NOTAS E COMENTÁRIOS

OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO NO DIREITO ADMINISTRATIVO*

ALBERTO RAMÓN REAL**

1. Conteúdo do tema: a) Incidência no direito administrativo (como fontes) *dos princípios gerais do direito. b) Os princípios do direito administrativo. 2. Os princípios gerais de direito implícitos* (aplicáveis ainda em ausência de texto) *no direito administrativo. A prática jurisprudencial francesa, comparada com o direito uruguaio. Doutrinas sobre a matéria no direito comparado. 3. Princípios gerais do direito administrativo: tentativa de enumeração dos princípios principais. 4. Meritória sistematização da "principiologia" jurídico-administrativa por Cretella Júnior. 5. Reavaliação e reordenamento expositivo da "principiologia" jurídico-administrativa.*

1. *Conteúdo do tema*

O tema *dos princípios gerais de direito*, de sua existência, natureza (com regras filosóficas ou generalizações do direito positivo), função no sistema jurídico (como fundamento do direito positivo ou indução desse direito, para preencher os vazios normativos) e lugar hierárquico no ordenamento (com valor de lei comum e/ou constitucional) é tópico inesgotável das disciplinas teóricas gerais, como a filosofia do direito[1] e a teoria geral do

* Tradução do Prof. José Cretella Júnior.

** Professor de direito administrativo e de ciências políticas e ex-decano da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade da República Oriental do Uruguai.

[1] Del Vecchio, Giorgio. *Los principios generales del derecho*. 2. ed. Barcelona, 1948, com ilustrativo prólogo do Professor F. Clemente de Diego, encara o tema com singular profundidade e clareza, do ponto de vista da *filosofia do direito*, mas há grande número

direito,[2] mas seu valor não se esgota nestas especulações intelectuais. Os direitos positivos codificados prescreveram sempre o recurso aos *princípios gerais de direito* como meio de integração do sistema, a fim de que os juízes possam cumprir o dever de sentenciar, mesmo diante da imprevisão legislativa, como é o caso das legislações civis.[3]

O problema surge também no direito público, em geral, como no direito administrativo, em especial, pela falta comum de codificações sistemáticas desta matéria, que estabelecessem expressamente os *próprios princípios gerais*, em virtude da formação jurisprudencial[4] de que se reveste, relativamente nova (em relação ao direito privado), como também por causa do dinamismo e mobilidade, derivados da conexão estreita com as mutações político-sociais. A legislação uruguaia sobre o *contencioso administrativo* inclui os

de dados e de observações aplicáveis à *teoria geral do direito* e às partes gerais das disciplinas jurídicas particulares. O trabalho foi lido, em 1920, quando Del Vecchio tomou posse no cargo de professor catedrático de filosofia do direito, na Universidade de Roma. Cf. também Cossio. *La plenitud del orden jurídico*. Buenos Aires, 1939, especialmente p. 325-45.

[2] Diaz Couselo, José María. *Los principios generales de derecho*. Buenos Aires, 1971.

[3] Diaz Couselo. op. cit., p. 29 e seguintes, estuda o problema dos princípios gerais em relação com as "lacunas axiológicas" da ordem jurídica e o modo de resolver caso não previsto mediante fontes subsidiárias entre as quais se encontram os princípios gerais do direito, segundo diversos códigos civis (austríaco, dos Estados Sardos, italianos de 1865 e de 1942, do México, espanhol, da Luisiânia, C. Civil suíço, direito canônico e Estatuto do Tribunal permanente de Justiça Internacional e, por fim, no C. Civil argentino). O autor considera que a concepção jusnaturalista inspirou o art. 16 do C. Civil argentino e deve presidir à sua interpretação (p. 101-2). A propósito dos princípios gerais do direito como fonte do direito internacional, no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, recomendamos os ilustrados ensinamentos de Tanaka, Kotaro. The character of World Law in the international Court of Justice. *The Japanest Annual of International Law*, n. 15, p. 19-22, 1971. O art. 16 do C. Civil do Uruguai dispõe: "Quando um negócio civil não pode ser resolvido nem por palavra, nem pelo espírito da lei da matéria, recorrer-se-á aos fundamentos das leis análogas; e se ainda subsistir a dúvida se recorrerá aos *princípios gearis de direito* e às doutrinas mais aceitas, consideradas as circunstâncias do caso."

[4] Jèze. *Les principes généraux du droit administratif*. 3. ed. 1925. p. VII. O autor reproduz o prefácio, escrito em julho de 1914 da segunda edição da obra, na qual exprime ambicionar extrair das leis, regulamentos, práticas e sentenças dos tribunais os *princípios jurídicos* que informam o conjunto das instituições do direito administrativo francês, acrescentando: "A maioria desses princípios não estão formulados em nenhuma parte em termos expressos; não há, felizmente, para o desenvolvimento do direito público francês — Código Administrativo. As decisões jurisprudenciais e, em particular, as decisões do Conselho de Estado ou do Tribunal de Conflitos aplicam esses princípios latentes, sem proclamá-los de modo expresso." Esta segunda edição se difundiu amplamente no mundo de língua espanhola, mediante a tradução de Garcia Oviedo, publicada em Madrid (1928), Editorial Reus, com prólogo do mesmo professor espanhol sobre o método jurídico aplicado ao direito administrativo. Cf. mais amplamente Waline. *Le pouvoir normatif de la jurisprudence en la technique et les principes du droit public*. t. 2, p. 613, 1950.

princípios gerais de direito entre as regras de direito cuja violação determina a nulidade dos atos administrativos, conforme o art. 309 da Constituição.[5]

O tema, tão vivo e central, passou despercebido por muitos autores prestigiosos e só agora começa a entender-se-lhe a importância, embora ainda escassas as páginas que lhe dedicam os tratados de direito administrativo[6]

[5] A lei uruguaia n.º 13 318, de 28 de dezembro de 1964, incluiu, em seu art. 345, os *princípios de direito* entre as regras de direito cuja violação gera nulidade, de acordo com o art. 309 da Constituição, tal como o sustentou o autor do presente trabalho (Alberto Ramón Real), na primeira edição, 1958, do livro *Los principios generales de derecho en Constitución uruguaya*, p. 57-9, em contraposição à tese sustentada por Aparício Médez, *El contencioso de anulación en el derecho uruguayo*, p. 200-1, que sustentava que "o emprego do vocábulo regra dá à juridicidade um caráter eminentemente formal". Afirmamos: a) que não se podia distinguir onde a Constituição não distingue e exigir regra formal ou escrita onde o texto não a requer; b) que a expressão regra de direito equivale a norma jurídica ou lei, no sentido material, e é amplíssima, conforme Roubier, Dabin, Bonnard e Laubadère; c) que esta solução é corroborada pelo art. 332 da Constituição, que remete aos princípios gerais de direito como fonte subsidiária para interpretar e aplicar a Constituição, de modo que entre "as regras de direito" se encontram os "princípios gerais" não escritos implícitos na filosofia do regime, que surge do art. 72 e disposições concordantes. O art. 345 da Lei n.º 13 318 resolveu o problema em favor de nossa tese.

[6] O jovem professor de Córdoba (Argentina), Julio Isidro Altamira no livro *Los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo*, Buenos Aires, 1972, faz amplo inventário das posições dos autores sobre os princípios gerais do direito como fonte do direito administrativo e diz, p. 53 e seguintes: a) que há autores, como Zanobini, Merkl, Mayer, Fleiner, Silva Cimma, Bielsa, Gordillo, entre outros, que nem sequer os mencionam entre as fontes do direito administrativo; b) entre os que, em sua maioria, admitem os princípios gerais, como fonte, cita García Trevijano Fos, Clavero Arévolo, Rivero, Entreña Cuesta, Garcia de Enterría, Forsthoff, Sayagués Laso, Villegas Basavilbaso, Vedel e Fiorini; a maioria destes os considera como fonte subsidiária e o autor se inclina para esta posição (p. 76). Tal posição não é admissível no Uruguai, com relação aos princípios de direito de raiz constitucional (art. 332), que não podem ser desconhecidos por exceções legislativas. Permitimo-nos discordar da afirmação de Altamira Gigena, que atribui posição negativa a certos autores dos que menciona no primeiro grupo. Zanobini nem despreza, nem nega os princípios gerais. Ao contrário, admite-os não somente quando as leis os inserem expressamente, como também quando estão implícitos e podem induzir-se de soluções particulares: "Assim, os princípios da ética e da eqüidade podem apresentar-se como normas jurídicas, quando agasalhados em artigos de lei ou constituem o fundamento de uma série de disposições, de maneira que possam considerar-se outros tantos *princípios gerais*: nestes casos, o dever puramente moral de sua observação substitui o dever jurídico com as conseqüências que lhe são inerentes" (*Corso di diritto amministrativo*. 5. ed. 1947. t. 1, p. 52). Concorda Zanobini. Sul fondamento della inderrogabilità del regolamenti, p. 17 de *Scritti varii di diritto pubblico*, 1955, onde afirma que a teoria liberal da divisão dos poderes "que é, pois, um *princípio geral de direito*". A inderrogabilidade que o caracteriza "constitui hoje um *princípio de direito* que tem seu fundamento nos princípios do Estado constitucional". Fica demonstrada a injustiça cometida com o eminente jurista italiano. Merkl, embora não mencione os *princípios gerais de direito*, na realidade, ao aplicar a construção normativa kelseniana à criação de um direito administrativo *geral* (com base em princípios supostos comuns à sociedade ocidental. Cf. *Teoría general*, p. 12-130), permanece na linha dogmática de Mayer, à qual nos referimos, em continuação, movendo-se num plano doutrinário principista, à base de induções, ou pretensas induções, dos direitos positivos. O exemplo seguinte, extraído da p. 140 da *Teoría general del derecho administrativo*, de Merkl, dissipa todas as dúvidas. Reco-

e contam-se pelos dedos as monografias especializadas que versam o assunto,[7] bem como raros os artigos a respeito nas revistas e estudos em memória

