir, quer isolada, quer colegialmente; 2.º) a própria consistência das operações, isto é, o que deverá ser feito por êsses agentes, cada um em separado e em conjunto. Seriam portanto conformes à regulamentação legislativa as operações que: a) fôsem conduzidas pelas pessoas por aquela previstas; e b) compreendessem todos os elementos de ação nela indicados.

Mas o princípio estender-se-ia apesar de tudo — é preciso não esquecer — às normas a serem promulgadas pelas operações, que são “o fundamento do ato jurídico”. Sob êste aspecto, exigiria que o modêlo das normas que forem ulteriormente criadas pelos representantes administrativos, seja fixado pela legislação, e isto significa: que esta defina ao mesmo tempo as obrigações e os direitos que poderiam ser ou deveriam ser preceituados, e os súditos para os quais o poderiam ser.

Eis portanto a dupla componente da idéia integral de conformidade dos atos jurídicos à legislação: conformidade de sua forma ou procedimento; conformidade de seu fundamento, isto é, de suas normas.

Observar-se-á que, quanto ao procedimento, trata-se de conformidade de uma ação concreta à normas, enquanto que, para o fundamento, trata-se de uma relação de normas à normas. Não é tudo ainda: as normas aplicadas na primeira relação são, obviamente, regras de procedimento, no sentido lato da expressão, ou se se preferir, regras atributivas de competência e regras de forma *stricto sensu*; não menos evidentemente, as regras-modelos aplicadas na segunda relação são regras de fundamento, regras que fixam qual poderá ser ou qual deverá ser o fundamento dos atos, quais normas êstes poderão ou deverão criar.

Precisado este ponto, está-se realmente habilitado para abordar a questão de saber se o direito administrativo francês consagra o princípio de legalidade, nesta acepção de princípio de conformidade, se êle o consagra integralmente ou, senão, em que medida o consagra: exige êle, para que os representantes administrativos possam atuar, que uma regulamentação legislativa tenha fixado inteiramente o modelo abstrato de seu ato? É preciso formular a pergunta para a totalidade dos atos da Administração, portanto, sucessivamente para os “atos materiais” e para os atos jurídicos.

15. A. Para os “atos materiais” parece, desde o primeiro raciocínio, que tal exigência está praticamente excluída, que é inconcebível *a priori*: basta imaginar que se trata de atos de técnica científica ou industrial, de arte militar, de arte pedagógica, etc.

A única pergunta que se pode realmente formular é a de saber se o direito exige ou não que as atividades globais às quais se ligam esses atos sejam prescritas ou autorizadas legislativamente; o problema aplica-se muito particularmente às atividades tendendo à prestação de serviços ou fornecimento de bens ao público (exploração de uma rede de transportes; produção e distribuição de eletricidade; gestão de um estabelecimento de ensino, etc.).

Sem permitir considerar cada um dos atos pelo qual se realiza a atividade como conforme à uma norma legislativa, a exigência bastaria ao menos para assegurar-lhe, quando nada mediatamente, uma base legal global.

Parece que a resposta é positiva para as atividades materiais: elas não podem ser encetadas se não forem prescritas ou autorizadas pela lei, o que significa, que os atos concretos que elas comportam o são implicitamente. Existe aí um “enraizamento legal” dos atos cuja natureza será melhor apreendida a propósito dos atos jurídicos, nos quais é reconhecido.

16. B. Qual é pois a situação quanto a estes atos jurídicos? É preciso, já foi dito, encarar sucessivamente forma e fundamento: visto que é muito concebível que o direito positivo dissocie estes dois elementos, e os trate de forma diferente.

a) Pode-se declarar *a priori* excluída a idéia de que o direito positivo poderia exigir que o fundamento dos atos jurídicos da Administração seja conforme a uma regulamentação legislativa. Assim como fôra excluída quanto aos atos materiais, mas por uma razão inteiramente diversa.

Essa razão é que, entre os atos jurídicos administrativos, figuram atos portadores de normas gerais ou regras — os regulamentos administrativos antes de tudo. Ora, salvo hipóteses sobremaneira excepcionais, não se pode tratar de uma relação de conformidade entre duas regras.⁴

⁴ As hipóteses excepcionais são as de normas que apareceriam como pura e simples aplicação de uma outra norma. Isto não é de todo impossível, como se poderia ser levado a acreditar à primeira vista. Eis, por exemplo, uma disposição constitucional

Raciocinemos sôbre o exemplo dos regulamentos de Estado — ou decretos regulamentares — normais, aquêles que são autorizados diretamente pela própria Constituição. Não se pode dizer que suas disposições sejam conformes às disposições da lei da qual têm por função, egundo as fórmulas clássicas, assegurar a execução, regulamentando-lhe os detalhes ou modalidades de aplicação. Estas disposições legislativas não constituem absolutamente um arquétipo sôbre o qual as disposições do regulamento, disposições complementares, seriam modeladas, ao qual seriam semelhantes. Muito mais modestamente, apresentam-se como moldura, dentro da qual o poder regulamentar deverá ser contido; elas orientam. Uma relação de harmonia deve existir por conseguinte; mas relação de conformidade, infinitamente mais esrita, não entra, de todo, em cogitação. Esta última também não aparece entre as normas regulamentares e a regra constitucional na qual, se funda o poder do govêrno para promulgá-las. O que pode ser conforme à essa regra constitucional, é a operação que consiste em promulgá-las, não porém normas cuja previsão aquela não admite, das quais não fixa, de forma alguma, a imagem abstrata ou ideal. (Essa análise aplica-se do mesmo modo às leis, é evidente: as normas que estas promulgam, não se pode dizer normalmente que sejam conformes às regras constitucionais; pode-se isto dizer, todavia, da operação de legislação.)

Assim pois, fica excluído logo de início que o princípio de legalidade se aplica à totalidade dos atos jurídicos administrativos quanto ao fundamento dos mesmos, já que êle não seria cabível na grande maioria dos regulamentos.

17. O campo de aplicação mais amplo que aqui se pode encarar para o princípio, é o das normas administrativas particulares, normas individuais ou normas para casos concretos. Devem, elas, obrigatoriamente, existir em função de uma regra legislativa nesta relação entre proposição singular e proposição geral, que define a conformidade lógica ou racional? Ou, pelo contrário, podem existir normas individuais que não sejam, para falar com Kelsen, a individualização, ou a concretização, de uma regra legislativa preestabelecida, isto é, feitas à sua imagem? Alguns autores — Hauriou, Rolland, A. de Laubadère — afirmam expressamente que o direito positivo adota a primeira solução. Eis aqui as palavras singularmente marcantes de Rolland: “as decisões individuais devem sempre apoiar-se sôbre uma decisão geral... Devem sempre ser tomadas em virtude de uma decisão geral, e em conformidade com esta. Aí está uma consequência do princípio de subordinação da Administração à lei”.

que cria o princípio inteiramente geral de que ninguém poderá ser expropriado sem ser indenizado; certa disposição legislativa ordena ou regula a indenização das pessoas atingidas pela nacionalização de determinada categoria de bens, a qual tenha sido decidida; esta é bem uma norma impessoal e abstrata, isto é, uma regra, apesar de ser mais particular que a regra constitucional, tanto por seu objeto quanto pelos que lhe estarão sujeitos. E não é ela a aplicação da regra constitucional? Uma relação dêste gênero poderia do mesmo modo deparar-se seguramente entre regras legislativas comuns e normas regulamentares.