nhece Merkl a existência de princípios explícitos e os aplica: "... assim, o *princípio de legalidade*, ou seja, o *princípio fundamental* de que a execução não pode ser exercitada a não ser se se apoiar nas leis, *rege implicitamente, não obstante a Constituição não o declare de modo expresso*, com referência à execução". Demonstra-se, assim, que Merkl, como grande jurista não podia ignorar — e não ignorava — os princípios gerais de direito. Mayer, no prefácio da edição francesa de seu Tratado, diz que "o direito administrativo, nas várias nações que representam a velha civilização européia, tem por base certos *princípios gerais*, que são os mesmos onde quer que seja. Na literatura alemã, o conjunto *desses princípios* encontrou sua expressão na idéia do *Rechtsstaat*, do Estado regido pelo direito". Nas p. 67 e seguintes, expõe os princípios do Estado de direito. O método jurídico "principal", seguido por Mayer, em oposição ao exegético, é ressaltado por García de Enterría (Reflexiones sobre la ley y principios generales en el derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, n. 40, p. 206), o qual, na nota 66, cita a opinião de Forsthoff, acerca da superação do positivismo, por Mayer, através de sua perspectiva metódica. E também a Erick Kaufman que mostra que Mayer soube extrair do direito positivo verdades de direito natural; que sua captação das "mais sutis e últimas verdades do direito natural sobre o direito da administração pública, que foram formuladas classicamente por ele, mostra que era um dos maiores juristas da última geração". Como se vê, Mayer não desconhecia os princípios gerais do direito. Fleiner. *Instituciones de derecho administrativo*. 1933. p. 48, a propósito dos danos causados a particulares por um campo oficial de tiro (se se pode impedir-lhe a atividade ou obter indenização) diz que se deve averiguar "se das disposições especiais vigentes para os fenômenos já conhecidos pode induzir-se um *princípio geral* sob o qual caiba também a nova relação", se a concessão de indenização "*corresponde a um princípio jurídico geral* ou se, ao contrário, a indenização existe apenas porque a lei a previu de maneira expressa". Desse modo, basta este exemplo para revelar que também este seguidor de Mayer e cultor, como ele, do método jurídico, reconhecia a existência de princípios gerais e os aplicava, o que está de acordo com o que ensina a p. 46 e 47 a respeito da ausência de parte geral da legislação administrativa e a necessidade de procurar os preceitos que faltam para resolver casos novos (lacuna aparente), "com preceitos emanados do setor do direito público. Para compreender tais *princípios não escritos de direito público* basta recordar que em todo direito se encerram conceitos jurídicos de caráter tácito", etc. A própria obra de Fleiner restabelece a verdade e esclarece o erro em que pode induzir Altamira Gigena. *No Derecho administrativo chileno y comparado*. 2. ed. 1962. t. 1, p. 337-8, Silva Gimma não nega a existência, nem a aplicabilidade de *princípios gerais de direito*, como os da *eqüidade*, o da *boa-fé* ou o do *enriquecimento sem causa*, mas os sustenta, embora entenda que não são *fonte* (enquanto geradores) de normas, mas *fundamento* das normas ou meios de interpretação ou conhecimento da ordem jurídica, como a *analogia*. Bielsa, admirador do método jurídico clássico de Orlando, Mayer e Jèze, inclui os *princípios* na própria definição da *ciência do direito administrativo* e deles trata com profundidade e erudição na *Metodologia jurídica*, com que encerrou sua obra de jurista (cf. mais adiante as notas 13 e 35 deste trabalho). Gordillo, por fim eminente jurista, dominador dos princípios do *Estado de direito* liberal, de base constitucional, e de todos os princípios especiais da ciência, não desconhece tampouco nem deixa de aplicar os *princípios gerais de direito*, embora não lhes dedique parágrafos especiais de suas obras para exposição geral dos *princípios*, como *fonte de direito*. Basta para demonstrá-lo a série de "princípios fundamentais do procedimento administrativo", que enuncia a p. 53 e seguintes da segunda edição de seu tratado sobre *Procedimento y recursos administrativos*. Buenos Aires, 1971.

[7] Citamos Benoit, Jeanneau. *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*. Paris, 1954; Real, Alberto Ramón. *Los principios generales de derecho en la Constitución*. 1958, e 2. ed. de 1965, já citado; Altamira Gigena, Julio Isidro. *Los principios generales de derecho como fuente del derecho administrativo*. Buenos Aires, 1972.

e homenagem a ilustres autores desaparecidos ou não.[8] Se bem que a situação tenha mudado um pouco, e tenha aumentado o interesse dos estudiosos pelo assunto, cremos oportuno voltar à questão, inclusive porque a solução uruguaia é destacável, como positivação genérica dos princípios do direito natural clássico, com *hierarquia constitucional*,[9] sem prejuízo da remissão,

[8] Sem pretender enumeração completa, indicamos alguns trabalhos sobre o tema que nos preocupa: Morange, Valeur juridique des principes contenus dans les declarations des droits. *Revue du Droit Public*, p. 229, 1945. Eisenmann. Comentários a la obra de Jeanneau. *Revue du Droit Public*, n. 3, 1955 (cit. na nota 7). Letourneau. Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État. *Études et documents*, v. 1, p. 19, 1951. Latournerie. Essai sur les méthodes juricictionelles du Conseil d'État. *Livre jubilaire*. p. 205-6. (Publicação comemorativa do 150.º aniversário do Conselho de Estado francês.) Clavero Arevalo, M. F. Los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo. *Revista de Administración Pública*, n. 7, 1952. Rivero, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, n. 6, p. 295, sep.-dic. 1951. (Administrativo francês contemporâneo.) García de Enterría, Eduardo. Reflexión sobre la ley y los principios generales de derecho. *Revista de Administración Pública*, n. 40, p. 205, 1963. Braibant. L'arrêt sindicat des ingénieurs-conseils et la théorie des principes généraux. *Études et documents du Conseil d'État*, n. 16, p. 67. Chapus. *Valeur juridique des principes généraux du droit, Dalloz*. 1966. p. 66. Chronique. Odent. *De la décision Trompier Gravier à la décision Garyses*. 1962. p. 43. (Études et documenta, n. 16.) Do mesmo autor, no primeiro fascículo, 1947, suas *Conclusões*, como comissário do governo, sobre o caso Aramu e outros. Huberlent. Le droit administratif belge comprend-il des principes généraux du droit? 1963, p. 661. (Mélanges Dabin, n. 2.) Sua resposta é afirmativa (p. 689-90). Entre os trabalhos mais recentes, mas dirigidos especialmente aos *princípios do direito administrativo*, sobressaem os publicados a respeito do tema, em 1972, no primeiro volume, dentre os três, que constituem a obra *Estudios en homenaje al Profesor López Rodó*. Madrid, 1972: Cretella Júnior, José. Principios fundamentales de derecho administrativo; Starosciak, Jerzy. Les principes généraux du droit administratif; Waline, Marcel. Administration publique et moralité. No Uruguai, em 1958, se exterioriza a preocupação com o tema. Em abril de 1958, aparece, na *Revista de Derecho Público y Privado* (t. 40, n. 238), meu estudo, logo depois editado e reeditado, em livro (1965). Ao mesmo tempo, datado de março de 1958, o Prof. Héctor Barbe Pérez escreveu Los principios generales de derecho, como fuente de derecho administrativo, en el drecho positivo uruguayo. *Estudios jurídicos en memoria de Juan José Amézaga*. Montevidéu, 1958. p. 37-55, com interessantes referências aos princípios expressos e não só aos princípios gerais não escritos. Na época, foi um esforço bastante plausível para autorizar, em nosso País, tema demasiadamente abandonado por nossa doutrina anterior. O autor considera estes princípios gerais como fonte de aplicação direta e fundamental do ordenamento jurídico positivo uruguaio, compara, corretamente, as soluções do art. 16 do C. Civil e do art. 332 da Constituição do Uruguai, acentuando que esta, diferentemente daquele, não exige o prévio recurso aos fundamentos das leis análogas, mas põe em igualdade de condições, sem preferências, os mencionados fundamentos e os princípios gerais. Continua sendo valioso trabalho pela enumeração de princípios gerais de direito público que contém e pela comparação que realiza com as soluções apresentadas pela jurisprudência administrativa francesa.

[9] Real, Alberto Ramón. *Los principios generales de derecho*. 2. ed. cit. p. 13, 15 e 55. A jurisprudência e a doutrina reconhecem valor constitucional em uma série aberta de princípios relacionados com o art. 72 da Constituição, segundo o qual "a enumeração de direitos, deveres e garantias feita pela Constituição não exclui os outros *que são inerentes à personalidade humana ou derivam da forma republicana de governo*". No

pela própria Constituição (art. 332) aos *princípios gerais de direito*, como fonte supletiva, para os casos de ausência de regulamentação legal dos princípios constitucionais que outorgam direitos aos indivíduos ou de potestades às autoridades.[10]

Além da citada questão da incidência, no direito administrativo, como fonte deste ramo, dos princípios gerais do direito, coloca-se, desde logo, outra: a de saber se existem e quais são os *princípios doutrinários*, próprios do direito administrativo, como disciplina autônoma,[11] assunto no qual estão ou podem estar envolvidos aspectos ideológicos[12] e não apenas de mera técnica jurídica de um possível "direito administrativo geral", paralelo ao denominado "direito constitucional geral".[13]

fundo ideológico do jusnaturalismo humanista, plasmado nas Declarações de Direitos do século XVIII e em seu desenvolvimento contemporâneo, paralelo ao desenvolvimento da civilização do Ocidente, estão os fundamentos e, às vezes, o enunciado de princípios fundamentais da ideologia do regime político social, que, por sua vez, constituem diretrizes finais capitais do sistema jurídico, em vigor.

10 Art. 332 da Constituição do Uruguai. Os preceitos da presente Constituição, que reconhecem os direitos dos indivíduos, assim como os que atribuem faculdades e impõem deveres às autoridades públicas, não deixarão de aplicar-se por falta da regulamentação respectiva, mas esta será suprida, recorrendo-se aos fundamentos das leis análogas, aos *princípios gerais de direito* e às doutrinas geralmente admitidas. Note-se a concordância com o art. 16 do C. Civil uruguaio, transcrito na nota 3 deste artigo.

11 Orlando, como outros autores da *belle époque*, é o representante da tendência dogmática, pós-pandectística, de inspiração germanista, que acreditou ser possível elaborar uma ciência do direito administrativo geral, baseada em certos princípios, considerados estáveis e comuns ao mundo civilizado, entendendo-se como tal a Europa Ocidental, modelo exemplar da época para o resto do mundo. Esses princípios serviriam de norma para interpretar e ajuizar os direitos positivos. Correu-se, assim, o risco de imobilizar a ciência jurídica, em torno de algumas soluções inspiradas no liberalismo individualista da era vitoriana, no social, e no autoritarismo germânico no jurídico-político. Tal foi também a colocação de Mayer e com maior realismo no que se refere à *relatividade* temporal e espacial dos direitos positivos — a tendência de Jèze. Posteriormente o próprio Merkl, eminente positivista, normativista kelseniano, tratou de construir uma *teoria geral* do direito administrativo, aplicável fora do estreito marco de suas fronteiras nacionais. Vittorio Emannuele Orlando, em seu famoso estudo *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, de 1889, concebeu o direito público como "um sistema de princípios jurídicos sistematicamente coordenados" e que a lei é para o jurista "a reprodução de um princípio jurídico". Ao mesmo tempo, o sistema de construção jurídica da pandectística e uma tendência conservadora, própria da escola romântica e historicista, manifestavam-se pela preferência aos princípios, do domínio dos juristas, sobre a vontade legislativa. Se, por um lado, afirma uma posição dedutiva, põe como centro da investigação "uma série de princípios qualificados como absolutos e necessários, supostos essencialmente independentes não só dos dados sociológicos e dos fatos políticos, como também da própria norma". Galizia. Profili storico-comparativi della scienza del diritto constituzionale. *Archivo Giuridico*, ns. 1-2, p. 75 e segs., 1963.

12 Ver amplamente em Cassese. *Cultura e politica del diritto amministrativo*. 1971. p. 33.

13 Santi Romano. *Principii di diritto constituzionale*. 2. ed. rev., 1947. As obras da *belle époque* de Orlando receberam os nomes de *Principii*, respectivamente, *di diritto constituzionale*, uma, e *di diritto amministrativo*, a outra (Manuali Barbera). Na advertência preliminar da primeira edição de 1890, reproduzida na quinta edição, p. X, de

Cabe, por outro lado, tentar distinguir os *princípios gerais do direito público* intermédios dos *princípios gerais do direito* e dos *princípios do direito administrativo*.

seus *Principii di diritto amministrativo*, dizia Orlando: "Inimigo convicto do critério da subordinação da ciência ao método exegético, esforcei-me para expor mais um sistema de princípios jurídicos do que de preceitos legislativos." A *lei* tem para o jurista importância acessória e subordinada. "Para o jurista, que não vê na *lei* senão a reprodução de um *princípio* do qual já deve ter notícia e consciência, só pode ser levada em conta na medida em que aquele princípio está nela declarado, ou seja, quando, pois, a lei entra no sistema geral do direito" (op. cit. p. 4 e 3-4, da edição de 1952, por Lessona). A extensa introdução histórica do próprio Orlando, à edição de 1952, p. XCVL, registra a especificação de uma *ciência do direito administrativo geral*, à qual correspondem os manuais de antes e o atual. Como já vimos na nota n. 4, Jèze também estabeleceu, pouco depois, como objeto da ciência do direito administrativo "os *princípios jurídicos* que dominam o conjunto das instituições", mas com um grau de realismo e de relativismo, pois afasta as soluções jusnaturalistas de justiça absoluta e procura sobre a base do direito aplicável apreciar "a idéia relativa de justiça e de utilidade social, econômica e política do momento e do meio". Cf. ed. trad. García Oviedo, p. 19 e 21. Mayer, no *Derecho administrativo alemán*, tomo 1 da primeira edição espanhola e no prefácio escrito para primeira edição francesa, declara que ensaiou um sistema jurídico, pouco mais ou menos como o fez Laband (p. XXIV), manifestando assim a idéia do objeto da ciência, inclusive como geral para as nações européias mais adiantadas (p. XXIII): "O direito administrativo, nas diferentes nações que representam a velha civilização européia, tem por base certos *princípios gerais* que são os mesmos em todos os lugares. Na literatura alemã, o conjunto desses princípios encontrou a mais alta expressão na idéia do Rechtsstaat, do Estado de direito." Bielsa, que principiou a escrever sob a influência dos mencionados mestres da *belle époque*, entre outros, definiu o direito administrativo como "o conjunto de normas positivas e *princípios de direito público* de aplicação concreta para a instituição e funcionamento dos serviços públicos e ao conseqüente controle jurisdicional da administração pública", que "deve fundamentar-se solidamente em princípios" (5. ed. t. 1, p. 37). Além do *Tratado*, escreveu Bielsa um tomo de *Princípios de derecho administrativo*. 2 ed. 1948, em que ressalta a importância dos princípios, raras vezes enunciados nas leis, embora geralmente dominem todo o sistema (p. 7); "tem direito a denominar-se princípios os que surgiram das grandes conquistas da liberdade e do direito clássico, ao qual, como na arquitetura, será necessário retornar toda vez que se quer realizar algo harmônico, humano e duradouro" (p. XI). No fim do *Prefácio* da primeira edição (p. XVI da segunda edição, citada), recorda Bielsa seus conselhos aos estudantes. O primeiro e o último aludem aos princípios: "1.º. Estudar os *princípios gerais*, as instituições e seu fundamento: a razão jurídica dos sistemas e das principais disposições legais... 4.º. Preferir os conceitos dominantes, as concepções gerais sobre a matéria, e os *princípios necessários e úteis*; em suma, os 'elementares', que são, por isso mesmo, fundamentais". Entre as fontes, coloca, em primeiro lugar, em ordem de prioridade científica a doutrina, que "provê de elementos para a construção teórica das instituições administrativas". Acrescenta que, "sem dúvida, a *dogmática jurídica* é ainda a mais valiosa ajuda para a interpretação e construção" (p. 18). Os Estudios de derecho público, n. 1, *Derecho administrativo* (1950), de Bielsa, proclamam que "o professor deve ser o guardião dos princípios" e que "o direito não deve ser apenas lógico, mas tem de organizar as realidades econômicas e sociais", inspirando-se, antes de mais nada, na idéia de justiça e de utilidade comum, recorrendo a todas as faculdades humanas, não somente à razão, mas aos *sentimentos*, às *idéias*, às *crenças*". Recomenda que se atenda aos valores históricos, políticos e morais" (p. 70-1) e pensa, com Laband, que certos princípios atribuídos ao direito civil, por sua prioridade histórica, "são grandes princípios de direito, e que por serem assim dominam todos os campos e ramos do direito privado e do direito público" (p. 95).

Como o autor já tratou, com preferência, do primeiro aspecto do tema,[14] sem prejuízo de retornar, agora, sinteticamente sobre ele, dedicará a maior parte deste trabalho ao segundo aspecto, quiçá menos tratado como capítulo singular e objeto de trabalhos especiais, embora todo manual ou tratado suponha, de fato, de maneira implícita, múltiplas tomadas prévias de posição sobre o problema e suas implicações.

Não se pretenderá apresentar estrita seleção de princípios pertencentes, exclusivamente, ao direito administrativo, porque este não deixa de ser um ramo do tronco geral do direito público, e nem sempre é fácil separar o que corresponde ao gênero e à espécie, sobretudo porque se assiste à progressiva "constitucionalização" formal das bases do direito administrativo.[15]

2. *Os princípios gerais de direito implícitos aplicáveis no direito administrativo*

Nas últimas décadas, a partir de 1945, o problema tradicional dos princípios gerais de direito ganhou atualidade na doutrina do direito administrativo, em virtude de sua consagração jurisprudencial, na França, como meio para suprir insuficiências dos textos positivos, como, por exemplo, em matéria de *direito de defesa* (procedimento devido com garantias de audiência, prova e alegação, ante a imputação e fatos censuráveis, além dos casos previstos, como os dos funcionários públicos, conforme a lei de 1905).

Tais princípios foram, pura e simplesmente, afirmados como aplicáveis, "mesmo na ausência de textos", inicialmente, sem referência a suas origens ou fundamentos, sobre a base do "poder normativo" (Waline) de uma jurisprudência pretoriana, sem vinculá-los a ideologia nem aos textos das clássicas Declarações de direitos humanos, embora depois de promulgada a Constituição de 1946 se começasse a discutir o valor obrigatório e hierarquia do preâmbulo, alusão à Declaração de 1789. De todo modo, na ausência de controlador jurisdicional da constitucionalidade das leis, na França, foi

Sobre o *método jurídico* que, por indução, extrai das manifestações do direito público "os *princípios gerais* que constituem o instrumental básico de toda ciência" e, por dedução, aplica esses princípios aos casos concretos, especialmente os não previstos por textos expressos, ver: Real, Alberto Ramón. El método en el derecho público y especialmente en el derecho administrativo. *Revista de Derecho Público y Privado,* Montevideo, p. 8 e segs. y separata, 1946.

14 Real, Alberto Ramón. *Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya. Vigencia de la estimativa jusnaturalista.* 2. ed. 1965.