Ainda que os arestos pelos quais acredita-se poder demonstrar a proposição não constituam, de modo algum, prova ⁵, parece, entretanto, que ela é exata; pelo menos ela o é para as decisões administrativas pròpriamente ditas, isto é, as normas especiais assentadas unilateralmente por uma autoridade administrativa — e, com efeito, os autores não cogitam, neste particular, senão tão-sòmente dos “atos administrativos unilaterais” —, e naturalmente sob a condição de que não se deve constatar quanto a algumas dentre elas que o poder de tomá-las não tem a sua fonte na lei, e sim na jurisprudência. Feita esta última reserva, não parece concebível, no direito francês, que uma autoridade administrativa possa tomar decisões individuais que não estejam previstas e definidas por uma regra legislativa. O poder de assentar normas individuais iniciais é um privilégio do próprio legislador, soberano ou quase-soberano; juridicamente, se a Constituição não lho proibir êste é inteiramente livre para promulgar uma lei individual que não tenha sido precedida de uma lei geral... ou, e isso dá no mesmo, uma lei individual derogatória de uma lei geral em vigor.

Mas é preciso não esquecer de levar em consideração também o domínio dos contratos ou convenções, sobretudo entre a Administração e pessoas de direito privado. Na medida em que a própria lei dá lugar à autonomia contratual, entendida como compreendendo a faculdade para as partes de criarem, se o quiserem, cláusulas originais para regerem suas relações, ela afasta a idéia de arquétipo legislativo obrigatório — a observação aplica-se tanto aos contratos de direito comum quanto aos contratos administrativos pròpriamente ditos. Mas é sabido que, na verdade, para muitas autoridades administrativas chamadas a fazer contratos — e mais particularmente neste caso contratos administrativos —, a prática dessa autonomia

5 Os três arestos do *Tribunal des Conflits* do dia 22 de abril de 1910 (*Jurisprudence administrative* de Hauriou, vol. I, pág. 640, etc.) sentenciando que os presidentes das câmaras municipais cometeram uma violência ou, quando nada, falta pessoal dando ordem de tocar os sinos das igrejas por ocasião de enterros civis, não constituem aplicação de um princípio geral, de direito comum: visto que é uma disposição legislativa especial, o artigo 27 da lei de 9 de dezembro de 1905 fazendo separação entre as Igrejas e o Estado, que prescreve aos presidentes das câmaras municipais regulamentar, de forma geral, o uso civil dos toques de sinos.

Dois outros arestos citados por Rolland não têm exatamente relação com o princípio alegado: um, diz respeito à questão de saber se é regular tomar, tendo por base regulamento ainda não publicado, uma decisão individual, mesmo quando fôr estipulado que esta não produzirá efeito senão na entrada em vigor do regulamento; o outro concerne à possibilidade para a Administração de derogar por medidas individuais uma regulamentação geral estabelecida.

Enfim, o aresto *Bouteyre*, Conselho de Estado, 10 de maio de 1912 (*Jurisprudence administrative*, vol. II, pág. 662), que declarou regular a recusa do Ministro da Instrução Pública de inscrever um eclesiástico na lista de candidatos à agregação de filosofia ao ensino do segundo grau, tendo o Ministro tomado esta decisão no interesse do serviço e no limite de seus poderes legais, êste aresto falaria antes contra a tese em favor da qual é invocado (prova disto é a crítica que lhe faz Hauriou, alegando que não existia regulamentação geral alguma autorizando esta decisão de exclusão contra os padres).

contratual é consideravelmente restringida pelos regulamentos administrativos — tipos ou padrões de diversas espécies, aos quais devem acomodar-se, e que se aplicam *ex officio* e de pleno direito.

18. b) Ora o que acontece com as operações normativas? Em que medida o princípio de conformidade a elas se aplica?

Para bem cercar o problema é preciso cindí-lo, logo de início, em dois elementos: antes de tudo, perguntar-se-á se somente são possíveis as operações cujo próprio princípio está previsto por uma regra legislativa; procurar-se-á em seguida se — na suposição de que a primeira pergunta seja resolvida no sentido afirmativo, ou, pelo menos, na medida em que o será, senão a segunda pergunta não mais se justifica —, é exigido que as formas da operação, isto é, os “atos e procedimentos” a serem realizados pelos participantes, sejam regulamentadas legislativamente.

c) A primeira pergunta pode ser enunciada de uma outra maneira: um órgão administrativo não poderá promulgar senão as normas que uma regra legislativa — ou uma regra delegada pela lei — o habilita a promulgar, e nenhuma outra? Ou, em termos ainda mais clássicos: aos órgãos administrativos, não lhes é permitido praticar apenas os atos jurídicos que a lei lhes confere o poder de praticar? Uma resposta afirmativa bastaria para possibilitar dizer que toda operação normativa deve ter base legal, deve estar ancorada na lei, supõe necessariamente habilitação legal de um representante. Seria o “princípio da habilitação legal” ou “do título legal”, ou, visto sob o ângulo oposto, do monopólio legislativo das atribuições de competência: só a lei poderia conferir poderes normativos⁶.

O direito positivo consagra êsse princípio ou não?

Antes de tudo, é bem certo que êle não consagra o princípio antitético, segundo o qual as autoridades administrativas, ou, em todo caso (visto que a idéia é inconcebível nesta generalidade) as autoridades administrativas supremas, teriam o direito de decidir ou de praticar quaisquer operações normativas, de promulgar qualquer espécie ou categoria de normas, com a única exceção daquelas que a lei lhes proibisse — esta reserva resulta de sua própria natureza, no plano dos princípios. Em linguagem comum: êle não admite que a Administração possa praticar todos os atos que a lei não lhe proíbe praticar. Nem a própria legislação, nem a jurisprudência avalisam uma tal norma, que seria diretamente contrária ao espírito geral do direito público francês.

A única pergunta verdadeira é pois para saber se o princípio da habilitação legislativa é regra absoluta, ou se não admitiria derrogações. Por definição então, estas últimas não poderiam ser introduzidas e consagradas senão pela jurisprudência: tratar-se-ia de casos

6 Este problema da habilitação legal não se confunde com o da conformidade das normas, pela razão de que as regras atributivas de competência não traçam necessariamente o modelo das normas cuja promulgação permitem; é o caso por exemplo para o poder constitucional, o poder legislativo e o poder regulamentar.

onde o juiz dos feitos administrativos, de maneira repetida ou pelo menos com valor de tese de princípio, declararia regulares tais “decisões” que nenhuma disposição legislativa atribuía ao seu autor o poder de tomar, para as quais não havia habilitação ou título legais; o que significaria que a validade dessas decisões repousa sobre a vontade do juiz, que, em outras palavras, o juiz supriu a habilitação legislativa ausente; de forma que ao lado das habilitações legais, que seriam seguramente a norma, haveria alguns casos de habilitação jurisdicional ou jurisprudencial. A existência de tais casos não seria certamente conforme à teoria oficial do direito francês, quer se tratasse dos princípios relativos à fonte dos poderes das autoridades “executivas” ou dos princípios relativos à atribuição e ao conteúdo dos poderes das jurisdições. Mas, se eles existem, representam, mesmo contra o dogma ortodoxo, o direito positivo, o direito realmente pôsto em prática.

A jurisprudência faz pois surgirem tais casos? Parece difícil não admitir que ela o faça. Por mais prudente que se proponha ser no exame desta questão, é preciso levar em conta estas duas considerações: em primeiro lugar, que é preciso notar que a habilitação para praticar uma categoria de atos pode resultar de uma disposição que não os visa explícita e especialmente, mas autoriza uma categoria muito mais ampla e menos determinada, à qual pode-se estabelecer que aquêles pertencem (o texto constitucional que, desde muito tempo, comete ao govêrno “assegurar a execução das leis” fornece um bom exemplo: vê-se aí a habilitação legal para promulgar regulamentos complementares das leis que são na verdade um dos instrumentos da missão conferida); — em seguida, que a interpretação dos textos é muito freqüentemente incerta e controvertível, e que os juristas de doutrina não são mais seguros, de reconhecerem, de ofício, a verdade — se ela existe — do que os juristas de prática, se não como estariam eles, tão freqüentemente, em desacôrdo profundo entre si mesmos?