15 Ver sobre este tema com explicação de suas causas na extensão democrática e a ampliação dos fins do Estado e seu aparato, etc., Ramón Real. Bases constitucionales de la administración pública. *Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo.* t. 10, ns. 1-2, 1959 e Estudios de derecho administrativo. t. 1, p. 43 e segs. e, especialmente, 57-73.

entendido que estes princípios eram meramente supletivos à vontade legislativa e que o legislador podia, desde logo, criar-lhes exceções expressas, de interpretação estrita, sem que fosse possível impugnar a validade de tais exceções.[16]

A partir das decisões de 1945 (Aramu, Avanne Tabti e outros, de 26 de outubro de 1945) a doutrina passa a reconhecer o caráter de regra de direito dos *princípios gerais* e, em conseqüência, que sua violação é determinante de nulidade. Por isso, são incluídos entre as *fontes do direito*: "A administração está hoje submetida aos *princípios gerais* como à lei escrita; sua violação constitui, pois, um caso de violação da regra de direito.[17]

A teoria dos princípios gerais do direito tornou-se assim uma teoria fundamental do direito administrativo francês (Auby e Drago), admirada no estrangeiro e, às vezes, criticada como expressão do "governo dos juízes",

[16] Ver Real, Alberto Ramón. *Los principios generales de derecho en la Constitución.* 2. ed. 1965. p. 15, 39 e segs. e 55, etc. No caso de 5 de maio de 1944, referente à viúva Trompier Gravier, titular de autorização para vender diários numa banca de jornais, depois revogada sob alegação de falta de que seria culpada, já foi aplicado, implicitamente, pelo Conselho de Estado, o princípio dos direitos da defesa. Pronunciou-se a anulação porque a decisão foi tomada "em condições irregulares", em virtude de a autora não ter sido previamente convidada a apresentar defesa", apesar de que tal medida não podia impor-se legalmente sem que a interessada fosse "posta em condições de discutir as acusações que lhe eram feitas" (*Revue du Droit Public.* p. 261, 1944, com nota de Jèze, e as conclusões do Comissário do Governo. Cf. *Les grands arrêts.* Long; Weil & Braibant. 5. ed. p. 121 e segs.). Nos casos Avanne Tabti e Aramu, de 26 de outubro de 1945, foi proclamada de maneira expressa, pelo Conselho de Estado, a existência "dos princípios gerais de direito aplicáveis mesmo em ausência de texto" entre os quais se inclui o princípio de que não é possível a aplicação de sanções "sem que o interessado tenha sido posto em condições de apresentar utilmente sua defesa". Consideramos errada a informação de Auby & Drago. *Traité de contentieux administratif.* v. 3, p. 16, quando diz que a primeira sentença que proclamou os princípios gerais aplicáveis, mesmo na ausência de texto, foi a decisão Maillou, de 22 de maio de 1946. Na realidade, a precedência cabe às decisões, aqui mencionadas, Aramu e Avanne Tabti, de 26 de outubro de 1945, retromencionadas. A novidade está na declaração expressa da existência destes princípios sobre os quais a justiça administrativa fundamenta suas decisões, porque, na realidade, desde fins do século passado o ilustre autor e magistrado Laferrière. *Traité de la juridiction administrative.* 2. ed. 1896. Introdução, p. XIII, reconheça que o Conselho de Estado, na ausência de textos se baseava em "princípios tradicionais não escritos", que são, de certo modo, inerentes a nosso direito público e administrativo". Rememore-se que as leis constitucionais francesas, de 1875, tinham apenas a parte orgânica, de modo que sob a Terceira República não havia declaração formal vigente de direitos e só havia teorias, de discutida positividade, sobre uma "superlegalidade", tradicional, consuetudinária e jusnaturalista. Isto explica o recurso pela jurisprudência a princípios gerais não escritos, aos que por inércia se continuou recorrendo sem vinculá-los às novas declarações do Preâmbulo de 1946 (que aludia à Declaração de 1789) e posteriores, até que se determinou doutrinariamente e ainda no texto das decisões tal vinculação, mas sem alterar praticamente por isso o lugar, meramente legal e supletivo, dos princípios gerais.

[17] Auby & Drago. *Traité de contentieux administratif.* t. 3, p. 16.

no sentido de expressão de conservadorismo diante da legislação democrática e socializante.[18]

Não é nosso propósito expor aqui as soluções doutrinárias e jurisprudenciais francesas sobre o tema, bastante conhecidas e acessíveis, por outro lado.[19]

Somos de opinião que, depois que a Constituição de 1958 reconheceu um amplo *poder regulamentar* autônomo ao Poder Executivo, o Conselho de Estado considerou-se habilitado para controlar os mencionados regulamentos e até as ordenações editadas no uso do art. 16, mas as explicações diferem, havendo quem entenda que isso supõe reconhecer *valor constitucional*[20] aos princípios gerais de direito, e havendo quem diga que se trata da simples aplicação da regra segundo a qual os atos do Poder Executivo estão sujeitos ao controle da jurisdição administrativa.[21]

Os atos formalmente legislativos continuam imunes ao controle jurisdicional e, por isso, não podem ser impugnados eficazmente diante de nenhuma jurisdição.[22]

No direito uruguaio, em compensação, os princípios gerais do direito de base constitucional (como a garantia da responsabilidade do Estado por ato legislativo, a igualdade diante dos cargos públicos, o direito à indenização

18 Hanson. *Pouvoir discretionnaire et controle juridictionnel de l'administration.* 1958. p. 179 e segs. Contra: Somerhausen, Mare. Les principes généraux du droit administratif. *Perspéctivas del derecho público del s. XX* (homenaje a Sayagués Laso). t. 4, p. 46 e segs.

19 Entre as obras gerais, sobressai a exposição sobre os *princípios gerais de direito* contida nos livros de Waline. *Précis de droit administratif.* 1969. t. 1, p. 111, 112 e 113 e 338-9. Laubadère. *Traité.* 5. ed. 1970, t. 1, p. 216 e segs. Auby & Drago. *Traité.* n. 5, 639, 902, 1 134 e 1 145 e segs. t. 3, 16-23. Odent. *Conteniteux administratif.* 1961-1962, t. 3, p. 940-2.

20 Vedel. *Droit administratif.* 1968, p. 536 e segs., que entende que o Conselho de Estado se excedeu em sua competência ao englobar nela os decretos autônomos e as ordenanças que são atos de governo. Diz que "os princípios gerais de direito, por corresponderem a uma vontade política do Conselho de Estado, conduzem a um confronto político entre o Conselho de Estado e o governo". Benoit fundamenta extensamente sua posição.

21 Rivero. *Droit administratif.* 4. ed. 1970. p. 75, conclui com Chapus que os princípios gerais do direito "se situam sob a lei, pois o juiz não pode sancionar a violação dos princípios gerais de direito pelo legislador, mas por cima de todos os atos do Executivo, decretos ou ordenanças". Cf. 5. ed. 1971. p. 76.

22 Cf. a nota antecedente e Auby & Drago. cit. t. 3, p. 23, que, como o melhor exemplo, apontam "a lei de 28 de dezembro de 1959, que deu efeito retroativo a um decreto editado pelo Governo com base no art. 37 a fim de evitar a anulação contenciosa. Antes de 1958, como depois dessa data, o governo deve respeitar os princípios gerais do direito, porque tais princípios têm um valor jurídico superior às regras emanadas do

no enriquecimento sem causa, a obrigação de decidir as petições e recursos, a proibição do *bis in idem*, no direito disciplinar, o direito de defesa, inclusive nos procedimentos administrativos, a irretroatividade da lei penal, o direito à indenização do dano moral[23]) não são supletivos do silêncio legislativo, mas se impõem ao legislador e sua violação é passível de controle pela Corte Suprema, mediante o procedimento de inaplicabilidade das leis inconstitucionais.[24]

Mesmo quando se pode dizer que sua força jurídica emana da fonte formal em que genericamente se baseia (a Constituição, art. 72) e que esta é sua fonte, não se deve esquecer que na filosofia liberal-individualista, base de nosso regime político, primeiro, na ordem de prelação está ou existe o homem e sua liberdade segundo o Estado, organizado para sua proteção e limitação (para a coexistência das liberdades).

Por isso, a liberdade é um valor de princípio (regra) que deriva da natureza e, como tal, é legítimo em tudo o que não contraria as leis excepcionais que a suprimem ou limitam por motivo de interesse geral (arts. 7, 10 e 35 da Constituição).

Desse modo, a liberdade e seus valores anexos, os direitos humanos em geral, são *reconhecidos* como *inerentes* à espécie humana e não necessitam de acolhimento expresso ou permissão de fontes estatais para reagir. Esta teoria jusnaturalista é direito positivo no Uruguai, de modo que não se pode negar caráter de fonte a tais princípios que, na filosofia do regime, são anteriores e mesmo superiores à Constituição (o contratualismo jusnaturalista de Locke é talvez a representação mais típica desta ideologia).

Na raiz da proclamação jurisprudencial francesa dos princípios gerais do direito, como fontes não escritas do direito administrativo, se renovou o interesse sobre o tema e se produziram numerosos trabalhos, inclusive fora da França.

Os trabalhos de Clavero Arévalo[25] e García de Enterría[26] merecem particular destaque, como também o merecem os substanciosos parágrafos destinados ao tema pelos modernos tratados e manuais da matéria de Ma-

órgão executivo. Este que se dizia antes legislativo deve hoje apresentar-se como constitucional, mas tanto antes como depois de 1958, esta distinção é sem transcendência para o juiz administrativo.

23 Real, Alberto Ramón. op. cit. p. 31 e segs.

24 Op. cit., ps. 15 e 18 (nota 16) e 55.

25 *Rev. de Adm. Públ.*, n. 7, p. 15, 1952.

26 *Rev. de Adm. Públ.*, n. 40, p. 189, 1963.

rienhoff,[27] Diez,[28] Fiorini,[29] Garrido Falla,[30] Villar Palasi,[31] José Cretella Júnior,[32] Canasi,[33] e a generalidade dos tratadistas.

É justo salientar que o grande jurista homenageado, Bielsa, que em seus trabalhos sempre demonstrou domínio dos princípios gerais, embora não os tenha exposto em capítulo especial, sistematicamente, como fontes do direito, em suas obras gerais, o que induziu em erro a um eminente autor argentino,[34] em compensação lhes atribuiu toda a atenção, na obra de maturidade que escreveu a respeito da metodologia jurídica.[35]

3. *Princípios gerais do direito administrativo*

Diversas tentativas foram realizadas pela doutrina, no sentido de numerar e classificar os princípios que nos preocupam, mas com especial atenção aos princípios gerais do direito não escritos, aplicáveis na ausência de texto no direito administrativo e, freqüentemente, sem discriminação profunda dos que pertencem ao direito público geral e ao direito administrativo.[36]

Não podemos encarar aqui, sem desnaturar-lhe a função e exceder as dimensões razoáveis deste trabalho, o exame dos critérios classificadores da

27 Marienhoff, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. 1965. t. 1, p. 270-80.

28 Diez, Manuel María. *Derecho administrativo*. 1963. t. 1, p. 514-36.

29 Fiorini, Bartolomé. *Manual de derecho administrativo*. 1968. t. 1, p. 72-7.

30 Garrido Falla. Fontes não escritas e fontes indiretas. *Tratado de derecho administrativo*. 5. ed. 1970. p. 295 e segs., especialmente p. 307-14.