Eis aqui os principais atos pelos quais parece pouco contestável que são, realmente, o Conselho de Estado, ou o *Tribunal des Conflits* [Tribunal de Conflitos] * que, de autoridade própria, reconhecem ao seu autor o poder de praticá-los, pois, com efeito, os declaram regulares e válidos, ainda que não exista regra legislativa a fundamentar a sua possibilidade, explícita ou implicitamente, direta ou indiretamente: 1.º — os regulamentos de Estado autônomos, isto é, não complementares de uma lei. É o Conselho de Estado que reconhece no Govêrno o poder de promulgar: a) regulamentos criando algum serviço administrativo, à condição de que não se trate de serviço chamado a exercer a autoridade relativamente aos administrados; b) re-

* *Nota da Trad.*: Ao “Tribunal des Conflits” — tribunal de jurisdição especial — incumbe: I — julgar os conflitos de atribuição de competência, tanto positivos como negativos, entre a autoridade administrativa e a autoridade judiciária; II — julgar os litígios a propósito dos quais as decisões dos tribunais administrativos e judiciários forem divergentes.

gulamentos municipais em matéria para a qual as disposições legislativas expressas prevejam unicamente a competência das autoridades locais.

2.º — As operações de execução *ex officio* das leis ou das decisões administrativas, além dos casos explicitamente previstos pela lei: sabe-se que a jurisprudência pronunciou-se no sentido de que a Administração tinha o direito de decidir e de realizar tais atos mesmo se a lei não tenha disposto expressamente a respeito, quer quando esta mesma lei nenhum outro processo jurídico, suscetível de causar o mesmo resultado, tenha estabelecido, quer quando ocorre caso de urgência, e sempre na suposição de que haja resistência dos interessados, isto é, recusa de obediência espontânea;

3.º — As decisões de aplicação de sanções contratuais. A autoridade administrativa é assegurado aplicar a seu contratado algumas sanções que não estão previstas nem no contrato nem nos atos regulamentares aos quais êste faz referência;

4.º — As decisões de não aplicar uma disposição legislativa, ou de suspendê-la em “circunstâncias excepcionais”.

Em conclusão, o princípio da habilitação legislativa nas operações normativas, elemento primeiro e mínimo do princípio de conformidade quanto àquelas, admite algumas exceções, bem pouco numerosas, mas de amplitude suficientemente considerável para que contem. Êste princípio não é pois regra absoluta, é simplesmente — ou sem embargo — regra consideravelmente geral.

B — Será então preciso que as formas das operações normativas previstas pela lei sejam elas próprias regulamentadas legislativamente? De sorte que uma operação normativa somente seria possível se existisse esta regulamentação. Ela existe de fato, sem dúvida, para os atos administrativos mais importantes; a ausência total de exigência de forma determinada, isto é, a liberdade do procedimento de promulgação, é inteiramente excepcional; e mesmo a instituição de uma forma única parece aqui sensivelmente mais freqüente do que para os atos de direito privado. A indicação vale até mesmo para os contratos, e em particular para os contratos administrativos, ainda que hoje em dia em medida reduzida no que concerne os *marchés de l'Etat* * (desde o decreto de 13 de março de 1956). Portanto, o princípio de conformidade aqui prevalece, de fato pelo menos. Sofre, entretanto, golpe juridicamente muito grave, por causa da jurisprudência das “formas não-substanciais” que serão objeto de consideração ulterior.

19. Eis portanto como pode ser resumido o estado do direito positivo em face do princípio de conformidade legal dos atos administrativos, primeira interpretação possível do princípio de legalidade:

* *Nota da Trad.*: Aos “marchés de l'Etat”, encarregados da obtenção para o Estado, Departamentos, comunas ou estabelecimentos públicos, de materiais, bens móveis, transportes e/ou serviços, assemelham-se, em nosso sistema administrativo, às concorrências públicas.