31 Villar Palasi, José Luis. *Curso de derecho administrativo*. Madrid, 1952. p. 377-99.

32 Cretella Júnior, José. *Tratado de direito administrativo*. 1972. t. 10, p. 17-223, dedica amplos estudos aos *princípios informativos do direito público e do direito administrativo*. Lembro, além deste, o trabalho que o mesmo autor escreveu para os *Estudios en homenaje al profesor López Rodó*. Madrid, 1972, intitulado Principios fundamentales del derecho administrativo. v. 1, p. 49-64.

33 Canasi. *Derecho administrativo*. 1972. t. 1, p. 165-8.

34 Altamira Gigena é que afirma que Bielsa "não considera os princípios gerais de direito como fonte do direito administrativo", etc. (p. 60 da obra citada na nota n. 6). Cf. ainda nessa nota a crítica que fizemos a respeito.

35 Bielsa. *Metodologia jurídica*. 1961. p. 102, 110, 347 e 633 e segs.

36 Jeanneau. op. cit. Rivero. op. cit. Real. *Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya*. 2. ed. 1965. cit. Barbe. op. cit. Auby & Drago. *Traité de contentieux administratif*. t. 3, p. 16-20. Odent. *Contentieux administratif*. 1961-1962. t. 3, p. 932-40. Leiourneur; Bauchet & Meric. *Le Conseil d'État et les tribunaux administratifs*. 1970. p. 148-54. Waline. *Précis de droit administratif*. t. 1, p. 111, 338, 340 e 356. Debbasch, Charles. *Droit administratif*. 1968. p. 299 e segs. Marienhoff. *Tratado*. t. 1, p. 278-80. Díez. *Derecho administrativo*. t. 1, p. 514-36. Villegas Basavilbaso. *Derecho administrativo*. t. 1, p. 361-71. Fiorini. *Manual*. t. 1, p. 73. Garrido Falla. *Tratado*. 5. ed. 1970. t. 1, p. 307-14. García Oviedo. In: Martinez Useros. ed. 1968. t. 1, p. 143, etc.

doutrina, nem tampouco a análise pormenorizada dos diferentes princípios e regras técnicas tidos como tais pelos diversos autores, pois isso daria material para volumoso livro, que pensamos escrever mais tarde.

Faremos, porém, a título de exemplo, uma enumeração dos princípios gerais de direito, proclamados pela jurisprudência e pela doutrina, principalmente francesa, com especial referência aos relacionados com o direito administrativo; a seguir, trataremos com espírito crítico dos ensaios mais recentes e valiosos, a nosso ver, procurando adaptá-los e correlacioná-los com o direito uruguaio.

Princípio de igualdade e suas diversas aplicações. Igualdade diante das normas jurídicas, leis e regulamentos. A igualdade perante a lei é um princípio expresso pelo direito revolucionário francês (Declaração de 1789, arts. 1º, 6º e 13), assim expresso na Constituição uruguaia, art. 8º: "Todas as pessoas são iguais perante a lei, não se reconhecendo entre elas outra distinção, a não ser a dos talentos e das virtudes."[38] O Conselho de Estado desde a decisão Roubeau declara e aplica o "princípio da igualdade de todos os cidadãos diante dos regulamentos administrativos". A inderrogabilidade singular dos regulamentos (*legem patere quem fecisti*) é a aplicação do referido princípio.[39]

A *igualdade diante dos cargos públicos* (art. 6º, Declaração de 1789) permitiu que o Conselho de Estado resolvesse alguns casos (admissibilidade das mulheres, em princípio, ilegalidade das discriminações por crenças religiosas, etc.).[40]

O *princípio de igualdade diante dos serviços públicos* desdobra-se, duplamente, abrangendo outros particulares, além dos usuários, e obrigando a respeitá-lo o maior número de entidades gestoras de serviços de interesse geral.[41]

A *igualdade diante dos encargos públicos.* Estabelecido no art. 13 da Declaração de 1789, foi aplicado, sem norma expressa, pela jurisprudência da Suprema Corte uruguaia para fundamentar a responsabilidade do Estado por ato legislativo, julgando-o um corolário da igualdade perante a lei.[42]

37 Jeanneau. *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative.* Paris, Sirey, 1954. Prefácio de Rivero.

38 Real. op. cit. p. 31-2.

39 Jeanneau. op. cit. p. 8-10.

40 Op. cit. p. 10.

41 Op. cit. p. 11-8. Real. op. cit. p. 34.

42 Real. op. cit. p. 32.

A igualdade diante do imposto, como aspecto particular desse princípio, foi aplicada pela Suprema Corte, ao declarar inconstitucional um imposto aplicado a certos frigoríficos e não a outros, que estavam na mesma situação.[43]

A *igualdade diante dos encargos públicos* comporta outras aplicações em matéria de uso do domínio público, taxas e contencioso da responsabilidade.[44] A violação da igualdade pode ser índice de *desvio de poder* ou desnecessária invocação do mencionado vício do ato administrativo nulo.[45]

O princípio, expresso pela máxima jurisprudencial ou aforismo segundo o qual a liberdade é a regra e a restrição de polícia é a exceção,[46] procede da Declaração de 1789 (arts. 4º e 6º), estabelecido pelo art. 10 da Constituição do Uruguai: "Nenhum habitante da República será obrigado a fazer o que a lei não manda, nem privado daquilo que ela não proíbe."

É o *princípio de liberdade*, essencial e fundamental no constitucionalismo clássico, de inspiração jusnaturalista.[47] Foi posto em relevo na decisão Baldy, de 10 de agosto de 1917, pelo Conselho de Estado, na ausência de parte dogmática ou declaratória das leis constitucionais de 1875, por considerar (conclusões Corneille), que o ponto de partida do direito público francês reside "no conjunto das liberdades dos cidadãos, que a Declaração dos direitos do homem está explicitamente ou implicitamente no frontispício das constituições republicanas e que toda controvérsia de direito público deve, para calcar-se nos *princípios gerais*, partir do ponto de vista de que a liberdade é a regra e a restrição de polícia é a exceção".[48]

Muitas soluções da jurisprudência francesa em matéria de liberdade de culto e de consciência, de ensino, de *liberdade de comércio, indústria e proteção do direito de propriedade*,[49] têm uma inspiração igualmente liberal e se baseiam na axiologia do liberalismo, geralmente sem referência aos textos das Declarações.

Tais soluções não só merecem elogio, como também duras críticas de autores que consideram a invocação dos princípios gerais de direito como um meio de encobrir, com aparências de objetividade, políticas jurisprudenciais do tipo do "governo dos juízes", no qual o magistrado opõe sua própria ideo-

43 Sentencia n. 1, de 3 de febrero de 1958. *Revista de Derecho Público y Privado*. n. 238, t. 40, abr. 1958.
44 Jeanneau. p. 23-34.
45 ———. p. 37-9.
46 ———. p. 41.
47 Real. Alberto Ramón. Lagunas de la ley y libertad. Pretendidas lagunas negadas por el principio de libertad. *Revista de Derecho Público y Privado*, t. 42 e 43, e separatas, 1959.
48 Jeanneau. p. 41-2.
49 ———. p. 45-60.

logia político-social (conservadora e tecnocrática), disfarçada de juridicidade, às novas concepções dos representantes do povo, investidos pelo sufrágio democrático. Seria um caso de oposição do liberalismo tradicional à democracia atual.

No mencionado sentido, poucas condenações são mais severas do que as do Presidente do Conselho de Estado belga Somerhausen.[50] A título de exemplo de pseudo-interpretação abusiva cita a decisão francesa do Conselho de Estado de 30 de maio de 1930, segundo a qual os decretos-leis de 5 de novembro e de 28 de dezembro de 1926, complementares à lei municipal de 1884, não tiveram por objetivo, nem por efeito, estender, em matéria de serviços públicos municipais, as atribuições conferidas aos conselhos comunais pela legislação anterior. Este ensaio de socialismo municipal foi liquidado, reintegrando, sob forma de "interpretação audaciosa" os decretos-leis mencionados "nas perspectivas do liberalismo tradicional", no que permanece ainda jungido ao Conselho de Estado, no dizer de Rivero (1951). Comenta Somerhausen: "Em que termos galantes são postos estes problemas! Digamos, de maneira brutal, que *os princípios gerais do direito são a cada passo invocados para fazer triunfar as concepções políticas do juiz contra a vontade do legislador.*[51]

Consideremos os *princípios que aparecem como meios* de garantir as liberdades e direitos.

Alguns *princípios gerais de direito* não escritos, de origem jurisprudencial, não tão ligados à idéia de *liberdade,* estão, não obstante, destinados a garantir as *liberdades.*

O *princípio de um domínio reservado à lei* inscreve-se entre os que surgem "da lógica superior de nossas instituições", como garantia para os administrados derivada do próprio regime democrático.[52]

O caráter de direito comum do recurso hierárquico exprime a idéia de que toda autoridade administrativa está submetida ao controle hierárquico de um ministro responsável perante o Parlamento.[53] O mesmo fundamento (garantia

[50] Somerhausen. Les principes généraux du droit administratif. *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX* (homenaje a Sagagués Laso). t. 4, p. 463 e segs.

[51] Op. cit. p. 488. Conforme Benoit, Francis-Paul. *Le droit administratif français.* 1968. p. 537, que assim se exprime: "No plano prático e de modo perfeitamente lógico, porque os princípios gerais do direito correspondem a uma vontade política do Conselho de Estado, conduzem a um confronto político entre o Conselho de Estado e o governo. O Conselho de Estado opõe, com efeito, suas 'penalizações' normativas às vontades inovadoras eventuais do governo. O choque é inevitável, principalmente quando o governo tem consciência de estar exercendo uma competência que lhe pertence efetivamente."

[52] Jeanneau. op. cit. p. 65.