1.º — A conformidade do fundamento dos atos a uma regulamentação legislativa não é, de todo, regra absoluta, nem mesmo apenas princípio geral:

A exigência não se aplica, nem aos atos materiais, nem aos atos jurídicos regulamentares; vale somente, como regra geral, para as normas especiais — individuais ou particulares — dos atos unilaterais. Se o princípio se aplica em larga escala às cláusulas dos contratos, sobretudo dos contratos administrativos, é muito mais por vontade da Administração do que por imperativo legal.

2.º — Quanto à conformidade das operações normativas a um esquema legal preexistente:

a) É geralmente exigida para todos os atos administrativos, tanto materiais quanto jurídicos, em primeiro lugar no sentido que, em princípio, os representantes administrativos — quer em bloco, ou cada um em particular — não podem atuar — isto é, tanto desenvolver ou empreender uma atividade (noção global), quanto praticar um ato determinado (noção elementar) — senão em virtude de uma habilitação, de um poder legais. Contudo, a jurisprudência avaliza algumas vezes categorias de atos para os quais esta habilitação legal não existe, e que parecem desde então repousar sobre uma habilitação jurisdicional, ser praticados em virtudes de um poder de fonte jurisprudencial.

3.º — Para as formas ou procedimentos propriamente ditos, a conformidade é geralmente exigida em razão do fato de que a grande maioria dos atos administrativos tem sua forma regulamentada pela lei ou pelos regulamentos, e que, em consequência, o princípio de conformidade se prende ao princípio de não-infração das disposições legislativas (ou regulamentares, para os atos individuais). E isto, ao menos quanto às formas que a jurisprudência decide qualificar de substanciais; visto que a exigência é afastada para aquelas que lhe agrada declarar não-substanciais.

II — *Em que medida o direito positivo consagra o princípio de compatibilidade?*

20. O princípio de compatibilidade ou não-contrariedade representa, já foi dito, uma exigência infinitamente mais modesta que o princípio de conformidade. Se o direito positivo não consagra este último de forma absoluta, em todos os seus aspectos e corolários, não consagra, pelo menos desta forma, o primeiro? Não se pode dar como regra absoluta que é defesa a todos os órgãos administrativos, sem nenhuma exceção, a prática de algum ato incompatível com a lei, contrário à lei — seja no plano do procedimento seja no do fundamento —, sobretudo algum ato que uma regra legislativa proíbe expressamente, e de forma ainda mais geral, que lhes é defeso conduzirem-se de maneira contrária a alguma norma legislativa, e portanto, não praticarem um ato que a lei lhes ordenasse, colocarem-se em contradição com a lei; e que todo ato ou comportamento desse tipo,

sendo ilícito, irregular, acarreta, aliás, de uma forma ou de outra, sanções: anulação, se se trata de um ato jurídico; obrigação de reparar o dano causado, quer se trate de uma conduta jurídica ou de uma conduta “material”, ou ainda, nas mesmas condições, pena para o representante-autor.

A afirmativa parece impor-se irresistivelmente. A idéia contrária, isto é, de que poderia ser permitido à Administração não respeitar a lei, atuar contrariamente às suas injunções ou às suas proibições — esta idéia não parece especialmente aberrante? O Estado francês não é um Estado de direito, mais precisamente um Estado legal? A soberania do Parlamento-legislador, a soberania da lei, o caráter obrigatório de suas prescrições ou disposições para as autoridades executivas não são os princípios primeiros do direito republicano?

Nada de menos contestável que esta lembrança e esta indiferença, no plano teórico: aí está, seguramente, a verdade dogmática. Mas o que dizem os fatos? Mostram os princípios professados observados e realizados em sua plenitude? É o direito positivo, o direito efetivamente aplicado que é preciso levar em consideração, tal como êle promana, afinal, da jurisprudência, mais ou menos mestra da lei, a despeito de todos os dogmas e teorias.

Está claro que se pode, de início, ter por certo que o princípio de respeito à lei será regra muito geral. A margem de incerteza encontra-se simplesmente entre êsses dois limites: é o princípio regra absoluta e inatacada? ou consagra algumas derrogações ou exceções?

21. É a segunda solução que corresponde à realidade, em um certo número de hipóteses, a jurisprudência declara permitidas e regulares condutas contrárias ao direito legislativo; dito de outra forma, autoriza a Administração a ir contra a lei, a desrespeitá-la. Ainda neste particular, não se pretende arrolar tôdas essas hipóteses, pode ser que existam algumas muito especial; mencionar-se-ão apenas as que possuem alcance geral. Aliás, a maioria delas já foi considerada na pesquisa das derrogações ao princípio de conformidade (o fato nada tem de surpreendente, visto que, relembremo-lo, quando uma regulamentação-modêlo existe na lei, todo ato que não fôr conforme ao modêlo é, evidentemente, contrário à regulamentação, a não-conformidade é ao mesmo tempo contrariedade; os dois princípios aí se coincidem, e são ambos atingidos simultaneamente).

1.º Em primeiro lugar aparece a regra segundo a qual a inobservância, em uma operação administrativa, das próprias regras legislativas de forma ou procedimento, não macula sua regularidade que se trate de formas ou formalidades “não-substanciais”. Efetivamente para que se cogite de uma derrogação do princípio de legalidade, é necessário considerar que não é a própria lei que assim decide, mas sim o juiz, o Conselho de Estado em geral, quem declara, por sua própria autoridade que algumas das formas prescritas não são “substanciais” ou “essenciais”, e quem tira a conseqüência de que os atos praticados sem a sua observância devem ser tratados como per-

feitamente regulares, o que equivale a admitir que a Administração não está obrigada a respeitar as normas correspondentes para atuar regularmente.

2.º Em segundo lugar aparece — e a derrogação é seguramente muito mais importante politicamente do que a precedente —, a “teoria dos poderes de crise”, isto é, o direito reconhecido ao Governó, em período de circunstâncias excepcionais, de não observar nas decisões individuais prescrições legislativas incondicionais, ou mesmo de suspender, como medida geral, a aplicação de tais prescrições. Visto tratar-se, por hipótese, de disposições incondicionais, isto é, para as quais a própria lei não prevê absolutamente que a aplicação seria ou poderia ser afastada em certas circunstâncias, é manifestamente o juiz quem dá à Administração a autorização, que fundamenta portanto o seu poder, de tomar decisões contrárias à lei, que a dispensa de obedecer a esta, de respeitá-la.

3.º Pode-se aproximar da hipótese precedente a jurisprudência que consagra o direito da Administração de recusar aos particulares seu concurso para a execução pela força de decisões de justiça, quando esta última incorreria no risco de provocar sérias perturbações à ordem pública. Certamente, a Administração tem o dever geral de velar pela manutenção da ordem pública. Mas sustentar-se-á dificilmente que ao lhe confiar esta missão, o legislador tenha cogitado de permitir-lhe infringir, isto é, afastar, as normas e princípios da lei em nome das exigências dessa ordem pública, além dos casos em que ele próprio o teria, expressamente, estipulado.

4.º Pode-se, pelo contrário, hesitar quanto à questão de saber se a jurisprudência que reconhece ao govêrno o poder de sustentar alguns “regulamentos autônomos”, ou não-complementares, representa ou não a validação de atos ilegais, ou, mais precisamente, inconstitucionais. Tudo depende da interpretação que se der à disposição que fundamenta o poder de sustentar regulamentos complementares: implicará ela na exclusão de todos os outros regulamentos, ou consagrará simplesmente uma prerrogativa mínima intangível, que, se então ultrapassada, além de seus limites, êste fato não constituiria apesar de tudo uma violação? Nesta segunda interpretação, ficar-se-ia exposto à questão do princípio de conformidade. É preciso desconfiar do raciocínio dito *a contrário*, e, por conseguinte, deve-se considerar a causa incerta.

Das derrogações agora passadas em revista, a primeira (1.ª) concerne, não há dúvida, a forma dos atos jurídicos; a segunda e a terceira (2.ª e 3.ª) concernem, ao mesmo tempo, tanto a operação normativa, mais precisamente sua base legal, quanto o fundamento das decisões; a quarta enfim (4.ª), se fôr reconhecida como tal, não concerne senão a operação, vista que por hipótese não há em jôgo regulamentação de fundamento.