[53] ———. op. cit. p. 68.

do controle parlamentar) determina a regra que limita a competência do governo demissionário à expedição dos "assuntos correntes", ou seja, as medidas estritamente indispensáveis para a manutenção da continuidade da vida nacional.

Várias regras de organização e funcionamento das jurisdições administrativas[54] fundamentam-se também em *princípios gerais de direito.*

O *princípio de liberdade de defesa perante as autoridades administrativas é sem dúvida corolário de um verdadeiro princípio geral de direito público,* que abrange todos os planos da atividade estatal e paraestatal, desde o procedimento penal e civil e o juízo político, os procedimentos de tutela ou controle de descentralização, enquanto incidem na situação dos gestores de entidades autônomas, até os procedimentos disciplinares e não disciplinares em que eventualmente pode afetar-se a situação concreta de alguma pessoa determinada. Remetemos ao amplo estudo do tema contido na obra de Jeanneau[55] e na do autor do presente trabalho,[56] pois não é possível entrar aqui em maiores indagações.

A aproximação entre o direito uruguaio e o direito francês, comparado com o anglo-americano, mediante a "jurisdicionalização" do procedimento administrativo, pela assimilação das garantias do procedimento judicial, é um progresso liberal bastante favorável para afiançar o Estado de direito.

A não-retroatividade dos atos administrativos.[57]

Relacionam-se com a segurança do comércio jurídico os seguintes *princípios gerais de direito:*

A intangibilidade dos efeitos individuais dos atos administrativos[58] e *o princípio da autoridade da coisa julgada.*[59]

A *continuidade dos serviços públicos.*[60] O importante tema da greve nos serviços públicos e na função pública, bem como outros tópicos, como a intervenção em entidades acéfalas ou desorganizadas se relaciona com este princípio.

A especialidade dos estabelecimentos públicos.[61]

54 ———. p. 69-78.
55 ———. p. 78-91.
56 Real, Alberto Ramón. op. cit. p. 39-9. Cf. também, do mesmo autor, La regulación del procedimiento administrativo en el Uruguay. *La justicia uruguaya.* t. 66, p. 9-12, ns. 4-5.
57 Jeanneau. p. 92 e segs.
58 e 59 ———. op. cit. p. 99 e 102.
60 ———. op. cit. p. 107 e segs.
61 ———. p. 115 e segs.

Esta regra é aplicação da competência *ratione materiae,* no que diz respeito aos *cometimentos* ou *atribuições* dos entes públicos e, ao mesmo tempo, garantia contra a expansão estatal ilegítima na esfera comercial e industrial privadas.[62]

Com especial referência ao direito uruguaio indicamos entre os direitos e garantias inerentes à personalidade humana ou que derivam da forma republicana de governo (art. 72 da Constituição do Uruguai), além de algum dos procedentes como o direito de defesa em toda classe de procedimento, os que se seguem:[63] a obrigação de indenizar, em caso de enriquecimento injusto, a custa alheia; a responsabilidade patrimonial do Estado, por ato legislativo; a regra do *non bis in idem* e o direito à decisão expressa das petições e recursos; os chamados "direitos da personalidade", como o direito ao nome e ao uso da própria imagem, o direito à personalidade jurídica, à reparação do dano moral, o "direito moral" dos autores e inventores, a legítima defesa e a irretroatividade da lei penal, que a meu ver tem fundamento supralegal. Não é esta, repetimos, a ocasião para retornar, em profundidade, sobre o tema, do que pensamos ocupar-nos adiante, com maior desenvolvimento.

4. *Meritória sistematização da "principiologia" jurídico-administrativa por Cretella Júnior.*

Dentre as tentativas de sistematização dos princípios, objeto do presente estudo, destacam-se as recentes publicações do tratadista brasileiro Cretella Júnior,[64] cujo esquema assinala proveitosos rumos para futuras investigações na matéria, sem prejuízo das naturais discrepâncias doutrinárias possíveis e da diversidade de soluções do direito vigente, sobre pontos concretos, em distintos Estados.

O *direito administrativo,* como ramo *autônomo* da ciência, tem *objeto próprio, método próprio* e *princípios informativos próprios,* reunindo, pois, os requisitos para elaborar seus institutos a partir de *categorias jurídicas,* elaboradas no âmbito do *direito comum* que, à luz de alguns *princípios típicos,* proporcionarão os moldes específicos para a problemática administrativa.

62 Real, Alberto Ramón. *Especialidad de las personas jurídicas.* 1958. *Estudios en memoria de Amézaga.*

63 ———. op. cit.

64 Cretella Júnior, José. Principios fundamentales del derecho administrativo. *Estudios en homenaje al Porfesor López Rodó.* Madrid, 1972. v. 1, p. 49-64 y separata. *Tratado de direito administrativo.* Rio/S. Paulo, 1972. t. 10, p. 17-223.

As regras básicas deste ramo do direito formam a *canônica* ou *principiologia*, "conjunto de cânones ou princípios, que garantem a autonomia do sistema administrativo dentro do mundo jurídico, impedindo que sejam confundidos institutos do direito privado com os semelhantes do direito público, em primeiro lugar; e impedindo também, já agora dentro do direito público, que se identifiquem, confundindo-se, instituições peculiares a dois ramos gêmeos, porém diversos".[65]

Os princípios científicos são *universais* ou *onivalentes* (os princípios lógicos, comuns a todas as ciências); *regionais* ou *plurivalentes*, aplicáveis a um grupo de ciências, como o da *causalidade*, válido para as ciências naturais e o da *sociabilidade*, válido para as ciências sociais; e, por fim, os princípios *monovalentes*, válidos apenas para um setor do social.

A *ciência jurídica*, sem prejuízo de apoiar-se nos *princípios universais* e nos *regionais* ou *plurivalentes*, repousa, como ciência social, em princípios peculiares, *monovalentes*. Estes são os *princípios gerais do direito*, como o *princípio da ignorância da lei*, "a ignorância da lei não serve de excusa" (art. 2º do C. Civil uruguaio). O *princípio da legalidade* rege todo o direito, razão de ser de toda a ciência jurídica.

Outros princípios, denominados *setoriais*, regulam *setores* especiais: "são proposições diretrizes típicas que se colocam nos diversos compartimentos em que se desdobra a ciência jurídica": princípios do direito público, como o predomínio do interesse público, e do direito privado, e, dentro do primeiro, princípios do direito constitucional e do direito administrativo.[66]

Ao direito administrativo aplicam-se os princípios gerais de todo o direito ou *monovalentes;* os *setoriais*, comuns ao *direito público*, como os do *predomínio do interesse público*[67] e o da *legalidade*,[68] e seus princípios típicos ou *próprios, exclusivos*, de que nos ocuparemos especialmente. Procura Cretella Júnior "apontar e analisar uma série de proposições exclusivas do direito administrativo, princípios setoriais que fundamentam os institutos deste ramo do direito e lhes conferem atributos inequívocos de especificidade, que os distinguem dos congêneres paralelos, em outros campos".[69]

65 ———. *Principios fundamentales*. cit. p. 50.
66 ———. Principios fundamentales del derecho administrativo. *Estudios*... cit. v. 1, p. 52.
67 Real, Alberto Ramón. Critério de distinción y ámbito de aplicación del derecho público. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, a. 12, n. 2, 1961. Cf. Cretella Júnior. *Tratado de derecho administrativo*. t. 10, p. 39-40.
68 Real, Alberto Ramón. El Estado de derecho. *Estudios en memoria de Couture*. Montevideo, Faculdade de Direito e de Ciências Sociais, 1957. Cretella Júnior. *Tratado*. cit. t. 10, p. 36-8.
69 Cretella Júnior. *Tratado*. cit. t. 10, p. 41.

5. *Reavaliação e reordenamento expositivo da "principiologia" jurídico-administrativa.*

Considero acertada a posição metodológica de Cretella Júnior e, em especial, a hierarquização piramidal dos princípios, que articula, separando os *princípios gerais de todo o direito,* comuns aos diversos ramos do direito público, e os princípios específicos do direito administrativo.

Concordo também com os resultados da seleção que o professor brasileiro empreendeu dos *princípios específicos,* embora eu creia conveniente alterar a ordenação expositiva, agrupando os que têm maiores vinculações. Creio que convém formar um grupo com o princípio *das prerrogativas públicas e sujeições,* que caracteriza o "regime administrativo", segundo a doutrina dominante, o do *poder-dever do administrador,* o da *indisponibilidade do interesse público e o referente ao fim,* entre os quais há estreita relação.

O *princípio da hierarquia* e o *princípio da tutela administrativa* devem ser expostos um em continuação do outro — e de modo comparativo — para facilitar a distinção entre ambos, mediante suas semelhanças e diferenças.[70]

Queremos assinalar uma lacuna, relativa aos princípios que regulam os sistemas orgânicos, de centralização e descentralização (autonomia, etc.), cujo enunciado é, ao nosso ver, prévio à exposição da *hierarquia* e ao da *tutela,* que pressupõe, precisamente, sistemas centralizados e descentralizados, dentro dos quais ou em relação aos quais funcionam.

Dentro de uma exposição sobre os princípios retores das pessoas públicas descentralizadas, caberia o exame das de fim específico (descentralização vertical) às quais se aplica o *princípio da especialidade,* que não justifica ser tratado separadamente.

Outros *princípios,* que se relacionam com a *atividade* da administração, continuidade, presunção da veracidade, moralidade, etc., poderiam ser agrupados como característicos da mencionada atividade.

Desde logo este critério será também contestável, porque alguns princípios que já enunciamos, previamente, também se relacionam, por própria generalidade, com a atividade da administração, além de regular-lhe o sistema, organização e fins.

O princípio que supõe a *moralidade* da ação administrativa pode também ser encarado como uma sujeição ou limitação, relacionada com o dever de velar, antes de tudo, pelo interesse público.

70 Real, Alberto Ramón. Comparación del control jerárquico y de la tutela administrativa. *Estudios de derecho administrativo.* t. 3, p. 307.