22. Pelo contrário, é preciso salientá-lo, não se pode seguramente ver uma infração do princípio de legalidade em nenhuma hipótese onde uma norma legislativa autoriza explicitamente a Administração

a não adotar, em tais ou tais circunstâncias, a conduta prevista por uma outra norma, legislativa igualmente; e isto é limitar e delimitar o império desta última, dispor que, em condições previstas, ela não equivalerá à lei. Donde se segue que, se existe contrariedade material entre as duas condutas, não existe entre elas contrariedade jurídica ou normativa.

Usar de uma autorização legislativa não pode constituir uma infração da lei, nem do princípio do respeito à lei.

Esta proposição aplica-se sobretudo ao caso em que uma lei dá ao governo, dentro de certos limites, o poder de promulgar decretos, ditando disposições que ab-rogam disposições de leis em vigor, as derogam ou substituem: promulgá-las é um fato conforme à lei — embora as normas promulgadas sejam, materialmente falando, contrárias às regras legislativas. Resumindo, a instituição dos “decretos-leis” não representa, no fim da análise, uma derrogação do princípio de não-contrariedade dos atos administrativos às regras legislativas. A legalidade da operação normativa cobre e apaga a contrariedade das regras postuladas às regras legislativas.

CONCLUSÃO

23. O princípio de legalidade, aplicado à atuação da Administração, e em particular aos seus atos (como aliás a qualquer outro objeto), pode ser entendido de duas maneiras: ou como exigência de não-contrariedade à legislação (relação de compatibilidade); ou como exigência, muito mais forte, de conformidade a uma regulamentação legislativa (relação de conformidade).

Quer seja entendido de uma ou de outra maneira, será sempre preciso pensar que êle concerne, de um lado, o fundamento dos atos, e de outro, o próprio princípio dos mesmos e suas formas, — em matéria de atos jurídicos: as operações normativas e as normas. Assim como não se deve amalgamar êsses dois planos ou essas duas dimensões de sua aplicação, sob pena de incorrer-se em obscuridade, não se deve também negligenciar uma ou outra, o que seria grave lacuna de análise.

24. Se se entende o princípio de legalidade como o princípio de conformidade, êle não constitui uma norma do direito administrativo francês — nem uma norma absoluta, nem mesmo uma regra muito geral: o fundamento de muitos atos — atos materiais, atos regulamentares — escapa-lhe totalmente; vale apenas para a faculdade de atuar, e mesmo assim como regra geral tão-sómente: existe com efeito, ao lado dos “podêres legais”, um certo número de “podêres jurisprudenciais”.

Se se entende o princípio de legalidade como o princípio de não-contrariedade ou compatibilidade, êle constitui certamente a regra mais geral do direito administrativo, mas não, nem êle mesmo, regra

absoluta; êle não é êsse princípio infringível, êste dogma soberano e sacrossanto como o queriam as proposições da teoria ortodoxa de nosso direito público. Politicamente felizes ou politicamente lamentáveis, o juiz dá origem a um certo número de atentados de princípio à essa lei da qual é oficial e juridicamente o guardião inflexível, o mantenedor inexorável. Afastando a lei, corrigindo-a, faz então o direito, torna a fazê-lo. Isenta a Administração da sua obrigação de obediência, eximindo-se a si próprio, da sua. Segundo o dogma, as leis são mestras das decisões dos juizes. A realidade mostra que, muitas vêzes, os juizes manifestam-se mestres da leis. O próprio princípio de legalidade, o princípio de superioridade da lei, não escapa totalmente de sua atuação discreta, de seu poder secreto. *

* NOTA DA RED.: Traduzido da revista "Études et Documents", Conseil d'Etat, fascículo n.º 11, pág. 25 e ss., por Ruth Barbosa Goulart, advogada no Rio de Janeiro.