Não obstante estas observações pessoais e algumas discordâncias de pormenor, que não cabem neste artigo, resta um saldo bastante positivo do esforço construtivo de Cretella Júnior, para individualizar, separar e relacionar uma série de *princípios específicos do direito administrativo* que, além de tudo, expõe com clareza, com menção de seleta e moderna bibliografia e sobre o alicerce do imenso preparo do próprio Cretella Júnior, autor de um dos mais desenvolvidos e atuais tratados da matéria.

É indubitável, pois, que *"ha señalado rumbos* para la investigación posterior y *ha puesto un jalón en la línea ascendente del progreso científico* del derecho administrativo".

Depois do *princípio da hierarquia,* expõe Cretella Júnior o *princípio do regime jurídico das prerrogativas e sujeições,* que nos parece primordial e que, portanto, deve encabeçar, a nosso ver, a exposição, se nos vincularmos à caracterização do direito administrativo formulada pela doutrina dominante do país de origem do *direito administrativo.* Depois de recordar a exposição de Weil,[71] sintetiza Cretella esse princípio do seguinte modo: "A ação administrativa está condicionada por vantagens e restrições exorbitantes do direito comum, que constituem o regime jurídico público, que informa a administração, em sua relação com o administrado.[72]

Fundamenta Cretella essas *prerrogativas públicas* (de criação unilateral de deveres e auto-executoriedade de decisões, etc., em oposição à igualdade reinante entre os particulares, relacionados por contrato e obrigados a recorrer ao Juiz para a declaração de seu direito) na finalidade de satisfação do interesse coletivo, público, que impulsiona a Administração.[73]

A *auto-executoriedade,* a *desapropriação,* a *requisição,* a *imunidade tributária* são corolários do princípio.[74]

Entre as diferentes *sujeições,* menciona-se, em primeiro lugar, a *sujeição ao fim* (de interesse público), o afastamento do qual constitui o *desvio de poder,* sancionado com nulidade e responsabilidade. O regime de *concurso,* a *licitação pública,* a *igualdade necessária dos usuários e administrados,*[75] etc.,

71 Weil, Prospei. *Le droit administratif.* Paris, 1964. Cf. ed. em espanhol Cuadernos Taurus, Madrid, 1966, p. 53-66.

72 Cretella Júnior. *Tratado de direito administrativo.* t. 10, p. 73.

73 ———. op. cit. t. 10, p. 59: "O fundamento último das *prerrogativas públicas* e das *sujeições administrativas* é um só — o da salvaguarda do interesse público, objetivo do Estado. *Salus Reipublicae suprema lex esto.*"

74 ———. op. cit. t. 10, p. 61-70.

75 ———. op. cit. t. 10, p. 71-2 e 103-15. Entendemos que não se justifica separar um capítulo para a igualdade do administrado (op. cit. v. 10, p. 10-105) se se trata de uma limitação ou sujeição, demonstrativa ou resultante do *princípio das prerrogativas e sujeições* especiais de direito público (op. cit. v. 10, p. 72).

são limitações compensatórias dos poderes especiais da administração, que ajudam a canalizar sua ação para o bem comum.

É evidente a relação que, com este princípio fundamental, característico do chamado "regime administrativo", têm os que Cretella denomina "do poder-dever do administrador"[76] e o da "indisponibilidade do interesse público".[77]

Por sua estreita concordância com as noções expostas por Cretella Júnior em torno do núcleo de princípios anteriormente mencionados, transcrevemos, em continuação, os *conceitos com que concluía o autor do presente trabalho seu estudo* sobre o *Critério de distinção e âmbito de aplicação do direito público,* de 1961.[78]

Os principais sistemas propostos, como fundamento e critério da divisão do direito, em público e privado, esclarecem diversos aspectos do problema, concorrendo todos para fornecer orientações básicas:[79]

A) O finalista, do interesse direto ou imediato, perseguido, geral ou coletivo, em um caso, particular, em outro caso, guarda relação com as potestades públicas (e limitações correspondentes) que dinamizam e regulam a ação de governantes e funcionários e seus delegados (concessionários, empresas "semifiscais" ou mistas, etc.) para objetivos de bem comum: basta isso para justificar potestades tão intensas como a *tributária,* a *de polícia,* etc., e jamais o capricho ou o interesse pessoal dos governantes. O afastamento dos fins públicos é sancionado com *anulação* e *responsabilidade* por *desvio de poder,*

[76] Cretella Júnior. op. cit. t. 10, p. 74-8.

[77] ———. op. cit. t. 10, p. 128-39.

[78] Real, Alberto Ramón. Critério de distinción y ámbito de aplicación del derecho público. Montevideo, 1961. Separata de la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.* a. 12, n. 2, p. 41-2.

[79] Dizia a nota 81 de nosso trabalho, escrito em 1961: "Concluído e escrito nosso trabalho tivemos a satisfação de confrontar nossas conclusões com as idênticas a que chega Alessi, na terceira edição do *Sistema,* Milão, 1960, que acabamos de receber (p. 11). Diz Alessi que 'a contraposição entre direito público e privado não se funda apenas no diverso âmbito subjetivo de aplicação das normas (Estado e entes públicos, de um lado; sujeitos privados do outro); funda-se também em profunda e essencial diversidade de princípios inspiradores dos dois ordenamentos, conexa com a essencial diversidade de natureza e de posição jurídica dos sujeitos aos quais os dois ordenamentos respectivamente se referem. O direito privado caracteriza-se essencialmente pela fundamental igualdade jurídica dos sujeitos aos quais se refere, igualdade de valor dos interesses de que são portadores os sujeitos; por outro lado, na limitação dos poderes jurídicos que o ordenamento concede aos referidos sujeitos: poderes que não podem ter eficácia direta além da esfera jurídica do sujeito que exerce o poder. O direito administrativo, ao contrário, como, de uma maneira mais geral, o direito público, é caracterizado pela superioridade fundamental do sujeito público em relação ao sujeito privado, superioridade que, por um lado, se traduz na superioridade de valor dos interesses (interesses públicos que os entes públicos são chamados a resolver), enquanto que, de outro lado, se traduz na possibilidade que estes sujeitos públicos, precisamente para velar por estes interesses públicos, podem gozar de poderes jurídicos idôneos para produzir efeitos, por vontade unilateral do ente, inclusive sobre a esfera jurídica dos sujeitos privados." Cf. nota 78.

de modo que o objetivo de interesse geral é pressuposto *sine qua non* da ação estatal. O domínio público é essencialmente funcional, a competência é irrenunciável situação de dever, o funcionário existe para a função e não a função para o funcionário (art. 59 da Constituição), está ao serviço da Nação e não de uma facção política (art. 58 da Constituição), o fim público de boa administração e formalidades estritas (licitação pública, etc.) limitam a atividade jurídica, unilateral ou bilateral, do órgão do Estado.

B) A diversa situação jurídica dos sujeitos, preexistente ao estabelecimento das relações jurídicas concretas — uns com possibilidades de mandar conforme a lei (impor deveres: art. 10 da Constituição) e outros com o dever de obedecer o ordenado por aqueles — se funda em que os governantes exercem a soberania da Nação (art. 81 da Constituição) e, em conseqüência, podem criar, unilateralmente, regras de direito e impô-las, mediante decisões executórias, apesar da resistência ilegítima dos administrados.

Isto fundamenta o critério C) do objeto jurídico ou conteúdo normativo especial; explica que, na contratação de direito público, por exemplo, o Estado não se despoja das potestades que tem para velar pelo interesse público e se reserva poderes de preparação, de direção, de modificação e de rescisão que seriam exorbitantes do direito privado.

A presença destas notas de potestades públicas é indício sério de estarmos diante de instituições e relações de direito público.

Em síntese, as regras de direito público conferem aos entes públicos prerrogativas sem equivalente nas relações privadas e impõem à sua liberdade de ação limitações mais rígidas do que as que vigoram entre os particulares.[80]

O *regime jurídico público* "é típico, por ser derrogatório e exorbitante do direito comum, em razão da presença destacada e favorecida do Estado, na relação jurídico-administrativa, com toda a série de *prerrogativas* e *sujeições* que o caracterizam, quando participa, como sujeito de direito ou como guarda da *res publica,* nas operações do mundo jurídico".[81]

Não obstante, reconhece Cretella, com apoio na jurisprudência e doutrina francesa, que, "no âmbito do direito público, coexistem dois regimes jurídicos — regime jurídico de direito público e regime jurídico de direito privado".[82]

No sentido desta última precisão, sobressaem os trabalhos polêmicos de Eisenmann[83] que combatem, no direito francês, o exagero publicista de con-

80 Rivero. *Droit administratif.* Paris, Dalloz, 1972, p. 32.

81 Cretella Júnior. *Tratado...* cit. t. 10, p. 70-156 e 173 sobre o *regime de direito público das pessoas,* das *obrigações públicas* e o *regime jurídico do processo administrativo.*

82 ———. *Tratado...* cit. t. 10, p. 174 e segs.

83 Eisenmann, Charles. Un dogme faux: l'autonomie du droit administratif. *Perspectivas del derecho público del siglo XX* — homenaje a Sayagués Laso. t. 4, p. 418, 436 y segs.

siderar o direito administrativo (e não apenas o que o é *stricto sensu*) como dominado pelo *regime administrativo*.

A *autonomia do direito administrativo*, sustenta Eisenmann, *é um dogma falso;* se se entende que conduz ao *monismo* ou *monolitismo* publicístico ou a um regime jurídico administrativo de princípio (regra) diante de uma aplicação excepcional do direito privado.

Ao contrário, deve falar-se "simplesmente do dualismo fundamental, de princípio, do direito administrativo, ou seja, do regime jurídico da administração".[84] Mais recentemente, retornou Eisenmann a esse tema.[85]

Consideremos que, depois desses grandes princípios gerais, que regulam todas as instituições do direito administrativo e influem sobre elas, que se relacionam com a estrutura dos *sujeitos* mais característicos da matéria (as pessoas públicas) e também as formas de relação interpessoal e de distribuição orgânico-funcional interna.[86]

A *hierarquia* a que se refere Cretella[87] encontraria seu sítio natural dentro da teoria da centralização, porque esta é "um sistema orgânico ordenado mediante relação hierárquica. Esse fato é característico por dispor de um órgão central único".[88]

A *tutela administrativa* pressupõe, em compensação, *personificação* e *certo grau de autonomia* (ou "autarquia", em determinada linguagem) do *sujeito*

[84] Eisenmann. op. cit. p. 436: "Dualismo é bem apropriado para significar a idéia de que o direito da administração é um corpo de direito formado totalmente por dois grandes conjuntos paritários de regras, cujas fontes são parcialmente diferentes, e no fundo (como aquelas que se relacionam com as mesmas questões) amplamente diversas: regras 'autônomas', denominadas de direito público, por um lado; regras de direito privado, por outro lado, e que estão num plano de igualdade, no sentido de que cada um deles tem um domínio natural de aplicação; ou seja, rege naturalmente certas espécies ou tipos de atos, relações ou situações administrativas. Portanto, uma estrutura fundamentalmente bipartida, dualista, tal é a figura que definirá mais precisamente a fisionomia geral do direito administrativo, no limiar de sua exposição. Admitido isto, nada há que objetar sobre o fato de chamar, em seguida, de direito administrativo, propriamente dito, *stricto sensu*, o direito propriamente ou especificamente administrativo, se não se preferir falar em direito público, o primeiro dos grandes conjuntos, o que não é o direito privado, pura e simplesmente."

[85] Eisenmann. La theorie des "bases constitutionnelles du droit administratif. *Revue du Droit Public*, n. 6, p. 1.346-422, 1972.

[86] Mooney, James O. *Principios de organización*. Madrid, 1958; García Trevijano. *Princípios jurídicos de la organización administrativa*. 1957; Gallego Anabitarte. *Derecho general de organización*. Madrid, 1971; Méndez, Aparicio. Introducción a los sistemas orgánicos. *Perspectivas del derecho público del siglo XX*. t. 4, p. 937-57; La centralización. *Revista de Administración Pública*. n. 65, p. 9 e segs., 1971.

[87] Cretella Júnior. *Tratado*... cit. t. 10, p. 47-54.

[88] Méndez, Aparicio. La centralización. op. cit. p. 31. Cf. Méndez. *Introducción a los sistemas orgánicos*. cit.

(ente público) *tutelado*. Relaciona-se, portanto, de maneira íntima com a *descentralização*, da qual é instrumento necessário.[89]

A exposição sistemática das formas principais de organização (*centralização, descentralização*), nas quais se integra a *hierarquia* e a *tutela*, como seus instrumentos peculiares, facilita a exposição comparativa dessas e sua melhor caracterização.

Comparamos, assim, a *hierarquia* e a *tutela*:[90] "Consideramos conveniente comparar as características da *hierarquia* e da *tutela*, a fim de ressaltar que, ao passo que o hierarca tem, em princípio, o domínio do ato do subordinado, sem necessidade de lei que especifique cada um de seus poderes (suspensão, substituição, revogação, etc.), o órgão de controle não tem, sobre os atos do serviço descentralizado, mais poderes do que aqueles que lhe conferem expressamente as leis".

Duez e Debeyre[91] observam que o controle sobre a atividade administrativa dos órgãos descentralizados "não pode exercer-se a não ser nos casos, na medida e segundo as formas determinadas na lei. O princípio descentralizador tem, com efeito, como corolários, a liberdade de ação das pessoas administrativas descentralizadas, no quadro de sua especialidade. Desde que consagrado o princípio descentralizador, essa liberdade de ação não pode ser restringida senão por disposições legislativas expressas. Há nisso uma diferença notável em relação ao controle hierárquico, que existe em favor do superior hierárquico, sem necessidade de texto lgislativo formal para consagrá-lo.

A propósito, contávamos Laubadère,[92] Maspetiol e Laroque,[93] Michoud,[94] Heredia,[95] Buttgenbach,[96] Wigny,[97] Rivero[98] e Vedel,[99] etc., ou seja, a opinião geral da doutrina.

[89] Maspetiol & Laroque. *La tutelle administrative*. Paris, 1930; Heredia, Horacio H. *Contralor administrativo sobre los entes autárquicos*. Buenos Aires, 1942.
[90] Real, Alberto Ramón. Comparación del control jerárquico y de la tutela administrativa. *Estudios sobre derecho administrativo*. t. 3, p. 307-13. (Estudo sobre o Instituto Nacional de Viviendas Económicas — INVE.)
[91] Duez & Debeyre. *Traité de droit administratif*. 1952. p. 68.
[92] Laubadère. *Traité de droit administratif*. 2. ed. 1957. p. 66 e segs.
[93] Maspetiol & Laroque. *La tutelle administrative*. 1930. p. 275.
[94] Michoud. *Théorie de la personalité morale*. 3. ed. 1932. t. 2, p. 328.
[95] Heredia. *Contralor administrativo*. cit. p. 59.
[96] Buttgenbach. *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*. 1952. p. 196.
[97] Wigny. *Droit administratif*. Bruxelles, 1953. p. 107.
[98] Rivero. *Précis de droit administratif*. 1960. p. 107.
[99] Vedel. *Droit administratif*. 2. ed. 1961. p. 463.

A *especialidade,* outro princípio estudado em separado por Cretella Júnior, tem, a nosso ver, seu lugar adequado dentro da teoria geral das pessoas públicas e, sobretudo, das de fim especial (descentralização por serviços).

Se bem que se trate, tão só, de uma variedade da competência, ou seja, da competência *ratione materiae,* ou em razão de *atribuições* (Bonnard, Fraga) ou "cometidos" (Sayagués Laso), e, portanto, regulada por princípios gerais sobre a competência, aplicáveis a todos os entes e órgãos públicos (princípio da legalidade), o regime específico a que está sujeita e o respectivo estudo se centralizam em torno do correlato tema dos estabelecimentos públicos, autarquias institucionais, entes autônomos e demais instituições semelhantes do direito comparado.

A Constituição uruguaia estabelece de modo expresso o *princípio da especialidade* na seção dedicada aos entes autônomos e serviços descentralizados (art. 190).[100]

O princípio da *continuidade,* que costuma estudar-se com particular referência ao serviço público,[101] fundamenta também uma série de soluções relativas à função pública (intervenção, suplência, delegação, substituição, abandono de cargo, função de fato).

Um dos temas mais polêmicos, na matéria, é o direito de greve do funcionário público que, condenado como ilícito, pelo direito administrativo anterior à I Guerra Mundial, foi posto em prática depois da segunda, na França e na Itália, sob amparo de disposições constitucionais, tendo sido reconhecido como legítimo, pela jurisprudência, na célebre decisão Dehaene, de 7 de julho de 1950, se bem que com os limites de não poder abusar desse direito, nem deixar a ordem pública ao bel prazer do governo, sob o controle da jurisdição administrativa,[102] salvo as exceções proibitivas estabelecidas por leis especiais.[103]

No Uruguai, depois de prolongadas e apaixonadas discussões sobre o alcance de um parágrafo do art. 57 da Constituição ("Declara-se que a greve é um direito associativo. Sobre tal base se regulamentará seu exercício e efe-

100 Art. 190 da Constituição do Uruguai: "Os entes autônomos e os serviços descentralizados não poderão realizar negócios estranhos ao tema que preceptivamente lhes assinalam as leis, nem dispor de seus recursos para fins alheios às suas atividades normais." Ver o amplo estudo do tema em Real, Alberto Ramón. *Especialidad de las personas jurídicas.* Montevideo, 1958, e *Estudios sobre derecho administrativo.* t. 3, p. 83 e segs.

101 Cretella Júnior. *Tratado de direito administrativo.* t. 10, p. 85-102.

102 Long; Weil & Braibant. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative.* 5. ed. 1969. p. 328.

103 Real, Alberto Ramón. Três estudos sobre a greve de funcionários. *Estudios.* t. 2, p. 277, 293 e 313.

tividade.") e sobre a constitucionalidade da repressão da greve de funcionários e da norma estatutária que autorizava a declará-los demitidos, o problema teve uma solução legal e uma solução prática.

Consistiu a solução prática em recorrer a medidas rápidas de segurança (art. 168, inc. 4º, da Constituição), quando a greve de funcionários, por sua generalidade ou importância, ameaça gravemente a ordem pública, criando um estado de comoção interna, a critério do governo, sob o controle do Poder Legislativo.[104] Decretaram-se também militarizações de certos setores de funcionários, aplicando-se uma antiga lei militar, de discutida pertinência e constitucionalidade.

A solução legal pôs fim à discussão no sentido de admitir as greves nos serviços públicos, sempre que não interrompam os serviços declarados essenciais pela autoridade competente (COPRIN), à qual se deverá dirigir um aviso prévio com sete dias de antecipação.[105] Os serviços essenciais deverão manter-se mediante rodízios de emergência, cuja interrupção determina a ilicitude da greve.

A literatura da matéria, em livros, folhetos, discursos parlamentares, sentenças, etc., é inesgotável e a simples resenha a respeito requereria todo um livro só para o Uruguai.

O regime jurídico administrativo brasileiro resolveu o problema, mediante sua inclusão, em expresso dispositivo das duas últimas Constituições vigentes, segundo informa Cretella.[106]

Iniludíveis motivos de tempo e espaço nos obrigam a transferir, para ulterior oportunidade, uma estruturação mais completa do ordenamento dos princípios fundamentais do direito administrativo, bem como a exposição e o exame críticos, particularizados, dos mencionados princípios que, por constituírem a parte medular de nossa ciência, merecem um livro meditado e extenso.

A *principiologia* do direito administrativo pode conduzir, involuntariamente, a um livro de texto ou levar à síntese ou esquema de um tratado.

O desafio é fascinante. A ciência latino-americana do direito público, em geral, e do direito administrativo, em especial, que teve no lembrado mestre Bielsa um ilustre pioneiro e representante, supera-se dia a dia e exige de seus cultores a síntese precursora da codificação de seus princípios gerais.

104 ———. op. cit. p. 288 e 291.

105 Lei n. 13 720, de 16 de dezembro de 1968, criadora da Comissão de Produtividade, Preços e Ingressos (Coprin), art. 3.º, inc. F e 4.º e 5.º.

106 Constituição do Brasil de 1967, art. 157, § 1.º, e Constituição de 1969, art. 162: "Não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei."